

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT EN DROIT

Délivré par l'Université Toulouse I Capitole
Spécialité Droit public

Présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2014 par :

Florian MAUGARD

LA RÉTRACTIION DU DOMAINE

DIRECTEUR DE THÈSE

M. Vincent DUSSART

Professeur de droit public à l'Université Toulouse I Capitole

RAPPORTEURS

Mme Caroline CHAMARD-HEIM

Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin - Lyon III

M. Benoît DELAUNAY

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas - Paris II

SUFFRAGANTS

M. Norbert FOULQUIER

Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Sorbonne - Paris I

M. Christian LAVIALLE

Professeur de droit public à l'Université Toulouse I Capitole

M. Jean-Gabriel SORBARA

Professeur de droit public à l'Université Toulouse I Capitole

*École doctorale Sciences juridiques et politiques
Institut de Recherche en Droit Européen International et Comparé*

« L'université n'entend donner aucune approbation ni aucune improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs »

Remerciements

Avec mes premiers remerciements qui lui sont tout naturellement destinés pour avoir accepté d'encadrer avec exigence et bienveillance mes travaux de recherche, je voudrais aussi assurer Monsieur le Professeur Vincent Dussart de toute ma gratitude pour cet accompagnement en confiance qui m'a permis de faire évoluer ce sujet librement.

Je remercie Madame le Professeur Caroline Chamard-Heim et Messieurs les Professeurs Benoît Delaunay et Norbert Foulquier de me faire l'honneur de juger cette étude en siégeant dans mon jury de thèse.

J'adresse des remerciements particuliers à Messieurs les Professeurs Jean-Gabriel Sorbara et Christian Lavialle, non seulement pour avoir accepté de siéger dans ce jury, mais aussi pour leur présence tout au long de la réalisation de ce travail.

Je remercie les enseignants du CERFF, Madame de Fontaine, Monsieur Quérol, Monsieur Bin et Monsieur Sébastien, hélas parti trop tôt, pour les précieux conseils qu'ils m'ont prodigués et l'ambiance agréable de travail qu'ils ont su instaurer.

Merci à Liliane et Ludovic pour leur relecture intransigeante des épreuves de cette thèse. Merci à Jean-François, également relecteur, mais aussi soutien moral indéfectible lors des ultimes semaines de rédaction.

J'adresse une pensée amicale à Romain, que j'ai poussé de tant de falaises avant qu'il ne s'envole de lui-même ; merci à Mathias pour nous avoir rejoints dans les derniers sauts, qui furent aussi les plus vertigineux ; merci enfin à mes compagnons de route de la première heure, Audrey, Valérie et Damien, pour ces nombreux moments de bonne humeur que nous avons partagés dans notre chère salle de travail.

Toute ma gratitude encore vers mes parents, pour leur soutien matériel et moral de toujours sans lequel je n'aurais jamais pu franchir les portes de l'université.

Une autre pensée pour tous ceux qui m'offrirent, par leur présence et leur sympathie, des moments de détente tout au long de ces cinq années de travail. Pour cela merci à Arnaud, Christine, Valentine, Florence, Thierry, Margaux, Luna, Jérémy, Emma, Gustave, Hervé, Mathilde, Fabien, David, Léon, Gilles et Maxence.

Enfin, les mots ne sauraient exprimer ce que ce travail doit à Lucie dont l'amour, le soutien et le réconfort dissipèrent les moments de doute dès leur apparition. Je considère cette production comme étant également la sienne.

Liste des principales abréviations

| | |
|-----------------------|---|
| AJDA | <i>Actualité juridique droit administratif</i> |
| AJDI | <i>Actualité juridique droit immobilier</i> |
| Ass. | Assemblée |
| BJCP | <i>Bulletin juridique des contrats publics</i> |
| CAA | Cour administrative d'appel |
| Cass. | Cour de cassation |
| CE | Conseil d'État |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'Homme |
| CJCE | Cour de justice des communautés européennes |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| CGCT | Code général des collectivités territoriales |
| CGPPP | Code général de la propriété des personnes publiques |
| Cons. constit. | Conseil constitutionnel |
| CJEG | <i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i> |
| D. | <i>Recueil Dalloz</i> |
| EDCE | <i>Études et documents du Conseil d'Etat</i> |
| GAJA | Grands arrêts du Conseil d'État |
| GDDAB | Grands arrêts du droit administratif des biens |
| Gaz. pal. | <i>Gazette du palais</i> |
| DDHC | Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen |
| JCl. | Jurisclasseur |
| JCP A | <i>Jurisclasseur périodique - La semaine juridique- édition - Administration et collectivités territoriales</i> |
| JCP G | <i>Jurisclasseur périodique - La semaine juridique - édition Générale</i> |
| JCP N | <i>Jurisclasseur périodique - La semaine juridique - édition Notariale</i> |
| JOAN | <i>Journal officiel de l'Assemblée nationale</i> |
| JOEF | <i>Journal officiel de l'État français</i> |
| JORF | <i>Journal officiel de la République française</i> |
| JOUE | <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> |
| LGDJ | Librairie générale du droit et de la jurisprudence |
| LPA | <i>Les petites affiches</i> |
| PUF | Presses universitaires de France |
| RDI | Revue de droit immobilier |
| RDP | <i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i> |
| Rec. | Recueil |
| Rép. min. | Réponse ministérielle |
| Rev. adm. | <i>Revue administrative</i> |
| RFDA | <i>Revue française droit administratif</i> |
| RJEP | <i>Revue juridique de l'économie publique</i> |
| RLCT | <i>Revue Lamy des collectivités territoriales</i> |
| S. | <i>Recueil Sirey</i> |
| TA | Tribunal administratif |

Sommaire

PARTIE 1 : UN CONTEXTE FINANCIER ET JURIDIQUE PROPICE À LA RÉTRACTION DU DOMAINE 35

Titre 1 : La vente du domaine, expédient à la crise des finances publiques 39

Chapitre 1 : L'orientation de la valorisation domaniale vers la cession.....41

Chapitre 2 : L'attribution à la cession du domaine d'une fonction de désendettement.....105

Titre 2 : Un cadre juridique favorable à la vente du domaine..... 167

Chapitre 1 : Un domaine aisément cessible169

Chapitre 2 : Une contrainte conforme aux intentions des vendeurs publics : le niveau approprié de la contrepartie237

PARTIE 2 : LES LIMITES DE LA RÉTRACTION DU DOMAINE : L'IDENTIFICATION D'UN DOMAINE INCOMPRESSIBLE..... 305

Titre 1 : La protection juridique supérieure des voies publiques..... 315

Chapitre 1 : La protection organique supérieure des voies publiques317

Chapitre 2 : La protection fonctionnelle maximale des voies publiques381

Titre 2 : La nécessité d'une appropriation publique des voies publiques 441

Chapitre 1 : La vocation des voies publiques à une affectation perpétuelle.....443

Chapitre 2 : Les implications patrimoniales de la vocation des voies publiques à une affectation perpétuelle.....493

INTRODUCTION

1. Au soir du 28 août 2014, la chaîne de télévision *Arte* diffusait pendant plus d'une heure le reportage d'un réalisateur italien du nom d'Andreas Pichler, intitulé « *Europe à vendre* »¹. Décrivant les politiques de cession des propriétés publiques et leur contestation dans plusieurs pays d'Europe, cette enquête se concluait par les réflexions d'un avocat grec sur son propre pays : « *L'État grec possède un vaste parc immobilier. À cela viennent s'ajouter les entreprises d'État. J'avoue que je ne comprends pas pourquoi l'État en possède autant. Pour moi c'est une erreur. Si besoin est, ces biens peuvent être vendus pour réduire la dette de l'État et rendre le pays plus attractif. Certains biens doivent rester publics. Je pense notamment à l'Acropole. Pas parce que ça nuirait au monument, mais parce que les gens trouveraient ça choquant* ».

2. Pourquoi retranscrire ces pensées pour le moins fugaces en introduction d'une étude juridique ? Parce que l'incertitude assumée de celui qui les formule et la place qu'il accorde à son jugement personnel sont très révélatrices du flou qui entoure la portée d'une politique de cession des propriétés publiques : taille simplement estimative d'un patrimoine conçu comme un trésor en repos, confusion entre les justifications budgétaire et idéologique de cette politique, sentiment de l'existence d'une limite au fondement incertain... C'est dire qu'une telle politique de cession fait intervenir nombre de paramètres extra-juridiques, à commencer par l'intuition de l'observateur sur ce qui *peut demeurer* et sur ce qui peut *ne pas demeurer* propriété publique. S'intéressant au cas de la France, et en particulier à ses bâtiments de prestige, le même reportage évoquait le cas de l'hôtel de la Marine, qui fut un temps l'objet d'un projet de cession. L'un des plus fervents opposants à ce projet émettait là encore un jugement très subjectif : « *Il ne faut pas vendre n'importe quoi (...) Que l'on vende une caserne de l'époque Napoléon III à Romorantin, passe encore, mais un des principaux palais de Paris, avec encore une fois une énorme valeur historique, c'est quand même très surprenant* ».

¹ Titre original : « *Ausverkauf Europa* »

3. La charge symbolique des cessions domaniales qui, on le perçoit, est extrêmement élevée, offre donc une place de premier plan aux sensibilités personnelles. C'est peut-être ce qui explique un tel encadrement par le droit domanial. Car si en 1995 Yves Gaudemet écrivait en préface de la thèse de Philippe Yolka que « *le droit de la propriété publique (...) est devenu aujourd'hui un droit de l'exploitation* »², un nouveau regard sur les grands principes de ce droit à l'aune de la politique domaniale actuelle inviterait à soutenir qu'il s'est muté en un *droit de la cession*. À l'appui, plusieurs constats, à commencer par le fait que la principale règle applicable au domaine public, celle de l'inaliénabilité, interdit en principe les cessions de ce domaine. De plus, même les règles inhérentes à l'ensemble des propriétés des personnes publiques ont trait à sa cession : l'insaisissabilité est une interdiction de cession forcée, l'incessibilité à vil prix est une contrainte pesant sur les modalités de cession. Enfin, bien sûr, la politique du législateur s'oriente vers la cession : outre le façonnement, depuis une dizaine d'années, d'outils et d'institutions visant à accélérer cette politique, la structuration du Code général de la propriété des personnes publiques (« CGPPP ») accorde une partie entière à la cession, alors même que celle-ci obéit principalement à des normes réglementaires³.

4. Mais plus encore qu'un droit de la cession, le droit domanial semble devenir un droit de la rétraction : les principes précités s'appliquent essentiellement aux cessions domaniales à destination de personnes privées. L'inaliénabilité du domaine public ne concerne plus les cessions entre personnes publiques, qui peuvent ainsi se transmettre leurs biens sans déclassement préalable⁴. La même remarque vaut pour l'incessibilité à vil prix, inapplicable aux transactions entre personnes publiques. Quant au principe d'insaisissabilité des propriétés publiques, s'il protège le débiteur public contre tous ses créanciers, privés comme publics, sa vigueur tend à s'estomper sous l'action du juge administratif, favorable à la saisie-vente par le préfet de certains biens des collectivités territoriales⁵ ; il est de surcroît très contesté par la Commission européenne qui l'estime constitutif d'une distorsion de concurrence lorsqu'il

² YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. XI.

³ Cette structuration du Code, pour Philippe Yolka, « *trahit à cet égard l'esprit du temps* » (« Les ventes immobilières de l'État », *RDP* 2009, p. 1038)

⁴ Art. L. 3112-1 du CGPPP.

⁵ CE, sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, req. n° 271898 ; *BJCL* 2006, p. 43, concl. Boulouis, note Touvet ; *LPA* 24 avril 2006, p. 9, chron. Melleray ; *RFDA* 2006, p. 341, note Bon ; *AJDA* 2007, p. 1218, chron. Landais et Lenica ; *GDDAB* n° 88, obs. Yolka.

s'applique aux personnes publiques intervenant sur un marché concurrentiel, c'est à dire principalement aux établissements publics industriels et commerciaux⁶.

5. Le droit de la rétraction domaniale ne saurait donc être relégué au rang très accessoire que lui confèrent son positionnement à la fin du CGPPP ou son statut principalement réglementaire. En plus d'être législatif dans ses fondements, il emprunte fréquemment au droit constitutionnel et aux théories de l'État par les enjeux juridiques et politiques qu'il engage. Il convient toutefois, avant de détailler l'intérêt d'un tel sujet (§ 2), de le délimiter en proposant une définition plus précise de la rétraction du domaine, pour voir ce qu'elle est, et surtout ce qu'elle n'est pas (§ 1).

I. La notion de rétraction du domaine

Expliciter le phénomène de rétraction (2), suppose bien évidemment d'en déterminer au préalable l'objet, c'est à dire de définir le « domaine » (1).

1. La notion de domaine

6. Est-il encore souhaitable de parler de « domaine » quand le législateur délégué de 2006 rompt précisément avec l'intitulé « Code du domaine de l'État » pour lui préférer celui de « Code de la propriété des personnes publiques » ? D'autant que, si l'on s'en réfère au dictionnaire *Le Littré*, la notion de domaine ne brille pas par son uniformité, même en se limitant à son sens foncier. Le terme reçoit en effet un très grand nombre de définitions : « *bien foncier possédé* », « *possession d'un bien ; propriété* », « *ensemble de biens ruraux où se trouve un château ou une maison d'habitation pour le maître* », « *propriété foncière destinée à l'exercice de l'industrie agricole* »... Bref, le « domaine » sans épithète semble à peu près synonyme de « propriété foncière ». Dès lors, il est compréhensible que le législateur délégué, fort d'une appropriation du domaine public depuis bien longtemps acquise, préférât l'expression moins équivoque de « *propriété des personnes publiques* ». Mais cela ne fait pas pour autant du « domaine » un terme impropre à être utilisé en tant que notion juridique, et ce pour une raison simple : le CGPPP emploie toujours les expressions de « domaine public » et

⁶ Commission des communautés européennes, 16 décembre 2003, décision relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, n° 2005/145/CE.

de « domaine privé ». Les deux expressions partagent le terme de « domaine ». Or, ce qu'ont en commun les deux notions juridiques auxquelles renvoient ces expressions, c'est précisément l'appropriation par une personne publique. Dès lors, il est juridiquement exact de qualifier de « domaine » l'ensemble des biens, meubles comme immeubles, appartenant à des personnes publiques. En conséquence, les expressions « domaine des personnes publiques », « domaine public des personnes publiques » ou « domaine privé des personnes publiques » constituent des pléonasmes. Le Code ne parle d'ailleurs pas d'un « domaine privé des personnes publiques », car l'appartenance publique figure dans la notion même de « domaine privé » : l'article L. 2211-1 dispose en effet que « *font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre 1^{er} du livre 1^{er}* ». Quant au domaine public, si le Code évoque lorsqu'il le définit « *le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1* », c'est simplement pour exclure le domaine public des personnes publiques qui ne sont pas mentionnées à cet article⁷, et non pour sous-entendre l'existence d'un domaine public des personnes privées.

7. Bref, même si l'on s'en tient à ce Code général de la « propriété des personnes publiques », le terme de domaine reste juridiquement convenable pour désigner l'ensemble des propriétés des personnes publiques. Difficile pourtant de nier qu'il fleure un parfum d'ancienneté et instille le soupçon d'un certain passéisme. Son association à une « rétraction » qui renvoie à une politique - prétendument - rénovatrice semble en outre former un oxymore. Dès lors, pourquoi préférer le terme de « domaine » à d'autres expressions approchantes plus contemporaines ?

8. La notion de « biens publics », d'abord, nous paraît équivoque dans chacun de ses termes. Celui de « bien », d'abord, est passible de nombreuses interprétations. En économie, le « bien » n'est pas comme dans la doctrine juridique la « chose susceptible d'appropriation ». Les économistes qualifient par exemple de « biens publics purs » des éléments que le juriste n'oserait qualifier au mieux que de « choses », tels que l'air ou la lumière. Même en droit, le terme de « bien » est ambigu : dans un arrêt *Öneryildiz c/ Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le « *droit au respect des biens* »,

⁷ Voir sur ce point DE GAUDEMAR (H.), « Un droit domanial spécial des personnes publiques spécifiques », *JCP A* 2006, n° 1159.

garanti par l'article 1^{er} du Protocole n° 1, « a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété des biens corporels et qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne »⁸ ; et la Cour de considérer comme un bien « l'intérêt patrimonial » tenant à l'habitation et à des biens meubles, même si cet intérêt est issu d'une occupation du domaine illégale et qui ne persiste qu'en raison d'une tolérance de l'administration⁹. En second lieu, et surtout, la qualité de « publics » apposée aux « biens » est elle-même susceptible de plusieurs interprétations. Une interprétation organique conduira à ne retenir dans les « biens publics » que les biens appartenant à des personnes publiques, indépendamment de leur affectation ; une interprétation fonctionnelle invitera à n'y retenir que les biens affectés à une utilité publique, indépendamment de la nature de leur propriétaire. Or, la multiplication (à laquelle n'est pas étrangère la politique de cession) des hypothèses de biens privés affectés à l'utilité publique¹⁰, ou la confirmation récente de l'aptitude d'une propriété privée à être qualifiée d'« ouvrage public »¹¹, tendent à conforter la validité d'une interprétation fonctionnelle.

9. Dès lors, ce sont toutes les expressions composées de l'épithète « public » qui doivent être maniées avec précaution. Ainsi en est-il, d'abord, de « propriété publique ». Bien que la thèse de Philippe Yolka imprimât durablement à l'épithète un sens organique¹², rien n'interdit, comme pour les biens publics, une redéfinition fonctionnelle. De plus, le terme de « propriété » a ceci d'ambigu qu'il désigne tout à la fois le bien et le régime applicable au bien. Entendu dans ce second sens, la « rétraction de la propriété publique » pourrait signifier une normalisation de son régime, par un recul des principes d'incessibilité à vil prix ou d'insaisissabilité. Rien de tel pour le « domaine », qui désigne clairement les biens et se distingue sémantiquement de leur régime, qualifié quant à lui de « domanialité ». L'expression « patrimoine public », que l'on rencontre fréquemment pose certaines difficultés. Au pluriel, elle est employée comme synonyme de « propriétés des personnes publiques » ou de « domaine ». ; au singulier, sa signification est plus ambiguë. Au-delà de la

⁸ CEDH, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c/ Turquie*, req. n° 48939/99, n° 124 ; *AJDA* 2004, p. 2301 ; *AJDA* 2005, p. 1081, note Jégouzo ; *RTD Civ.* 2005, p. 422, note Revet.

⁹ *Ibid.*, n° 127.

¹⁰ Voir LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, préf. J. Petit, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011.

¹¹ TC, 12 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France c/ Michel*, req. n° C3718 ; *JCP A* 2010, n° 2173, note Moreau ; *RFDA* 2010, p. 551, concl. Guyomar, note Melleray. Voir également CE, ass., 29 avril 2010, *M. et Mme Béliгаud*, avis n° 323179 ; *AJDA* 2010, p. 1916, note Jeanneney ; *RDI* 2010, p. 390, note Févrot ; *RJEP* 2010, comm. 54, note Gaudemet ; *GDDAB*, n° 11, comm. Melleray.

¹² YOLKA (P.), *La propriété publique*, *op. cit.*

connotation culturelle du terme de patrimoine¹³, c'est l'applicabilité de la notion classique de patrimoine à l'actif et au passif des personnes publiques qui est problématique. Ainsi que le relève Philippe Yolka, l'insaisissabilité des biens publics perturbe la reconnaissance de l'universalité caractéristique du patrimoine dans la théorie classique d'Aubry et Rau¹⁴. Du reste, même en retenant une vision « *dissidente* »¹⁵ de la notion de patrimoine, simplement conçu comme un « ensemble de biens »¹⁶, le caractère potentiellement fonctionnel de l'épithète « public » contribue à fragiliser la notion.

10. Il reste donc l'expression consacrée par le Code, celle de « *propriété des personnes publiques* ». Au-delà de la facilité de langage que permet l'emploi du terme « domaine »¹⁷, ce dernier présente le mérite d'être suffisamment transversal d'un point de vue temporel pour une étude qui intégrera fréquemment des éléments historiques. On peut parler de « domaine » aujourd'hui, comme on le pouvait déjà hier. En revanche, difficile de parler de « propriété des personnes publiques » pour qualifier le droit exercé sur le domaine de la Couronne, souvent assimilé par les légistes de l'Ancien régime à un droit de garde sur des choses insusceptibles de propriété. Enfin, le terme de domaine est d'autant plus adapté qu'une réflexion sur les biens des personnes publiques qui ne peuvent définitivement pas être cédés à des personnes privées invite peut-être à reconsidérer leur aptitude à la propriété, fut-elle publique.

11. Optons donc pour la simplicité et l'univocité en choisissant ce terme de « domaine », qui désignera dans la suite de cette étude *l'ensemble des biens dont sont aujourd'hui propriétaires les personnes publiques*. C'est à dessein que nous ne lui adjoignons aucune épithète.

12. Il peut sembler surprenant pour le juriste de lire « rétraction du domaine » sans plus de précisions : l'inaliénabilité du domaine public s'opposant, en principe, à sa cession, il est étrange de ne pas s'intéresser qu'à la rétraction du domaine privé. Toutefois, la porosité de la

¹³ Connotation qui en elle-même n'est pas éliminatoire. Après tout, nous retenons la notion de « domaine » qui évoque au lecteur d'immenses propriétés foncières agricoles centrées autour d'un château.

¹⁴ YOLKA (P.), « Personnalité publique et patrimoine », in *La personnalité juridique*, LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2007, pp. 45 et 46.

¹⁵ ZÉNATI (F.), « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667, note n° 5.

¹⁶ Voir en ce sens SÉRIAUX (A.), « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 802.

¹⁷ On serait bien en peine de trouver un équivalent de l'épithète « domanial », et qui ne soit pas « public », si l'on devait privilégier l'expression « propriété des personnes publiques » à celle de « domaine ».

frontière entre domaine public et domaine privé, et l'aisance avec laquelle le législateur ou le propriétaire public peuvent faire basculer dans leur domaine privé un bien jusqu'alors situé dans leur domaine public, exigent cette vision globale. Limiter la rétraction au domaine privé serait d'autant moins pertinent que cette catégorie inclut des biens dont les conditions d'aliénation sont à certains égards comparables à celles de biens figurant dans le domaine public. C'est le cas, par exemple, des chemins ruraux dont l'aliénation suppose d'abord une désaffectation de fait ; c'est encore le cas des forêts domaniales qui, sauf cas particulier, ne peuvent être aliénées que par le législateur.

13. En outre, nous ne nous focaliserons pas sur le seul domaine de l'État. D'abord, parce que le domaine se caractérise par une certaine unité : la circulation des biens domaniaux entre personnes publiques¹⁸ est facilitée par l'inapplicabilité à ces transactions des principes d'inaliénabilité et d'incessibilité à vil prix ; le CGPPP, en préservant la théorie des mutations domaniales, contribue à une « propriété éminente »¹⁹ de l'État ; la jurisprudence semble fondre dans un même moule les propriétés publiques en retenant, au travers de la théorie des actes détachables, la compétence du juge administratif dès lors qu'est en cause le périmètre ou la consistance de la propriété publique²⁰. Ainsi que le note Ariane Vidal-Naquet, « *tant que l'on reste dans le patrimoine public, il n'y a pas de protection particulière du droit de propriété et le titulaire de ce droit est relativement indifférent. C'est privilégier ce que l'on pourrait appeler une vision unitaire de la propriété publique, faisant douter de l'équivalence entre propriété publique et propriété privée* »²¹. Le domaine étatique comme le domaine local représentent de très forts enjeux pour cette étude. C'est l'étude de la rétraction du domaine étatique qui révèle la fonction budgétaire de la politique de cession, au travers de la structuration de la loi de finances et des documents qui lui sont annexés. Émerge ainsi, au niveau de l'État, un modèle de rétraction fondé sur la volonté d'amorcer ou d'accélérer un désendettement. Faute de documents comparables, un tel modèle n'est pas visible au niveau des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics. La fonction de la rétraction n'est donc réellement perceptible qu'au niveau étatique. Mais l'étude de la rétraction du

¹⁸ Voir sur ce point BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Laviolle, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011.

¹⁹ Voir sur ce point BIOY (X.), « La propriété éminente de l'État », *RFDA* 2006, p. 963.

²⁰ TC, 22 novembre 2010, *Société Brasserie du Théâtre*, req. n° C3764 ; *JCP A* 2011, n° 2041, note Sorbara ; *AJDA* 2010, p. 2423, note Botteghi et Lallet ; *RDI* 2011, p. 450, note Caille.

²¹ VIDAL-NAQUET (A.), « Droit constitutionnel et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, p. 27.

domaine présente également un grand intérêt au niveau local, du point de vue de ses limites : c'est sur le domaine des collectivités territoriales que les enjeux de la rétraction sont les plus importants pour les libertés publiques et les relations sociales. Ces collectivités, et en particulier les communes, sont en effet propriétaires des voies publiques qui, telles que les rues ou les places, assurent le lien social le plus fondamental entre les individus.

2. La notion de rétraction

14. C'est, à notre connaissance, à Philippe Yolka qu'il revient d'avoir évoqué le premier le terme de « rétraction », pour qualifier la politique de cession engagée par l'État. Dans un article de 2003, l'auteur s'interrogeait déjà sur les limites de cette politique²². S'il ne s'agissait là que d'une incise dont il reconnaissait qu'elle n'était « *qu'extrapolation* »²³, le terme, emprunté aux sciences dures²⁴, permet de visualiser parfaitement la direction empruntée par la politique de cession. Cette direction est celle que préconisa un rapport du Conseil d'État de 1986 : celui d'un recentrage du domaine public sur un « noyau dur »²⁵, qui reste encore à identifier. Surtout, le terme de rétraction a ceci d'avantageux, par rapport à d'autres termes voisins tels que « réduction » ou « compression », qu'il révèle l'existence d'une première phase d'extension de son objet ; or, la diminution actuelle du volume domanial suit effectivement une phase d'extension du domaine, conséquence d'une conception interventionniste de l'État.

15. La « rétraction du domaine » peut, sur cette base, se définir comme l'*abaissement général de la quantité de biens appartenant aux personnes publiques*. Cette définition exclut un certain nombre de transactions qui, précisément parce qu'elles ne contribuent pas à la disparition du domaine, posent beaucoup moins de difficultés sur le plan de leur justification ou de leurs limites.

²² YOLKA (P.), « Un État sans domaine ? », *AJDA* 2003, p. 1017.

²³ *Ibid.*

²⁴ Le *Littré* donne de la rétraction les définitions suivantes : « 1. Terme d'histoire naturelle. État d'une partie rétractile, d'une partie retirée, rentrée en dedans ; 2. Terme de médecine. État d'une partie qui est revenue sur elle-même, et qui a perdu par là une partie de ses dimensions normales ». Seul le terme de « rétractile » semble *a priori* plus proche des sciences sociales puisqu'au-delà du sens physiologique qui désigne le mouvement des griffes du chat, « on dit dans un sens analogue : force, mouvement rétractile ».

²⁵ Conseil d'État, « Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques », Rapport adopté par la Section du rapport et des études en juin 1986, *EDCE* 1987, n° 38, p. 13.

16. Procède d'abord de la rétraction du domaine sa cession *au profit de personnes privées*. Sont donc exclues de cette étude les cessions entre personnes publiques. Les termes de « cession » et d' « aliénation » ne se confondent pas avec la rétraction, car ils n'offrent aucune information sur la nature du cessionnaire. La « cession » est simplement l'acte par lequel le bien est transmis à un autre propriétaire, peu importe la nature de ce dernier. D'ailleurs, la troisième partie du CGPPP s'appelle « Cession » et traite autant des cessions entre personnes publiques que des cessions à destination d'acquéreurs privés. En revanche, une interprétation étymologique du terme d' « aliénation » aurait pu le rendre propre à ne désigner que les cessions à destination de personnes privées : l'origine latine *alienare* signifie en effet « rendre autre ». En ce sens, « aliéner » le domaine, le « rendre autre », signifierait faire de lui ce qu'il n'est pas, à savoir un bien privé. Cette interprétation serait toutefois en opposition trop frontale avec les termes du Code, qui emploie indifféremment les verbes « aliéner » et « céder ». Le terme de « privatisation » aurait également pu convenir. Il souffre toutefois de l'interprétation potentiellement fonctionnelle que subit sa racine. La « privatisation du domaine » pourrait en ce sens être comprise non comme sa cession à des personnes privées, mais comme l'augmentation, au sein d'un domaine dont le volume global resterait stable, de la part du domaine privé. L'expression pourrait également être comprise, dans une acception plus extensive, comme l'augmentation générale du nombre d'occupations privées sur le domaine. Le mot « privatisation » est par ailleurs très connoté et évoque immédiatement celle du statut ou du capital d'entreprises publiques. Ces privatisations participent à certains égards à la rétraction du domaine, mais cette dernière ne saurait s'y résumer.

17. En plus des ventes ou des dons au profit de personnes privées, l'échange d'un bien domanial contre un bien privé peut également, dans certains cas, provoquer une rétraction du domaine. Pourtant, le procédé est *a priori* étranger à la formule : la meilleure preuve en est que les dispositions le concernant sont reproduites à l'identique dans la première partie du CGPPP, celle relative à l'acquisition, et dans sa troisième partie, celle relative à la cession. Le juriste a donc l'embarras du choix : l'article L. 1111-2 alinéa 1 et l'article L. 3211-22 disposent tous deux que « *l'échange des biens et des droits à caractère immobilier qui appartiennent à l'État est consenti dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État* »²⁶. C'est somme toute logique, puisque l'échange suppose tout à la fois l'acquisition et la cession

²⁶ Les articles L. 1111-3 sont également identiques et prévoient les modalités de l'échange lorsque son objet est grevé d'inscriptions.

d'un bien. L'article 1702 du Code civil le définit en effet comme un « *contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* ». Dès lors, le procédé, qui n'a *a priori* aucun impact sur la quantité de biens domaniaux, échapperait à la logique de la rétraction. On ne peut toutefois réprimer un sentiment de malaise à l'idée d'une transaction qui, valablement qualifiée d'échange, aboutirait à une baisse de la surface du domaine : un exemple en serait l'échange d'un immeuble domanial étendu contre un immeuble privé moins étendu, quoique d'une valeur vénale équivalente. Il y aurait alors rétraction du domaine du point de vue de sa superficie, mais non d'un point de vue comptable. Suivant ce premier point de vue, l'échange est donc susceptible de contribuer à la rétraction du domaine. L'équivalence de la valeur des biens échangés n'est de toute façon pas obligatoire, puisque le droit civil autorise l'échange avec versement d'une soulte. L'administration qui échangerait des bureaux excessivement grands contre les bureaux moins chers et plus modestes d'une personne privée, auxquels s'ajouterait une soulte, s'inscrirait bien dans une démarche de rétraction du domaine. Il convient donc de conserver l'échange parmi les procédés de rétraction. Conservons-y également les « apports » d'immeubles du domaine privé de l'État qui, en vertu de l'article L. 3211-24, ne peuvent servir qu'à la réalisation d'opérations d'aménagement ou de construction. Bien qu'il consiste en un transfert gratuit, et est par conséquent étranger à la logique financière de la politique de rétraction, cette forme spécifique d'apport provoque bel et bien un abaissement du volume du domaine.

18. Le terme de « concession », tel qu'employé à l'heure actuelle, renvoie à une délégation de service public. Il faut toutefois le manier avec précaution car, en particulier en matière de lais et relais, il revêtait par le passé la même signification que le terme de « cession ». Ducrocq considérait par exemple que la concession n'était qu'une cession spécifique, dont la particularité était simplement d'être conclue à l'amiable²⁷. Maguero distinguait quant à lui plusieurs types de concessions (concessions de travaux publics, concessions à titre précaire sur le domaine public...), parmi lesquelles figuraient les « concessions de propriété » de marais, lais et relais de la mer et autres atterrissements

²⁷ DUCROCQ (T.), *Traité des ventes domaniales*, Paris : Cotillon, 1865, p. 18 : « *La concession peut être faite soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, d'après les conditions déterminées dans chaque espèce ; elle peut constituer soit une vente à l'amiable, soit une donation. Ce mode est employé lorsque des considérations d'intérêt général exigent que l'aliénation soit faite au profit d'une personne déterminée, que cette personne soit un simple particulier ou une individualité morale ou civile, telle encore qu'un département, une commune, un établissement public ou un établissement d'utilité publique* ».

résultant de l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807²⁸. Il s'agissait bel et bien de cessions définitives. Ces cessions des lais et relais se prolongèrent d'ailleurs au travers des « concessions d'endigage translatives de propriété » qui, tout aussi vectrices de rétraction du domaine lorsque conclues avec des personnes privées, ne furent proscrites qu'à compter des années 1970²⁹.

19. Le CGPPP limite l'unité de la propriété des personnes publiques au cadre national. La preuve en est qu'il n'indique rien sur les immeubles possédés par une personne publique étrangère sur le sol français, mais traite en revanche des immeubles situés à l'étranger dont sont propriétaires les personnes publiques françaises. Par conséquent, nous devons regarder comme des procédés de rétraction du domaine les opérations de cession de biens domaniaux dont les acquéreurs sont des personnes publiques étrangères. Il en est ainsi non seulement des cessions de la propriété, mais aussi, à certains égards, des cessions du territoire. Le *Dictionnaire de droit international public et privé* publié en 1885 indique que cette dernière forme de cession « est un des moyens d'aliéner le territoire national, c'est-à-dire d'en transmettre la possession à un autre État (...) Si la cession change ainsi les droits politiques des habitants du territoire et transfère au nouveau souverain la propriété du domaine public de son cédant, il n'en est pas de même de la propriété privée, qui demeure incommutable entre les mains de ses légitimes possesseurs ; les relations mutuelles des citoyens et leurs droits de propriété subsistent intacts. L'État cessionnaire n'a pas seulement le droit strict de respecter les droits acquis ; il est encore moralement tenu de chercher par tous les moyens en son pouvoir à en garantir le maintien et à en améliorer ou à en faciliter l'exercice. Cette doctrine a reçu la consécration des traités »³⁰. La propriété privée, dans laquelle on doit inclure, eu égard à l'époque, les biens du domaine privé, reste donc intacte ; en revanche, l'État cédant perd la propriété des biens de son domaine public. Il y a donc bien, en ce cas, rétraction du domaine. L'hypothèse semble surannée ; elle est n'est pourtant pas si éloignée de l'actualité, y compris sur le territoire français. La République de Maurice se fonde en effet

²⁸ MAGUERO (É.), *Dictionnaire des domaines*, Paris : Berger-Levrault et C^{ie}, 1899, pp. 157 et 158. La disposition, plus tard codifiée à l'article L. 64 du Code du domaine de l'État, prévoyait que « le Gouvernement concédera aux conditions qu'il aura réglées, les marais, lais et relais de la mer, le droit d'endigage, les accrues, atterrissements et alluvions des fleuves, rivières et torrents, quant à ceux de ces objets qui forment propriété publique ou domaniale ».

²⁹ Voir sur ce point GODFRIN (P.), DEGOFFE (M.), *Droit administratif des biens*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Sirey, 2012, pp. 38 à 40.

³⁰ CALVO (C.), *Dictionnaire de droit international public et privé*, Tome 1, Paris : Guillaumin & Cie, A. Rousseau, 1885, p. 135.

sur les dispositions du traité de Paris du 30 mai 1814, par laquelle la France *cédait* au Royaume-Uni l'île Maurice et ses dépendances³¹, pour revendiquer sa souveraineté sur le Tromelin, îlot actuellement classé parmi les Terres australes et antarctiques françaises. Le différend pourrait se solder par un accord-cadre de cogestion, en cours de ratification³², qui n'implique pas en lui-même de rétraction du domaine. Toutefois, même si elle est rarissime et ne sera utilisée dans les prochains développements qu'à un titre historique, il n'existe aucune raison de principe pour exclure cette hypothèse de cession du champ de notre étude.

20. Nous pouvons en revanche en exclure les biens acquis par des personnes privées à la suite d'une prescription acquisitive. Définir ainsi que nous l'avons fait la rétraction comme un « *abaissement* » plutôt que comme une « *baisse* » implique une action, et donc l'existence d'une part formalisée de volonté de la part des propriétaires publics. Il en résulte que nous n'étudierons pas la baisse du volume domanial résultant d'une usucapion, pourtant classiquement étudiée dans les thèses relatives à l'aliénation domaniale³³. L'usucapion, d'abord, est interdite sur le domaine public en raison de son imprescriptibilité. Certes, la cession à des personnes privées l'est également, ce qui ne nous empêche pas d'évoquer une rétraction de l'ensemble du domaine. Toutefois, contrairement à ce qui peut se produire pour la cession, l'on imagine assez mal un propriétaire public déclasser son bien simplement dans l'intention d'en permettre l'usucapion. En outre, comme nous le verrons, la rétraction est une politique volontariste qui vise officiellement au désendettement. Elle s'accommode mal de l'usucapion qui est un procédé davantage subi par le propriétaire public, qui peut parfaitement ignorer la possession paisible, publique et continue d'un tiers.

21. Par ailleurs, tous les actes insusceptibles d'engendrer une réduction du volume des propriétés publiques sont naturellement hors du champ de cette étude. Ainsi en est-il

³¹ Avant que ladite République ne succédât au Royaume-Uni dans ses droits sur la zone, ce qui explique la revendication actuelle.

³² Sur cette question, voir GAYMARD (H.), *Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant l'approbation de l'accord-cadre entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Maurice sur la cogestion économique, scientifique et environnementale relative à l'île de Tromelin et à ses espaces maritimes environnants*, Rapport n° 840 (Assemblée nationale, 14^{ème} législature), 20 mars 2013.

³³ Voir par exemple DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859 ; DESJARDINS (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1862.

notamment des droits réels qui, pour reprendre l'opposition opérée par le juge des conflits³⁴, portent atteinte à la « consistance » de la propriété publique, mais non à son « périmètre ». Le fait de consentir sur un bien domanial un bail emphytéotique avec les droits réels qui lui sont inhérents ne peut pas vraiment être assimilé à de la rétraction, d'autant moins que la longueur du bail ne préjudicie pas aux droits du propriétaire public, censé être éternel. La charge que supporte un propriétaire public du fait d'une servitude ne l'empêche pas non plus de demeurer propriétaire de son bien. Pour les mêmes raisons, on ne saurait admettre que la cession de mitoyenneté constitue un acte de rétraction. La copropriété n'est pas, en elle-même, vectrice de rétraction. Cession de droits réels ou cession de mitoyenneté, il s'agit de toute façon d'hypothèses suffisamment rares pour n'avoir presque jamais été remarquées en doctrine³⁵. De surcroît, elles échappent à la démarche de rétraction du domaine telle que formalisée par les pouvoirs publics au travers d'institutions *ad hoc* et d'outils adaptés. Même sans connaître les chiffres, on imagine mal que la cession de mitoyenneté des biens domaniaux contribue significativement à la résorption de l'endettement public.

22. En revanche, clairement fondés sur une volonté d'enrichissement des personnes publiques, il existe les « droits réels administratifs » instaurés par l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988³⁶ et celle du 25 juillet 1994³⁷. Des auteurs tels qu'Yves Gaudemet ont pu comparer les droits ainsi créés à celui du superficiaire en droit civil³⁸. Sachant que le superficiaire est titulaire d'un plein droit de propriété sur le dessus du sol³⁹, l'attribution de ces droits réels administratifs à l'occupant privatif pourrait s'assimiler à une cession. C'est d'ailleurs probablement ce que crurent les parlementaires qui soumirent à la censure du Conseil constitutionnel la loi de 1994, estimant que ce qu'ils considéraient comme une aliénation était contraire à l'inaliénabilité du domaine public, selon eux constitutionnelle. Le Conseil n'eut même pas à se prononcer sur ce dernier point : il lui suffit de constater que l'administrativité de ces droits réels, c'est-à-dire les nombreuses limitations dans leur exercice (durée limitée par l'occupant de la titularité des droits et obligations du propriétaire, titre

³⁴ TC, 22 octobre 2010, *Société Brasserie du Théâtre*, déc. précitée.

³⁵ Voir néanmoins RAUNET (M.), LÉONETTI (R.), « Ventes et autres cessions des immeubles de l'État », *JCI. Propriétés publiques* (fasc. n° 82), 2013, §§ 318 s.

³⁶ Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, *JORF* du 6 janvier 1988, p. 208.

³⁷ Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *JORF* du 26 juillet 1994, p. 10749.

³⁸ GAUDEMET (Y.), « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094.

³⁹ Il s'agit d'une division spatiale de la propriété, non de sa division économique comme dans le cas des droits réels

d'occupation retirable à tout moment, interdiction de céder ou d'hypothéquer l'ouvrage construit sans l'agrément de l'administration...) empêchait de qualifier d' « aliénation » leur attribution à un occupant privatif. Par conséquent, et bien que ces droits ressemblent effectivement, le temps de l'occupation, à ceux du superficiaire, l'attribution de droits réels administratifs échappe au champ d'application de la rétraction du domaine.

II. L'intérêt d'une étude sur la rétraction du domaine

Cet intérêt réside d'abord dans l'actualité de la politique de rétraction du domaine (1), suscitant fréquemment une opposition qui invite à se questionner sur ses enjeux et limites (2).

1. L'actualité de la rétraction du domaine

« *Quand l'État vend notre patrimoine* », « *L'État vend à tout-va* », « *Et maintenant, on vend les bijoux de famille !* » ... Ce ne sont là que quelques exemples des titres de presse qui se succèdent depuis quelques années pour décrire, sur un ton volontiers réprobateur, la politique de cession du domaine. Cette actualité est en fait la conséquence de deux phénomènes contemporains, dont il est difficile de déterminer lequel est à l'origine de l'autre : le redéploiement d'une idéologie libérale (a), et la lutte contre la crise des finances publiques (b).

a. Le redéploiement d'une idéologie libérale

23. Le redéploiement de l'idéologie libérale implique une mise en retrait des personnes publiques, recentrant leur action sur les missions régaliennes et laissant à l'initiative privée la charge des autres services publics. Ce retrait s'illustre classiquement par la privatisation en deux temps des établissements publics, d'abord de leur statut, ensuite de leur capital. Or, ce modèle de privatisation peut impliquer à chaque étape une rétraction du domaine, par la cession à la société privée nouvellement créée des immeubles nécessaires au service public, puis par la cession à des personnes privées des parts sociales détenues jusqu'alors. Mais l'idéologie qui commande cette mise en retrait du secteur public génère une rétraction du domaine en dehors même du cas des entreprises publiques. Le fait que les personnes publiques doivent livrer aux particuliers la propriété des biens, et ne conserver que le strict

minimum, est une idée qu'exprima très clairement Quesnay, chef de file des physiocrates : « *Si c'est un avantage pour l'État qu'il y ait beaucoup de Cultivateurs, il est également essentiel au bien-être de cet État que ces Cultivateurs soient propriétaires ; & il seroit à désirer que les deux tiers du terrain d'une Paroisse fussent tellement destinés pour les Roturiers, que le Seigneur ne pût jamais agrandir son Domaine au de là du tiers (...) Si un Prince étoit assez riche pour acheter les Domaines de tous ses sujets, en sorte qu'il pût devenir seul propriétaire, il ne seroit pas long-temps puissant. Bientôt ses Domaines diminueroient de valeur, parce qu'ils ne seroient plus cultivés que par des fermiers, le commerce tomberoit, & quelque belliqueuse que fût une Nation, le courage s'abatardiroit avec la perte de la propriété des fonds* »⁴⁰. S'ajoute à cela le soupçon d'une stérilité du domaine, qu'évoqua le préambule de la loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 : « *Des possessions foncières, livrées à une administration générale, sont frappées d'une sorte de stérilité, tandis que, dans les mains de propriétaires actifs et vigilants, elles se fertilisent, multiplient les subsistances, animent la circulation, fournissent des aliments à l'industrie et enrichissent l'État* ». Seuls les propriétaires privés seraient donc capables de tirer le meilleur profit de la terre.

24. Dès lors, le volume du domaine varie avec le rôle de l'État. À État-gendarme, domaine modeste ; à État interventionniste, domaine étendu. La taille du domaine constitue ainsi un baromètre du degré d'interventionnisme de l'État. Le domaine public lui-même fait déjà office d'instrument de mesure : « *Un État libéral, estime Catherine Mamontoff, se contentera d'un domaine public restreint dans son étendue mais fortement protégé (...) Un État interventionniste fera de son domaine un instrument de développement économique, ce qui le conduira à l'accroître* »⁴¹. Cette corrélation peut être étendue à l'ensemble du domaine : une propriété publique minimisée reflète la volonté de l'État de se limiter à ses missions régaliennes et de libérer le foncier au profit des personnes privées, à charge pour elles de le rendre productif ; une propriété publique maximisée rapprocherait l'État de l'idéal communiste dans lequel la propriété privée des citoyens est, au contraire, extrêmement limitée⁴².

⁴⁰ QUESNAY (F.), *Essai sur l'administration des terres*, Paris : Jean-Thomas Hérisant, 1759, pp. 146 et 149.

⁴¹ MAMONTOFF (C.), *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, préf. P. Godfrin, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 7.

⁴² CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, pp. 177 s.

25. Le seul constat de cette corrélation ne permet toutefois pas d'identifier le lien exact entre la politique de rétraction et la réforme de l'État. La « révision générale des politiques publiques lancée » en 2007 et la « modernisation de l'action publique » qui lui succéda en 2012 ne prônent pas clairement un retour vers l'État-gendarme, et affichent simplement l'ambition de maintenir le même niveau de service avec des moyens financiers diminués. Ceci implique une baisse des moyens humains, mais aussi (et par conséquent) une baisse des moyens matériels. Dès lors, le lien entre la réforme de l'État et la rétraction du domaine est *a priori* le suivant : la seconde est une conséquence de la première. Parce que l'État renonce à exercer certaines activités de service public, il cède les biens qui lui étaient jusqu'alors nécessaires au nouveau prestataire ; parce qu'il concentre ses interventions, il regroupe ses services dans des bâtiments communs ; parce qu'il estime que ses missions n'ont pas besoin d'être exercées dans des bâtiments situés dans les quartiers les plus chers de la capitale, il les délocalise dans des zones où les prix sont moins élevés ; parce que, surtout le nombre de fonctionnaires diminue, il réduit celui des bureaux. Sur ce dernier point, d'ailleurs, le départ à la retraite d'un nombre important d'agents, effet du *baby-boom*, apparaît comme une occasion pour le gouvernement de déplacer ses bureaux en limitant les réticences⁴³. D'autres réformes plus sectorielles libèrent également des immeubles domaniaux, telles que les restructurations militaires ou la réforme de la carte judiciaire.

26. Mais plus qu'une simple conséquence de la réforme de l'État, il se pourrait que la politique de rétraction en soit aussi le démarreur. Dans un rapport de 2008, l'Assemblée nationale présentait les cessions domaniales comme une première étape de la rénovation de la politique patrimoniale de l'État : « *Ces cessions ont montré leur utilité au début du processus de réforme pour redimensionner le parc (...) et amorcer le mouvement de modernisation. Elles doivent maintenant céder la place à la gestion (...) Ces cessions étaient nécessaires dans un premier temps, dans la mesure où le patrimoine immobilier de l'État n'avait cessé de s'accroître au cours des dernières années (...) Il s'agit maintenant, au-delà des cessions, d'impulser et de mener une véritable gestion de l'immobilier de l'État, dont les cessions ne seraient qu'un aspect* »⁴⁴. Or, la rénovation de la politique patrimoniale de l'État, qui passe

⁴³ Institut Montaigne, *Immobilier de l'État : quoi vendre, pourquoi, comment*, Rapport décembre 2005, p. 11.

⁴⁴ DENIAUD (Y.), DUMONT (J.-L.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, en conclusion des travaux de la Mission d'évaluation et de contrôle (MEC), sur les suites données aux préconisations de la Mission d'évaluation*

donc d'abord par une politique de cession, constitue un premier levier à la réforme de l'État en général. L'Institut de la gestion déléguée l'indique clairement dans un rapport rendu en 2004 : « *On peut penser (...) qu'une réforme en profondeur du droit des propriétés publiques constituerait un des éléments les plus apparents et les plus significatifs, sur le plan économique, d'une véritable réforme de l'État, davantage que des propos incantatoires trop répétés qui ne s'attachent qu'aux formes de l'action publique* »⁴⁵.

27. Il est intéressant de constater l'intimité du lien entre l'appropriation publique et l'affrontement des idéologies politiques. Comme nous l'avons déjà indiqué, le domaine constitue aujourd'hui un baromètre pertinent pour juger du rôle interventionniste ou libéral de l'État, rôle qui oppose encore les deux principales tendances politiques. Mais au XIX^{ème} siècle, alors que la bipolarité politique se cristallisait sur l'opposition entre républicains et monarchistes, le domaine révélait déjà, à certains égards, un indicateur de l'orientation choisie. En témoigne le cas des joyaux de la Couronne, dont la vente constitua, bien plus qu'un enjeu financier, un enjeu politique majeur. Le but de cette vente opérée par une loi de 1887 fut clairement de renforcer, fut-ce symboliquement, le régime républicain. Le député Hervé de Saisy, défenseur du projet, ne masquait pas les intentions de son clan : « *Parmi les sacrifices que la solidarité nous impose, en est-il un plus léger, plus facile à consentir, moins onéreux à la nation que celui des joyaux (...) de la Couronne ? Oui, c'est à la fois ce qu'il y a de plus vain et de plus inutile, de plus fragile et de plus superflu. J'en appelle à vous, monarchistes, qui poursuivez l'idéal d'un président héréditaire de République dépourvue de tout faste royal, à vous, républicains, qui voulez pour notre pays, une république sage, honnête et austère, regretteriez vous ces hochets ?* »⁴⁶. Cette vente constitua donc un véritable trophée pour les républicains, qui purent immédiatement invoquer l'absence symbolique de couronne pour revendiquer l'absence de monarchie⁴⁷.

et de contrôle sur l'immobilier de l'État, Rapport d'information n° 923 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 4 juin 2008, p. 15.

⁴⁵ Institut de la gestion déléguée, *Rapport du groupe de travail «Valorisation des propriétés publiques* », 2004, p. 7. Voir également REISMAN (C.), « La modernisation de la politique immobilière de l'État. Un chantier emblématique de la réforme de l'État », *Gestion et finances publiques* 2010, p. 400.

⁴⁶ Projet H. de Saisy du 7 août 1881, cité in CALLU (A.), *La réunion des musées nationaux 1870-1940, Genèse et fonctionnement*, École des chartes, 1994. p. 111 et 112.

⁴⁷ MIETTON (N.), *Destin de diamants*, Pygmalion (livre numérique), 2013 : « *Les diamants de la couronne symbolisent trop la monarchie avec laquelle les républicains veulent rompre. En décembre 1886, une loi "relative à l'aliénation d'une partie des joyaux de la couronne" est votée et promulguée le 11 janvier 1887. À l'exception de certaines pièces "présentant un intérêt historique", la III^e République se défait de ces "hochets" (...) Selon un député, "une démocratie sûre d'elle-même et confiante dans l'avenir a pour devoir de se défaire de*

b. La crise des finances publiques

28. La réforme du secteur public ne peut toutefois être dissociée de l'autre phénomène conditionnant la rétraction, celui de la crise des finances publiques. En France, la volonté de réduire le déficit public pour se conformer aux critères de convergence implique la mobilisation de nouvelles ressources. Le record qu'atteint la dette publique, supérieure à 2 000 milliards d'euros depuis juillet 2014, rend difficile le recours aux marchés financiers, d'autant plus que les critères de convergences imposent également une réduction de l'endettement. Le levier fiscal, évidemment impopulaire, ne peut être utilisé qu'avec parcimonie : même le doublement pur et simple de l'impôt sur le revenu, que l'on imaginerait mal se réaliser sans heurts, ne suffirait pas à combler le déficit budgétaire de l'État et donc à entamer une réelle politique de désendettement⁴⁸. Dans ce contexte, la ressource domaniale apparaît comme une solution de dernier recours. Les intentions du gouvernement pour 2015 le révèlent : le 1^{er} octobre 2014, le ministre des Finances et des Comptes publics annonçait la vente en 2015 de 4 milliards d'euros d'actifs, principalement financiers, dans le seul but de désendetter l'État⁴⁹.

29. C'est finalement à une inversion de la dialectique classique entre l'impôt et le domaine que l'on assiste : la cession du domaine de la Couronne impliquait autrefois une perte de revenus publics qui ne pouvait être compensée que par l'impôt. À mesure que le volume du domaine baissait, c'était donc celui de l'impôt qui augmentait⁵⁰. La logique est désormais renversée : la rétraction du domaine est censée aboutir à une baisse de l'impôt, ou en tout cas à sa non-augmentation. Le discours particulièrement véhément tenu par deux journalistes dans les années 1990 en témoigne, à travers l'exemple du déficit de la Sécurité

ces objets de luxe sans utilité et sans valeur morale, et de ne pas laisser improductive une somme considérable enterrée dans les caves. C'est ce que doivent comprendre d'ailleurs eux-mêmes les nombreux prétendants, et avant de se disputer la couronne, au grand détriment du pays, ils pourront tout à son avantage s'en disputer les bijoux sur le terrain des enchères..."

⁴⁸ Les chiffres figurent à l'article 60 de la loi de finances initiale (en général optimiste dans l'évaluation des crédits) pour 2014 (loi n° 2013-1278, *JORF* du 30 décembre 2013, p. 21829) : le produit brut de l'impôt sur le revenu est estimé à plus de 80,3 milliards d'euros, le déficit est estimé à plus de 82,5 milliards d'euros.

⁴⁹ PIETRALUNGA (C.), « L'État va vendre des actifs pour se désendetter », *LeMonde.fr*, 1^{er} octobre 2014 (voir lien internet en fin de bibliographie).

⁵⁰ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, thèse précitée, p. 364 : « Cette atteinte au pouvoir de disposer du roi (...) ne trouvait sa justification que dans la volonté de ne pas réduire à néant un patrimoine source de revenus. L'inaliénabilité du domaine de la Couronne était finalement motivée par des considérations économiques et financières. Elle interdisait au roi d'aliéner les biens et droits faisant partie du domaine de la Couronne, de manière à préserver les finances royales et à éviter d'avoir recours trop systématiquement à l'impôt ».

sociale : « *Puisque la Sécu s'est constitué un vaste domaine immobilier en consacrant à ce dessein une fraction des cotisations qu'elle prélevait, pourquoi ne céderait-elle pas une partie de son patrimoine afin de remplir ses caisses lorsque celles-ci sont vides ? Quand une entreprise connaît des difficultés, elle vend des actifs et reconstitue ainsi son capital ; qu'est-ce qui empêche la Sécu d'en faire autant ?* »⁵¹. L'argument convainquit visiblement l'État, qui cède désormais ses actifs et, au travers d'un compte d'affectation spéciale, affecte au désendettement une partie des produits de cession ainsi récoltés⁵².

30. La France n'est pas le seul État, loin s'en faut, dont les administrations s'engagent dans ce processus qui se heurte à de fortes oppositions. Le Portugal vend ses œuvres d'arts⁵³, l'Autriche ses montagnes⁵⁴, l'Irlande et le Royaume-Uni leurs forêts⁵⁵, l'Italie ses monuments historiques⁵⁶, l'Espagne ses bâtiments de prestige. La politique de cession du domaine s'intensifie sensiblement à mesure que la situation financière devient de plus en plus difficile. L'Espagne se caractérise par une politique de rétraction particulièrement généralisée puisque outre l'État, qui espérait en 2013 tirer rapidement 3 milliards d'euros de la cession de plus du quart de son patrimoine, les régions les plus endettées se sont engagées dans un processus similaire. La région de Catalogne, particulièrement endettée, a ainsi procédé depuis 2012 à la vente de près d'une vingtaine d'immeubles, parmi lesquels des immeubles de prestige au centre de Barcelone, pour capter près de 300 millions d'euros⁵⁷. On observe plus généralement que la menace d'une faillite publique provoque très souvent un regain d'intérêt pour la richesse domaniale. Impossible, à cet égard, d'occulter le cas particulièrement spectaculaire de la Grèce, priée par des parlementaires allemands de vendre ses îles pour rembourser sa dette. Le député Marco Wanderwitz soutint ainsi que « *si l'Union européenne et donc l'Allemagne venaient à aider financièrement la Grèce, il faudrait qu'elle consente des*

⁵¹ BEYTOUT (J.), PIGASSE (J.-P.), *Mille milliards de milliards ou la fortune collective des français*, Tsuru, 1993, p. 74.

⁵² Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

⁵³ L'État portugais souhaitait vendre une collection de 85 tableaux de l'artiste Joan Miro, ce qui créa une très vive polémique qui aboutit, finalement, à l'interdiction émise en 2014 par le tribunal administratif de Lisbonne de sortie du territoire de ladite collection.

⁵⁴ Le gouvernement autrichien proposa en 2011 la vente de deux sommets du Tyrol, le *Roskopf* et le *Grand Kinigat*. Devant l'opposition, ce projet fut retiré mais reste toujours d'actualité.

⁵⁵ Le Royaume-Uni lança en 2011 une consultation publique sur l'avenir des forêts du pays, en espérant encaisser près de 300 millions d'euros pour la vente d'environ un million d'hectares.

⁵⁶ À son arrivée au pouvoir en 2002, Silvio Berlusconi créa une société privée (« Patrimonio SPA ») chargée d'évaluer pour éventuellement céder le patrimoine historique.

⁵⁷ THÉPOT (M.), « L'Espagne liquide son patrimoine immobilier pour réduire (un peu) son déficit, *LaTribune.fr*, 21 août 2013 (voir bibliographie pour adresse complète).

garanties en échange. *Quelques îles pourraient ainsi faire l'affaire* »⁵⁸ ; le quotidien allemand *Bild* titra, quelques jours plus tard, « *On vous donne du fric, vous nous donnez Corfou* ». Si l'on ressent bien un ton plus proche de la bravade que de la proposition constructive, la réponse à ces propos confirma l'extrême sensibilité de la question. Le journal *Les Échos* rapporta la réponse sans ambages du président de la communauté grecque de Berlin : « *L'Allemagne aussi a des milliards de dettes, qu'elle vende donc la Bavière à la République tchèque pour les résorber !* »⁵⁹. Plus récemment encore, c'est la ville américaine de Détroit qui fut soumise à la tentation de renflouer ses comptes par la vente de ses biens, puisqu'il fut un temps question de vendre les tableaux de l'un des plus prestigieux musée des États-Unis, le *Detroit Institute of Arts*. Révélant le caractère extrême de cette solution, le *Detroit Free Press*, journal local, débuta un article par la phrase « *the once unthinkable is suddenly thinkable* »⁶⁰, littéralement « *ce qui était impensable devient soudainement pensable* ». Loin d'être anodine, cette remarque rappelle que l'appropriation publique des biens, quels qu'ils soient, n'est pas un acquis sur lequel il serait impossible de revenir. Le terme d'« *impensable* » fait d'ailleurs écho au lointain propos de Gilbert Maroger qui, dans les années 1940, estimait à propos de la cession des biens affectés à l'usage de tous qu'« *il serait invraisemblable qu'une collectivité publique eût l'idée de vendre un bien grevé d'une semblable affectation* »⁶¹. C'est précisément l'intérêt d'une étude sur la rétraction du domaine : reconsidérer la possibilité de céder à des personnes privées des biens qui ont toujours semblé incompatibles avec l'appropriation privée.

2. Les enjeux de la rétraction du domaine

Les résistances à la rétraction du domaine invitent à une réflexion ses nombreuses implications, qu'il s'agisse du pouvoir, du sentiment national ou de l'utilité publique.

31. La baisse du volume domanial engage d'abord le pouvoir. C'est évidemment le cas pour certains éléments particuliers tels que les voies publiques, qui servent l'exercice de

⁵⁸ AFP, « "On vous donne du fric, vous nous donnez Corfou" », *LeMonde.fr*, 4 mars 2010 (voir bibliographie pour adresse complète).

⁵⁹ DE MEYER (K.), « La vente des îles grecques, une histoire qui fait des vagues », *LesÉchos.fr*, 8 mars 2010 (voir bibliographie pour adresse complète).

⁶⁰ STRYKER (M.), GALLAGHER (J.), « DIA's art collection could face sell-off to satisfy Detroit's creditors », *Detroit Free Press*, 24 mai 2013 (voir bibliographie pour adresse complète).

⁶¹ MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. Capitant, Paris : Sirey, 1942, p. 318.

l'autorité et légitime l'institutionnalisation du pouvoir⁶². C'est aussi le cas pour le domaine public en général. Christian Lavalie établit un lien entre le domaine public et le pouvoir dans le processus de codification de 2006 : « *Le CGPPP témoigne de la volonté des représentants du souverain de réaffirmer solennellement leur maîtrise du domaine public. Il est une chose publique et à ce titre ne relève que du pouvoir politique. Au moment précis où sont mises sur pied des techniques nouvelles de valorisation et d'exploitation optimale de ce domaine, le renforcement du rôle du législateur dans la détermination de la domanialité publique est le signe que cette propriété publique là demeure dans sa consistance un attribut essentiel du pouvoir. Décidément la disparition du dominium comme prérogative de puissance publique n'est pas à l'ordre du jour* »⁶³. Rappelons aussi qu'une cession de territoire implique également la cession du domaine public, ce qui montre bien le lien de ce dernier avec la souveraineté. Mais la relation entre domaine et pouvoir dépasse le seul domaine affecté à l'utilité publique ; il existe un lien beaucoup plus fondamental entre le pouvoir et l'appropriation, qu'elle soit d'ailleurs publique ou privée. D'un point de vue historique, d'abord, le lien entre propriété et souveraineté s'illustre par leur confusion qui eut cours dès les premiers temps de la monarchie⁶⁴. Le lien entre le domaine et le pouvoir atteignit en effet son paroxysme sous le Haut Moyen Âge, lorsque l'*imperium* du Roi sur son domaine et des seigneurs sur leurs fiefs se confondit avec le *dominium*, lorsque la souveraineté se confondit avec la propriété. Avant que ne débute le processus d'extension du domaine royal, Christian Lavalie rappelle que ce domaine, au X^{ème} siècle, « *comprendait l'ensemble des biens constituant le territoire soumis à la domination directe du roi. Celui-ci possédait l'intégralité de son territoire de sorte qu'il y avait alors union absolue entre l'idée de souveraineté et l'idée de propriété. Cette conception patrimoniale du territoire s'appliquait aussi aux fiefs considérés comme de des propriétés seigneuriales* »⁶⁵. Ce n'est que dans un second temps que

⁶² Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁶³ LAVIALLE (C.), « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA* 2008, p. 497.

⁶⁴ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque des thèses, 2004, pp. 89 et 90 : « *Les biens de l'État, sans aucune distinction, sont devenus la propriété des rois Francs (...) Comble de la confusion de la propriété et de la souveraineté, les descendants de Clovis et Pépin le Bref se considèrent également comme les propriétaires du territoire du royaume (...) Cette conception traditionnelle du pouvoir a engendré une analyse patrimoniale du royaume (...) Propriété personnelle du roi, le territoire du royaume pouvait être librement vendu, échangé ou donné par celui-ci à ses fidèles* »

⁶⁵ LAVIALLE (C.), « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien Régime », *Droits* n° 15, 1992, pp. 25 et 26. Voir toutefois LEYTE (G.), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e - XV^e siècles)*, préf. A. Rigaudière, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, p. 94 : bien qu'il ne rejette pas l'hypothèse, l'auteur signale qu'« *on ne trouve (...) pas d'exemple prouvant que royaume et domaine aient jamais été confondus* ».

l'*imperium* se détacha du *dominium* et permit progressivement au roi d'exercer sa souveraineté sur des terres dont il ne prétendit pas être le propriétaire direct⁶⁶. D'un point de vue économique, ensuite, ce lien entre propriété et pouvoir, s'il conditionne bien sûr toute l'œuvre de Marx, fut aussi mis en exergue par d'autres économistes. John Kenneth Galbraith, par exemple, estime que la propriété « *permet l'exercice le plus banal du pouvoir, celui par lequel une personne en plie une autre à sa volonté en l'achetant purement et simplement (...)* Le lien entre propriété et pouvoir est si simple et si direct qu'on a pu jadis penser qu'il s'étendait à tout »⁶⁷. Sur un plan juridique, enfin, le lien entre propriété et pouvoir transparait évidemment dans le modèle romain de la propriété, où les prérogatives du propriétaire sur son bien confinent à la souveraineté. Les termes ne trompent pas : Zachariæ qualifie la propriété de « *droit en vertu duquel un objet est soumis, d'une manière absolue, au bon plaisir d'une personne. Le propriétaire est souverain par rapport à l'objet sur lequel porte son droit* »⁶⁸. Mikhaïl Xifaras détaille dans sa thèse l'élément de souveraineté inhérent au droit de propriété, et dévoile à ce titre le champ lexical du pouvoir qu'employaient les anciens auteurs pour qualifier les prérogatives du propriétaire, composé d'« omnipotence », de « despotisme », de « seigneurie » ou encore de « dictature »⁶⁹. Le lien entre pouvoir et propriété n'appartient donc pas, loin s'en faut, au passé. Concernant plus spécifiquement la politique de cession domaniale, il s'illustre particulièrement par les réticences des ministères à accepter le système des loyers budgétaires⁷⁰, comme si leur puissance était entamée par la remise en cause de leur statut de quasi-propriétaire des locaux qu'ils occupent. Les ministères et les pouvoirs publics constitutionnels rechignent parfois à jouer le jeu de la nouvelle politique immobilière : « *Si la LOLF, note Loïc Levoyer, a permis le changement culturel qui fait que l'on ne juge plus les politiques publiques sur les crédits budgétaires mais sur les résultats, les ministères*

⁶⁶ LAVIALLE (C.), « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien Régime », *art. cit.*, pp. 26 et 27. Voir également LEYTE (G.), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale*, *op. cit.*, p. 95, qui signale que le détachement commença à se faire clairement au début du XIII^e siècle : « *C'est apparemment sous Louis VIII que le terme de regnum commence à revêtir une signification plus complexe que sous ses prédécesseurs. S'il continue parfois à être synonyme de domaine, il est aussi employé pour désigner l'ensemble des terres contrôlées par le roi, essentiellement par le biais de l'administration directe et de la justice* ».

⁶⁷ GALBRAITH (J. K.), *Anatomie du pouvoir*, Éd. du Seuil, coll. L'histoire immédiate, 1985, p. 53.

⁶⁸ ZACHARIAE (K.), *Cours de droit civil français, revu et augmenté par Aubry et Rau*, 2^{ème} éd., Tome 1, Bruxelles : Société belge de librairie, Hauman et C^{ie}, 1842, p. 162.

⁶⁹ XIFARAS (M.), *La propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004, p. 123 : « *Le droit de propriété est un droit absolu qui confère à son titulaire un pouvoir souverain sur la matière. V. Marcadé parle d'un droit qui rend le propriétaire "maître et seigneur de la chose, lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier" ; Eugène Lerminier parle de dictature précisément dans le sens où ce pouvoir sur les choses ne s'accompagne d'aucun devoir vis-à-vis des choses* ».

⁷⁰ Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

continuent eux à penser que leur puissance se mesure au nombre de leurs effectifs et à l'importance de leur parc immobilier, qu'ils connaissent pourtant bien mal et qu'ils évaluent encore moins bien ». Les administrations estiment ainsi que leur puissance et leur influence sont corrélées à l'étendue de leur parc immobilier, voire à son opulence, pour que « *le pouvoir continue à s'incarner dans des décors conformes à son image intemporelle* »⁷¹.

32. Céder le domaine à une personne privée reviendrait donc à priver la collectivité publique d'une part de souveraineté. Ce serait aussi porter atteinte à cette collectivité publique dans ses fondements, ceux du sentiment d'appartenance commune. Interrogé dans le reportage mentionné au début de cette introduction, Norbert Foulquier estimait que « *le fait que l'État possède un patrimoine peut participer de la construction du sentiment national* ». Et l'on note en effet que les réticences de l'opinion publique sont les plus fortes lorsque la cession concerne des biens particulièrement emblématiques, comme les montagnes en Autriche, les îles en Grèce, la forêt en Irlande ou les bâtiments historiques en France et en Italie. Il ne faut toutefois pas, pour le cas français, réduire ce rapport entre le domaine et le sentiment national aux seuls monuments ou bâtiments historiques. Christian Lavalie rappelle, à propos de la formation du royaume de France, que « *la notion de domaine royal donne (...) un contenu juridique à celle de territoire tout en prenant une spécificité par rapport aux propriétés ou seigneuries privées. (...) Le domaine, au-delà de la personne changeante du roi, est le facteur d'identification sociale et politique de tout individu. Aussi progressivement est-il détaché du roi et rapporté à l'institution qui fonde son pouvoir et structure la collectivité nationale* »⁷². Ajoutons-y l'idée d'un héritage politique de premier ordre : la propriété des personnes publiques et de l'État en particulier est intimement liée, dans l'imaginaire collectif, à la captation des biens du clergé et de la noblesse et participe ainsi des acquis révolutionnaires. Il existe donc un véritable ancrage du volume domanial à la rupture avec l'Ancien Régime.

33. Enfin, et c'est l'implication de la rétraction qui intéresse le plus le juriste : qu'en est-il de l'affectation à l'utilité publique ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité que la politique de rétraction gagne des biens qui appartenaient jusqu'alors au domaine public, et contribue à relativiser un peu plus la distinction entre les deux domaines. Elle pose *a minima*

⁷¹ FOULON (C.-H.), « Le mobilier national », *Administration* n° 155, 1992, p. 106.

⁷² LAVIALLE (C.), « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'Etat en France sous l'Ancien Régime », *art. cit.*, p. 27.

la question de la compatibilité de l'appropriation privée avec une affectation à l'utilité publique qui se doit d'être durable, *a fortiori* lorsqu'elle concerne les éléments les plus indispensables à la formation d'une société humaine.

34. Tous ces enjeux de la politique de rétraction peuvent engendrer des conséquences sur la nature même de l'appropriation. L'appropriation publique est parfois regardée comme une protection que ne saurait assurer le statut de *res communes*⁷³ ; mais, dans un contexte financier tendu, et faute d'une inaliénabilité solide, elle devient tout aussi risquée pour la pérennité du bien ou de son affectation que l'appropriation privée. En témoigne un cas singulier : l'article 10 de la Constitution irlandaise dispose en son alinéa 1 que « *toutes les ressources naturelles (...) appartiennent à l'État* »⁷⁴ ; l'alinéa 3 du même article ne prohibe toutefois pas leur aliénation, en ajoutant que « *des dispositions peuvent être prévues par la loi pour la gestion des propriétés qui appartiennent à l'État en vertu de cet article et pour le contrôle de l'aliénation, temporaire ou permanente, de cette propriété* »⁷⁵. Les opposants à la privatisation de la forêt irlandaise en appellent à une révision de cette disposition, pour que celle-ci n'attribue plus la propriété de la forêt à l'État, mais oblige ce dernier à la conserver à titre de *trust*⁷⁶ au profit du « peuple d'Irlande »⁷⁷. Si, pour l'heure, il ne s'agit que d'un manifeste qui n'a été relayé par aucun projet officiel de réforme, il témoigne de la méfiance qu'est désormais susceptible d'engendrer l'appropriation par des personnes publiques.

⁷³ DANIS-FATÔME (A.), « Biens publics, choses communes ou biens communs ? Environnement et domanialité », in *Bien public, bien commun* (mélanges É. Fatôme), Dalloz, 2011 pp. 106 à 111 : « *La notion de bien public semble avoir davantage réussi le compromis nécessaire entre affectation à l'usage de tous et protection que celle de choses communes (...) Les avantages du régime applicable aux biens publics naturels amènent à penser que la domanialité publique est susceptible de constituer un modèle pour les biens environnementaux. Ce serait manquer de réalisme que de proposer, pour protéger la nature, d'étendre considérablement le domaine public de l'État. Un tel choix représenterait des charges publiques trop importantes. Il n'est cependant pas interdit d'observer en quoi la domanialité publique est susceptible de constituer un modèle utile pour prévenir les défauts que comporte la propriété collective (...) Le défaut patrimonial des notions de "biens communs" et de "patrimoine commun" est de n'avoir aucune personnalité juridique (...) La propriété publique ne présente pas ce défaut* ».

⁷⁴ Texte original : « *All natural resources (...) belong to the state* ».

⁷⁵ Texte original : « *Provision may be made by law for the management of the property which belongs to the State by virtue of this Article and for the control of the alienation, whether temporary or permanent, of that property* ».

⁷⁶ Voir sur ce point LAVIALLE (C.), « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, p. 470 ; DAVID (C.), *Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique*, *LPA* 17 août 2007, n° 165, p. 3.

⁷⁷ Le nouvel article 10 alinéa 1 serait ainsi écrit : « *All natural resources (...) are held in Trust for the people of Ireland by the State* », et l'article 10 alinéa 3 en tirerait les conséquences en exceptant des possibilités pour le législateur d'aliéner ces ressources naturelles. Il serait ainsi ajouté, à la fin de l'alinéa, « *This does not include the natural resources held in Trust by the State for the people of Ireland, which can never be alienated* ».

35. S'il est difficile de distinguer les craintes légitimes des craintes excessives, c'est parce que les enjeux de la rétraction sont finalement eux-mêmes incertains. Est-il acquis que l'appropriation privée est incompatible avec l'affectation à l'utilité publique ? Peut-on affirmer avec certitude que l'autorité publique et le sentiment national pâtiraient d'une rétraction même drastique du domaine ? À vrai dire, toutes ces questions se regroupent sous une même bannière : celle de l'identification d'un domaine minimum. C'est là le véritable problème de la « rétraction », et c'est ce qui justifie l'emploi de ce terme en lieu et place de ceux, plus convenus, de « cession » ou de « vente ». La rétraction est une tendance, quand la cession ou la vente, lorsqu'elles sont opérées à destination de personnes privées, ne sont que les procédés contribuant à ce mouvement. Étudier la rétraction impose non seulement la description de ces procédés, mais aussi une réflexion sur la tendance elle-même, et donc sur ses limites. S'il est une interrogation que génère la politique de rétraction du domaine, c'est celle-là : quels biens doivent rester appropriés par des personnes publiques ? Quels biens doivent rester des biens domaniaux ? C'est, en somme, l'éternelle recherche du meilleur *criterium* de la domanialité publique qui semble plus nécessaire que jamais : comme le note Philippe Yolka, « *cantonner la domanialité publique s'avère crucial quand les politiques de vente acquièrent un caractère prioritaire* »⁷⁸. L'auteur se posait la question suivante en conclusion d'un court article sur les rapports entre l'État et le domaine : « *Jusqu'où ira la rétraction des patrimoines publics ?* »⁷⁹. Permettons-nous de reformuler cette question en y incluant sa dimension théorique : jusqu'où *peut aller* la rétraction du domaine ?

Pour appréhender les potentialités de la rétraction du domaine, pour montrer, en somme, que cette rétraction peut « aller très loin », il convient d'abord d'approfondir le contexte politique et juridique pour constater combien il est propice à une telle volonté, et combien l'on aurait tort de croire qu'une telle question n'a pas lieu de se poser (Partie 1). Ce n'est que dans un second temps que nous aborderons la rétraction du domaine du point de vue de ses limites, afin de tenter d'identifier un domaine incompressible (Partie 2).

⁷⁸ YOLKA (P.), « Les meubles de l'administration », *AJDA* 2007, p. 967.

⁷⁹ YOLKA (P.), « Un État sans domaine ? », *AJDA* 2003, p. 1017.

Partie 1

**Un contexte financier et juridique
propice à la rétraction du domaine**

36. Si l'on peut s'interroger sur les limites de la rétraction du domaine, c'est avant tout parce que le contexte politique et juridique le permet. Ce contexte est en effet favorable à la *vente* des biens domaniaux, c'est-à-dire à leur aliénation en échange, en principe, d'une contrepartie monétaire⁸⁰. Il est par conséquent propice à une rétraction du domaine. Certes, l'on objectera que ce lien entre vente et rétraction n'est pas automatique, dès lors que les acquéreurs peuvent être des personnes publiques. Une politique généralisée de vente du domaine de l'État aux collectivités territoriales n'aurait donc pas d'impact sur le volume du domaine. Toutefois, c'est là qu'intervient le contexte politique, celui qui permet d'identifier les *raisons* de cette politique de vente. Or, ces raisons sont essentiellement financières et, si elles touchent principalement l'État, elles concernent également (par ricochet, mais pas seulement) les collectivités territoriales qui, elles aussi, sont tentées de soigner leurs comptes par la vente de leur domaine. D'ailleurs, la direction Eurostat, chargée de l'élaboration de statistiques à l'échelle de l'Union européenne, ne considère comme vectrices de « recettes publiques » que les cessions à destination de personnes ne pouvant être considérées comme « *administrations publiques* »⁸¹. Une vente de personne publique à personne publique ne permet donc pas de dégager des recettes susceptibles d'améliorer la santé générale des finances publiques. Dans ce contexte financier difficile, la vente constitue un expédient à la crise des finances publiques (Titre 1), à même de provoquer la rétraction du domaine.

37. En outre, le cadre juridique de la cession du domaine sied parfaitement à cette politique de vente en réponse à une urgence financière. Ces règles, tout au plus, gênent la cession du domaine ; elles n'y font pas pour autant obstacle, et ne créent aucune véritable inaccessibilité. Le principe de la cession n'est donc pas contraint par des règles fortes. La règle la plus contraignante ne concerne pas l'aptitude du domaine à être cédé, mais les conditions de sa cession : le cédant public doit toujours capter une contrepartie, en principe monétaire dans le cadre de la vente. Pas vraiment d'obstacles à la cessibilité, mais une obligation de principe d'encaisser un produit : ce cadre juridique n'est pas seulement compatible, il est *favorable* à une politique de vente du domaine (Titre 2) et donc, *in fine*, à sa rétraction.

⁸⁰ La jurisprudence civile se montre toutefois incertaine sur la nécessité d'une contrepartie monétaire pour qualifier de « vente » un contrat, et admet parfois des contreparties consistant en la réalisation d'une prestation. Voir par exemple Civ. 3^{ème}, 9 décembre 1986, *Bull. civ.* 1986, III, n° 177, p. 139 ; *Defrénois* 1987, art. 34056, n° 84, p. 1187, note Vermelle.

⁸¹ DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, Rapport au Premier ministre, 1^{er} décembre 2003, annexe 5, (« Application des « règles EUROSTAT » aux opérations de cession d'actifs immobiliers par les États membres »), pp. 35 s.

Titre 1

La vente du domaine, expédient à la crise des finances publiques

38. « Expédient » : on ressent forcément une connotation péjorative derrière l'emploi de ce terme, que le *Littré* définit comme un « *moyen de se tirer d'embaras, d'arriver à ses fins* ». Le dictionnaire ajoute, à titre de commentaire, que le terme « *se prend souvent en mauvaise part pour indiquer une mesure qui tire d'embaras pour le moment, mais laisse subsister la difficulté. Ce n'est là qu'un expédient, ce n'est pas une solution* ». Employé au pluriel dans un sens plus figuré, le terme se rapproche encore plus de notre sujet : les expédients sont des « *moyens onéreux et extrêmes qu'on emploie pour se procurer de l'argent. Il est aux expédients* ». Le mot révèle donc une solution précaire et, surtout, censée intervenir en dernier recours. C'est, croyons-nous, le cas de la vente du domaine. Certes, la « *rhétorique de l'État maigre* »⁸², couplée à l'hypertrophie du domaine, invite à vendre au-delà même de toute considération budgétaire : « *Vendre des biens "qui ne servent à rien", se séparer d'immeubles inadaptés ou vétustes, bref couper le bois mort : qui ne souscrirait à cette politique de bon sens ?* »⁸³. La figure rabâchée d'un secteur public proche de la banqueroute s'effrite face à la taille du domaine, richesse réelle dont l'immensité rend impossible sa connaissance exhaustive. La privatisation du domaine public contribua à faire des personnes publiques les détentrices d'un domaine considérable qu'il ne tient désormais qu'à elles de réaliser. Pourtant, un regard sur l'histoire révèle que les grandes phases de vente domaniale ne s'inscrivirent pas dans une démarche idéologique. Ces politiques furent toujours menées lorsque l'État ne pouvait recourir à l'impôt ou à l'emprunt pour financer son action. La vente apparaît ainsi comme une solution subsidiaire, employée en dernier recours, « faute de mieux ». Dès le Moyen Âge, la vente du domaine était conçue comme une source de financement d'urgence. La répétition à cette époque du principe

⁸² YOLKA (P.), « ENA : une aliénation sans déclassement », *AJDA* 2005, p. 2313.

⁸³ YOLKA (P.), « Un État sans domaine ? », *AJDA* 2003, p. 1017. L'auteur, précisons-le, ne fait là qu'avancer les arguments en faveur d'une politique de cession, à l'égard de laquelle il se montre critique dans la suite de l'article.

d'indisponibilité des biens de la Couronne ne fut d'ailleurs que le symptôme de cette dilapidation, opérée en vue d'une augmentation court-termiste des ressources du royaume. Plus tard, l'épisode bien connu de la vente des biens nationaux fut un moyen pour les révolutionnaires de relever le défi budgétaire lancé dès avant 1789. Aujourd'hui encore, la propriété d'une masse considérable de biens et la possibilité de réaliser des opérations de vente financièrement avantageuses, en tout cas sur un court terme, représentent toujours une tentation considérable pour des pouvoirs publics gestionnaires de budgets parfois exsangues et dépourvus de marges de manœuvre sur les marchés financiers ou dans leur politique fiscale. Il est d'ailleurs assez révélateur de constater que le discours politique et administratif⁸⁴ préfère évoquer pudiquement la « cession » plutôt que la « vente », comme si ce second terme était embarrassant. Or, si la valorisation du domaine, désormais ancrée et légitimée, s'oriente autant vers sa cession et non plus vers sa simple fructification (Chapitre 1), c'est parce que cette cession vise très officiellement au désendettement (Chapitre 2), ce qui suppose de privilégier le procédé de la vente.

⁸⁴ Nous faisons référence ici à la documentation administrative ou aux rapports parlementaires relatifs aux organes et aux instruments intervenant en matière domaniale, tels que France Domaine, la SOVAFIM, les loyers budgétaires ou les comptes d'affectation spéciale. Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 et, pour les comptes d'affectation spéciale en particulier, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

Chapitre 1

L'orientation de la valorisation domaniale vers la cession

39. Dans un rapport de 2004, l'Institut de la gestion déléguée distinguait trois modes de valorisation du domaine : la valorisation par la gestion patrimoniale, consistant en la captation de droits pour l'utilisation du domaine public ; la valorisation par l'investissement, proche de la première mais impliquant des constructions de la part d'un occupant privatif, récupérées par l'administration à la fin de l'occupation ; enfin, la valorisation par l'aliénation⁸⁵. Ce troisième mode de valorisation est employé aujourd'hui, au travers de la politique de vente. Le présent chapitre consistera en une description de cette politique, pour montrer l'importance qu'elle revêt dans la gestion domaniale actuelle.

40. Même à l'époque où l'exploitation constituait le seul mode admissible de valorisation du domaine public, le commissaire du gouvernement Guldner reconnaissait, dans ses conclusions sous l'arrêt *Société générale d'édition cinématographique* rendu en 1957, que ce domaine « [constituait] une richesse »⁸⁶. Vraie pour le domaine public, l'affirmation l'est tout autant pour le domaine privé. La progression de la cessibilité du domaine accroît encore cette idée qu'il est une richesse (Section 1), susceptible d'être mobilisée pour faire face à la crise des finances publiques. De fait, cette richesse est effectivement de plus en plus cédée (Section 2).

Section 1. Le domaine, richesse cessible

L'analyse économique du domaine, en tant que volume important de biens, suffit à le qualifier de richesse (§1), ce que conforte la progression de sa part cessible (§ 2).

⁸⁵ Institut de la gestion déléguée, Rapport du groupe de travail «Valorisation des propriétés publiques », 2004.

⁸⁶ GULDNER, concl. sous CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'édition cinématographique*, S. 1958, p. 73.

§ 1. Le domaine, richesse

Walras relevait au XIX^{ème} siècle que les économistes libéraux s'étaient plus attachés à déterminer l'origine de la richesse qu'à en trouver une définition incontestable⁸⁷. C'est pourquoi le dictionnaire *Le Littré* en fournit plusieurs. La richesse y figure d'abord, en première entrée, comme l'« état » de richesse, et signifie l'« *abondance de biens, d'argent, de valeurs de toute espèce* ». Une seconde définition offre une acception plus qualitative : la richesse, au pluriel, consiste en « *de grands biens* ». Or, le domaine répond à ces deux acceptions : il est une richesse tant par sa qualité (A) que par sa quantité (B).

A. Le domaine, richesse par sa qualité

En étant aujourd'hui exclusivement constitué de biens, le domaine est une richesse réelle (1) ; en assurant la fonction de créateur de richesses (2), il répond par ailleurs à une troisième acception de la richesse figurant dans le *Littré* : celle selon laquelle la richesse « *se dit des choses avec lesquelles on gagne de l'argent* ».

1. Le domaine, richesse réelle

L'apposition au domaine de la qualité de richesse réelle résulte d'un simple syllogisme: le domaine est composé de biens (a) ; les biens sont une richesse réelle (b).

a. Le domaine est composé exclusivement de biens

41. Le domaine est composé de biens ; plus exactement, il n'est constitué *que* de biens. La distinction entre le « bien » et la « chose » anima de nombreux débats au sein la doctrine civiliste, dont il ressortit d'une opinion majoritaire que c'était son caractère appropriable qui

⁸⁷ WALRAS (A.), *De la nature de la richesse, et de l'origine de la valeur*, Paris : Alexandre Johanneau, 1831, pp. 7 et 8. « *La réputation des économistes est assez grande, pour qu'on soit naturellement porté à croire que, pour connaître la nature de la richesse, il suffit de consulter quelqu'un des nombreux ouvrages qui ont été publiés, depuis si long-tems, sur l'économie politique. Mais tel est le fâcheux état de cette science, qu'on en est encore à se demander ce qu'est la richesse, en quoi elle consiste, et à quel signe on peut la reconnaître. Parmi tous les auteurs qui ont écrit sur la richesse, il n'y en a peut-être pas deux qui s'accordent à la définir de la même manière* ».

faisait de la chose un bien, laissant dans la catégorie des « choses communes » celles insusceptibles de propriété.

42. Or, si le droit de propriété des collectivités publiques sur leurs domaines privés ne posa jamais la moindre difficulté, ce ne fut pas le cas du droit de propriété sur leurs domaines publics. Les exégètes refusèrent au domaine public tout propriétaire, s'appuyant pour ce faire sur deux arguments : d'abord, la négation par l'article 538 Code civil de l'aptitude des biens du domaine public à être l'objet d'une propriété privée ; ensuite, l'incompatibilité du principe d'inaliénabilité avec la prérogative de disposition, alors considérée comme indispensable à la propriété. Ces obstacles juridiques furent levés par la transfiguration du droit de propriété, adapté sous la plume d'Hauriou en propriété administrative pour devenir compatible avec les limites imposées par la domanialité publique. La doctrine fut validée par la reconnaissance prétorienne pour les communes⁸⁸ et pour l'État⁸⁹ d'un droit de propriété sur leurs domaines publics respectifs. Les arrêts ultérieurs confirmèrent ces jurisprudences en faisant de l'appropriation publique une condition incontournable à la domanialité publique⁹⁰.

43. Le caractère appropriable du domaine public étant admis, il ne reste que peu d'objets méritant le nom de « chose ». Les *res nullius*, telles que la faune sauvage, n'en font pas partie puisque leur état de non-propriété n'est pas irrémédiable et cède lors de la survenance d'un propriétaire. L'on ne peut retenir alors que les *res communes* qui se distinguent justement des *res nullius* par l'impossibilité de leur appropriation, et dans lesquelles, traditionnellement, ne sont plus comptées que l'air et l'eau de la mer. Walras qualifiait de « *choses incoercibles* » celles, « *telles que la mer, les fleuves, les grands courants d'eau, l'air atmosphérique, le vent, la lumière du soleil, la chaleur et le froid naturels, et généralement toutes les forces de la nature qui s'exercent d'une manière universelle et permanente, telles que l'attraction, le magnétisme, etc. (...) [dont] il est de l'essence même (...) de se soustraire (...) à toute possession et à toute jouissance exclusives, et de se prêter, au contraire, à un usage si universel que, loin de pouvoir se priver mutuellement de cet usage, les hommes ne peuvent*

⁸⁸ CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris c/ Compagnie du chemin de fer d'Orléans*, rec. Lebon p. 271

⁸⁹ CE, 17 janvier 1923, *Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieur Piccioli*, rec. Lebon p. 44 ; s. 1925, III, p. 17, note Hauriou ; RDP 1923, p. 567, concl. Corneille, note Jèze ; GDDAB n° 1, obs. Yolka.

⁹⁰ CE, 13 mai 1964, *Eberstarck*, rec. Lebon, p. 288 ; AJDA 1964, p. 85, note Laubadère ; CE, 29 juin 1990, *Consorts Marquassuzaa*, req. n° 77011 ; LPA 9 novembre 1990, p. 21, note Pacteau ; CE, sect., 11 février 1994, *Compagnie d'assurances la Préservatrice Foncière*, req. n° 109564 ; AJDA 1994, p. 548, note Dufau ; RDI 1994, p. 426, obs. Auby et Magüé ; RFDA 1994, p. 501, concl. Toutée.

pas même en exclure les animaux »⁹¹. L'inappropriabilité de ces éléments demeure toutefois sujette à débat : enfermés dans un récipient, l'eau comme l'air deviennent bien des propriétés. Il faut alors considérer, avec Philippe Yolka, que la référence à la « *masse des eaux* »⁹² (comme une éventuelle référence à la « *masse de l'air* ») en tant que *res communes* ne procède que d'« *un choix politique en vertu duquel il est bon de faire "comme si" certaines choses échappaient à la propriété* »⁹³.

b. Les biens sont une richesse réelle

44. La théorie économique oppose traditionnellement aux richesses monétaires (la monnaie, l'argent) les richesses réelles (le travail, les marchandises), la première n'étant censée servir qu'à l'acquisition des secondes. Hume, à qui certains prêtent la théorisation de cette opposition⁹⁴, explique que « *l'argent monnayé n'est pas, à proprement parler, un des sujets du commerce, mais seulement l'instrument que les hommes sont convenus d'employer afin de faciliter l'échange du produit pour un autre. Ce n'est pas une des roues du commerce, c'est l'huile qui rend le mouvement des roues plus doux et plus aisé (...)* Il est évident, en effet, que *l'argent monnayé n'est pas autre chose que la représentation du travail et des marchandises* »⁹⁵. Loin d'être une fin en soi, la richesse monétaire ne sert que l'acquisition de richesses réelles, c'est à dire, entre autres, de biens. L'intimité du lien entre propriété et richesse est encore développée par Walras, lequel observe que les deux éléments partagent le même objet : « *L'idée fondamentale qui se retrouve également dans celle de richesse, comme dans celle de la propriété, c'est l'idée de possession, et de la possession exclusive. Être riche, c'est posséder ; être propriétaire, c'est posséder (...)* Par là où l'on voit que la richesse et la propriété n'ont pas chacune leur objet distinct et séparé ; mais qu'elles portent toutes deux sur un seul et unique objet dont l'identité se révèle dans le langage, puisqu'on donne également aux choses le noms de biens, soit qu'on les considère comme l'objet de la

⁹¹ WALRAS (A.), *De la nature de la richesse, et de l'origine de la valeur*, op. cit., p. 47.

⁹² CE, avis, 2 octobre 2002, n° 247767.

⁹³ YOLKA (P.), « Distinction du domaine public et du domaine privé », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. 10), § 25.

⁹⁴ DELEULE (D.), *Hume et la naissance du libéralisme économique*, Paris : Aubier, coll. Analyse et raisons, 1979 ; DIATKINE (D.), « Hume et le libéralisme économique », in *Le libéralisme économique : interprétations et analyses*, L'Harmattan, coll. Cahiers d'économie politique, 1989, pp. 3 s.

⁹⁵ HUME (D.), « De la circulation monétaire », trad. C. Formentin in *David Hume : Œuvre économique* (textes regroupés par Léon Say), Paris : Guillaumin et C^{ie}, 1888, p. 23.

propriété, soit qu'on en fasse la matière de l'économie politique »⁹⁶. Suivant cette doctrine, la richesse est indissociable d'une possession légitimée, et accède au rang de riche celui qui est propriétaire. Mais Walras, résumant la richesse à une valeur, met sur un même pied le propriétaire d'un fonds, richesse réelle, et le propriétaire d'une somme d'argent, richesse monétaire.

45. La doctrine physiocrate, condamnée en raison des échecs pratiques de son versant fiscal, avait néanmoins déjà établi dans la théorie économique une supériorité des richesses réelles sur les richesses monétaires, en érigeant en richesse suprême les biens indispensables à la vie : pour Boisguilbert, *« l'argent, dont on fait une idole depuis le matin jusqu'au soir (...) n'est absolument d'aucun usage par lui-même, n'étant propre ni à se nourrir, ni à se vêtir ; et nul de tous ceux qui le recherchent avec tant d'avidité (...) n'est porté dans cette poursuite qu'afin de s'en dessaisir aussitôt, pour se procurer les besoins de son état ou de sa subsistance (...) Il s'en faut beaucoup qu'il suffise pour être riche de posséder un grand domaine et une très grande quantité de métaux précieux, qui ne peuvent que laisser périr misérablement leur possesseur, quand l'un n'est point cultivé ; et l'autre ne se peut échanger contre les besoins immédiats de la vie, comme la nourriture et les vêtements, desquels personne ne saurait se passer. Ce sont donc eux qu'il faut appeler richesses »*⁹⁷. L'analyse fut pour partie reprise par Smith, relevant que le bétail, source de nourriture et de vêtements, fut précisément la monnaie d'échange originelle⁹⁸, et notant la relativité de la valeur de la monnaie au vu de *« l'élévation exorbitante dans le prix des choses nécessaires à la vie, pendant le siège d'une ville ou dans une famine »*⁹⁹

46. Quel lien avec le domaine ? L'analyse ne peut être totalement transposée aux personnes publiques, qui n'ont besoin pour elles-mêmes ni de vêtements, ni de nourriture. Mais le fait que le domaine, constitué de biens, soit une richesse réelle est une précision d'importance au moment où les crises financières mettent à nouveau en exergue la fiduciaire de l'argent, qu'il soit métal, papier ou fichier bancaire numérisé. La désignation grecque de

⁹⁶ WALRAS (A.), *De la nature de la richesse, et de l'origine de la valeur*, op. cit., pp. 51 et 52.

⁹⁷ DE BOISGUILBERT (P.), *Dissertation sur la nature des richesses, de l'argent et des tributs, où l'on découvre la fausse idée qui règne dans le monde à l'égard de ces trois articles*, 1707, in DAIRE (E.), *Économistes financiers du XVIII^e siècle*, Paris : Guillaumin, 1843, p. 396.

⁹⁸ SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (Livre 1, Chapitre IV : *De l'origine et de l'usage de la Monnaie*), Gallimard, coll. Folio/Essais, 1976, pp. 55 s.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 81.

l'argent, *nomisma*, en relève l'essence relative, comme la doctrine la plus récente. Marcel Drach qualifie en ce sens l'argent de « *simulacre maintenu* »¹⁰⁰. En période de crise financière, la richesse du détenteur de monnaie demeure tributaire d'une dévaluation qui rendrait ses économies sans valeur, alors que le propriétaire immobilier, tant qu'il est protégé dans son droit par une puissance publique, conserve le bénéfice de son bien, ce que confirme le statut de valeur refuge dont la pierre bénéficie plus encore que l'or. Enfin, et pour brutale que soit la transition de la physiocratie au communisme, signalons que la Constitution soviétique de 1936 érigeait la propriété en « *base sacrée et intangible du régime soviétique (...), source de la richesse et de la puissance de la patrie (...), source d'une vie aisée et civilisée pour les travailleurs* »¹⁰¹. Rappelons donc qu'en période de crise financière, la richesse réelle est plus sécurisante que la richesse monétaire. Or, les personnes publiques sont propriétaires d'un domaine extrêmement étendu, ce qui relativise grandement l'image diffusée d'un secteur public en faillite.

2. Le domaine, vecteur de richesses

47. Le domaine est aussi créateur de richesses, tant pour les personnes publiques que pour les personnes privées. Il fut pendant longtemps, par les redevances et loyers qu'il générerait, le principal pourvoyeur de deniers publics¹⁰². S'il est aujourd'hui largement supplanté dans ce rôle par l'impôt et l'emprunt, il participe toujours à l'augmentation de la richesse tant monétaire que réelle des propriétaires publics : richesses réelles par l'enrichissement du fonds domanial suite à une édification d'immeubles que favorise l'octroi de garanties au profit de l'occupant privatif ; richesses monétaires par la perception de loyers sur le domaine privé ou de redevances sur le domaine public. À ce propos, l'appropriation publique du domaine public contribua, pour certains auteurs, à justifier le développement des pouvoirs de gestion et la perception de redevances. Énumérant, en 1969, les éléments de l'« actif » de l'appropriation publique, Jean-François Dénoyer y incluait « *le droit d'exploiter ou de faire exploiter les dépendances du domaine public et d'en percevoir les revenus* »¹⁰³.

¹⁰⁰ DRACH (M.), « L'argent ou le simulacre maintenu », in *L'argent. Croyance, mesure, spéculation* (dir. M. Drach), La Découverte, coll. Recherches, 2004, p. 27.

¹⁰¹ Cité par CHAMARD-HEIM (C.) *La distinction des biens publics et des biens privés*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. La nouvelle bibliothèque des thèses, 2004, p. 179.

¹⁰² Voir *infra*, Chapitre 2, Section 1.

¹⁰³ DÉNOYER (J.-F.), *L'exploitation du domaine public*, préf. G. Vedel, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1969, p. 49.

48. Les biens du domaine public, en particulier ceux affectés à la circulation, sont aussi vecteurs de richesses privées, parce qu'ils permettent le transport des biens et des opérateurs économiques, et plus simplement parce qu'ils assurent l'accès aux immeubles. Ce lien entre l'accès à la propriété privée et sa valeur justifie certaines obligations juridiques pesant tantôt sur l'administration (droit d'accès, gratuité...), tantôt sur les autres propriétaires privés (servitudes de passages). La simple possibilité d'accéder à un immeuble en fait une richesse. Du reste, l'accès des opérateurs économiques aux entreprises ou la possibilité de développer des échanges grâce aux biens de circulation favorise la création de nouvelles richesses, elles-mêmes vectrices d'un nouvel enrichissement public par le biais d'impôts. Les biens domaniaux dont la vocation est d'être un lieu de passage sont également, parfois, le support même de la création de richesses¹⁰⁴ pour des opérateurs économiques (vendeurs ambulants, délégataires de service publics...), qui exercent leur activité directement sur le domaine public, parfois protégés en cela par la liberté du commerce et de l'industrie¹⁰⁵.

B. Le domaine, richesse par sa quantité

Non seulement le domaine, en tant qu'ensemble de biens, *est* la richesse, mais il fait, de par son volume, celle de son propriétaire. L'importance du volume domanial (1) s'explique par la spécificité des personnes publiques et des pouvoirs dont elles sont dotées (2).

1. L'importance du volume domanial

L'importance du volume domanial n'en permet qu'une appréhension (a) et pose la question du caractère excessif de l'appropriation d'un tel nombre de biens (b).

a. Appréhension du volume domanial

49. Il est pour le moins difficile d'avoir une idée précise du volume du domaine. Deux éléments viennent perturber, surtout en ce qui concerne l'État, l'appréciation du caractère

¹⁰⁴ Voir sur ce point MAMONTOFF (C.), *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, préf. P. Godfrin, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003

¹⁰⁵ CE, ass., 21 juin 1951, *Sieur Daudignac*, rec. *Lebon* p. 362 ; *D.* 1951, concl. Gazier ; *GAJA*, n° 65 ; *GDDAB*, n° 46, obs. Melleray.

raisonnable ou non du volume des propriétés publiques. En premier lieu, le domaine comprend des éléments affectés à l'utilité publique dont l'évaluation et parfois même le recensement sont extrêmement délicats, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés au moment de la cession¹⁰⁶. Le choix d'une méthode d'évaluation forfaitaire, utilisée notamment pour les biens les plus difficilement mobilisables, entrave la perception de la quantité de la richesse publique. En second lieu, le niveau des chiffres globaux avancés çà et là dépassent trop l'entendement du propriétaire privé pour émettre un jugement certain sur l'excès ou non du volume domanial : tout au plus peut-on modestement constater l'immensité du volume du domaine étatique. Au 31 décembre 2008, un rapport de l'Assemblée nationale faisait état de quelques 62,4 milliards d'euros¹⁰⁷ d'immobilisations corporelles, composées de biens « spécifiques » et de biens « non spécifiques ». À la fin de l'année 2012, les comptes de l'État affichaient un patrimoine immobilier d'une valeur de 70 milliards d'euros. Encore faut-il signaler l'éloignement évident de la réalité dont souffrent ces chiffres : plusieurs catégories de biens, et non des moindres, ne sont pas comptabilisés. D'abord, l'ajout du patrimoine des opérateurs de l'État¹⁰⁸ porterait le chiffre à plus de 85 milliards d'euros¹⁰⁹. Ensuite, les meubles ne sont pas comptabilisés : or, les seules participations de l'État dans des entreprises publiques ou privés avoisineraient un montant de 150 milliards d'euros. Qu'en est-il, également de la propriété intellectuelle de l'État, qui pourrait constituer une nouvelle manne financière ? Enfin, et surtout, les « biens spécifiques » compris dans le chiffre de 60 milliards ne comprennent, en l'état, que les prisons, de surcroît évaluées selon la méthode forfaitaire du « coût de remplacement déprécié »¹¹⁰. Telle est d'ailleurs la méthode d'évaluation des routes de l'État, estimées par ailleurs à environ 115 milliards d'euros¹¹¹. Les monuments et œuvres d'art sont évalués à l'euro symbolique. Quant au domaine public naturel, il n'est tout simplement pas évalué.

50. On ne peut par conséquent qu'appréhender de façon assez lointaine la quantité domaniale. Néanmoins, lorsque l'on songe au prix probablement bien loin de l'euro

¹⁰⁶ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁰⁷ DENIAUD (Y.), *Annexe n° 26 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2010*, Rapport n° 1967 (Assemblée, nationale, 13^{ème} législature), 14 octobre 2009, pp. 18 et 19.

¹⁰⁸ À titre d'exemple, voir l'immensité du patrimoine de l'Assistance publique des hôpitaux de Paris dans SIDANER (X.), « L'État taille dans son patrimoine », *Acteurs publics* n° 66, septembre 2010, p. 48.

¹⁰⁹ TILLI (N.), « La vente des immeubles relevant du domaine privé de l'État », *AJDA* 2010, p. 714.

¹¹⁰ DENIAUD (Y.), Rapport à l'Assemblée nationale n° 1967 (précité), p. 20.

¹¹¹ LITVAN (D.), « La dynamique de la réforme comptable de l'État : les comptes 2008, une nouvelle étape significative », *Gestion et finances publiques* 2009, p. 670.

symbolique que seraient prêts à payer les amateurs d'art pour l'appropriation d'œuvres muséales, ou les péagistes pour l'exploitation des routes, il semble évident que l'État est plus riche que ce qu'indiquent les valeurs comptables. Dans une étude de 2005, un économiste usa d'une méthode proche de celle utilisée pour calculer l'impôt de solidarité sur la fortune pour aboutir à un chiffre, domaine public (y compris culturel) compris, de 1 070 milliards d'euros¹¹²... Chiffre qui justifie pleinement les références répétées à l'Inventaire prévertien¹¹³.

b. Un volume domanial excessif ? La thématique de l'hypertrophie

51. L'expression est consacrée pour le domaine public qui souffrirait, selon le mot de Georges Liet-Veaux, d'une « *hypertrophie pathologique* »¹¹⁴ justifiant son recentrage par des critères plus efficaces que l'aménagement spécial. Qu'en est-il du domaine en général ? Est-il gênant que les personnes publiques soient de grands propriétaires, au-delà même des nécessités de l'affectation ? La question est débattue en doctrine : Jean-Marie Auby voyait en l'appropriation publique, même exempte de toute affectation à l'utilité publique, un fait d'intérêt général de par les revenus susceptibles d'être générés¹¹⁵ ; au contraire, Gérard Quiot qualifie d'« *injustifiable* » l'existence du domaine privé¹¹⁶. Toujours est-il que la codification de 2006 penche en faveur de la possibilité pour les personnes publiques de conserver un domaine privé : le CGPPP ne reprend pas à l'identique les articles 53 et 54 du Code du domaine de l'État, qui purent donner à une époque le sentiment d'une obligation de vente des biens inutiles. Désormais, l'article L. 3211-1 du CGPPP est clair : les biens devenus inutiles à l'État *peuvent* être vendus¹¹⁷.

52. Rien ne permet donc de donner un avis juridique sur le bien-fondé ou non de l'immensité de la taille du domaine. Le débat ne peut se placer que sur les terrains financier et

¹¹² PICHET (É), « Le patrimoine de l'État : une évaluation au 1^{er} janvier 2004 », *Revue Politiques et management public*, vol. 23, n°2, 2005, p. 132.

¹¹³ YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. 208 ; PICHET (É), « Le patrimoine de l'État : une évaluation au 1^{er} janvier 2004 », *art. cit.*, p. 132.

¹¹⁴ LIET-VEAUX (G.), note sous CE, 28 janvier 1970, Consorts Philip-Bingisser, *Rev. adm.* 1970, p. 297.

¹¹⁵ AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *Études et documents du Conseil d'État*, 1958, pp. 41 et 42.

¹¹⁶ QUIOT (C.), « Considérations sur une curiosité juridique : l'existence en droit français d'un domaine privé des personnes publiques », in *Les métamorphoses du droit* (mélanges J.-M. Rainaud), L'Harmattan, 2009, pp. 364 s.

¹¹⁷ Voir *infra*, § 2.

idéologique. La pression fiscale jugée trop élevée fonde la dénonciation de l'hypertrophie domaniale, sur fond de rupture de la dialectique historique entre l'impôt et le domaine. L'époque où la baisse du volume domanial provoquait une hausse d'impôts étant depuis longtemps révolue, les tenants de la rétraction du domaine estiment aujourd'hui que le produit des cessions remplacerait avantageusement celui des impôts¹¹⁸.

53. Le volume du domaine constitue un baromètre du degré d'interventionnisme de l'État¹¹⁹. Par conséquent, il est étonnant que le triomphe du libéralisme économique n'eut que peu d'effet sur le volume domanial. Les parlementaires fustigèrent d'ailleurs l'extension permanente et sans « *vision d'ensemble* »¹²⁰ du domaine immobilier de l'État, générant une augmentation des coûts inhérents à la propriété publique : « *On peut sérieusement se demander (...) pourquoi l'État n'a pas tiré les conséquences du mouvement de fond constitué par la diminution de son périmètre d'action suite à la privatisation d'entreprises publiques (...) [et] à la diminution du nombre de fonctionnaires de l'État ces dernières années* »¹²¹.

2. Les raisons de l'importance du volume domanial

Au-delà même du rôle de l'État, l'importance du volume domanial résulte du statut d'« *accumulateur atypique* »¹²² dont il jouit avec les collectivités territoriales, en raison de la spécificité de leur nature (a) et de leurs prérogatives (b). Du reste, certaines évolutions juridiques et sociétales (c) jouèrent également un rôle dans l'importance du volume domanial.

a. La nature spécifique des collectivités publiques : la vocation à la perpétuité

54. Cette perpétuité sera étudiée ultérieurement, lors de l'identification du domaine incompressible¹²³. Relevons simplement à ce stade que l'histoire démontre suffisamment que nulle collectivité publique n'est éternelle. Il n'en demeure pas moins que, contrairement aux

¹¹⁸ Voir par exemple sur ce point PIGASSE (J.-P.), BEYTOUT (J.), *Mille milliards de milliards ou la fortune collective des français*, Tsuru, 1993.

¹¹⁹ Voir *supra*, Introduction.

¹²⁰ TRON (G.), *Rapport d'information sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'État et des établissements publics*, Rapport d'information n° 2457 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 6 juillet 2005, p. 20

¹²¹ *Ibid.*, p. 21.

¹²² PICHET (É.), « Le patrimoine de l'État : une évaluation au 1^{er} janvier 2004 », *art. cit.*, p. 120.

¹²³ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

individus, les collectivités publiques ont vocation à la perpétuité et persistent indépendamment de la vie et de la mort de ceux qui la dirigent. Cette durée de vie, excédant largement celle des personnes physiques, permet aux collectivités publiques de capter des biens sur une durée bien plus longue. Si, en outre, elle rechigne à se défaire de ces biens, elle finit par les accumuler. Mieux encore : la longévité des collectivités publiques leur permet de ne pas souffrir durablement des défauts de ses dirigeants. Ainsi que le note Éric Pichet, « *l'État échappe (...) aux vicissitudes humaines (faillite, dilapidation, incompétence) qui interdisent en général aux grandes fortunes familiales, en dépit du malthusianisme le plus opiniâtre, de franchir le cap de deux ou trois siècles* »¹²⁴. Si un dirigeant dilapide le domaine, il sera toujours temps pour son successeur de le reconstituer, aidé en cela par des prérogatives spéciales d'acquisition.

b. Les prérogatives exorbitantes des personnes publiques : le bénéfice de procédés d'acquisition spéciaux

Au-delà des procédés d'acquisition de droit commun (les ventes de droit civil, les échanges, les dons et les legs), les collectivités publiques et l'État en particulier¹²⁵ disposent de nombreux procédés d'acquisition exorbitants du droit commun, par lesquels ils peuvent capter des biens sans le consentement de leurs propriétaires. Ces procédés permettent ainsi aux collectivités publiques d'accroître leur domaine beaucoup plus facilement et rapidement que ne pourrait le faire le propriétaire privé le plus fortuné. Certains de ces procédés consistent en une acquisition active (i), impliquant la volonté et l'action de la personne publique. D'autres permettent l'acquisition sans même que la collectivité publique ne l'ait souhaité : ce sont des procédés d'acquisition passive (ii).

i. Les procédés d'acquisition active

55. Certains procédés d'acquisition active le sont à titre onéreux. Les collectivités publiques peuvent tout d'abord acquérir des biens par des procédés connus des particuliers, et qui supposent le consentement des deux parties : c'est notamment le cas des contrats civils d'achat ou d'échange. Les modes d'acquisition exorbitants du droit commun permettent de

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Voir sur ce point BIOY (X.), « L'État, propriétaire éminent », *RFDA* 2006, p. 963.

passer outre le défaut de consentement du cédant. Il s'agit d'abord, bien évidemment, de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Si seul l'État est formellement compétent pour exproprier, l'expropriation peut intervenir à l'initiative d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public. Par ailleurs, la jurisprudence administrative conserve un relent de la théorie de l'expropriation indirecte en conditionnant la destruction d'un ouvrage public « mal planté » à son bilan positif¹²⁶. Ainsi, si l'injonction de destruction présente plus d'inconvénients que d'avantages, le terrain objet d'une emprise irrégulière sera acquis à la collectivité publique, moyennant, naturellement, le paiement d'une indemnité. Par le biais de la loi, l'État peut également procéder à des nationalisations, qui, tout en maintenant le principe de la juste et préalable indemnité, le dispenseront du recours à la procédure d'expropriation. Il faut également évoquer la procédure d'alignement, par laquelle une collectivité publique s'approprie, moyennant indemnité, des terrains non bâtis pour élargir sa voirie¹²⁷. Peu utilisé, on peut également évoquer le pouvoir de réquisition, qui entraîne parfois transfert de propriété¹²⁸. La dation en paiement permet aussi au contribuable de régler son impôt par la transmission à l'État de certains de ses biens. Il convient enfin de mentionner toute la batterie de droits de préemption que le Code de l'urbanisme octroie aux personnes publiques : le droit de préemption urbain (art. L. 211-1 s. et L. 213-1 s.), le droit de préemption commerciale (art. L. 214-1 s.), les zones d'aménagement différé (art. L. 212-1 s.), le droit de préemption sur les espaces naturels sensibles (art. L. 142-2 s.), le droit de préemption pour la création ou l'aménagement de jardins familiaux (art. L. 216-1 s.), et le droit de préemption social (art. L. 616 du Code de la construction).

56. Plus rarement, la collectivité publique peut acquérir activement des biens à titre gratuit. Certains de ces procédés sont éculés et difficilement concevables aujourd'hui : tel est le cas de la conquête d'un territoire par la guerre¹²⁹ ou par sa découverte, de la remise d'une dot (dans ce cas la gratuité est sujette à caution), ou encore, plus simplement, de la spoliation. L'acquisition active gratuite peut avoir également lieu en cas de confiscation, qui permet la

¹²⁶ CE, sect., 20 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, req. n° 245239 ; rec. *Lebon* p. 21, concl. Maugüé ; AJDA 2003, p. 784, note Sablière ; RFDA 2003, p. 477, note Lavialle ; GDDAB n° 86, obs. Melleray.

¹²⁷ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

¹²⁸ Ce qui ne peut être le cas que des meubles requis « pour les besoins du pays » (article L. 2212-3 du Code de la défense)

¹²⁹ Ce fut le cas de l'*ager publicus* sous l'Antiquité romaine.

dévolution à l'État de certains biens en rapport avec une infraction ou son auteur¹³⁰. Enfin, les communes peuvent acquérir gratuitement les voies privées ouvertes à la circulation publique situées dans des ensembles d'habitation¹³¹.

ii. Les procédés d'acquisition passive

57. Ces acquisitions supposent une attitude passive de la collectivité publique : le bien devient propriété publique sans que la collectivité publique ne l'ait spécialement convoité. L'acquisition passive découle de nombreux procédés et privilèges. En premier lieu, l'État, en vertu de l'article L. 1122-1 du CGPPP, peut devenir propriétaire des successions en déshérence, le testamentaire ne pouvant en aucun cas l'exhérer¹³². Cette prérogative de puissance publique n'est pas à négliger, puisque l'État capte chaque année près de 1 000 successions en déshérence, qui lui permettent d'acquérir une recette nette d'environ 15 millions d'euros¹³³. Si seul l'État peut bénéficier des successions en déshérence, tel n'est pas le cas¹³⁴, en second lieu, des biens sans maîtres. En vertu de l'article L. 1123-3 alinéas 4 et 5 du CGPPP, ces derniers ne reviennent à l'État que si la commune de situation desdits biens renonce à les intégrer dans son domaine. Au début des années 1980, ce sont entre 2 500 et 3 000 parcelles que l'État pouvait ainsi appréhender chaque année¹³⁵. En troisième lieu, un phénomène naturel peut permettre l'incorporation directe d'une propriété privée dans le domaine public. Ainsi, un terrain privé qui, sous l'effet d'un gain de mer naturel, se trouverait subitement découvert et recouvert par le plus haut flot de l'année, serait intégré immédiatement dans le domaine public maritime et deviendrait, par conséquent, une propriété publique. La montée du niveau général des eaux pourrait ainsi conduire à une extension très importante du domaine public maritime. En dernier lieu, signalons que l'article L. 1126-1 du CGPPP permet à l'État de bénéficier de prescriptions spéciales (quinquennale et trentenaire), pour acquérir certaines valeurs mobilières ou numéraires.

¹³⁰ Voir l'article 131-21 du Code pénal et l'article L. 1124-1 du CGPPP.

¹³¹ Art. 318-3 du Code de l'urbanisme.

¹³² Civ 1^{ère}, 3 mars 1965, *Service des Domaines c/ Moreau* ; D. 1965, p. 428, note Mazeaud.

¹³³ HUYGUES (S.), *Rapport présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2427) portant réforme des successions et des libéralités*, Rapport n° 2850 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 8 février 2006, p. 146

¹³⁴ « Plus » le cas, devrait-on dire : jusqu'à la loi SRU, seul l'État s'appropriait les biens sans maîtres

¹³⁵ JARLIER (P.), *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur la proposition de loi de M. Bernard JOLY tendant à permettre la dévolution directe de tous les biens vacants et sans maître à la commune en lieu et place de l'État*, Rapport n° 208 (Sénat, Session ordinaire de 1999-2000), 8 février 2000, p. 5.

c. Les évolutions juridiques et sociétales

58. Les évolutions du droit et, plus généralement, de la société, conduisent les collectivités publiques à augmenter leurs domaines. Évolution d'abord purement juridique : l'admission d'un droit de propriété des personnes publiques sur leur domaines publics respectifs accrut sensiblement le volume de cette propriété, jusqu'alors limitée au domaine privé. Évolution économique : le développement de l'État interventionniste s'est manifesté par l'accroissement du nombre de propriétés publiques : voies de communication, locaux et matériels affectés à des services publics, mais également participations dans les entreprises. Évolution culturelle : la financiarisation de la culture pourrait permettre à la France de profiter de son image pour exporter à grande échelle sa propriété intellectuelle. C'est ainsi que l'État prête à Abou Dhabi le nom « Louvre » pour sa réplique du musée éponyme pour un prix de 400 millions d'euros sur trente ans¹³⁶. Évolution écologique : les prévisions scientifiques qui tendent à faire des ressources sauvages, de l'eau, voire de l'air, des ressources rares pourraient conduire, dans un souci de protection, à en faire des propriétés publiques¹³⁷. Évolution, enfin, scientifique : la découverte des ondes hertziennes, devenues domaniales par une loi du 17 janvier 1989, permet à l'État d'engranger d'importantes recettes domaniales¹³⁸ : l'attribution de chaque licence UMTS rapporte par exemple 4,95 milliards d'euros à l'État. La découverte régulière de nouvelles ressources naturelles (nodules polymétalliques, gaz de schiste...) est susceptible d'accroître encore le volume domanial.

§ 2. La progression de la part cessible du domaine

Les spécificités des personnes publiques et de l'État en particulier les rendent titulaires d'une grande richesse ; pour autant, face à un déficit qui doit être comblé et une dette qui doit être remboursée, cette richesse semble *a priori* n'être plus que nominale, dès lors que la domanialité publique empêche la réalisation d'un grand nombre d'actifs. Toutefois, et sans même évoquer à ce stade la relativité bien connue de l'inaliénabilité¹³⁹, la cessibilité du

¹³⁶ Voir sur ce point CACHIN (F.), POMIAN (K.), « Les musées français à l'heure d'Abou Dhabi », *Rev. Le Débat*, n° 145, mai-août 2007, p. 182.

¹³⁷ Voir sur ce point CAUDAL (S.), BILLET (P.), « Propriété publique et protection de la diversité biologique », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial 2008, p. 113.

¹³⁸ Voir sur ce point YOLKA (P.), « Exploitation des fréquences hertziennes, point trop n'en faut », *JCP A* 2008, act. 989.

¹³⁹ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

domaine est en progression depuis un certain nombre d'années, ne serait-ce que parce que le législateur, par le CGPPP, a réduit ou entériné la réduction de la part du domaine public dans l'ensemble des biens domaniaux (A). Au-delà même de la variation de ce rapport domaine public - domaine privé, est prôné le dépassement des modes de valorisation traditionnellement attribué à chacune des deux franges du domaine (B).

A. La restriction législative de la part du domaine public

Cette restriction est le résultat de deux processus, correspondant aux deux modes d'identification, énumératifs et conceptuels, qu'évoque Hubert-Gérald Hubrecht¹⁴⁰ : celui, d'abord, du resserrement des méthodes conceptuelles d'identification du domaine public (1) ; celui, ensuite, de la progression du domaine privé par détermination de la loi (2).

1. Le resserrement des méthodes conceptuelles d'identification du domaine public

La restriction du critère de l'aménagement (a), qui de « spécial » devient « indispensable », participe (en tout cas dans sa philosophie) à la lutte contre l'hypertrophie du domaine public ; de même, les théories extensives de la domanialité publique ont connu une certaine limitation (b).

a. La restriction du critère de l'aménagement

59. Il est bien connu que le critère de l'aménagement spécial, tel qu'il fut instauré par le juge administratif en même temps que celui de l'affectation à un service public¹⁴¹, constituait l'aboutissement d'une recherche débutée plus d'un demi-siècle auparavant¹⁴² pour éviter un élargissement trop important du domaine public. L'on sait ce qu'il advint de ce critère : insuffisamment défini, il fut utilisé de façon trop extensive par le juge administratif¹⁴³, voyant

¹⁴⁰ HUBRECHT (H.-G.), « Faut-il définir le domaine public et comment ? Méthode énumérative et méthode conceptuelle », *AJDA* 2005, p. 598.

¹⁴¹ CE, ass., 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, rec. *Lebon* p. 375 ; *AJDA* 1956, p. 472, concl..Long et p. 488, chron. Fournier et Braibant.

¹⁴² Fabrice Melleray fait remonter cette recherche aux travaux d'Étienne Coquet sur le domaine public colonial (« La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique », *AJDA* 2004, p. 490).

¹⁴³ Voir notamment SANDEVOIR (P.), « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », *AJDA* 1966, p. 84.

un aménagement spécial même en l'entretien¹⁴⁴ ou en la localisation facilitant le service public¹⁴⁵. Le critère ne put par conséquent remplir sa fonction de restriction de la domanialité publique.

60. Pour justifier le remplacement de ce critère par celui de l'« aménagement indispensable », le législateur, en invoquant le fait que « *l'existence d'un simple aménagement spécial n'est (...) 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* »¹⁴⁶, ne fit aucun mystère de ses intentions : réduire le volume du domaine public en employant un critère, celui de l'aménagement « indispensable », voulu plus restrictif que celui du simple aménagement « spécial ». C'est tout ce qu'il importe de retenir pour notre propos ; car si l'on peut très fortement douter, avec Étienne Fatôme, du caractère réellement plus restrictif de la notion d'aménagement indispensable par rapport à celle d'aménagement spécial¹⁴⁷, et si l'on peut tout autant douter de l'aptitude de l'aménagement indispensable à ne pas souffrir de la même indéfinition que son prédécesseur¹⁴⁸, l'idée sous-jacente est bel et bien celle d'une réduction du domaine public, qui ouvrirait la voie à la réduction du domaine lui-même. Ainsi que le note Christelle Ballandras-Rozet, la notion d'aménagement indispensable, « *en participant à la réduction du périmètre domanial, (...) engendre en contrepartie un gonflement du domaine privé, ce qui du même coup favorise la gestion économique des biens (...) L'aménagement indispensable s'entend comme un critère téléologique servant la politique immobilière de*

¹⁴⁴ CE, sect., 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, rec. *Lebon* p. 325 ; *AJDA* 1975, p. 348, chron. Franc et Boyon.

¹⁴⁵ CE, 8 mars 1993, *Villedieu*, rec. *Lebon* p. 759, *RDI* 1993, p. 349, obs. Auby.

¹⁴⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, *JORF* 22 avril 2006, p. 6016 ; l'extrait est rappelé en substance dans le « *Guide pratique d'utilisation du code général de la propriété des personnes publiques* », édité par la direction générale des collectivités locales du ministre de l'Intérieur (p. 7).

¹⁴⁷ FATÔME (É.), « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions », *AJDA* 2006, p. 1087. L'auteur s'en tient à la signification académique des termes pour constater qu'un aménagement indispensable au service public, tel un branchement informatique, peut ne pas lui être « spécial » (au sens de « spécifique ») dans la mesure où l'on le retrouve pour des usages privés. Voir également, sur ce point, BALLANDRAS-ROZET (C.), « L'aménagement indispensable, un critère discutable de réduction du domaine public », *AJDA* 2007, p. 571.

¹⁴⁸ Fabrice Melleray relevait en 2006 qu'« *on est tout de même bien en peine pour déterminer a priori ce qu'est un aménagement indispensable et quel sera le degré d'exigence du juge administratif (...) La jurisprudence relative à l'aménagement spécial incite assurément à considérer que l'aménagement indispensable connaîtra le même destin* » (in « Le Code général de la propriété des personnes publiques », *RFDA* 2006, p. 914). En 2013 encore, Gilles Bachelier relève que « *la jurisprudence du Conseil d'État n'a pas encore précisé les contours exacts de cette notion* » (« Spécial, indispensable, global, virtuel : trop d'adjectifs pour le domaine public immobilier » ?, *AJDA* 2013, p. 962).

l'État. En restreignant le domaine public, il contribue à faciliter les cessions immobilières et la valorisation du patrimoine »¹⁴⁹.

b. La restriction des théories extensives de la domanialité publique

Des remarques très similaires peuvent être formulées à l'endroit de deux des trois théories extensives du domaine public.

61. C'est d'abord le cas de la théorie de l'accessoire. L'article L. 2111-2 du CGPPP, en incluant dans le domaine public les biens domaniaux « *qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable* », consacre la nécessité du cumul de deux liens, l'un physique, l'autre fonctionnel, entre un bien appartenant déjà au domaine public et un autre bien domanial. Le seul lien physique¹⁵⁰ ou le seul lien fonctionnel ne peuvent donc suffire ; c'est dire que l'entrée dans le domaine public à la faveur de la théorie de l'accessoire est plus complexe qu'auparavant, et permet d'enrayer, pour reprendre le terme de Christian Lavalie, la « *contagion* » de la domanialité publique¹⁵¹ que risquait de provoquer l'acceptation du seul lien physique. Certes, tout comme l'aménagement indispensable, l'indéfinition du « *concours à l'utilisation d'un bien* »¹⁵² et de l'épithète « *indissociable* »¹⁵³ pourrait aboutir à une utilisation finaliste et exagérément extensive de cette théorie. Il n'en reste pas moins vrai que cette volonté du législateur de « *figer les critères d'indissociabilité physique et de lien fonctionnel formulés de façon variable par le juge* »¹⁵⁴ s'inscrit dans le désir de restreindre le domaine public, et participe de ce fait du dogme de la rétraction du domaine. D'ailleurs, l'application jurisprudentielle de la nouvelle disposition se révèle plutôt stricte : le Conseil d'État considère ainsi que des appartements domaniaux ne

¹⁴⁹ BALLANDRAS-ROZET (C.), « Les justifications économiques et juridiques au critère de l'aménagement indispensable », *JCP A* 2007, n° 2089.

¹⁵⁰ CE, 28 janvier 1970, *Consorts Philip-Bingisser*, rec. *Lebon* p. 58 ; *AJDA* 1970, p. 349, chron. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle ; *D.* 1970, p. 372, note Lachaume ; *Rev. adm.* 1970, p. 287, note Liet-Veaux.

¹⁵¹ LAVIALLE (C.), *Droit administratif des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1996, p. 47. Pour une opinion nuancée sur l'effet restrictif de la théorie de l'accessoire telle que formulée par le CGPPP, voir BALLANDRAS-ROZET (C.), « L'aménagement indispensable, un critère discutabile de réduction du domaine public », *AJDA* 2007, p. 571. L'auteur y estime notamment que la formule « concourir à l'utilisation du bien appartenant au domaine public » est excessivement large.

¹⁵² Sur l'indéfinition de cette première partie de la disposition, voir BALLANDRAS-ROZET (C.), « L'aménagement indispensable, un critère discutabile de réduction du domaine public », *art. cit.*, p. 574.

¹⁵³ Sur l'indéfinition de cette seconde partie de la disposition, voir FATÔME (É.), « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions » *art. cit.*, p. 1092.

¹⁵⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, *JORF* 22 avril 2006, p. 6016.

sont pas indissociables des locaux affectés au service public au-dessus desquels ils se trouvaient, notamment en raison de l'entrée distincte dont ils bénéficient¹⁵⁵ ; ne sont pas plus indissociables les commerces et logements situés à proximité du château de Chambord, et ce alors mêmes qu'ils sont inclus dans l'enceinte du domaine, délimitée par un mur¹⁵⁶.

62. Le dogme de la rétraction du domaine public apparaît encore dans la volonté des rédacteurs du Code de mettre fin à la théorie de la domanialité publique virtuelle. D'après cette théorie, un bien domanial non affecté à l'utilité publique entre dans le domaine public dès que son affectation à un service public et l'aménagement spécial afférent sont prévus de façon certaine, bien que non encore effectifs¹⁵⁷. La rédaction du CGPPP condamnerait, cette théorie : « *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. De la sorte, cette définition prive d'effet la théorie de la domanialité publique virtuelle* »¹⁵⁸. Le Code implique en effet que, pour entrer dans le domaine public, les biens affectés à un service public « *fassent* » l'objet d'un aménagement indispensable. Il semble que d'après les rédacteurs du Code, l'emploi du présent du subjonctif impose soit que l'aménagement indispensable existe déjà, soit que sa réalisation soit en cours au moment où la domanialité publique est recherchée. Si l'on peut émettre de sérieuses réserves sur l'efficacité d'une méthode excessivement tributaire de la conjugaison et dont le juge n'aurait sans doute aucun mal à se départir¹⁵⁹, la volonté de restreindre la masse du domaine public reste encore présente. Le juge administratif privilégie pour l'instant l'interprétation des rédacteurs du Code puisque, dans un arrêt de 2013, il estime que les nouveaux critères impliquent que le bien « *fasse déjà l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* »¹⁶⁰

¹⁵⁵ CE, 11 décembre 2008, *Perreau-Polier*, req. n° 309260 ; *AJDA* 2009, p. 828, note Févrot ; *RJEP* 2009, n° 27, p. 20, note Chamard-Heim. ; *GDDAB* n° 7, obs. Chamard-Heim.

¹⁵⁶ CE, 19 juillet 2012, avis n° 386715 ; *AJDA* 2013, p. 1789, note Melleray.

¹⁵⁷ CE, ass., 6 mai 1985, *Association Eurolat*, rec. *Lebon* p.141 ; *AJDA* 1985, p. 620, note Fatôme et Moreau ; *LPA* 23 octobre 1985, p. 4, note Llorens ; *RFDA* 1986, p. 21, concl. Genevois ; *GDDAB* n° 7, obs. Yolka ; CE, avis, 31 janvier 1995, n° 356960 ; CE, avis, 18 mai 2004, n° 370169.

¹⁵⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, *JORF* 22 avril 2006, p. 6016.

¹⁵⁹ Philippe Yolka note d'ailleurs que la nouvelle disposition « *ne vise nullement un aménagement "existant" : il se réfère à un aménagement indispensable, sans indiquer si celui-ci doit être déjà réalisé, en cours d'exécution ou simplement projeté* » (obs. sous l'arrêt *Eurolat*, *GDDAB* n° 7, § 12).

¹⁶⁰ CE, 8 avril 2013, *Association ATLALR*, req. n° 363738 ; *RDI* 2013, p. 434, obs. Foulquier ; *JCP A* 2013, n° 2172, comm. Chamard-Heim ; *JCP N* 2013, n° 1249, note Giacuzzo.

63. En revanche, le Code comme ses rédacteurs conservent un silence complet sur la domanialité publique globale, qui intègre dans le domaine public l'ensemble des immeubles rassemblés dans une emprise foncière déterminée, sur laquelle s'exerce un service public. Maintien ou abandon de la théorie, les deux interprétations de ce silence étaient parfaitement défendables¹⁶¹, même si celle de l'abandon pouvait se réclamer en plus d'une interprétation *a contrario* du Code, certaines dispositions spéciales prévoyant la domanialité publique de l'ensemble des biens compris dans une emprise déterminée¹⁶². Toutefois, le juge administratif a récemment appliqué la domanialité publique globale, d'abord de façon assez subreptice¹⁶³, puis beaucoup plus clairement dans l'avis précité relatif au domaine national de Chambord¹⁶⁴. Si la pérennité de la domanialité publique globale contredit quelque peu l'idée d'un dogme de la rétraction du domaine, il faut toutefois noter qu'elle se justifie par la simplification salutaire qu'elle assure dans le statut des ouvrages complexes, en ce qu'elle permet d'éviter l'enchevêtrement de régimes juridiques sur une même emprise¹⁶⁵. Surtout, rien n'interdit au législateur soucieux de réduire le domaine public d'intervenir de façon sectorielle pour empêcher l'application par le juge de la domanialité publique globale ; ainsi peut-on comprendre la loi du 3 juin 2010¹⁶⁶ relative au Grand Paris, dont l'article 12 classe dans le domaine privé de l'établissement public Société du Grand Paris ses espaces situés dans les gares, utilisés en tant que parkings, commerces ou locaux d'activités, et non affectés au service public du transport.

¹⁶¹ FATÔME (É.), « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions », *art. cit.*, p. 1093 : « Puisque désormais les modalités d'incorporation dans le domaine public résultent du code et que la domanialité publique globale n'en fait pas partie, la logique voudrait que, comme la théorie de la domanialité virtuelle, elle disparaisse ». Pour une opinion contraire : MAUGÜÉ (C.), BACHELIER (G.), « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1078 : « Cette nouvelle définition réductrice ne modifie pas en tant que tel le champ d'application de la théorie de la domanialité publique globale ».

¹⁶² C'est le cas, en vertu de l'article L. 2111-16 du CGPPP, du domaine public aéronautique, qui « comprend notamment les emprises des aérodromes ».

¹⁶³ CE, 7 mai 2012, *SCP Mercadier et Krantz*, req. n° 342107 ; *AJDA* 2013, p. 1172, note Foulquier.

¹⁶⁴ CE, 19 juillet 2012, avis précité : « Le domaine national de Chambord est un ensemble historique exceptionnel d'un seul tenant, dont l'emprise foncière est délimitée par un mur d'enceinte continu, où s'exerce le service public, principalement culturel et touristique (...) Dès lors (...), le domaine national de Chambord appartient dans sa globalité au domaine public de l'État. Les immeubles mentionnés au 4° [c'est-à-dire les commerces et logements situés à l'intérieur du périmètre tracé par le mur d'enceinte] doivent ainsi être regardés comme appartenant au domaine public de l'État ».

¹⁶⁵ Voir sur ce point MELLERAY (F.), « De quelques incertitudes relatives à la "théorie" de la domanialité publique globale », in *Bien public, bien commun* (mélanges É. Fatôme), Dalloz, 2011, p. 321.

¹⁶⁶ Loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, *JORF* du 5 juin 2010, p. 10339.

2. La progression du domaine privé par détermination de la loi

64. L'article L. 2212-1 du CGPPP ne crée aucune surprise pour les chemins ruraux qui, comme sous l'empire de l'ordonnance du 7 janvier 1959¹⁶⁷, demeurent dans le domaine privé. Encore convient-il de préciser que ce statut est exempt de toute volonté de céder, dans la mesure où l'article L. 161-10 du Code rural et de la pêche maritime n'autorise leur cessibilité que lorsqu'ils ne sont plus le support du passage public¹⁶⁸, c'est à dire lorsqu'ils sont désaffectés de fait. La domanialité privée vise en fait à dispenser les communes d'une obligation d'entretien qui serait trop dispendieuse pour leur budget¹⁶⁹, et non à autoriser les aliénations.

65. Des réflexions assez similaires peuvent être formulées à l'égard du principe de la domanialité privée des forêts domaniales, codifié par l'article L. 2212-1 et issu d'une jurisprudence de 1975¹⁷⁰ : on peut en effet douter que cette domanialité privée soit justifiée par la volonté d'aliéner les forêts, dans la mesure où seul le législateur peut procéder à cette cession¹⁷¹. Le recours à la domanialité privée s'explique donc beaucoup moins par la volonté d'aliéner que par celle d'exploiter avec moins de contraintes, notamment par des concessions et des ventes de coupes, en adéquation avec une importance économique de la forêt constamment rappelée¹⁷². Encore convient-il de relever que la volonté de céder n'est pas totalement absente du régime des forêts, puisqu'il existe une exception à l'autorisation

¹⁶⁷ Ordonnance n° 59-115 du 7 janvier 1959 relative à la voirie des collectivités locales, *JORF* du 7 janvier 1959, p. 634.

¹⁶⁸ CE, 16 avril 2010, *Commune de Saint-Frion*, req. n° 316342 ; *Revue de droit rural* n° 390, février 2011, comm. 35, note Lebel. ; CE, 3 décembre 2012, *M. et Mme Lobert*, req. n° 344407 ; *Droit administratif* n° 3, mars 2013, comm. 22, note Éveillard.

¹⁶⁹ LAVIALLE (C.), « La fin des chemins ruraux ? », in *Mélanges offerts à Pierre Montané de la Roque*, Tome 1, Presses IEP Toulouse, 1986, p. 452 ; ÉVEILLARD (G.), « Précisions sur l'entretien des chemins ruraux », *AJDA* 2013, p. 1002.

¹⁷⁰ CE, 28 novembre 1975, *ONF c/ Abamonte*, rec. *Lebon* p. 602 ; *AJDA* 1976, p. 149, note Julien-Lafférière ; *Revue administrative* 1976, p. 36, note Moderne ; *RDP* 1976, p. 1050, note Waline. Si cet arrêt est traditionnellement cité comme celui de référence alors même que la domanialité privée des forêts peut se réclamer d'une jurisprudence fort ancienne (voir par exemple CE, 16 mai 1896, *Ministre de l'agriculture c/ Vergès*, rec. *Lebon* p. 406), c'est parce que la solution était particulièrement surprenante en raison des nombreux aménagements (aires de jeu et de détente) dont avait fait l'objet la forêt en question. Quel que soit le niveau d'adaptation de la forêt à la circulation publique, elle reste donc dans le domaine privé.

¹⁷¹ Art. L. 3211-5 du CGPPP, alinéa 1.

¹⁷² Voir par exemple BIANCO (J.-L.), *La forêt : une chance pour la France*, Rapport au Premier ministre, 25 août 1998, spéc. pp. 27 s. ; PEYRON (J.-L.), et YVON (P.), *Pour une gestion forestière et une filière forêt-bois multifonctionnelles économiquement efficaces, écologiquement viables, socialement acceptables*, Rapport au directeur général de l'aménagement, du logement et de la nature et au directeur général des politiques agricole, agroalimentaire et des territoires, 29 mars 2011, spéc. pp. 41 s. ; on observera également que l'objectif « Accroître la récolte de bois et améliorer la compétitivité économique de la filière bois » constitue le premier objectif du projet annuel de performance 2014 du programme « Forêts ».

législative, ouvrant l'aliénation sur simple autorisation administrative des bois et forêts de moindre importance et d'un intérêt public limité¹⁷³.

66. C'est surtout dans le cas des immeubles à usage de bureaux que la progression du domaine privé par détermination de la loi révèle une volonté de céder. Le statut de ces immeubles était extrêmement incertain faute d'une jurisprudence claire¹⁷⁴. L'affectation de ces bureaux aux services publics ne faisait pas vraiment de doute ; en revanche, il était difficile de se prononcer sur la réalité d'un aménagement spécial. La clarification à laquelle procéda l'article 1^{er} de l'ordonnance du 19 août 2004¹⁷⁵, rangeant dans le domaine privé les immeubles à usage de bureaux de l'État et de ses établissements publics, s'avérait nécessaire. Le CGPPP reprit cette disposition en l'étendant aux collectivités territoriales (art. L. 2211-1). Or, contrairement aux forêts domaniales et aux chemins ruraux, la volonté de permettre à l'administration de céder ces immeubles joua un rôle déterminant dans la consécration de leur domanialité privée. Suite à l'annonce du Premier ministre Jean-Pierre Raffarin, en 2003, de procéder à « *la vente immédiate d'un million de mètres carrés de bureaux de l'État* »¹⁷⁶, les rapports de la Mission immobilier public¹⁷⁷ puis de l'Institut de la gestion déléguée¹⁷⁸ prescrivirent l'affirmation nette de la domanialité privée de ces immeubles. Le communiqué de presse du Conseil des ministres du 19 août 2004, à propos de l'ordonnance du même jour, exprima clairement l'objectif de la domanialité privée des bureaux : « *Cette ordonnance (...) classe dans le domaine privé de l'État et de ses établissements publics les immeubles à usage de bureaux, propriété de ces collectivités, ce qui permet de les céder sans avoir besoin de les déclasser du domaine public ; elle permet l'aliénation de ces immeubles, alors qu'ils sont encore utilisés par les services publics qui y sont implantés* ». Le fait que la logique financière

¹⁷³ Art. L. 3211-5 du CGPPP, alinéa 2.

¹⁷⁴ Voir notamment CHAMARD-HEIM (C.), « Les immeubles à usage de bureaux et la valorisation des patrimoines publics », *Droit et patrimoine* 2005, p. 133, et FATÔME (É.), « Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004 », *AJDA* 2005, p. 584. Ce dernier auteur indique que l'on ne peut s'en remettre qu'aux conclusions du commissaire du gouvernement Henri Toutée sous l'arrêt *Compagnie d'assurances la préservatrice foncière* (CJEG, 1994, p. 197) pour croire en la domanialité publique de ces bureaux.

¹⁷⁵ Ordonnance n° 2004-825 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'État (partie législative), *JORF* du 21 août 2004, p. 14946.

¹⁷⁶ MORIO (J.), REY-LEFÈBVRE (I.), *D'ici à 2010, 100 milliards d'euros de participations de l'État à céder*, Le Monde du 15 décembre 2005.

¹⁷⁷ DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, Rapport au Premier ministre, 1^{er} décembre 2003, p. 3 : « *Un recours à des procédures de cession d'immeubles administratives banalisés et occupés, en vue de leur reprise en location par l'État auprès de l'acquéreur, implique donc de s'affranchir du régime de la domanialité publique* ».

¹⁷⁸ Institut de la Gestion Déléguée, *Rapport du groupe de travail « Valorisation des propriétés publiques »*, p. 29.

du procédé soit hautement contestable¹⁷⁹ n'empêche pas ce déclassement d'être représentatif de l'existence d'un levier domanial pour gérer les finances publiques.

B. L'extension de la cessibilité à l'ensemble du domaine

Cette extension à laquelle nous faisons référence doit s'analyser comme un mouvement, et non comme un acquis : contrairement au domaine privé (1), le domaine public demeure clairement incessible, en tout cas sans l'intervention du législateur. Il reste que l'évolution du droit domanial révèle un *continuum*, qui semble se diriger lentement mais sûrement vers une cessibilité du domaine public (2).

1. La cessibilité du domaine privé

L'inaliénabilité, parmi d'autres règles, distingue le régime du domaine public de celui du domaine privé. Cela n'implique pas pour autant que le domaine privé *doive* obligatoirement être cédé (a). En outre, au-delà des cas spécifiques déterminés par la loi (par exemple, les chemins ruraux), la cessibilité du domaine privé est quelque peu perturbée par le cas des biens encore utilisés par les services de l'État, même s'il ne s'agit au final que d'une exception de portée assez réduite (b).

a. La cession, condition du domaine privé ?

67. Le domaine privé n'est-il qu'un état transitoire entre le domaine public et l'appropriation privée ? Certaines considérations historiques légitiment la question. À Rome déjà, les biens appartenant au public mais non affectés à l'utilité publique (*res in pecunia populi* sous la République et *res in patrimonio fisci* sous l'Empire) avaient vocation à être vendus : la République comme l'Empire étaient davantage enclins à vendre dès leur captation les terres conquises, les legs, les biens confisqués ou les biens des condamnés¹⁸⁰. Sous la Révolution française, si certains biens furent réservés à l'appropriation publique¹⁸¹, ce fut

¹⁷⁹ Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

¹⁸⁰ DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 15.

¹⁸¹ La loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 exclut de la vente des biens nationaux les biens qui, en substance, constitueront ensuite la liste de l'article 534 du Code civil. La Constitution du 14 septembre 1791 y

précisément pour que les autres soient mieux cessibles¹⁸² : le déploiement de l'idéologie physiocrate invitait à restreindre au maximum la propriété de la Nation pour laisser s'épanouir celle des particuliers. Gérard Quiot relate en sens qu'en dehors des éléments nécessaires à la satisfaction de l'utilité publique, l'État n'avait pas vocation à posséder : « *Les constituants estimaient que l'intérêt public ne justifie pas que l'État soit propriétaire - exploitant de biens productifs de revenus mais commande, au contraire, que cette fonction soit réservée aux particuliers* »¹⁸³. Plus récemment, le surdimensionnement du domaine privé de la ville de Paris, résultat d'une accumulation historique d'immeubles divers, conduisit, à partir du milieu des années 1990, à une politique de vente des biens non affectés à l'utilité publique et sans intérêt suffisamment caractérisé pour la collectivité¹⁸⁴.

68. Pour autant, le déclassement de biens du domaine public dépasse aujourd'hui la seule perspective de leur cession. Il a déjà été relevé que la domanialité privée des chemins ruraux et des forêts visait surtout à éviter l'obligation d'entretien des premiers et à dynamiser l'exploitation des seconds. Par ailleurs, il n'existe pas de principe d'obligation de cession des biens inutiles. Le doute avait pu être entretenu par la rédaction maladroite du Code du domaine de l'État : l'article 53, en disposant que « *les immeubles domaniaux reconnus définitivement inutiles aux services civils ou militaires affectataires doivent être remis au service des domaines* », posait simplement le principe d'une obligation de remise. Mais l'article 54 ajoutait que « *les immeubles du domaine privé de l'État, non susceptibles d'être affectés ou utilisés, sont aliénés par le service des domaines qui en recouvre le prix* ». Que fallait-il comprendre ? Que le service des domaines *devait* aliéner les biens inutiles, ou simplement qu'il était l'organe compétent pour procéder à une telle aliénation, par ailleurs laissée à sa discrétion ? La modification de cet article par l'ordonnance du 19 août 2004 relative aux bureaux validait la seconde interprétation : « *Les immeubles du domaine privé de*

ajouta « *les biens destinés aux dépenses du culte et à tous services d'utilité publique* », qui « *appartiennent à la Nation et sont dans tous les temps à sa disposition* ».

¹⁸² Signalons également, en plus de l'interdiction de céder les biens affectés à l'utilité publique énumérés par la loi de 1790, celle adressée aux rois puis aux empereurs d'aliéner les biens qui leur étaient remis à titre de « liste civile », et dont les revenus ou l'usage servaient à assurer leurs besoins personnels. Le décret des 26 mai et 1^{er} juin 1791, s'il ne proclamait pas clairement l'inaliénabilité des biens de la liste civile, n'accordait au roi que la « jouissance » sur ceux-ci. L'inaliénabilité de ces biens fut proclamée par sénatus-consulte du 30 janvier 1810 ; le principe fut ensuite repris pour la liste civile de chaque roi ou empereur. Voir sur ce point GAUTIER (A.), *Études sur la liste civile en France*, Paris : E. Plon et C^{ie}, 1882, spéc. pp. 24 s.

¹⁸³ QUIOT (C.), « Considérations sur une curiosité juridique : l'existence en droit français d'un domaine privé des personnes publiques », in *Les métamorphoses du droit* (mélanges J.-M. Rainaud), L'Harmattan, 2009, p. 379.

¹⁸⁴ LÉONETTI (R.), « La cession des immeubles publics », *AJDA* 2010, p. 2465.

l'État, lorsque leur aliénation est décidée, sont aliénés par le service des domaines qui en recouvre le prix ». L'état actuel du droit est toujours aussi peu favorable à une obligation de céder : l'article L. 3211-1 du CGPPP prévoit que lorsqu'ils ne sont plus utilisés par un service de l'État, les biens du domaine privé *peuvent* être vendus. C'est confirmer que la cession n'est pas la condition du domaine privé.

69. Cela dit, si l'on doit se satisfaire de l'absence d'obligation de céder les biens devenus inutiles, c'est surtout pour des raisons de même nature que celles qui président aujourd'hui à la politique de cession : l'intérêt financier commande en effet de ne pas vendre lorsque le marché est en crise, voire même parfois de conserver le bien, quelle que soit la conjoncture, pour s'assurer un revenu durable¹⁸⁵. Dans certaines hypothèses, la cession n'est donc pas la condition du domaine privé précisément parce qu'elle est la solution la moins efficace financièrement.

b. Le cas des biens du domaine privé utilisés par l'administration

70. Que l'on songe aux biens dans le domaine privé par détermination de la loi, à ceux affectés à un service public mais sans aménagement indispensable, ou encore aux éléments du domaine mobilier affectés à l'utilité publique mais ne présentant pas pour autant l'un des intérêts publics énumérés par le Code¹⁸⁶, le domaine privé regorge de biens affectés à l'utilité publique. Or, une lecture *a contrario* de l'article L. 3211-2 du CGPPP (anciennement article L. 54 du Code du domaine de l'État), selon lequel « *les biens immobiliers à usage de bureaux (...), qui sont la propriété de l'État, peuvent être aliénés alors qu'ils continuent à être utilisés par les services de l'État* » invite à croire que hors le cas de ces bureaux, les biens du domaine privé qui continuent à être utilisés par les services de l'État ne peuvent être aliénés. Étienne Fatôme réfutait cette interprétation, car « *sauf à remettre en cause la conception générale du domaine privé, tel ne peut pas être le cas puisque l'une des caractéristiques fondamentales du domaine privé est que les biens qui en font partie sont aliénables, y compris lorsqu'ils sont*

¹⁸⁵ *Ibid.* : « *L'intérêt financier a en effet acquis davantage de légitimité comme composante de l'intérêt général, et à l'heure d'une certaine crise des finances publiques, la gestion des biens publics tend à intégrer au mieux les problématiques financières. Il conviendrait alors de s'interroger sur le point de savoir si la cession est la meilleure solution en termes de valorisation. Et d'abord, il faut bien admettre qu'en bon gestionnaire une personne publique ne vende pas au mauvais moment ses immeubles inutiles et préfère, pendant un temps, les donner à bail, ou encore les valoriser, les viabiliser, avant de les céder* ».

¹⁸⁶ Art. L. 2112-1 du CGPPP.

*affectés à des services publics, dès lors, dans ce cas, que leur aliénation n'est pas de nature à porter atteinte à la continuité du service auxquels ils sont affectés. Autrement dit, contrairement à ce que l'article L. 54 est de nature à laisser croire, le principe n'est pas que les biens du domaine privé affectés à des services publics sont inaliénables sauf exception prévues par les textes, mais il est, au contraire, qu'ils sont aliénables sauf lorsque leur aliénation paraît susceptible de porter atteinte à la continuité du service public auquel ils sont affectés. Et on peut d'ailleurs penser que si l'article L. 54 a été rédigé comme il l'a été, c'est uniquement parce que, soucieux de faire en sorte que les acquéreurs "en lease-back" n'aient aucun doute en ce qui concerne la possibilité de recourir à cette technique, les auteurs de l'ordonnance ont considéré que "ce qui va sans dire va sans doute mieux en le disant", au risque de paraître méconnaître un élément essentiel du régime juridique du domaine privé »¹⁸⁷. Mais, si nous partageons totalement cette analyse sur l'essence du domaine privé avant le CGPPP, force est de constater qu'elle est contrariée par l'apparition de l'article L. 3211-1 du Code. En effet, au moment où Étienne Fatôme tenait ce propos, l'article L. 54 du Code du domaine de l'État était précédé d'un article L. 53 qui disposait simplement que « les immeubles domaniaux reconnus définitivement inutiles aux services civils ou militaires affectataires doivent être remis au service des domaines ». Si, à cette époque, les biens inutiles « devaient » être remis au service des domaines, rien n'interdisait alors que les biens toujours utiles le fussent également, si l'administration le souhaitait. Or, désormais, la disposition relative aux bureaux est précédée dans le Code d'un article L. 3211-1 qui dispose que « lorsqu'ils ne sont plus utilisés par un service civil ou militaire de l'État ou un établissement public de l'État, les immeubles du domaine privé de l'État **peuvent** être vendus »¹⁸⁸. Difficile à présent de réfuter l'interprétation *a contrario*, celle selon laquelle les biens encore utilisés par les services de l'État ne peuvent être vendus, même si elle est en désaccord avec la conception classique du domaine privé, et même si l'on comprend mal que l'État ne puisse se séparer des biens qu'il utilise alors même qu'il peut, par ailleurs, prendre à bail des biens pour les affecter à ses services publics¹⁸⁹. Il existe donc, en plus des chemins*

¹⁸⁷ FATÔME (É.), « Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004 », *AJDA* 2005, pp. 588 et 589.

¹⁸⁸ La même disposition est employée pour les meubles dans l'article L. 3211-17 du CGPPP.

¹⁸⁹ LÉONETTI (R.), *La cessions des immeubles publics*, art. cit., p. 2469.

ruraux et les forêts domaniales, une troisième exception à la cessibilité des biens du domaine privé : les biens utilisés par les services de l'État ou de ses établissements publics¹⁹⁰.

71. Toutefois, et en l'absence de jurisprudence, il est possible de minimiser considérablement la portée de cette exception. D'abord, la rigueur dans l'analyse des termes qui caractérise la méthode *a contrario* doit être totale ; or, les articles L. 3211-1 et L. 3211-17 du CGPPP n'évoquent que les biens de l'État, ce qui implique qu'en l'absence de mention des biens du domaine privé des collectivités territoriales, ceux-ci peuvent être aliénés alors même qu'ils sont utilisés, pourvu bien sûr qu'en ce cas la continuité du service public soit préservée par les clauses de l'acte de cession. Ensuite, l'exception concerne dans la pratique essentiellement les meubles, car les bureaux, cessibles malgré leur affectation, constituent la principale composante des immeubles du domaine privé qu'utilise l'État. Enfin, si l'existence d'une déclaration d'inutilité, censée conditionner la validité de la cession, est parfois mentionnée dans les écrits doctrinaux¹⁹¹ ou dans des arrêtés ministériels¹⁹², son régime n'est absolument pas précisé. On ignore en particulier si elle doit être nécessairement expresse, ou encore si elle doit nécessairement porter sur l'ensemble de l'immeuble concerné.

2. Un continuum vers la cessibilité du domaine public ?

Il ne s'agit pas ici de détailler toute la souplesse des règles de cessibilité qui, dans la plupart des cas, permettent *in fine* aux propriétaires publics de céder leurs biens, même s'ils figurent initialement dans le domaine public¹⁹³. Il s'agit simplement de retracer chronologiquement une évolution qui part de l'absence d'exploitation du domaine public et qui pourrait, à terme, se conclure par sa cessibilité. La première phase, qui s'est étendue sur l'ensemble du XX^{ème} siècle, concerne l'exploitation du domaine public, initialement enrayée par l'admission du seul pouvoir de police, pour se conclure par un semblant d'aliénation (a) ; la seconde phase, débutée dans les années 2000, révèle l'admission d'une cessibilité de biens même affectés à l'utilité publique (b).

¹⁹⁰ « Preuve, estime Norbert Foulquier, que la distance entre la domanialité privée et la domanialité publique est parfois ténue » (in *Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 155).

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 2464.

¹⁹² Voir par exemple l'arrêté du 27 décembre 2012 modifiant diverses dispositions relatives à la police immobilière du ministère de la défense (article 3), *JORF* 29 décembre 2012, NOR DEFD1241557A.

¹⁹³ Voir sur ce point *infra*, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

a. Du pouvoir de police à un semblant de pouvoir de cession

72. L'évolution des conceptions doctrinales quant à la possibilité d'une exploitation du domaine public est suffisamment connue pour nous permettre de n'en retracer que les principaux traits¹⁹⁴. On lit chez Proudhon que si « *les immeubles qui appartiennent au domaine public peuvent aussi produire quelques avantages ou être la cause de quelques perceptions utiles pour le trésor (...), il ne résulte pas de là que les immeubles ou les fonds à raison desquels cette perception de revenus est occasionnellement faite, doivent être classés au rang des fonds productifs et patrimoniaux de l'État, parce que leur destination principale n'en a pas moins uniquement pour but le service public ; et que les perceptions de cette nature sont des impôts indirects perçus sur les navigateurs ou les passants, et non pas un vrai produit du fonds* »¹⁹⁵. S'il y a perception d'une redevance, c'est finalement plus, d'après Gaudry, pour assurer une égalité entre les commerçants que pour exploiter financièrement le domaine public¹⁹⁶. Jean-François Dénoyer révèle même l'existence de « *scrupules* » des administrations à percevoir des produits financiers de leur domaine public, précisément en raison de l'absence d'admission de leur droit de propriété¹⁹⁷. Dès lors, cette admission pour les communes¹⁹⁸ puis pour l'État¹⁹⁹ ouvrit de nouvelles perspectives, puisqu'en plus de légitimer la perception de droits pour l'utilisation du domaine public, le droit de propriété

¹⁹⁴ Voir notamment, pour un historique complet, DÉNOYER (J.-F.), *L'exploitation du domaine public*, préf. G. Vedel, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1969, spéc. pp.53 s. ; YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, spéc. pp. 87 s. et pp. 208 s. ; GIACUZZO (J.-F.), *La gestion des personnes publiques en droit français*, préf. F. Fraysse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2014 ; CAMUS (A.), *Le pouvoir de gestion du domaine public*, Thèse Paris X, 2014.

¹⁹⁵ PROUDHON (J.-B.), *Traité du domaine public*, Tome 1, Dijon : Victor Lagier, 1833, p. 271.

¹⁹⁶ GAUDRY (J.), *Traité du domaine*, Tome 1, Paris : Auguste Durand, 1862, p. 82 : « *L'État tire un bénéfice de ces concessions ou de ces exploitations ; mais ce bénéfice est dans l'intérêt public, car il tient la place d'autres impôts. On ne doit même les accorder que moyennant un prix à verser dans les caisses de l'État, sinon ces faveurs seraient des injustices à l'égard de ceux qui ne les obtiendraient pas* ».

¹⁹⁷ DÉNOYER (J.-F.), *L'exploitation du domaine public*, op. cit., pp. 29 et 30 : « *Au XIX^{ème}, alors que de nombreux textes reconnaissent le droit de retirer des revenus du domaine public, certaines administrations étaient très réticentes à percevoir des redevances (...) Jusqu'en 1872, le département de la Marine refusa d'imposer des redevances pour les concessions qu'il lui appartenait d'accorder en vertu du décret-loi du 9 janvier 1852 (...) Les scrupules de l'administration étaient compréhensibles lorsque le droit de propriété de l'administration était contesté (...) La puissance publique ne peut tirer argent de son pouvoir de police. L'explication tirée du pouvoir fiscal de l'État (...) n'est pas plus satisfaisante (...) Aussi bien, seul le droit de propriété de l'administration sur son domaine public peut-il donner un fondement de sa redevance* ».

¹⁹⁸ CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris c/ Compagnie du chemin de fer d'Orléans*, rec. Lebon p. 271. Le droit de propriété des communes est alors immédiatement tempéré par l'admission de la théorie des mutations domaniales.

¹⁹⁹ CE, 17 janvier 1923, *Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieur Piccioli*, rec. Lebon p. 44 ; s. 1925, III, p. 17, note Hauriou ; RDP 1923, p. 567, concl. Corneille, note Jèze ; GDDAB, n° 1, obs. Yolka.

légitimait la substitution d'un pouvoir de gestion²⁰⁰ au simple pouvoir de police : ainsi l'administration put-elle légalement proscrire toute concurrence à un concessionnaire de service public exerçant son activité sur le domaine public et, partant, assurer la rentabilité dudit service²⁰¹. La « *meilleure exploitation* »²⁰² du domaine public devint une motivation légale dans l'édiction d'actes relatifs à l'utilisation du domaine public, et justifia par exemple le refus de renouvellement d'autorisations d'occupation fondé uniquement sur le refus de l'occupant d'une augmentation de la redevance²⁰³.

73. Mais ce développement de la logique financière au travers de la formation d'un véritable « *marché du domaine public* »²⁰⁴, ajouté à des impératifs budgétaires, rendirent nécessaire un réaménagement du droit domanial, pour attirer un occupant privatif inquiet de la précarité de ses droits. La sécurité ultime pour ce dernier aurait naturellement consisté en une cession pure et simple ; une sécurité élevée aurait pu consister en l'acceptation du bail commercial sur le domaine public²⁰⁵. Ce fut finalement une solution différente qui fut choisie au travers de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988²⁰⁶ et de la loi du 25 juillet 1994²⁰⁷ : celle d'attribuer, sous certaines conditions, des droits réels administratifs aux occupants privatifs du domaine public sur la construction par eux érigée, et leur accordant notamment le droit de

²⁰⁰ CE, sect., 20 décembre 1957, *Société nationale d'édition cinématographiques*, rec. *Lebon* p. 702 ; *RDP* 1957, p. 347 ; *S.* 1958, p. 73, concl. Guldner ; *GDDAB* n° 41, obs. Chamard-Heim.

²⁰¹ CE, sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, rec. *Lebon* p. 117 ; *D.* 1932, 3, p. 60, concl. Latournerie, note Blaevœt ; *RDP* 1932, p. 505, conclusion. Latournerie. Sur cette question de la rentabilité de la concession du domaine public au travers du service public, voir BERNARD (S.), *La recherche de rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, préf. J.-P. Biays, LGDJ, coll. Thèses, 2001, spéc. pp. 218 et 219.

²⁰² L'expression est employée par le commissaire du gouvernement Chenot sur l'arrêt CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, rec. *Lebon*, p. 129 ; *RDP* 1944, p. 236.

²⁰³ CE, 23 juin 1986, *Thomas*, rec. *Lebon* p. 167 : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que la décision prise par l'organe délibérant du Muséum, de dénoncer à l'une de ses échéances, le contrat qui liait cet établissement à M. X... a été provoquée par le refus de l'intéressé d'accepter un relèvement important de la redevance d'occupation du domaine, prévue au contrat ; qu'en usant de ce motif du droit qu'il tenait du contrat, pour assurer une meilleure exploitation du domaine de l'établissement, l'assemblée des professeurs n'a pas fait un usage abusif de ses pouvoirs* ».

²⁰⁴ MAMONTOFF (C.), *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, préf. P. Godfrin, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003 : l'auteur procède à une analyse très mercantiliste du domaine public, « *propriété foncière soumise à la loi de l'offre et de la demande* » (p. 268), en ce que « *la rentabilité est extrêmement variable d'un bien domanial à l'autre (...) Deux domaines publics d'égale consistance peuvent produire des gains différents en fonction de la région, de la ville d'implantation (...) D'autres espaces domaniaux feront l'objet d'un certain désintéressement de la part des utilisateurs privés (...) En résumé, la rentabilité diffère profondément sur les sites domaniaux* » (pp. 263 et 264).

²⁰⁵ Sur l'exclusion de tels baux sur le domaine public, voir notamment BROUANT (J.-P.), *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse Paris I, 1995, pp. 194 s. ; DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 1100 s.

²⁰⁶ Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, *JORF* du 6 janvier 1988, p. 208.

²⁰⁷ Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *JORF* du 25 juillet 1994, p. 10749.

percevoir une indemnité en cas de résiliation anticipée, celui de céder le bien construit ou encore celui de l'hypothéquer. Pour le Conseil constitutionnel, il ne s'agissait clairement pas d'une aliénation : dans sa décision du 21 juillet 1994, il estima que l'attribution de tels droits réels n'avait « *pas pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public* »²⁰⁸. La qualification de « droit réel » est elle-même douteuse dans le cadre de ces lois, dans la mesure où la cession et l'hypothèque sont par exemple soumises à un très fort contrôle de l'administration²⁰⁹. Toutefois, le simple fait d'employer l'expression « droit réel » (fut-elle suivie de l'épithète « administratif ») pour qualifier un droit d'occupation simplement renforcé imprègne véritablement le domaine public d'une logique de cession. Le fait de laisser entendre ainsi la possibilité d'un démembrement de la propriété du domaine public s'inscrit clairement dans une évolution de la conception du domaine public, moins rétif aux garanties de stabilité exigées par les activités commerciales qui s'y exercent. La suite de l'évolution du droit domaniale renforce encore le sentiment que ces lois de 1988 et 1994 constituèrent les prémices de l'étape suivante, celle d'une admission de plus en plus large de la cessibilité des biens domaniaux affectés à l'utilité publique.

b. La progression de la cessibilité des biens domaniaux affectés à l'utilité publique

Plusieurs étapes se sont succédé pour permettre d'entrevoir aujourd'hui les prémices d'une cessibilité du domaine public.

74. Au cours des années 2000, le législateur, poursuivant une politique de privatisation des entreprises publiques, déclassa et céda aux nouvelles personnes privées les biens dont elles étaient propriétaires lorsqu'elles étaient encore des établissements publics. Ce fut notamment le cas des biens d'Aéroports de Paris et d'Électricité de France. Le Conseil constitutionnel exigea simplement que ces aliénations préservassent, par les clauses insérées dans les contrats opérant le transfert, la continuité du service public. La phase préalable de déclassement législatif n'était d'ailleurs pas nécessaire, la valeur simplement législative de l'inaliénabilité du domaine public autorisant le législateur à se dispenser, contrairement à l'administration, de

²⁰⁸ Cons. constit., 21 juillet 1994, *Loi complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, n° 94-346 DC (cons. n° 5).

²⁰⁹ La cession ne peut intervenir qu'avec l'agrément de l'administration ; l'ouvrage ne peut être hypothéqué que pour garantir les emprunts servant la réalisation de l'ouvrage. Pour une analyse fouillée de la qualification de « droit réel » et une synthèse des très nombreuses interventions doctrinales sur ce point, voir DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, *op. cit.*, n° 1049 s.

cette formalité procédurale²¹⁰. Le régime des immeubles à usage de bureaux de l'État, cessibles depuis 2004 alors même qu'ils sont utilisés par l'administration²¹¹ et pourvu, là encore, que des clauses garantissent la continuité du service public, invite également à croire en une compatibilité entre les biens affectés à l'utilité publique et la propriété privée. Ajoutons également, en 2005, l'arrêt *Société fermière de Campoloro*²¹² qui, atténuant le principe d'insaisissabilité des propriétés publiques posé par la jurisprudence *BRGM*²¹³, ouvre la possibilité au préfet, pour assurer l'exécution d'une décision de justice, de faire procéder à la vente forcée des biens appartenant à une commune, « *dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement du service public dont elle assure la charge* »²¹⁴. On peut se demander si ce tempérament, dans la mesure où il ne vise que le service public, inclut les biens affectés à l'usage direct du public. Par ailleurs, il autorise le juge à faire un départ entre les biens « indispensables » au service public, et d'autres qui lui seraient simplement « utiles » (songeons, par exemple, à un logement de fonction). Ce sont donc à nouveau des biens affectés qui sont susceptibles de devenir des propriétés privées. Avec l'entrée en vigueur du CGPPP, la possibilité de céder de tels biens s'enrichit de deux nouveautés. L'article L. 2141-2, d'abord ouvre à l'État la possibilité de déclasser un immeuble de son domaine privé artificiel puis de le céder sans l'avoir désaffecté auparavant ; la désaffectation doit toutefois intervenir dans un délai de trois ans après l'acte de déclassement, à défaut de quoi la vente est résolue. Cette dernière possibilité répond clairement à la volonté pour l'État de capter rapidement un produit de cession tout en se ménageant un délai pour réorganiser ses services ; en cela, elle illustre le rôle assigné à la vente domaniale, celui d'une réponse à l'urgence budgétaire. Il s'agit formellement d'une cession du domaine privé (le bien ayant été déclassé), mais l'acquéreur privé est le propriétaire, pendant un certain temps, de biens affectés à l'utilité publique. Les articles L. 3112-1 et L. 3112-2, ensuite, autorisent une personne publique à céder à une autre personne publique un bien de son domaine public, sans déclassement préalable. Il s'agit donc cette fois-ci d'une aliénation du domaine public, mais qui n'en provoque pas la rétraction, le bien devant demeurer propriété de l'acquéreur public.

²¹⁰ C'est ce que fit d'ailleurs l'État lors du transfert des locaux de l'ENA. Voir YOLKA (P.), « ENA : une aliénation sans déclassement », *AJDA* 2005, p. 2313.

²¹¹ Voir *supra*.

²¹² CE, sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, req. n° 271898 ; *BJCL* 2006, p. 43, concl. Boulouis, note Touvet ; *LPA* 24 avril 2006, p. 9, chron. Melleray ; *RFDA* 2006, p. 341, note Bon ; *AJDA* 2007, p. 1218, chron. Landais et Lenica ; *GDDAB* n° 88, obs. Yolka.

²¹³ Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières*, req. n° 86-14167 ; *RFDA* 1988, p. 771, concl. Charbonnier, note Pacteau ; *CJEG* 1988, p. 107, note Richer ; *GDDAB* n° 75, obs. Yolka.

²¹⁴ Possibilité étendue depuis aux autres collectivités locales et aux établissements publics : CE, 29 octobre 2010, *Ministre de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche*, req. n° 338001, *AJDA* 2010, p. 2077, obs. Montecler.

75. D'autres perspectives restent ouvertes et sont discutées. Tel est le cas, par exemple, de la possibilité pour les personnes publiques de céder simplement la nue-propiété de leurs biens du domaine public, pour en conserver l'usufruit pendant la durée maximale de trente ans ouverte aux personnes morales²¹⁵. Est également sujette à discussion l'aptitude du domaine public à être exproprié, malgré cette affectation. De nombreux auteurs estiment en effet que l'interdiction de l'expropriation n'a pas lieu d'être dès lors que le bien demeure une propriété publique²¹⁶, et que la procédure est, à certains égards, préférable à la théorie des mutations domaniales²¹⁷.

Section 2. Une volonté de céder révélée par une rénovation institutionnelle

On se heurte ici à une difficulté méthodologique d'importance : dès lors que l'on connaît mal le volume du domaine, comment connaître le volume réel des cessions et, plus généralement, la réalité de sa rétraction ? À supposer, du reste, que les chiffres bruts des cessions domaniales soient connus, ils ne suffiraient pas à établir le constat que ce mode de valorisation est privilégié par rapport à d'autres modes. Comment, dès lors, déterminer sans l'appui de chiffres si la politique de cession est une réalité, ou si elle n'est qu'un simple épiphénomène dont la portée serait surévaluée par le discours sur la modernisation des politiques publiques, ou par les réprimandes médiatiques contre la vente de tel ou tel bien ? Faute de chiffres clairs et suffisamment généraux pour donner une information fiable sur la politique domaniale nationale et locale, l'indicateur que nous choisirons est celui des instruments administratifs. Les organes et les outils de gestion du domaine constituent en effet un puissant révélateur de la volonté de vendre le domaine : à l'appui de la valorisation du

²¹⁵ LEUFFLEN (P.), « Préoccupations notariales à l'occasion des ventes publiques immobilières, in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 127.

²¹⁶ DELALOY (G.), « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDJ* 2006, p. 584. L'auteur note également que, d'un point de vue historique, l'interdiction de l'expropriation du domaine public résultait non pas de l'affectation des biens mais tout simplement du fait que le domaine public était à l'époque considéré comme insusceptible de propriété. Pour d'anciennes jurisprudences sur cette question, voir DREVET (L.), *L'expropriation du domaine public*, Toulouse : J. Fournier, 1923.

²¹⁷ MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques*, préf. D. Truchet, LGDJ, Collection Thèses, 2001, pp. 217 à 219 ; YOLKA (P.), « Domaine local et cessions forcées », *Revue Lamy Collectivités territoriales* 2008, n° 37 ; DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, *op. cit.*, n° 768 s.

domaine, s'est en effet déployé tout un ensemble d'organes et d'outils domaniaux dont l'objet demeure essentiellement ou fondamentalement la vente.

Clarifions un point important : ces organes et ces outils, concédons-le, sont beaucoup plus développés pour l'État que pour les collectivités territoriales. La plupart de ceux qui seront étudiés n'interviennent aujourd'hui que dans la politique domaniale de l'État, et non dans celle des collectivités territoriales. Il est par conséquent plus difficile d'affirmer avec certitude que la vente domaniale est aujourd'hui le mode de valorisation privilégié des collectivités territoriales. Cela dit, quelques éléments laissent penser que ce mode est loin d'être anecdotique pour ces collectivités. D'abord, certains organes, nous le verrons, interviennent en matière de vente du domaine local. C'est le cas de France Domaine ; c'est le cas également de certaines instances locales créées uniquement pour vendre le domaine privé, comme le Conseil du patrimoine de la ville de Paris. Ensuite, les communes de plus de 2 000 habitants et les départements sont tenus, chaque année, d'établir un bilan de leur politique d'acquisition et de cession, quand les régions doivent annexer à leur compte administratif un « état de variation de leur patrimoine »²¹⁸. Enfin, rien n'empêche de penser que ces organes et ces outils puissent constituer un modèle pour la politique domaniale locale ; ainsi en est-il par exemple du système des loyers budgétaires, qui pourrait être tout à fait pertinent dans les grandes collectivités, dont les services sont dispersés à plusieurs endroits.

Observons donc la mission de ces organes (§ 1) et outils (§ 2) créés pour rénover la politique domaniale de l'État, parfois des collectivités territoriales : nous constaterons que celle-ci est très largement orientée vers la vente du domaine, même si celle-ci est, le plus souvent, pudiquement qualifiée de « cession ».

§ 1. La cession, activité prépondérante des organes intervenants dans la gestion du domaine

Les organes intervenant en matière domaniale sont relativement nombreux. Nous distinguerons les organes stratégiques (A) des organes opérationnels (B) pour démontrer que tous s'occupent originellement ou essentiellement de la cession domaniale.

²¹⁸ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

A. Les organes stratégiques

Ces organes jouent essentiellement un rôle d'impulsion : elles établissent la stratégie du propriétaire public en matière domaniale, mais en laissent l'exécution aux organes opérationnels. La compétence de certaines de ces organes est générale, en ce qu'elle ne s'arrête pas aux biens affectés à un ministère ou une fonction précise (1). Deux organes, en revanche, voient leur compétence limitée à un secteur particulier (2).

1. Les organes à compétence générale

L'État n'est pas le seul propriétaire public à s'être doté d'organes intervenant en matière domaniale : les deux instances étatiques, la MIVPIE (a) et le Conseil de l'immobilier de l'État (b), furent précédées du Conseil du patrimoine de la ville de Paris (c).

a. La Mission interministérielle de valorisation du patrimoine immobilier de l'État

76. La Mission interministérielle de valorisation du patrimoine immobilier de l'État (MIVPIE) réunit à partir de 2004 des responsables des divers ministères en vue, d'après un communiqué du ministère de l'Économie et des Finances, de remplir deux missions : la première, à l'intitulé pour le moins vague, était de « *poursuivre la dynamisation de la gestion du patrimoine de l'État engagée par le Gouvernement* » ; la seconde, plus précise, consistait à « *engager des programmes de cession d'immeubles qui apparaissent mal adaptés aux besoins des services, ou dont la cession présente un intérêt patrimonial significatif* ». La fonction « cession » était donc clairement exposée, et la question rhétorique posée par le secrétaire d'État au budget et à la réforme budgétaire à l'occasion de l'installation officielle de cette mission le 18 novembre 2004 en faisait la priorité : « *En quoi cette journée du 18 novembre 2004 marque-t-elle une étape décisive dans la réforme ? Ce qui change aujourd'hui, c'est d'abord que nous passons à la phase opérationnelle de cessions* »²¹⁹ ; et ledit Secrétaire d'État d'insister, par la suite, sur la fonction de cette politique : « *Il ne s'agit pas en effet de céder par idéologie ou pour le plaisir de déménager. Avant de lancer*

²¹⁹ Intervention de Dominique Bussereau, secrétaire d'État au budget et à la réforme budgétaire à l'occasion de l'installation officielle de la MIVPIE ; Ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie - 18 novembre 2004.

l'opération, je souhaite qu'on ait pu s'assurer que l'État en tirerait globalement un bénéfice substantiel ».

77. Au-delà du discours sur la MIVPIE, son action témoignait là encore d'une priorisation de la cession. Dans un rapport de 2011, le Conseil de l'immobilier de l'État énumérait les avancées ayant immédiatement suivi l'instauration de la MIVPIE. Toutes avaient trait, de près ou de loin, à la cession : déclassement des bureaux par l'ordonnance du 19 août 2004, banalisation des procédures d'évaluation des bureaux administratifs, instauration de la procédure de cession par appel d'offres par le décret du 6 novembre 2004, et établissement d'une liste de biens à céder²²⁰. La limitation de l'action de la MIVPIE à la cession fut confirmée de façon plus critique par un rapport de l'institut Montaigne : *« Cette Mission arbore fièrement son rôle de valorisation, que son directeur estime plus fondamentale que celui de céder les biens. Or, dans les faits, cette équipe composée de dix personnes n'a pas les moyens techniques de réaliser les expertises et analyses de valorisation du patrimoine. En revanche, elle est attendue par sa tutelle sur des résultats en volume de ventes (...) Elle n'a établi à ce jour aucun nouveau principe, aucun nouveau levier de gestion, et s'est engouffrée dans la pratique dominante de la cession court-termiste »*²²¹. Enfin, un rapport de 2005 de l'Assemblée nationale confirmait que *« depuis sa création, la MIVPIE s'est occupée essentiellement du programme de cessions »*²²². La rénovation en 2006 du service des domaines par la création de France Domaine, au rôle aussi stratégique qu'opérationnel, et l'instauration d'un Conseil de l'immobilier de l'État entraînèrent la suppression de la MIVPIE.

b. Le Conseil de l'immobilier de l'État

78. Ce Conseil, institué par un décret du 16 octobre 2006²²³, composé de parlementaires, d'experts et de « personnalités qualifiées » en matière immobilière, et placé auprès du ministre du Budget, assure une mission de consultation et une mission de contrôle. En tant

²²⁰ Conseil de l'immobilier de l'État, *Le CIE : cinq années de progrès dans la politique immobilière de l'État, Rapport d'activité 2006-2011*, p. 2.

²²¹ Institut Montaigne, *Immobilier de l'État : quoi vendre, pourquoi, comment*, Rapport décembre 2005, p. 42.

²²² TRON (G.), *Rapport d'information sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'État et des établissements publics*, Rapport d'information n° 2457 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 6 juillet 2005, p. 18.

²²³ Décret n° 2006-1267 du 16 octobre 2006 instituant un Conseil de l'immobilier de l'État, *JORF* du 18 octobre 2006.

qu'organe de consultation, il formule des recommandations pour améliorer la gestion du patrimoine immobilier de l'État ; en tant qu'organe de contrôle, il suit la politique immobilière de l'État qu'il évalue dans des rapports périodiques.

79. Un bref examen des rapports d'activité du CIE suffit à constater que la cession du patrimoine immobilier de l'État constitue l'une des propositions les plus récurrentes. Dans le rapport d'activité quinquennal de l'organe publié en 2011, les deux premiers « *objectifs et (...) principes d'action stratégiques au cœur de la doctrine et du CIE* » sont « *diminuer le coût de la fonction immobilière de l'État en allouant aux services des surfaces rationalisées et en cédant les surfaces excédentaires* » et « *valoriser le patrimoine immobilier afin de céder les immeubles inadaptés ou devenus inutiles* »²²⁴ ; si dans un rapport de 2013, ce Conseil soutenait que « *contribuer à la politique de rationalisation de la gestion, et donc d'économies (...) ne concerne pas la seule politique de cession mais tout le champ des dépenses liées à l'immobilier* »²²⁵, les objectifs prioritaires qu'il énumérait débutaient par « *la réduction des coûts de fonctionnement et la politique de cession* »²²⁶. Dans le même sens, il faut relever la place majeure accordée aux cessions par la ministre du Budget dans un discours prononcé lors du renouvellement du CIE (prévu initialement pour cinq ans seulement), le 28 février 2012. S'il y est encore soutenu que la politique immobilière de l'État ne se limite pas aux cessions et se développe autour de deux autres axes (entretien des bâtiments et rationalisation de la surface d'occupation), l'axe cession reste largement prépondérant. Surtout, élément révélateur, la cession apparaît comme l'outil privilégié de la rationalisation du patrimoine : « *En quelques années, la politique immobilière de l'État a franchi un cap incontestable. Elle a atteint ses objectifs de rationalisation et de valorisation du patrimoine (...) Cet effort de rationalisation doit être poursuivi en affichant un plan de cessions ambitieux et transparent pour tous les biens devenus inutiles* »²²⁷

²²⁴ Conseil de l'immobilier de l'État, *Le CIE : cinq années de progrès dans la politique immobilière de l'État*, rapport précité, p. 4. Ces objectifs se retrouvent dans le rapport biennal publié en 2014 au titre des années 2011 à 2013 (Conseil de l'immobilier de l'État, Rapport d'activité 2011-2013, spéc. p. 11).

²²⁵ Conseil de l'immobilier de l'État, *Moderniser la politique immobilière de l'État. Cinquante propositions du Conseil de l'immobilier de l'État*, Rapport au ministre délégué au budget, 30 janvier 2013, p. 4.

²²⁶ *Ibid.*, p.3.

²²⁷ Installation du Conseil de l'immobilier de l'État et présentation du plan de cessions pluriannuel de biens immobiliers de l'État - Intervention de Madame Valérie Pécresse, ministre du Budget, des Comptes publics et de la Réforme de l'État, porte-parole du gouvernement, 28 février 2012 (lien internet en fin de bibliographie)

80. Il faut toutefois concéder que l'activité du CIE touche à d'autres éléments que la cession, puisqu'il a joué un rôle important dans la rénovation de l'organisation de France Domaine, dans le développement des conventions d'utilisation entre l'État propriétaire et les services affectataires, dans l'insertion dans les schémas pluriannuels de stratégie immobilière²²⁸ d'un dispositif de mesure de la performance, et dans le choix de certaines prises à bail. Il reste que la répétition de l'idée selon laquelle la politique immobilière de l'État ne saurait se restreindre aux cessions résonne comme une incantation, trahissant la place prépondérante qu'elles occupent effectivement.

c. Le Conseil du patrimoine de la Ville de Paris

81. La meilleure gestion des biens publics ne concerne pas que l'État ; par un arrêté du 28 février 1996, la ville de Paris créa son « Conseil du patrimoine privé », auquel succéda, par un arrêté du 2 octobre 2001, un « Conseil du patrimoine ». Composé de personnalités des plus diverses (membres du Conseil d'État et de la Cour de Cassation, agents de la Caisse des dépôts et consignations, experts techniques et juridiques en matière immobilière...), il est consulté sur les opérations relatives à l'ensemble du domaine de la ville de Paris non affecté à une mission de service public ou à l'usage de tous. Un examen de son activité montre à plusieurs égards un rôle important en matière de cessions. En premier lieu, dans un communiqué en 2012, le maire de Paris faisait de ce Conseil un des instruments de la réduction du volume domanial de la ville : « *La Ville de Paris n'ayant pas vocation à conserver la gestion, voire la propriété, d'un vaste patrimoine locatif, le conseil a joué un rôle majeur dès sa création en assistant la Ville de Paris dans la résorption de son domaine privé anormalement vaste* »²²⁹. En second lieu, le rapport d'activité de 2002 rappelait la liste des sujets²³⁰ sur lesquels le Conseil était consulté, et dans laquelle les cessions occupaient une place primordiale : le « *classement des propriétés communales* », les « *mesures préparatoires à la vente des biens classés* », la « *vente des biens du domaine privé et le transfert aux bailleurs sociaux des immeubles ayant reçu cette destination* » y figuraient en tête ; la

²²⁸ Voir *infra*.

²²⁹ Communication de Bertrand Delanoë au Conseil de Paris à propos du rapport d'activité du Conseil du Patrimoine de la Ville de Paris (années 2008-2011), p. 1 (lien internet en fin de bibliographie).

²³⁰ Conseil du Patrimoine de la Ville de Paris, Rapport d'activité 2002, p. 6.

« *gestion des biens maintenus dans le patrimoine communal* », conservés « à titre résiduel »²³¹, ne faisait que terminer l'énumération.

82. En dernier lieu, la cession apparaît comme une question première même d'un point de vue temporel. Consulté sur la destination d'un bien en particulier, le Conseil se pose avant tout la question de sa cession ou de sa conservation : « *Le classement des biens domaniaux, c'est à dire la détermination de leur devenir - vente, transfert aux bailleurs sociaux ou maintien dans le patrimoine communal - est, chronologiquement, la première question qu'examine le Conseil du Patrimoine* »²³². La cession a la préférence du Conseil, puisque sur la période allant de 1996 à 2001, il fut décidé de ne conserver que 3,6 % des immeubles à usage de logement, 9,6 % des immeubles à usage de commerce et 17,4 % des autres immeubles ; le reste était soit vendu, soit transféré aux bailleurs sociaux. Bien évidemment, la poursuite des cessions conduisit, d'année en année, à un tarissement du domaine cessible, de sorte qu'aujourd'hui l'activité consultative du Conseil se tourne de plus en plus vers les modalités de gestion des biens demeurés dans le patrimoine de la ville. Le sort de la plupart des biens a déjà été fixé, et le nombre de ventes décroît logiquement. Il reste néanmoins que le choix de céder ou de ne pas céder constituait la vocation originelle du Conseil de Paris, et en justifiait l'existence.

2. Les organes à compétence sectorielle

Contrairement aux instances précédentes, celles-ci sont réduites à un secteur particulier : c'est le cas de la Mission pour la réalisation des actifs immobiliers de la Défense (a), et de la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (b).

a. La Mission pour la réalisation des actifs immobiliers de la Défense

83. La Mission pour la réalisation des actifs immobiliers (MRAI) fut instituée en 1987. Comme l'indique son nom, elle n'a d'autre but que de procéder aux aliénations des biens devenus inutiles aux armées. La mise en place d'un organe particulier aux cessions des biens anciennement affectés à la Défense résulte des spécificités de ce patrimoine : son immensité

²³¹ *Ibid.*, p. 2

²³² *Id.*, p. 8.

et sa diversité (casernes, terrains d'exercice, dépôts, hôpitaux et autres bases), l'absence d'affectation du produit de cession au désendettement²³³ et, surtout, la volonté de rattraper l'impact négatif que peut avoir pour une collectivité territoriale la désaffectation d'un site militaire, en proposant, avant cession, des solutions de reconversion. L'examen des bilans annuels de l'action de la MRAI, qui se limitent à une retranscription des adjudications publiques, cessions amiables et cessions au titre de l'euro symbolique²³⁴ montre bien que la seule vocation de la MRAI est la cession ; elle est d'ailleurs le seul organe dont la cession est l'unique objet statutaire.

b. La Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier

84. La Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) remplit des missions *a priori* plus diversifiées : un arrêté du 27 mars 2003²³⁵ la charge « *d'accompagner techniquement le programme de rénovation du patrimoine hospitalier prévu dans le plan "Hôpital 2007" »*. Le site de la Fédération Hospitalière de France²³⁶ ne se montre guère plus explicite : « *La MAINH participe à l'élaboration du cadre juridique, technique et financier des programmes nationaux, à leur suivi et à leur évaluation. Elle facilite la réalisation et l'utilisation des nouveaux outils juridiques et financiers (marchés globaux, baux emphytéotiques hospitaliers, contrats de partenariat) au sein du secteur hospitalier (...) Plus globalement, la Mission se définit comme un centre de ressources et d'expertises, un lieu de mutualisation des expériences et d'échanges avec les spécialistes liés au patrimoine, à l'équipement et aux systèmes d'information hospitaliers »*. Il s'agit donc d'un programme global relatif au patrimoine hospitalier, qui implique, entre autres, des cessions. Néanmoins, ces dernières occupent une place prépondérante et, surtout, justifient la création d'un organe distinct : comme pour la MRAI, l'isolation d'une entité s'explique par le fort impact des cessions pour les collectivités territoriales et les multiples possibilités de reconversion qu'ouvrent les biens libérés. La vente des hôpitaux représente également un fort enjeu économique résultant de l'étendue du patrimoine concerné, ainsi qu'en témoigne celui de l'Assistance publique des hôpitaux de Paris : « *Pléthorique, le patrimoine de l'AP-HP*

²³³ Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2.

²³⁴ Voir en cela les bilans d'action de la MRAI (voir lien internet en fin de bibliographie).

²³⁵ Arrêté du 27 mars 2003 portant désignation du directeur et organisation de la mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier, *JORF* du 2 avril 2003, p. 5817.

²³⁶ Voir lien internet en fin de bibliographie.

comprend de nombreux biens insolites, mais surtout des milliers d'appartements et de propriétés, ainsi que près de 700 ha de terres agricoles un peu partout en France (...) L'AP-HP est aujourd'hui le quatrième propriétaire foncier de la capitale, derrière la ville de Paris, l'État et RFF. Un parc foisonnant lui rapportant près de 10 millions d'euros par an, selon un rythme régulier de cessions »²³⁷. Les chiffres des programmes exceptionnels de cession sont extrêmement élevés : la vente des hôpitaux parisiens Boucicaut et Laënnec rapportèrent 150 millions d'euros à l'État ; celle, en discussion depuis de nombreuses années, des hôpitaux de l'Hôtel-Dieu et de Saint-Vincent-de-Paul pourrait rapporter jusqu'à 400 millions d'euros²³⁸.

B. Les organes opérationnels

La mission de ces organes suit nécessairement la stratégie qu'ils sont censés exécuter ; elle est ainsi dominée par la cession. Interviennent ainsi France Domaine (1), la Direction nationale des interventions domaniales (2), le comptable spécialisé du domaine (3), la Commission de surveillance chargée de veiller à la transparence et à la qualité des opérations immobilières de l'État (4) et la Société de valorisation foncière et immobilière (5).

1. Le service à compétence nationale France Domaine

Si le statut de France Domaine (a) mentionne un des missions diversifiées, il semble que le service peine, dans les faits, à sortir de son rôle de notaire de l'État et intervienne surtout en matière de cessions (b).

a. Le statut de France Domaine

85. Depuis le XIV^{ème} siècle environ, les droits de toute nature dus à la Couronne, domaniaux comme fiscaux, étaient essentiellement perçus dans le cadre d'affermages. Parce que la multiplication de ces affermages était source de complexité et de pertes financières, certaines fermes furent regroupées, avant que ne soit établie, en 1726, la Ferme générale. En 1780, Necker démembra cette dernière, et confia la perception des droits domaniaux à l'Administration générale des Domaines et Droits domaniaux. Celle-ci fut dissoute par

²³⁷ HENRY (S.), « Les hôpitaux de Paris vendent en bloc », *Acteurs publics* n° 66, septembre 2010, 56.

²³⁸ Institut Montaigne, rapport précité, p. 28.

l'Assemblée nationale qui, par un décret des 18 et 27 mai 1791, lui substitua la Régie de l'Enregistrement, des Domaines et droits y réunis²³⁹. L'administration se stabilisa par la suite et changea de nom pour devenir le service des Domaines, avant d'être rattachée à la Direction générale des impôts le 31 décembre 1952. À partir de ce ralliement, le rôle des Domaines dans la politique immobilière de l'État et des autres collectivités publiques s'affaissa jusqu'à devenir celui d'un organe d'enregistrement : « *Les Domaines (...) n'ont alors conservé que les fonctions d'évaluateur de biens et de notaire de l'État. Aucune structure n'a pris le relais de la fonction de propriétaire (...) Aujourd'hui, les Domaines n'exercent plus que le rôle de "notaire" de l'État (évaluation, enregistrement, vente et législation)* »²⁴⁰.

86. Ce dévoiement du rôle des domaines entraîna, au début des années 2000, une réflexion sur sa refondation en le dotant d'un statut garantissant mieux son autonomie. L'idée de l'« agence », portée par le développement des autorités administratives indépendantes, fut proposée notamment dans le rapport de la mission Immobilier public²⁴¹ : il s'agissait de transférer la propriété des immeubles de l'État (et en premier lieu ceux à usage de bureaux) à une entité dépendant directement du Premier ministre (et non plus du ministère des Finances), dotée d'un statut d'EPIC ou de SA publique, pour lui conférer la plus grande autonomie possible dans la gestion des biens publics. C'est précisément la crainte de cette autonomie et de la perte du contrôle de sa propriété qui conduisit l'État à privilégier, avec l'instauration de France Domaine, le statut de « service à compétence nationale » créé en 1997²⁴², placé au niveau local sous l'autorité du Préfet. L'évolution statutaire était quasi-nulle : seule la direction de rattachement changeait, basculant de la Direction générale des impôts à la Direction générale de la comptabilité publique, afin de garantir au nouveau service un positionnement interministériel.

87. Plus que dans le statut, l'évolution du service est à rechercher dans ses fonctions et sa compétence. Dans des rapports ayant précédé ou suivi de peu la création de France Domaine,

²³⁹ Voir sur ce point MASSALOUX (J.-P.), *La Régie de l'Enregistrement et des Domaines aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles : étude historique*, préf. M. Bruguière, Genève : Librairie Droz, coll. Hautes études médiévales et modernes, 1989.

²⁴⁰ TRON (G.), *Rapport d'information sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'État et des établissements publics*, Rapport d'information n° 2457 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 6 juillet 2005, p. 15.

²⁴¹ DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, Rapport au Premier ministre, 1^{er} décembre 2003, pp. 12 s.

²⁴² Décret n° 97-464 relatif à la création et à l'organisation des services à compétence nationale, JORF du 10 mai 1997, p. 7103. Voir sur ce point DELAUNAY (B.), « Les services à compétence nationale », *Droit Administratif* n° 4, avril 2009, étude 7.

l'Assemblée nationale fondait beaucoup d'espoirs dans la refondation du rôle du service : ainsi lisait-on en 2005 que « *les domaines (...) dans le cadre d'une approche plus dynamique (...) devraient étendre leurs compétences à la stratégie et à la gestion. Ils assureraient ainsi réellement le rôle de centralisation de l'information sur le parc immobilier des ministères. Ils seraient chargés de la mise en œuvre de la stratégie immobilière définie par le ministre et de veiller à ce qu'elle soit effectivement appliquée. Leur rôle ne se cantonnerait donc plus à être le notaire de l'État, mais les ferait devenir un véritable acteur du changement* »²⁴³. Le service des domaines, devenu « France Domaine » dès le 1^{er} février 2006, voyait sa mission déclinée en deux volets par un arrêté du 23 décembre 2006²⁴⁴ missions : l'un d'exécution de la politique immobilière de l'État, par les attributions exercées jusqu'alors ; l'autre, plus novatrice, de « conception » même de la politique immobilière de l'État. Ce second aspect surprend à deux égards : d'abord parce qu'il paraît faire doublon avec la mission exercée par le Conseil immobilier de l'État, celle, précisément, de concevoir la politique immobilière de l'État ; ensuite, parce qu'il est en contradiction avec une circulaire ultérieure, prise par le Premier ministre le 28 février 2007, et selon laquelle « *France Domaine (...) décline la stratégie patrimoniale de l'État et assume la fonction de propriétaire* ». Or, entre la « conception » de la stratégie patrimoniale et sa « déclinaison », il y a précisément l'écart qui semble séparer le concepteur de l'exécutant. La contribution de France Domaine à la détermination de la politique immobilière de l'État est donc empreinte d'un trouble, que renforce une instruction du 19 janvier 2007²⁴⁵ sur l'organisation interne du service. Ce dernier est constitué de deux organes dont la compétence, une fois de plus, n'est pas clairement

²⁴³ TRON (G.), Rapport d'information à l'Assemblée nationale n° 2457 (précité), p. 31. Voir aussi, l'année suivante, TRON (G.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le suivi de la Mission d'évaluation et de contrôle sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'État*, Rapport d'information n° 2926 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 7 mars 2006, p. 7 : « *La réforme du service France Domaine est la pierre angulaire de tout le dispositif ; sans un pilote efficace, tout le système mis en place ne servirait à rien* »

²⁴⁴ Arrêté du 23 décembre 2006 modifiant l'arrêté du 10 août 2004 portant organisation de la direction générale de la comptabilité publique et l'arrêté du 10 août 2004 portant organisation des sous-directions de la direction générale de la comptabilité publique, *JORF* du 31 décembre 2006 : « *Le service France Domaine définit le cadre législatif et réglementaire des missions domaniales de l'État. Il conçoit la politique de gestion du patrimoine de l'État et met en œuvre les actions correspondantes. Il assure la maîtrise d'ouvrage du système d'information du domaine. Il organise le soutien juridique et technique au réseau (...) Le service France Domaine comprend un bureau chargé de concevoir et de mettre en œuvre les dispositions relatives aux missions domaniales, et à l'élaboration de la législation et de la réglementation du domaine : acquisition, gestion et cession des biens domaniaux, gestion des patrimoines privés, établissement de l'assiette et contrôle des redevances domaniales. Est en outre placée auprès du chef de service France Domaine une mission pilotée par un directeur de projet chargé de la mise en œuvre de la politique immobilière de l'État* ».

²⁴⁵ Instruction n° 07-007-D1-Vente du 19 janvier 2007 sur le transfert de la gestion du domaine à la direction générale de la comptabilité publique, publiée au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique (NOR : BUD R 07 00007 J)

distinguée : le « Bureau chargé des missions domaniales » est chargé « *de la conception et de la mise en œuvre des dispositions relatives aux missions domaniales* » ; la « Mission chargée de la politique immobilière de l'État », quant à elle, « *a en charge la mise en œuvre de la politique immobilière* ». Il est donc difficile, au niveau national, de déterminer si France Domaine est une instance de décision ou d'exécution ; il reste que son action se trouve essentiellement incarnée dans l'avis domanial²⁴⁶ qui, au niveau étatique, contrôle la conformité des opérations projetées non seulement au regard du droit mais, plus encore, au regard de la politique immobilière de l'État²⁴⁷.

88. Le principal problème de France Domaine est sans doute d'ordre statutaire. L'institution avait pour but principal d'incarner l'État propriétaire, face à des ministères s'estimant quasi-propriétaires des biens qui leur étaient affectés. Le choix d'en faire un simple service de l'État, fut-il de compétence nationale, ne pouvait qu'aboutir à une situation de conflit interne entre France Domaine et les ministères, entre l'État-propriétaire et l'État-occupant. Invoquant soit leur spécificité, soit leur autonomie historique dans la gestion de leur immobilier²⁴⁸, certains ministères montrèrent leur réticence à l'idée que la gestion de leur patrimoine fût transférée à une autre entité ; des tentatives de « court-circuitage » des décisions de France Domaine et du Conseil de l'immobilier de l'État eurent lieu, en sollicitant, par des jeux d'influence, des arbitrages directement du Premier ministre²⁴⁹ ; un rapport de l'Assemblée nationale soutint même que « *la multiplication des structures*

²⁴⁶ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

²⁴⁷ DENIAUD (Y.), DUMONT (J.-L.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, en conclusion des travaux de la Mission d'évaluation et de contrôle (MEC), sur les suites données aux préconisations de la Mission d'évaluation et de contrôle sur l'immobilier de l'État*, Rapport d'information n° 923 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 4 juin 2008, p. 19 : « *L'avis domanial (...) étend son champ à l'examen de la conformité de l'opération projetée aux orientations de la politique immobilière de l'État. Sont ainsi examinés la localisation géographique (prestations luxueuses ou sobres, prix du marché, facilité d'accès en transports en commun, facilité de stationnement), le regroupement ou la dispersion des services, l'évolution du ratio de m² par agent, l'aménagement des espaces (plateaux ou espaces cloisonnés), les frais d'entretien et les grosses réparations* ».

²⁴⁸ DEGUERGUE (M.), « La gestion du patrimoine public », in *La nouvelle administration financière et fiscale*, préf. p. Parini, dir. M. Bouvier, LGDJ, 2011, p. 167 : « *Cette nouvelle organisation de la politique immobilière de l'État, sous l'autorité du ministre en charge du Domaine et de France Domaine, a été diversement appréciée selon les ministères en vertu de leur histoire propre. Certains d'entre eux se sont sentis dépossédés de compétences qu'ils exerçaient parfois depuis une période ancienne, comme le ministère de la Défense. D'autres estiment que les spécificités du parc immobilier dont ils disposent (prisons ou palais de justice pour le ministère de la Justice) s'accommodent mal de cette centralisation, craignant qu'elle ne prenne pas suffisamment en compte ces spécificités* ».

²⁴⁹ DENIAUD (Y.), DUMONT (J.-L.), Rapport d'information à l'Assemblée nationale n° 923 (précité), p. 16 : « *Des exemples récents montrent que des ministères cherchent toujours à faire arbitrer les décisions qui les concernent par le cabinet du Premier ministre, en court-circuitant l'instruction effectuée par le service France Domaine et, s'il a eu lieu, l'avis du CIE* ».

ministérielles ad hoc, telles que la MRAI, l'Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ) ou la Commission chargée de donner un avis sur les opérations immobilières de l'État à l'étranger (CIM) est une des ripostes des ministères pour tenter de se soustraire aux nouvelles disciplines »²⁵⁰. Ce soupçon d'une riposte institutionnelle est sans doute exagéré, dans la mesure où les instances citées existaient avant même la rénovation du service des domaines²⁵¹. Il reste que la réticence des ministères conduisit le Premier ministre, par une circulaire du 16 janvier 2009²⁵² relative à la politique immobilière de l'État, à instaurer pour chaque département ministériel un « comité de politique immobilière », réunissant des responsables ministériels et des agents de France Domaine pour examiner de concert la pertinence et l'opportunité financière de certaines opérations immobilières.

b. Une activité essentiellement limitée dans les faits à la cession du domaine

89. Le service peine, dans la pratique, à sortir de son rôle passé de simple « notaire ». Il ne se prononce jamais sur l'opportunité des cessions réalisées par les collectivités territoriales, seulement sur leurs conditions financières. Quant aux cessions réalisées par l'État, son avis n'a qu'une portée limitée, voire purement formelle : en 2008, un rapport d'information de l'Assemblée nationale regrettait que l'avis domanial soit « incompatible avec le fait que l'instruction des opérations (acquisition, cession, rénovation, travaux) soit encore essentiellement pilotée par les ministères eux-mêmes (...) De fait, les dossiers récents (...) montrent que l'avis domanial porte encore principalement sur les tâches traditionnelles et que la partie relative à la conformité aux orientations demeure encore trop sommaire »²⁵³ ; en 2009, un nouveau rapport dressait le même constat : « Certes, le service France Domaine examine la conformité des opérations projetées par les ministères aux orientations de la nouvelle politique immobilière de l'État, en étudiant notamment la performance immobilière de ces opérations. Mais, de fait, ce contrôle est en grande partie virtuel, quand ce sont les ministères qui effectuent directement l'étude de projet et quand ils disposent du financement

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 28.

²⁵¹ La MRAI (Mission de réalisation des actifs immobiliers de la Défense) fut instituée en 1987 ; l'ancêtre de l'APIJ (Agence pour l'immobilier de la justice), l'AMOTMJ (Agence de Maîtrise d'Ouvrage des Travaux du Ministère de la Justice) fut instituée en 2001 ; la Commission chargée de donner un avis sur les opérations immobilières de l'État à l'étranger (CIM) le fut en 2005.

²⁵² Circulaire du 16 janvier 2009 relative à la politique immobilière de l'État, *JORF* du 21 janvier 2009, texte n° 3.

²⁵³ DENIAUD (Y.), DUMONT (J.-L.), Rapport d'information à l'Assemblée nationale n° 923 (précité), p. 19

sur l'un des seize budgets opérationnels de programme du compte d'affectation spéciale »²⁵⁴. France Domaine peine donc visiblement à quitter son rôle de notaire de l'État ; la seule de ses activités à être incontournable est celle qui est juridiquement obligatoire : l'évaluation précédant les ventes²⁵⁵. Ce sentiment est encore conforté par la déclaration en 2010 du directeur de France domaine, qualifiant de « cœur de métier » du service « l'immobilier de bureau de l'État »²⁵⁶, bureaux dont on sait qu'ils présentent la spécificité d'être cessibles malgré leur utilité publique. En 2012, un rapport de la commission des finances de l'assemblée nationale se félicitait de la transformation de France domaine en « acteur incontournable et reconnu de la gestion immobilière de l'État » mais regrettait toutefois que son rôle reste encore celui d'un exécutant, bien éloigné de la définition et du contrôle de la stratégie immobilière de l'État²⁵⁷.

2. La Direction nationale d'interventions domaniales

90. Service à compétence nationale créé par un arrêté du 24 juillet 2000²⁵⁸, la Direction nationale d'interventions domaniales (DNID) assure certaines missions sur l'ensemble du territoire national, d'autres sur la seule région Île-de-France. Au niveau national, l'arrêté donne à la DNID la responsabilité de six missions : évaluation des immeubles militaires et autres biens exceptionnels, opérations de publicité en matière d'aliénations immobilières, aliénations mobilières nécessitant publicité et mise en concurrence, recensement des biens de l'État ou des établissements publics nationaux hors métropole, support aux autres services de la DGFIP et aux services déconcentrés, et enfin fixation de la redevance domaniale attachée à certains logements de fonction. Le travail de la DNID est clairement orienté vers la cession : les trois premières missions ont directement trait à la cession des biens publics, les deux suivantes peuvent en constituer le préalable ; seule la dernière mission, celle relative aux

²⁵⁴ DENIAUD (Y.), *Annexe n° 26 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2010*, Rapport n° 1967 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 14 octobre 2009, p. 18

²⁵⁵ Voir *infra*, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

²⁵⁶ FÉRAT (F.), *Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication par le groupe de travail sur le Centre des monuments nationaux*, Rapport n° 599 (Sénat, session ordinaire de 2009-2010), 30 juin 2010, p. 71.

²⁵⁷ CARRÉ (O.), HABIB (D.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion des travaux de la Mission d'évaluation et de contrôle (MEC) sur le bilan de l'application des propositions de la MEC émises depuis 2007*, Rapport d'information n° 4464 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 7 mars 2012, p. 34.

²⁵⁸ Arrêté du 24 juillet 2000 relatif à la direction nationale d'interventions domaniales, *JORF* du 25 juillet 2000, p.11425.

logements de fonction, est exclusive de toute logique de cession. Sur la circonscription régionale, les missions de la DNID sont également étroitement liées à la cession, soit directement (cession de certains immeubles acquis par expropriation, aliénations mobilières ne nécessitant pas publicité et mise en concurrence), soit de façon plus médiate (gestion des successions vacantes et liquidation des successions vacantes, opérations relatives aux biens sans maître et aux biens confisqués).

3. Le comptable spécialisé du domaine

91. L'institution, par un décret du 23 décembre 2006²⁵⁹, d'un comptable spécialisé du domaine permet de mettre fin à l'éclatement de la comptabilisation des opérations domaniales. Le recouvrement des produits de cession constitue un pan essentiel de l'activité de ce comptable : l'article 2 du décret, qui énumère les produits dont le comptable spécialisé du domaine assure le recouvrement, met en première place « *la cession de tous objets mobiliers ou matériels* » ; l'article 4 lui confie la tenue du compte de commerce « Opérations commerciales des domaines » qui retrace en premier lieu les recettes et dépenses afférentes à toutes les ventes mobilières de l'État et de ses établissements publics. Surtout, il est chargé de recouvrer les recettes du compte d'affectation spéciale « Gestion du patrimoine immobilier de l'État », lui-même exclusivement orienté vers la cession.

4. La Commission de surveillance chargée de veiller à la transparence et à la qualité des opérations immobilières de l'État

92. Instaurée par un arrêté du 20 octobre 2005²⁶⁰ et composée d'un membre de l'Inspection générale des finances, d'un membre du Conseil d'État et d'un membre de la Cour des comptes, la Commission chargée de veiller à la transparence et à la qualité des opérations de cession amiable d'immeubles du domaine privé de l'État examinait tous les projets ou actes de vente prévus ou conclus à l'amiable pour un montant excédant un seuil fixé par arrêté (2 millions d'euros d'après l'article A. 104-1 du Code du domaine de l'État), pour formuler, le cas échéant, des recommandations et/ou des propositions quant à l'opération. Elle se heurta

²⁵⁹ Décret n° 2006-1795 du 23 décembre 2006 portant création d'un comptable spécialisé du domaine, *JORF* du 31 décembre 2006, texte n° 45.

²⁶⁰ Arrêté du 20 octobre 2005 portant création d'une commission pour la transparence et la qualité des cessions du domaine immobilier de l'État, *JORF* du 29 octobre 2005, p. 17081.

rapidement à une difficulté : le manque d'information. Si elle parvenait à se saisir des projets de cessions impliquant publicité et mise en concurrence, les cessions conclues de gré à gré, alors même qu'elles excédaient le seuil réglementaire, continuaient à échapper à un contrôle en amont ; pour y remédier, la Commission sollicita auprès de France Domaine un tableau prévisionnel des cessions, qu'elle n'obtint jamais.

93. Si le passé est de rigueur dans la description de cette Commission et de son activité, c'est parce qu'elle fit l'objet d'une importante rénovation, initiée par un arrêté du 16 janvier 2009²⁶¹ et renforcée par un décret du 10 février 2012²⁶². L'arrêté du 16 janvier 2009 étend considérablement le champ de l'activité de la Commission, désormais « *chargée de veiller à la transparence et à la qualité des opérations immobilières de l'État* » : la Commission est chargée non seulement des opérations de cession à l'amiable pour un prix supérieur ou égal à un million d'euros (deux millions pour l'Île-de-France), mais aussi des opérations d'acquisition à l'amiable de biens de même valeur, et des projets de prise à bail lorsque la valeur estimée ou le loyer effectivement payé excèdent 500 000 euros annuels hors taxes (un million pour l'Île-de-France). Toutefois, l'extension du champ d'activité de la Commission ne remédiait pas au problème d'information préalable de la tenue des ventes conclues de gré à gré. C'est l'apport principal du décret du 10 février 2012 qui, en plus de modifier la composition de la Commission par le doublement de chaque poste, introduit dans l'article R. 3211-6 du CGPPP un troisième alinéa qui dispose que la Commission « *émet un avis sur le projet de cession lorsque ce dernier prévoit une cession dans les conditions mentionnées à l'article R. 3211-7* », c'est à dire dans les cas des cessions de gré à gré, réalisées à l'amiable et sans appel à la concurrence.

94. L'évolution de cette Commission appelle deux observations. D'abord, la Cour des comptes le rappelle, sa création révèle l'importance budgétaire des cessions et se justifie précisément « *au regard des enjeux financiers importants qui s'attachent aux cessions immobilières de l'État* »²⁶³ ; surtout, la première version de la Commission témoignait là encore de la confusion entretenue entre la cession du domaine et sa valorisation : alors que

²⁶¹ Arrêté du 16 janvier 2009 relatif à la commission pour la transparence et la qualité des opérations immobilières de l'État, *JORF* du 19 mai 2009, texte n° 23.

²⁶² Décret n° 2012-203 du 10 février 2012 relatif à la commission pour la transparence et la qualité des opérations immobilières de l'État, *JORF* du 12 février 2012, p. 2496.

²⁶³ Cour des comptes, « Les cessions de biens immobiliers de prestige par France Domaine », in Rapport public annuel 2009, p. 90.

l'article 1^{er} de l'arrêté de 2005, en précisant bien que la Commission, conformément à son nom, était « *chargée de veiller à la transparence et à la qualité des opérations de cession amiable d'immeubles du domaine privé de l'État* », circonscrivait son activité aux questions de *cession*, l'article 3 lui permettait d'émettre des recommandations et des propositions visant à améliorer les modalités de *valorisation* des immeubles du domaine privé de l'État. Était-ce là une sorte de compétence « incidente », ou devait-on en déduire que la cession était la seule modalité de valorisation envisageable ? Une chose est certaine : un peu à l'image du Conseil du patrimoine de la Ville de Paris, la vocation originelle de la Commission reste la cession.

5. La Société de valorisation foncière et immobilière

95. L'évolution de l'activité de cette société est particulièrement démonstrative du fait que l'objectif de valorisation gagne toutes les propriétés publiques et prend essentiellement la forme de la cession. L'article 63 de la loi de finances pour 2006²⁶⁴ prévoyait que « *les biens immobiliers propriété de Réseau ferré de France, inutiles à ses missions de service public ferroviaire (...) peuvent être déclassés du domaine public de Réseau ferré de France et transférés en pleine propriété à une société détenue par l'État chargée d'en assurer la valorisation, moyennant une indemnité égale à la valeur nette comptable (...) Cette société reçoit à cette fin une dotation en capital de l'État* ». En application de cet article, la Société de valorisation foncière et immobilière (SOVAFIM), fut constituée le 15 février 2006 avec un capital de 100 millions d'euros intégralement détenu par l'État. Sa fonction était relativement simple : acheter les biens inutiles à Réseau de France (RFF) pour, d'une part, permettre à ce dernier de capter rapidement un produit à réinvestir et, d'autre part, les valoriser par le biais d'une structure professionnalisée. Si l'objet de la valorisation a considérablement évolué, le mode de valorisation reste le même : la cession.

a. L'extension du champ d'activité de la SOVAFIM

96. La valorisation, initialement limitée aux biens inutiles de RFF, vit son champ d'application considérablement élargi par les lois de finances suivantes. La restriction de l'activité de la SOVAFIM aux biens de RFF prit fin par l'article 141 de la loi de finances

²⁶⁴ Loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006, *JORF* du 31 décembre 2005, p. 20597.

rectificatives pour 2006²⁶⁵, qui étendit la compétence de la société à « *des ensembles d'actifs immobiliers appartenant à l'État et ses établissements publics (...) devenus inutiles aux missions qu'ils assument* ». Tous les biens de l'État et de ses établissements publics devinrent alors susceptibles d'être transmis à la SOVAFIM, pourvu qu'ils leur fussent inutiles. La condition d'inutilité disparut également, sous l'effet de l'article 51 de la loi de finances pour 2008²⁶⁶. Cette disparition s'expliquait par la volonté de mettre le dispositif en cohérence avec la possibilité offerte par les articles L. 3211-2 et L. 3211-13 du CGPPP d'aliéner, sous certaines conditions, des immeubles à usage de bureaux encore utilisés par les services de l'État ou de ses établissements publics. Une dernière évolution mérite d'être soulignée : l'activité de la SOVAFIM s'étend aujourd'hui aux biens peu liquides, c'est à dire difficiles à valoriser en raison de leur nature même et qui nécessitent pour cela des transformations²⁶⁷.

b. La vente, mission exclusive de la SOVAFIM

97. La valorisation par la SOVAFIM a donc gagné l'ensemble des biens de l'État et de ses établissements publics ; néanmoins, dans ce cadre, elle conserve la cession comme seule forme. Une lecture de la présentation de la SOVAFIM sur son site internet laisse pourtant croire que la cession n'est, dans son activité de valorisation, qu'une option : « *Lorsque c'est la meilleure valorisation, au bénéfice notamment de l'ancien propriétaire public, la SOVAFIM cède ses actifs immobiliers* »²⁶⁸. La SOVAFIM userait ainsi d'autres modes que la cession lorsque cette dernière ne permet pas la « *meilleure valorisation* ». Néanmoins, la loi comme les statuts de la société ne font mention que de la cession comme procédé de valorisation, et sous-entendent que celle-ci doit prendre la forme d'une vente. Dès 2005, l'article 63 de la loi de finances pour 2006, après avoir institué la SOVAFIM auquel il conférait la mission de valorisation, ajoutait que « *La société (...) rétrocède une partie du produit de cession de ses*

²⁶⁵ Loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006, *JORF* du 31 décembre 2006 p. 20228.

²⁶⁶ Loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008, *JORF* du 27 décembre 2007 p. 21211.

²⁶⁷ Cour des comptes, « La SOVAFIM : un intervenant sans utilité réelle », in Rapport public annuel 2011, p.644. ; voir aussi l'intervention du président de la SOVAFIM, Olivier Debains à la table ronde organisée lors d'un colloque relatif à l'externalisation de la propriété des biens publics : « *Il se trouve (...) qu'il existe des biens très complexes à vendre notamment parce qu'il n'y a pas de marché tout simplement. L'État se trouve alors confronté à un dilemme : soit je brade, soit je ne le vends pas. Évidemment, aucune de ces solutions n'est satisfaisante et le problème ne se résoudra pas tout seul (...) L'État pourrait se doter d'un opérateur (...) en quasi-régie, qui serait dédié (...) au pilotage d'opération de valorisation portant sur des biens complexes, préalable à une vente sur le marché* » (in JCP A 2012, n° 2140).

²⁶⁸ Voir lien internet en fin de bibliographie.

biens à Réseau ferré de France », sans évoquer le sort des produits d'autres modes de valorisation qui auraient pu être envisagés. L'exposé des motifs de la loi ne mentionne, pas plus que sa lettre, une autre modalité de valorisation que la cession : « *Dans le cadre de sa politique de valorisation du patrimoine immobilier, l'État souhaite accélérer la mise en valeur et la cession des terrains et immeubles inutiles au service public ferroviaire, afin notamment de favoriser la construction de logements sociaux dans les centres urbains. Il est proposé de créer une société anonyme ayant pour objet social cette seule mission de valorisation, détenue à 100 % par l'État (...)* L'accélération des cessions devrait générer, en 2006, une recette nette de 350 M€ au profit du budget général de l'État »²⁶⁹ . Par ailleurs, les débats relatifs à la loi de finances pour 2008²⁷⁰ rappellent que les deux objectifs de la SOVAFIM (« *Valoriser le patrimoine immobilier inutile de l'État et de ses établissements publics* » et « *Contribuer au développement de l'offre nationale de logements* ») sont réalisés par la cession.

98. Il faut toutefois relever que l'article 51 de la loi de finances 2008 prévoit, de façon accessoire, un mode de valorisation des plus singuliers : il dispose en effet que les transferts des biens de l'État ou d'un de ses établissements publics vers la SOVAFIM « *peuvent être effectués afin que les actifs immobiliers soient cédés par ladite société à l'État ou ses établissements publics* ». Il s'agit ici, conformément à un amendement proposé par le rapporteur général, de permettre le « retour » de biens, aménagés par la société pour occuper de nouvelles fonctions utiles à l'État²⁷¹ . La valorisation consisterait alors, dans ce cas, en un simple aménagement.

²⁶⁹ Projet de loi de finances pour 2006, n° 2540 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 28 septembre 2005, p. 101.

²⁷⁰ MARINI (P.), *Rapport général fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances pour 2008, adopté par l'Assemblée nationale, Tome II, Fascicule 1, « Les conditions de l'équilibre financier »*, Rapport général n° 91 (Sénat, Session ordinaire de 2008-2008), 22 novembre 2007, pp. 281 s.

²⁷¹ *Ibid.*, pp. 290 et 291, qui explique que l'« affaire » de l'Imprimerie nationale a visiblement joué un grand rôle dans cette possibilité : « *Cette initiative est prise par votre rapporteur général à la lumière des conditions dans lesquelles s'est réalisée la vente (...) par l'Imprimerie nationale, de l'immeuble "historique" qu'elle occupait, à Paris, rue de la Convention, puis le rachat par l'État de ce même immeuble, en vue d'affecter les bâtiments au ministère des affaires étrangères (MAE). Dix-sept mois seulement ont séparé les actes authentiques des deux opérations ; entre temps, le MAE a réorienté sa stratégie pour l'implantation parisienne de ses services, de sorte que l'acquisition de l'ancien immeuble de l'Imprimerie nationale lui est apparue opportune. Il suffira ici de rappeler que l'Imprimerie nationale avait cédé son immeuble au prix total de 103 millions d'euros (...) alors que l'État l'a racheté au prix hors taxes de 325 millions d'euros. Suivant les conclusions du rapport de l'Inspection générale des finances sur ce dossier, la différence de prix de l'immeuble (232 millions d'euros) entre les deux ventes s'explique essentiellement, à la fois, par les importantes opérations de valorisation du bien menées par le groupe Carlyle, acquéreur lors de la vente réalisée par l'Imprimerie nationale, auquel l'État a racheté*

99. L'article 2 des statuts de la SOVAFIM semble clore le débat sur les fonctions de la société : elle a pour objet « *d'acquérir directement ou indirectement, tous biens ou droits immobiliers, auprès de l'État ou de tout établissement public de l'État ; de gérer et valoriser, dans l'attente de leur cession, et céder les biens et droits immobiliers qu'elle détient* ». La valorisation hors cession n'est donc pour cette société qu'une situation transitoire. La Cour des comptes dénonce l'inutilité de cette intermédiation entre l'État et de potentiels acheteurs, et compare l'activité de la SOVAFIM à celle d'un « marchand de biens »²⁷². Si la comparaison est contestable dans la mesure où les biens font souvent l'objet d'aménagements avant d'être vendus, il n'en reste pas moins vrai que tous les biens transférés à la SOVAFIM le sont pour, *in fine*, être cédés à tiers, ou être rétrocédés à l'État.

100. Ce n'est que récemment que la SOVAFIM a quelque peu diversifié son activité, en acquérant des biens non pour les revendre, mais pour les exploiter et en tirer un revenu. La Cour des comptes relève toutefois que cette diversification résulte non pas d'une modification des statuts ou du cadre légal au demeurant imprécis, mais du tarissement des biens de RFF à transformer et à revendre et à la raréfaction des biens transmis par l'État à la société : « *Les tâtonnements de l'État (...) ont conduit la SOVAFIM à chercher à assurer elle-même sa survie par une diversification opportuniste. Elle s'est ainsi dotée d'un patrimoine générant des revenus récurrents et s'est lancée dans des activités périphériques (électricité solaire). L'évolution la plus notable a été la transformation de la SOVAFIM en une "foncière" publique valorisant et exploitant des biens d'origine publique. Cette mutation, nullement prévue lors de sa création, a été opérée dans un cadre juridique dépourvu de stabilité et de clarté* »²⁷³.

l'immeuble, et par l'appréciation de ce bien résultant de l'évolution du marché de l'immobilier de bureaux, dans la capitale (...) Ce cas - exemplaire - illustre bien le bénéfice que pourraient trouver les intérêts patrimoniaux de l'État à l'existence d'une structure permettant aux services publics de se décharger des coûts d'occupation et d'entretien des immeubles dont ils ont la disposition mais, au moins dans l'immédiat, n'ont pas l'usage, tout en évitant le recours à des cessions ».

²⁷² Cour des comptes, La SOVAFIM : un intervenant sans utilité réelle, in rapport précité, p. 641.

²⁷³ Cour des comptes, « SOVAFIM : un réexamen indispensable », in Rapport public annuel 2014, Tome 2, février 2014, p. 365.

§ 2. Le développement d'outils utiles à la vente du domaine

Le développement de la fonction immobilière publique ne s'est pas limité à l'instauration d'organes. Afin de permettre à ceux-ci d'assurer leurs missions, des instruments ont été créés. Dans la mesure où la mission des organes réside principalement dans la cession des biens, il n'y a rien d'étonnant à ce que ces instruments, créés et utilisés essentiellement par l'État, connaissent la même orientation. Les outils de connaissance des biens permettent aux administrations étatiques de découvrir la valeur et le coût de leurs biens (A) ; à cette connaissance s'ajoutent de véritables mécanismes d'incitation (B).

A. L'amélioration de la connaissance des biens

101. Concédons-le immédiatement, la connaissance des caractéristiques des biens domaniaux ne sert pas qu'à leur vente. D'abord, la connaissance de leur existence comme de leur valeur, bien loin de toutes velléités de cession, permet au contraire d'en assurer la conservation. Charles-Louis Foulon relate ainsi que le but des inventaires du mobilier de la Couronne de France, commandités par les rois eux-mêmes, était justement d'éviter la dissipation des meubles les plus précieux²⁷⁴. En 1837, un observateur indiquait que l'utilisation des biens domaniaux, qu'ils soient juridiquement cessibles ou non, suffisait à justifier leur évaluation, ne serait-ce que pour envisager leur coût de reconstruction²⁷⁵. Si la connaissance de l'existence et de la valeur des biens domaniaux, par conséquent, ne sert pas qu'une politique de vente, elle en reste un outil précieux. S'inscrivant dans une approche critique de l'accumulation domaniale, deux journalistes notaient dans les années 1990 le rôle clé de l'amélioration de la connaissance des patrimoines immobiliers publics : « *Il se trouve certainement dans les actifs des entreprises ou des services publics des biens dont la cession ne gênerait en rien leur activité (...) Seul un inventaire détaillé permettrait de déterminer de*

²⁷⁴ FOULON (C.-L.), « Le mobilier national », *art. cit.*, p. 101.

²⁷⁵ « Tableau général des propriétés de l'État, dressé en exécution de la loi du 31 janvier 1833 », in *L'Artiste. Journal de la littérature et des beaux-arts*, 1^{ère} série, Tome 13, 1837, p. 227 : « *Il est impossible de connaître les dépenses qui ont été faites pour la construction des grands monuments religieux que nous a laissés le Moyen Âge, et pût-on y parvenir avec beaucoup de recherches, ce ne serait qu'un objet de curiosité ; mais puisque ces monuments ont encore leur première destination, puisqu'ils servent aux cérémonies du culte catholique, et que l'État salarie ce culte (...) ils ont une utilité qui doit pouvoir être estimée. Supposons un moment qu'un gouvernement interdise aux catholiques l'usage des églises qui lui appartiennent (...) il est dès lors indifférent de savoir ce que valent des édifices qui ne servent à rien ; mais tant que l'État s'intéresse à la prospérité de la religion catholique (...) il importe à la nation de connaître la valeur au moins approximative de ces propriétés dont l'entretien lui est imposé* ».

façon objective quels actifs peuvent être cédés et quels autres ne le peuvent pas »²⁷⁶. Que peut-on céder ? Quel prix peut-on attendre de la cession ? Autant d'informations qui, lorsqu'elles parviennent à l'administration cédante, sont susceptibles d'attiser la tentation de la vente du domaine. La connaissance des biens domaniaux est une préoccupation extrêmement ancienne (1), qui semble s'être sensiblement améliorée ces dernières années, avec l'introduction dans la comptabilité publique du module Chorus RE-FX (2).

1. La connaissance des biens domaniaux : une préoccupation ancienne et récurrente

102. L'on trouve çà et là, jusqu'à la Révolution, quelques traces de la volonté de mieux connaître la consistance et la valeur des biens domaniaux. Caroline Chamard-Heim, procédant à une étude historique de la distinction entre biens publics et biens privés, relève que chez les sumériens déjà, les biens du roi étaient entassés dans des entrepôts où étaient comptabilisés toutes les entrées et les sorties²⁷⁷. Sous la République romaine, Cicéron se réfère à des *tabulae censoriae* comprenant des inventaires des biens publics et sacrés²⁷⁸. Au Moyen Âge, les biens seigneuriaux et ecclésiastiques étaient recensés dans des « livres terriers », également appelés « polyptiques » ou « pouillés ». Sous le règne de Louis XIV, des commissaires du roi furent chargés de recenser, en province, les immeubles de la Couronne²⁷⁹. Mais le royaume d'Angleterre avait largement précédé la France dans la concrétisation de l'ambition d'un recensement intégral des biens du royaume²⁸⁰, par la réalisation du *domesday book* opérée en vue d'un triple objectif : « Assurer la perception de l'impôt en établissant invariablement ce que chaque possesseur de fiefs redevait pour son domaine, constater les biens particuliers de la couronne et en perpétuer l'intégrité, et enfin lui donner le droit de revendiquer partout les terres qui avaient pu appartenir jadis à la royauté saxonne dont il se disait l'héritier »²⁸¹.

²⁷⁶ BEYTOUT (J.), PIGASSE (J.-P.), *Mille milliards de milliards ou la fortune collective des français*, Tsuru, 1993, p. 171.

²⁷⁷ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 60.

²⁷⁸ MAGDELAIN (A.), « Procum patricium », in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Publications de l'École française de Rome, 1990, p. 405.

²⁷⁹ MAGUERO (É), *Dictionnaire des domaines*, Paris : Berger-Levrault et C^{ie}, 1899, p. 717.

²⁸⁰ Sur la distinction des biens en Angleterre, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2. Signalons simplement ici que l'ensemble des immeubles privés ou publics sis en Angleterre étaient concernés par ce recensement.

²⁸¹ MENCHE DE LOISNE (C.), *France et Angleterre. Étude sociale et politique*, Paris : E. Dentu, 1859, p. 31. Voir aussi GALBRAITH (V.-H.), *Domesday book : its place in administrative history*, Clarendon press, 1974.

103. Sous la Révolution, de nombreux textes se succédèrent pour, chacun, réitérer l'exigence d'un inventaire des biens nationaux qui serait présenté au pouvoir législatif. Une loi du 4 ventôse an IV ordonnait que soit formé un « *tableau des édifices nationaux occupés par les établissements publics* » ; une autre loi, du 25 frimaire an VII, ordonnait de la même façon un « *relevé des édifices, emplacements et domaines nationaux employés aux divers services publics, et notamment à ceux de la guerre et de la marine* » ; un arrêté du 13 messidor an X, enfin, ordonnait la réalisation d'un inventaire des biens affectés au service public de la guerre²⁸². Ducrocq rapporte que ces inventaires souffrirent déjà de l'écueil qui frappe les recensements les plus récents : « *Un document officiel porte qu'à ces diverses époques "l'administration ne put obtenir que des renseignements incomplets ; que les agents des services publics opposèrent aux investigations de ses préposés une résistance qui les rendit à peu près infructueuses"* »²⁸³.

104. Ce n'est qu'en 1833 que redémarra l'entreprise de recensement. L'article 9 de la loi de finances du 31 janvier 1833 imposa au Gouvernement de distribuer aux chambres, pendant la session législative de 1835, « *un tableau de toutes les propriétés immobilières appartenant à l'État, tant à Paris que dans les départements, et qui sont affectées à un service public quelconque. Ce tableau devra contenir la date de l'affectation et l'indication de l'usage auquel chaque propriété est consacrée, ainsi que sa valeur approximative* ». Premier constat : sont compris dans cette évaluation certains des biens, ceux affectés au service public, que l'on classerait aujourd'hui dans le domaine public. N'y figurent pas, en revanche, le domaine public tel qu'il était généralement entendu à cette époque (routes, rues, rivages de la mer, fleuves, canaux, chemins de fer...). Tenant compte de leur inaliénabilité et de la difficulté de leur estimation, Maguero expliquait qu'« *un inventaire des biens du domaine public eût occasionné un travail hors de proportion avec son utilité. Servant à l'usage de tous, ces immeubles se trouvent protégés, pendant toute la durée de cet usage, par les règles de l'imprescriptibilité, et un grand nombre d'entre eux ont, d'ailleurs, une consistance variable, tels que les fleuves et les rivages de la mer* »²⁸⁴. Le dispositif de 1833 tint par ailleurs compte de la difficulté d'estimer certains des biens domaniaux affectés au service public dont

²⁸² Pour une chronologie complète de l'inventaire des biens de l'État de la Révolution jusqu'au début du XX^{ème} siècle, voir DUVERGER (M.), *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Bordeaux : E. Castera, 1940, pp. 317 s.

²⁸³ DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, Tome 2, Paris : Ernest Thorin, 6^{ème} éd., 1881, p. 204.

²⁸⁴ MAGUERO (É.), *Dictionnaire des domaines, op. cit.*, pp. 718 et 719.

l'évaluation était prescrite. C'est pourquoi une ordonnance du 6 octobre de la même année indiqua qu' « à l'égard des terrains et ouvrages de fortification dont l'évaluation doit être faite d'après des bases particulières, il (...) ne contiendra que l'estimation approximative de la valeur intrinsèque des matériaux et des terrains ». Une ordonnance du 20 juillet 1835 enrichit considérablement le tableau en y intégrant les propriétés immobilières de l'État non affectées à un service public, et en prévoyant son actualisation annuelle. L'inventaire fut toutefois détruit lors de l'incendie du bâtiment parisien qu'occupait le ministère des Finances pendant la Commune, en 1871²⁸⁵. Fut-ce, du point de vue de la connaissance des biens domaniaux, un mal pour un bien ? Car la tenue d'un inventaire périodique, qui n'était plus actualisé depuis 1850 fut relancée dès 1873, en distinguant les biens de l'État affectés au service public des biens non affectés. Mais l'actualisation retomba vite en désuétude : dès 1880, la mise à jour cessa en raison de la « *nécessité de compiler successivement tous les relevés supplémentaires, dont chacun était lui-même divisé en un grand nombre de parties et de chapitres distincts [qui] constituait un inconvénient des plus sérieux qui devait, à mesure que ces relevés deviendraient plus nombreux, aboutir à une confusion et à une incertitude croissantes* »²⁸⁶.

105. Un nouveau tableau général des propriétés de l'État (TGPE), prévu par la loi de finances du 13 juillet 1925, fut publié en 1927 avant que l'article 17 du décret du 28 août 1949²⁸⁷ ne confiât au service des domaines la mission d'établir « *le relevé, par département et par service, des immeubles du domaine public et du domaine privé de l'État ainsi que des établissements publics et des offices administratifs de l'État* ». Un nouveau tableau général fut édité en 1951, mais souffrit, comme ses prédécesseurs, et en dépit des recommandations des plus hautes autorités de l'administration²⁸⁸, d'une actualisation trop irrégulière et parcellaire. La solution crut être trouvée dans l'informatisation du tableau, prescrite par une circulaire du 7 mai 1974²⁸⁹ qui commençait par rappeler la « *nécessité, pour les pouvoirs publics, de connaître avec précision l'importance et la consistance des ressources immobilières de*

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 718.

²⁸⁶ *Id.*, 719.

²⁸⁷ Décret n° 49-1209 du 28 août 1949 relatif au contrôle des opérations immobilières poursuivies par les services publics ou d'intérêt public et au regroupement des divers services administratifs et modifiant l'article 22 du décret du 5 juin 1940 relatif au domaine immobilier de l'État, *JORF* du 3 septembre 1949, p. 8830.

²⁸⁸ Circulaire du 1^{er} juin relative au tableau général des propriétés de l'État et au fichier d'équipement, *JORF* du 12 juillet 1966, p. 5961.

²⁸⁹ Circulaires du 7 mai 1974 relatives au tableau général des propriétés de l'État (constitution et mise à jour du fichier magnétique - diffusion de la documentation), *JORF* du 23 mai 1974, p. 5606.

l'État », avant d'énumérer les renseignements censés être liés aux biens, parmi lesquels la valeur vénale. La circulaire exclut néanmoins du tableau les biens donnés à bail aux autres personnes publiques, et intégra ceux dont il n'avait que la jouissance. Si elle excluait du recensement ce qu'elle regroupait sous l'expression « voies de communication » (rivage de la mer, cours d'eau et lacs navigables et flottables, rivières canalisées et canaux de navigation et leurs francs-bords, routes nationales et autoroutes, lignes télégraphiques et téléphoniques), ce n'était que « provisoirement », sans que ne fût expliqué ce caractère temporaire. Surtout, la circulaire standardisa l'actualisation en prévoyant un formulaire de mise à jour que devaient remplir les services lorsqu'avaient lieu des changements notables quant à l'affectation ou la consistance des biens recensés.

2. Une rénovation de l'outil de connaissance des biens publics sous l'impulsion de la comptabilité patrimoniale

106. À lire les rapports les plus récents des institutions parlementaires et financières, ce TGPE rénové faillit tout autant que ses prédécesseurs. La mission « Immobilier public », dans son rapport de 2001, notait que « *quoiqu'en amélioration constante, les systèmes d'information ne permettent pas encore de disposer d'un inventaire (...) et d'une valorisation suffisamment fiables des différents ensembles immobiliers qui composent le patrimoine immobilier de l'État. La connaissance du parc immobilier de l'État que fournit le TGPE n'est pas aujourd'hui d'une fiabilité satisfaisante. Le TGPE, tel qu'il est aujourd'hui accessible, est relativement mal adapté à la recherche et au traitement des informations qui sont nécessaires pour établir les fondements d'une politique de valorisation du parc immobilier public* »²⁹⁰. En 2006, la Cour des comptes constatait, à propos des biens relevant du ministère de l'Équipement, la persistance de l'exclusion du recensement du foncier non bâti correspondant à des emprises de futures infrastructures publiques ou opérations urbaines, et des surfaces bâties affectées aux infrastructures publiques routières, portuaires ou aéronautiques²⁹¹. Dans son rapport de certification des comptes de l'exercice 2006, la même institution énumérait les lacunes du TGPE : « *Cette application, présentée comme un outil de comptabilité auxiliaire, comporte plusieurs défauts. Elle ne contient, en effet, qu'un nombre limité de contrôles*

²⁹⁰ Rapport de la mission « Immobilier public », précité, p. 25.

²⁹¹ MASSERET (J.-P.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'enquête de la Cour des comptes relative à la gestion du patrimoine immobilier du ministère de l'équipement*, Rapport d'information n° 354 (Sénat, Session ordinaire de 2005-2006), 17 mai 2006, pp. 7 et 51.

automatisés, dont certains sont déficients. Elle ne permet aucune historisation des données (...) La procédure déclarative de l'inventaire des biens immobiliers et l'absence d'interface entre l'application informatisée de tenue de l'inventaire et les applications de dépense de l'État laissent subsister une incertitude sur l'exhaustivité du recensement (...) La méthode d'évaluation en valeur de marché des biens les plus atypiques pour lesquels, en l'état, il n'existe pratiquement pas de marché reste aléatoire »²⁹². La Cour des comptes maintint cette réserve pour l'exercice comptable 2012²⁹³, pour ne la lever partiellement qu'en 2013²⁹⁴.

107. Ces défauts du TGPE devinrent juridiquement condamnables avec l'avènement de la LOLF, dont l'article 27 contraint toujours les comptes de l'État à donner une « *image fidèle de son patrimoine et de sa situation financière* ». L'appréhension de la richesse réelle de l'État connut alors un double enrichissement. En premier lieu, de nouvelles normes comptables, approuvées par un arrêté du 21 mai 2004²⁹⁵, déterminèrent avec plus de précision les objets et la méthode de l'évaluation. L'aptitude à être évalué autrement que par l'euro symbolique résulte de l'existence chez le bien concerné d'un « *potentiel de service mesurable* ». Ces biens sont comptabilisés selon la norme comptable relative aux immobilisations corporelles. Ceux qui ne présentent pas un tel potentiel ne peuvent être évalués, en vertu de la norme relative aux biens historiques et culturels, qu'à l'euro symbolique. Il existe donc une première distinction entre les biens évaluable et ceux non évaluable, ces derniers se limitant essentiellement aux monuments historiques et aux œuvres d'art. Au sein des biens évaluable, le recueil des normes comptables de l'État établit une distinction entre les biens non spécifiques et les biens spécifiques. Les biens non spécifiques, susceptibles d'être possédés par des tiers sans changement majeur dans leur structure, sont évalués selon la valeur de marché ; les biens spécifiques, dont les exemples récurrents sont les routes, les prisons ou les bases militaires, appellent au contraire à une évaluation selon leur coût de remplacement déprécié. Le champ des biens non évaluable se réduit considérablement, phénomène auquel participe la Cour des comptes : dans sa certification des comptes de l'État pour l'exercice 2012, la Cour fustige l'évaluation de certains biens (« *relais*

²⁹² Cour des comptes, Certification des comptes de l'État. Exercice 2006, p. 41

²⁹³ Cour des comptes, Certification des comptes de l'État. Exercice 2012, p. 65.

²⁹⁴ Cour des comptes, Certification des comptes de l'État, Exercice 2013, p. 15.

²⁹⁵ Arrêté du 21 mai 2004 portant adoption des règles relatives à la comptabilité générale de l'État, *JORF* du 6 juillet 2004, p. 12225.

hertziens, chambres de coupure électriques, stations radars, etc. »²⁹⁶) à l'euro symbolique alors même qu'ils présentent un potentiel de service mesurable. Elle ajoute que « *cette situation est d'autant plus incohérente qu'elle méconnaît le fait que ces biens seraient, le plus souvent, reconstruits s'ils étaient détruits, car ils sont essentiels à la poursuite de ces missions [régaliennes] (...) Faute de classer ces biens dans des catégories comptables conformes à leur nature et de leur appliquer la méthode d'évaluation correspondante, une incertitude subsiste sur leur valeur à l'actif du bilan de l'État* »²⁹⁷.

108. En second lieu, la connaissance des biens fut encore améliorée par la substitution au TGPE d'un progiciel du nom de CHORUS RE-FX qui facilite l'actualisation des informations et, surtout, qui établit une base de données comprenant, pour chaque bien contrôlé par l'État, tant la valeur vénale que le coût d'utilisation : le progiciel, en somme, doit permettre la « *constitution de comptes de résultat par immeuble* »²⁹⁸. Ce bilan financier de l'immeuble sert directement le volet diagnostic des schémas pluriannuels de stratégie immobilière. Pour être opérationnelle, la stratégie immobilière développée par l'État, qui ne fait que brosser les grands traits de sa politique immobilière, doit en effet être relayée par des instructions plus précises ; la déclinaison de la stratégie immobilière étatique au niveau opérationnel est précisément l'objet des schémas pluriannuels de stratégie immobilière. Contrairement à ce que leur nom laisse entendre, il s'agit moins de schémas tracés ou dessinés que de documents écrits. Établis par chaque administration étatique, ils consistent en une description des bâtiments, suivie de la mise en place d'une stratégie pour optimiser, tant du point de vue fonctionnel que financier, leur utilisation. Les administrations centrales furent les premières, en 2006, à être sollicitées. Deux années plus tard, l'obligation d'établir ces schémas s'étendit aux administrations déconcentrées de 25 départements « pilotes », incluant les dix plus grandes agglomérations françaises avant de gagner, en 2009, les administrations d'État de l'ensemble du territoire, puis les opérateurs de l'État en 2011. Ces schémas pluriannuels de stratégie immobilière sont rédigés en deux parties. La seconde partie, « stratégique », décide des mesures à prendre pour rendre conforme la gestion du parc à la politique immobilière de l'État. Pour ce faire, elle s'appuie sur la première partie dite « diagnostic », qui consiste en

²⁹⁶ Cour des comptes, *Certification des comptes de l'État. Exercice 2012*, p. 71.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ DENIAUD (Y.), *Annexe n° 26 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2010*, Rapport n° 1967 (Assemblée, nationale, 13^{ème} législature), p. 23.

une description du patrimoine et de son utilisation. Sont ainsi réunis dans un seul document toutes les éléments relatifs aux bâtiments de chaque administration, puisés dans les informations que fournit CHORUS RE-FX : leur coût (impôts, loyers, assurances, frais d'entretien, de surveillance et de gestion), leur affectation pièce par pièce (bureau, accueil du public, salle de réunion, parking...) et le lien avec l'activité menée, leur ratio d'occupation (surface utile nette occupée par chaque agent), leur situation géographique (proximité des transports et d'autres services publics...). La connaissance de ces éléments permet à l'administration de prendre la meilleure décision possible en matière de valorisation, la connaissance du coût et de l'état des biens étant un élément déterminant de la décision de vente.

B. Les mécanismes d'incitation à la cession

Si la connaissance de la valeur et de l'état des biens est susceptible, à elle seule, de faire naître des velléités de cession, ce sont surtout la sensibilisation des administrations au coût des biens par le mécanisme des loyers budgétaires (1) et l'obligation, plus ou moins sanctionnée, de décliner la politique immobilière de l'État dans le volet stratégique des schémas pluriannuels de stratégie immobilière (2) qui incitent à franchir le cap.

1. La sensibilisation au coût des biens : les loyers budgétaires

Le mécanisme des loyers budgétaires (a) permet de sensibiliser les services des ministères au coût des immeubles qu'ils occupent et de les inciter à se déplacer vers des immeubles moins onéreux ce qui, *in fine*, aboutit à des cessions (b).

a. Le mécanisme des loyers budgétaires

109. L'objectif du mécanisme des loyers budgétaires est simple : sensibiliser les administrations occupantes au coût financier des locaux qui leur sont affectés, en les incitant à prendre les décisions les plus économiques en matière d'occupation immobilière. Pendant longtemps, les administrations de l'État occupèrent les locaux fournis par ce dernier sans se soucier de la dépense qu'ils pouvaient représenter au regard d'autres locaux disponibles sur le

marché privé. Cette attitude passive, découlant d'une « *impression de gratuité* »²⁹⁹ dont il résultait un comportement de « *quasi-proprétaires* »³⁰⁰, était fondée sur le régime de l'affectation que prévoyait le Code du domaine de l'État : l'article R. 81 disposait en effet que « *l'affectation est l'acte en vertu duquel un immeuble dépendant du domaine privé de l'État ou détenu en jouissance, à un titre quelconque, par l'État est mis à la disposition d'un département ministériel pour lui permettre d'assurer le fonctionnement du service public dont il a la charge* ». Afin de sensibiliser les administrations occupantes au coût financier des locaux qui leur étaient affectées, il fut expérimenté à partir de 2006 un système dit de « *loyers budgétaires* ». Le mécanisme est le suivant : les ministères occupants paient chaque année à France Domaine un loyer correspondant à la valeur sur le marché locatif des immeubles que leurs bureaux occupent ; en contrepartie, ils bénéficient, en début d'année budgétaire, d'une dotation correspondant au montant du loyer réclamé. Il s'agit donc, d'un point de vue comptable, d'une opération neutre pour l'État qui, par l'encaissement du loyer, ne fait que récupérer la dotation qu'il a initialement accordée. Le mécanisme est en réalité extrêmement incitatif pour l'administration occupante : même si elle trouve une solution immobilière plus économe, le montant de la dotation reste le même pour l'année en cours et pour les deux années suivantes. Ainsi, l'administration qui déménagerait pour des locaux moins onéreux pourrait alors réaffecter à d'autres dépenses³⁰¹ les crédits correspondant à la différence entre la dotation et le nouveau loyer. Le montant des loyers budgétaires fait naturellement l'objet d'une attention toute particulière : pour que l'incitation fonctionne, il faut qu'ils soient le plus proches possible des loyers pratiqués sur le marché. C'est pourquoi le loyer annuel, calculé lors de la mise en place du dispositif selon un taux forfaitaire national équivalent à 5,12 % de la valeur vénale du bien³⁰², l'est désormais selon des taux locaux, afin de mieux tenir compte du niveau du marché de chaque zone³⁰³. Ces loyers budgétaires servent de base au

²⁹⁹ TRON (G.), *Annexe n° 13 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2007 (n° 3341), Rapport n° 3363 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 12 octobre 2006, p. 130.*

³⁰⁰ TRON (G.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le suivi de la Mission d'évaluation et de contrôle sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'État, Rapport d'information n° 2926 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 7 mars 2006, p. 10.*

³⁰¹ Sauf à des dépenses de personnel, fongibilité asymétrique des crédits oblige.

³⁰² TRON (G.), *Rapport d'information à l'Assemblée nationale n° 2926 (précité), p. 41.*

³⁰³ Division en quatre zones : sur-urbaines, urbaines, périurbaines, rurales. Voir BRICQ (N.), *Annexe n° 12 (Engagements financiers de l'État - Compte spécial : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances pour 2009, adopté par l'Assemblée nationale, Rapport général n° 99 (Sénat, Session ordinaire de 2008-2009), 20 novembre 2008, p. 60.*

développement de « conventions d'utilisation » conclues entre France Domaine et les administrations, se substituant au régime de l'affectation. Ces conventions, en plus de fixer le montant du loyer, retracent les droits et obligations de l'État propriétaire et de l'administration occupante conformément au droit commun³⁰⁴.

110. Les loyers budgétaires sont l'exemple parfait de la mutation progressive et régulière d'une expérimentation en régime de droit commun. À l'origine, lors de l'exercice budgétaire 2006, le dispositif ne fut appliqué qu'aux administrations centrales du ministère des Finances, des Affaires étrangères et de la Justice. Le 28 février 2007³⁰⁵, par une circulaire du Premier ministre établissant un modèle type de convention d'utilisation, le dispositif fut étendu aux administrations centrales de tous les ministères avant de gagner, en 2008, les services déconcentrés de 26 départements dont ceux incluant les dix plus grandes agglomérations françaises. Aidé par un décret du 1^{er} décembre 2008³⁰⁶ consacrant au niveau réglementaire le remplacement du régime de l'affectation par les conventions d'utilisation, le système des loyers budgétaires fut appliqué à partir de 2009 à l'ensemble du territoire métropolitain et fut enfin, en 2010, généralisé à l'ensemble des immeubles à usage de bureaux appartenant à l'État, qu'ils soient situés sur le territoire français ou à l'étranger. Le dispositif est actuellement en cours d'extension aux biens immobiliers occupés par les opérateurs de l'État.

b. Un mécanisme incitant à la cession

111. À cette heure, les résultats du système des loyers budgétaires sur l'attitude des responsables administratifs n'ont pas été mesurés. Il faudra sans doute plusieurs années de pratique des conventions d'utilisation pour que soient prises des décisions de relocalisation. Il est toutefois certain que le mécanisme incitera à des cessions. Mettre en conformité les surfaces occupées par les services de l'État avec la norme définie de 12 m² par agent suppose une réduction de ces surfaces. Une fois les locaux trop spacieux quittés, l'État sera enclin à les

³⁰⁴ DENIAUD (Y.), DUMONT (J.-L.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, en conclusion des travaux de la Mission d'évaluation et de contrôle (MEC), sur les suites données aux préconisations de la Mission d'évaluation et de contrôle sur l'immobilier de l'État*, Rapport d'information n° 923 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 4 juin 2008, p. 44 et 45.

³⁰⁵ Circulaire du 28 février 2007 relative à la modernisation de la gestion du patrimoine immobilier de l'État, *JORF* du 3 mars 2007, p. 4040.

³⁰⁶ Décret n° 2008-1248 du 1^{er} décembre 2008 relatif à l'utilisation des immeubles domaniaux par les services de l'État et ses établissements publics, *JORF* du 2 décembre 2008, p. 18387.

vendre. C'est dès l'origine, le but plus ou moins avoué du dispositif. Dans un rapport parlementaire de 2006, il était souhaité que soit limitée la durée des conventions d'utilisation à trois ou six ans au lieu de neuf, afin d'assurer une « *respiration permanente et [mettre] sur le marché, au fur et à mesure, les biens qui deviennent inutiles et inadaptés* »³⁰⁷. Le ministre du Budget expliquait que « *l'État n'a pas vocation à devenir propriétaire bailleur, mais à céder les biens domaniaux libérés par les administrations. Le choix n'est pas entre plusieurs locataires, mais entre l'occupation par ses propres services et la cession* »³⁰⁸. Un rapport de 2008 se montre plus clair encore quant à l'objectif des loyers budgétaire en évoquant la captation par l'État d'un bénéfice financier : « *Le mécanisme des loyers peut constituer un outil de pilotage enclenchant une spirale économique vertueuse. L'application de loyers de marché sur tout ou partie du parc permet de connaître les coûts réels de l'occupation et d'effectuer des arbitrages (...) L'abandon des sites les plus coûteux pourrait être envisagé, pour une relocalisation dans des conditions de localisation et de surface conformes aux orientations définies. La vente et le rachat de sites moins coûteux permettrait de dégager une marge de plusieurs centaines de millions d'euros (...) Une étude (...) remise en 2007 au CIE a montré que sur les 173 immeubles administratifs parisiens, une économie de 950 millions d'euros pouvait ainsi être attendue (solde des produits des cessions de 17 immeubles rapportant 1,6 milliard d'euros et des coûts de réimplantation conformes aux objectifs de l'État* »³⁰⁹.

112. Il apparaît clairement que le mécanisme des loyers budgétaires, en incitant à une relocalisation à l'initiative des services eux-mêmes, résulte d'un calcul économique centré sur la cession des immeubles laissés vacants. Le dispositif, s'il n'invite pas directement à la cession, la facilite en provoquant la désaffectation puis la désaffectation des locaux trop onéreux.

2. La déclinaison de la politique immobilière de l'État : le volet stratégique des schémas pluriannuels de stratégie immobilière

113. Sur la base de la partie « diagnostic » des schémas pluriannuels de stratégie immobilière, des orientations stratégiques, censées être conformes à la politique immobilière

³⁰⁷ TRON (G.), Rapport d'information à l'Assemblée nationale n° 2926 (précité), p. 10

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 40.

³⁰⁹ DENIAUD (Y.), DUMONT (J.-L.), Rapport d'information à l'Assemblée nationale n° 923 (précité), p. 14.

de l'État, sont déterminées par chaque administration centrale. Il s'agit, en clair, d'exposer les projets de travaux, de prise à bail, d'acquisition et de cession, d'établir une sorte de « scénario immobilier » sur les cinq années à venir, en réaction à l'absence de vision stratégique que connaissait l'immobilier de l'État jusqu'à une période récente. Pour s'assurer de la conformité des projets à la politique immobilière de l'État, les schémas sont transférés à France Domaine qui, dans un délai de quatre mois, émet un avis éventuellement assorti de réserves. La portée de cet avis est incertaine ; tout au plus peut on lire que les administrations doivent « s'attacher à (...) lever »³¹⁰ les réserves lorsqu'elles existent.

114. En déclinant la stratégie étatique dans chaque administration, les schémas pluriannuels de stratégie immobilière invitent plutôt à une diminution des coûts et des surfaces. Bien que la gestion de l'immobilier doive être optimisée dans son ensemble, la lecture des rapports parlementaires au moment de la mise en œuvre des schémas en 2006 témoigne de la volonté d'en faire des outils au service de la cession, en invitant dans un premier temps à la délocalisation. Un rapport de l'Assemblée nationale appelait ainsi à établir dans les schémas « *des prescriptions générales relatives à la distinction entre le ou les immeubles de prestige qui doivent rester implantés dans le centre de Paris (ministre, cabinet, directions stratégiques du ministère), et les autres immeubles, qui peuvent être délocalisés en région parisienne, voire en Province* »³¹¹. Un autre rapport de la même année expliquait dans le même sens que l'objectif de ces schémas était de « *procéder à des regroupements, de réduire la dépense publique en localisant les administrations dans des sites moins onéreux et plus adaptés* »³¹². La cession est parfois prise en exemple de ce à quoi doivent aboutir les schémas : « *Pour remplir leur rôle, ces documents devront être axés sur l'objectif de réduire la dépense immobilière. L'exemple peut être pris dans la cession des immeubles parisiens occupés par les Douanes (...) et le transfert à Montreuil dans des locaux plus modernes, ce qui permet une économie de 30 % pour l'État* »³¹³ ; d'autre fois, enfin, elle est présentée comme leur objectif final : « *Décrivant une démarche de restructuration, axée sur l'objectif de réduire la dépense immobilière (...), les schémas pluriannuels de stratégie immobilière doivent déboucher sur la*

³¹⁰ DENIAUD (Y.), *Annexe n° 26 (Gestion du par immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2012 (n° 3775)*, Rapport n° 3805 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 12 octobre 2011, p. 35

³¹¹ TRON (G.), Rapport d'information à l'Assemblée nationale n° 2926 (rapport précité), p. 9.

³¹² TRON (G.), *Annexe n° 13 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2007 (n° 3341)*, Rapport n° 3363 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 12 octobre 2006, p. 21.

³¹³ TRON (G.), Rapport d'information à l'Assemblée nationale n° 2926 (rapport précité), p. 9.

cession d'immeubles inoccupés ou mal adaptés aux besoins des administrations occupantes »³¹⁴. Validant cette idée, le Premier ministre, dans une circulaire relative à la politique immobilière de l'État, expliquait que les schémas devaient être « *davantage gouvernés par les objectifs de réduction du volume et du coût des surfaces occupées, locatives ou domaniales* »³¹⁵. Comme les loyers budgétaires, les schémas pluriannuels de stratégie immobilière sont des instruments visant à engager des cessions. La différence entre les deux mécanismes relève du levier utilisé : les loyers budgétaires sont un mécanisme incitatif en ce qu'ils poussent les administrations à effectuer un calcul économique pour constater l'avantage qu'elles auraient à céder ; les schémas pluriannuels sont davantage coercitifs, car les administrations sont contraintes d'y suivre la politique immobilière de l'État.

Conclusion du chapitre

La valorisation du domaine par sa simple fructification est-elle surannée ? La cession semble en effet le nouveau mot d'ordre. Bien plus que des chiffres que l'on ne saurait de toute façon pas interpréter s'ils existaient, cette prévalence de la cession dans la politique domaniale est révélée tant d'un point de vue juridique que d'un point de vue institutionnel. D'un point de vue juridique, la part du domaine incessible tend à se réduire au gré des interventions du législateur, appuyées par des décisions plus restrictives du juge administratif ; même ce domaine incessible ne l'est plus tant que ça, tant sont multipliés les assouplissements. D'un point de vue institutionnel, la politique de cession se déploie à travers la multiplication d'instances et d'outils qui, sous couvert de « valorisation », traitent en réalité, le plus souvent, de la seule vente. L'on tire finalement les conséquences les plus extrêmes du statut de « richesse » que la science économique offre au domaine en le convertissant en argent. Or, c'est ce que nous allons voir à présent, cette politique de cession a peu de chance de ralentir dans la mesure où elle a très officiellement pour fonction de

³¹⁴ GIROD (P.), *Annexe n° 12 (Engagements financiers de l'État - Compte spécial : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur le projet de loi de finances pour 2007, adopté par l'Assemblée nationale, Tome 3, Rapport général n° 78 (Sénat, Session ordinaire de 2006-2007), 23 novembre 2006, p. 36.*

³¹⁵ Circulaire du 16 janvier 2009 relative à la politique immobilière de l'État, *JORF* du 21 janvier 2009, texte n° 3.

participer à la résorption d'une dette publique qui, malgré cette contribution, tend à se creuser toujours plus.

Chapitre 2

L'attribution à la cession du domaine d'une fonction de désendettement

115. La doctrine juridique ne doute pas de l'objectif réel de la politique de cession. Philippe Yolka évoque à ce titre « *certaines résurgences de la vieille idée d'aliénation des biens nationaux, remise à l'honneur pour résorber les déficits sociaux* »³¹⁶ et cite quelques propositions significatives, générales (vente massive du domaine privé pour endiguer la crise budgétaire) ou particulières (vente du château de Versailles pour renflouer les comptes de la Sécurité sociale)³¹⁷. L'objectif ne fait guère plus de doutes pour la Cour des comptes, qui souligne que « *dictée notamment par la volonté d'accroître les recettes budgétaires non fiscales pour réduire le déficit, cette politique a été confiée à l'administration des domaines à laquelle des objectifs annuels de produits de cessions ont été assignés* »³¹⁸.

116. Il faut dire que les appels à la vente pour résorber les déficits furent - et sont toujours - nombreux. Philippe Dumas juge qu'une « externalisation externe » des bureaux, c'est à dire leur vente à des structures privées suivie d'une reprise à bail, permettrait à l'État « *de percevoir le prix des immeubles ainsi cédés et, ainsi, de se désendetter, ce qui serait un avantage appréciable dans la situation actuelle des finances publiques françaises* »³¹⁹. L'institut Montaigne, dans un rapport sur l'immobilier de l'État, explique qu'« *à l'heure où il est critique de juguler les déficits et de rationaliser les dépenses, il paraît judicieux de souligner une fois de plus l'importance du paramètre immobilier dans la réforme de la*

³¹⁶ YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. 474.

³¹⁷ YOLKA (P.), « Les ventes immobilières de l'État », *RDP* 2009, p. 1041. Voir également ROBBES (A.), « La vente du patrimoine immobilier de l'État », *Lamy Droit Immobilier* n° 121, février 2005, p. 1 : « *L'objectif politique invoqué pour justifier cette aliénation est essentiellement de "concourir à l'amélioration de l'efficacité de l'État, d'améliorer les conditions de travail des agents publics et de rationaliser les coûts de la gestion immobilière" (...) D'un point de vue pratique, il s'agit principalement pour l'État de financer la réduction de sa dette publique par l'apport de capitaux issus de la cession d'immeubles* »

³¹⁸ Cour des comptes, « Les cessions de biens immobiliers de prestige par France Domaine », in *Rapport public annuel 2009*, p. 82.

³¹⁹ DUMAS (P.), « La gestion immobilière de l'État : bilan et possibilités d'amélioration », *Regards sur l'actualité*, n° 305, novembre 2004, p. 88.

gestion publique. Ce paramètre revêt une dimension financière immédiate, une dimension "cash" : vendre des immeubles inutiles, c'est faire rentrer de l'argent frais dans les caisses de l'État et contribuer à la réduction de la dette publique »³²⁰.

L'observation des éléments qui président au choix de la cession du domaine et l'affectation du produit de la cession conduisent effectivement au constat que la cession domaniale est conçue comme une ressource financière (Section 1) utilisée pour affronter une situation d'urgence budgétaire (Section 2).

Section 1. Les produits de la cession du domaine, ressource financière

117. Le choix de céder des biens domaniaux tient compte d'un calcul des avantages de leur cession au regard des avantages de leur conservation. Or, le coût du domaine et le caractère presque anecdotique du revenu domanial font de la conservation des biens un inconvénient (§ 1), du moins lorsque l'appropriation publique ne s'avère pas indispensable. Au contraire, la cession est source de nombreux avantages, et notamment un avantage financier lorsqu'elle prend la forme d'une vente (§ 2).

§ 1. Les inconvénients financiers de la conservation du domaine

La volonté de vendre le domaine peut résulter d'un simple calcul financier : la conservation de ces biens peut coûter cher à leur propriétaire (A), sans pour autant lui rapporter de revenus significatifs (B).

A. Le coût du domaine

La simple existence d'une propriété publique génère certains coûts, que Jean-François Dénoyer regroupe sous le nom de « passif » du droit de propriété des personnes publiques³²¹, et dans lequel il inclut les charges de responsabilité extracontractuelle et les frais d'entretien.

³²⁰ Institut Montaigne, *Immobilier de l'État : quoi vendre, pourquoi, comment*, Rapport décembre 2005, p. 8.

³²¹ DÉNOYER (J.-F.), *L'exploitation du domaine public*, préf. G. Vedel, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1969, p. 50.

Il faut rajouter à ce passif les polices d'assurance auxquelles souscrivent les collectivités locales et, surtout, les charges fiscales. Au total, le coût du domaine est réparti entre certaines charges financières (1) et la prise en compte des risques qu'il génère ou dont il est l'objet (2).

1. Les charges financières pesant sur le propriétaire du domaine

Ces charges financières qui pèsent sur le propriétaire du domaine sont de deux natures : d'une part, les charges d'entretien (b) ; d'autre part, les charges fiscales (b).

a. Les charges d'entretien

118. En 2005, un rapport de l'Assemblée nationale faisait état de plus de 2 milliards d'euros consacrés chaque année par l'État à l'entretien des seuls bâtiments, en raison notamment d'un défaut de maintenance préventive entraînant d'importantes réparations³²². Ce chiffre contraste avec celui de 170 millions d'euros que prévoit pour 2014 le programme « Entretien des bâtiments de l'État », intégré en 2009 dans le budget de l'État pour isoler et optimiser les dépenses consacrées à cet entretien. L'écart des deux chiffres s'explique par le fait que le second ne concerne que les immeubles à usage de bureaux. Les crédits d'entretien pour les autres immeubles étatiques sont ventilés dans de nombreux autres programmes budgétaires. L'action « Patrimoine monumental » du programme « Patrimoine » ouvre par exemple 55 millions d'euros pour l'entretien et 230 millions d'euros pour la restauration du patrimoine historique ; l'action « Immobilier » du programme « Formations supérieures et recherche universitaire » prévoit quant à elle 434 millions d'euros de dépenses au titre de la maintenance et de la logistique ; les travaux d'aménagement et d'entretien immobilier des préfectures, retracés dans le programme « Administration territoriale », sont évalués à plus de 59 millions d'euros. Ce ne sont là que des exemples, mais ils illustrent la diversité et l'importance des dépenses d'entretien que peut connaître l'État. De telles dépenses existent également pour les collectivités territoriales. L'instruction budgétaire et comptable M14 met en place pour les communes un compte 615 « Entretien et réparations », abondé à hauteur de 132 millions d'euros pour la ville de Paris, 20 millions d'euros pour la ville de Marseille et 17 millions

³²² TRON (G.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, en conclusion des travaux d'une mission d'évaluation et de contrôle, sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'État et des établissements publics*, Rapport d'information n° 2457 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 6 juillet 2005 p. 24.

pour celle de Lyon, dans leurs budgets de l'année 2014. Mais, lus de façon brute, les chiffres révèlent mal l'importance du coût financier que représente l'entretien des bâtiments. Il faut donc se référer à d'autres indices. Il est par exemple significatif que l'un des premiers objectifs assignés au programme « Entretien des bâtiments de l'État » fût l'optimisation du coût de l'entretien par la mise en place d'une maintenance préventive (35 % des crédits du programme en 2014), dispensant de dépenses d'entretien plus importantes sur les moyen et long termes. Surtout, une statistique permet de mieux mesurer ce que représente l'entretien : sur les quatre-vingts années de durée d'utilisation moyenne d'un bâtiment public, le coût de construction ne représente que 20 % du coût global engendré par l'édifice ; les 80 % restant correspondent à des dépenses d'entretien ou de rénovation³²³. La cherté de l'entretien a d'ailleurs contribué, sous la Révolution, à justifier la vente des biens nationaux. Ducrocq rapporte qu'à la séance du Corps législatif du 16 floréal an X, un député expliquait qu'« *il est politique de débarrasser l'État, à un prix raisonnable, de propriétés souvent aussi onéreuses par les réparations que par le défaut de produits* »³²⁴.

119. Au-delà de l'enjeu financier, l'entretien est une charge parfois incontournable pour les personnes publiques. Le droit traite sévèrement le défaut d'entretien normal de l'ouvrage public dont se rend coupable l'administration en le sanctionnant d'une responsabilité pour faute présumée ; il ressort également de l'arrêt *Commune de Saint-Brévin-les-Pins*³²⁵ une obligation pour l'administration de conserver le domaine public, même si l'on peut se demander, comme Christian Laviaille, si cette conservation n'implique pas plus le maintien de l'existence d'un domaine public que son simple entretien³²⁶.

b. Les charges fiscales

120. La seconde charge financière liée à la propriété est de nature fiscale. Il s'agit essentiellement de la taxe foncière³²⁷. Il convient de signaler d'emblée que nombre de propriétés publiques sont exonérées du paiement de la taxe foncière. La détermination des

³²³ GUYON (L.), LAVIGNE (P.), « Comment dégager des marges de manœuvre grâce à la gestion du patrimoine dans les collectivités locales ou territoriales », *Les Fiches Pratiques Financières*, n° 120, juin-juillet 2010, p. 7.

³²⁴ DUCROCQ (T.), *Traité des ventes domaniales*, Paris : Cotillon, 1865, p. 48.

³²⁵ CE, 3 mai 1963, *Ministre des Travaux publics c/ Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, RDP 1963, p. 1174, note Waline.

³²⁶ LAVIALLE (C.), « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », RDP 1990, p. 483.

³²⁷ AYRAULT (L.), « Fiscalité des propriétés publiques », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 59), §§ 13 s.

biens exonérés emprunte néanmoins sa principale vicissitude à la détermination du domaine public : le cumul d'une méthode énumérative et d'une méthode conceptuelle, facteur de complexité³²⁸.

121. Certaines exonérations découlent d'une énumération : par exemple, l'article 1394, 1° du Code général des impôts (CGI) prévoit que « *sont exonérés de la taxe foncière sur les propriétés non bâties les routes nationales, les chemins départementaux, les voies communales, y compris les places publiques servant aux foires et marchés, ainsi que les chemins des associations foncières d'aménagement foncier agricole et forestier, les rivières* ». De même l'article 1382, 4° du CGI prévoit que certains édifices affectés à l'exercice du culte et appartenant à l'État, aux départements ou aux communes sont exonérés de taxe foncière sur les propriétés bâties.

122. D'autres exonérations sont instituées par référence à des critères : les articles 1382, 1° et 1394, 2° du CGI prévoient respectivement une exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties et une exonération de la taxe foncière sur les propriétés non bâties, dès lors que sont remplies trois conditions : le bien est une propriété publique ; il est affecté à un service public ou d'utilité générale ; il n'est pas productif de revenus. Les deux articles fournissent des exemples : ainsi en va-t-il des jardins attenants aux bâtiments publics, des cimetières, des cours de justice et tribunaux, ou encore des bibliothèques publiques et musées. La condition de la propriété publique ne pose pas de difficulté particulière ; tout au plus relèvera-t-on qu'elle avait pu alimenter certains contentieux entre la personne publique et l'occupant privatif pour savoir qui, précisément, était débiteur de la taxe foncière³²⁹. L'article 1382-1 *bis* du CGI prévoit, du reste, des exonérations pour certains biens destinés à intégrer gratuitement le domaine public, tels que ceux objets des contrats de partenariat en application de l'ordonnance du 17 juillet 2004, ou ceux construits par le titulaire d'une autorisation d'occupation privative. La condition de l'affectation dépasse la dualité domaniale, puisqu'elle permet l'exonération de la taxe foncière de toutes les propriétés publiques affectées à l'utilité publique, sans référence à la nature de leur domanialité. Les biens affectés aux établissements publics industriels et commerciaux sont néanmoins exclus de l'exonération. Enfin, la

³²⁸ HUBRECHT (H.), « Faut-il définir le domaine public, et comment ? Méthode énumérative et méthode conceptuelle », *AJDA* 2005, p. 598.

³²⁹ CE, 21 avril 1997, *Ministre du Budget c/ Société Sagifa*, *RFDA* 1997, p. 935, note Fatôme et Terneyre.

troisième condition tient à la productivité des biens. Les immeubles productifs de revenus ne sont pas exonérés de la taxe foncière, ce qui tend à démontrer que l'exonération se justifie par la stérilité du bien : selon Ludovic Ayrault, « *cette condition permet de favoriser les propriétés publiques qui servent l'intérêt général sans générer de fruits susceptibles de couvrir, en tout ou partie, certaines charges* »³³⁰. Le Conseil d'État interprète très strictement cette condition en n'accordant pas l'exonération dès qu'un revenu existe, même s'il ne suffit pas à couvrir les charges³³¹.

123. En dehors de ces exceptions, le principe général reste celui d'une soumission des personnes publiques à la taxe foncière ; et, en dehors des cas légaux, la limitation de l'exonération aux biens non productifs de revenus offre aux collectivités publiques le choix entre la stérilité et la taxation. En clair, sauf exceptions, l'exploitation du domaine fait naître la charge fiscale. Dans ces conditions, il peut-être plus intéressant financièrement de céder que d'exploiter.

2. La charge du risque résultant de l'existence du domaine

124. Une autre charge consiste en la souscription de polices d'assurance pour protéger le propriétaire public contre les dommages causés à ou par ses biens. Si une circulaire du ministère des Finances du 23 septembre 1889 fait de l'État son propre assureur, tel n'est pas le cas des collectivités territoriales. Du reste, si l'État n'est pas tenu de s'assurer, rien ne lui interdit de le faire. Or, la méconnaissance de leur patrimoine par les administrations joue défavorablement dans les conditions financières des polices d'assurance : les personnes publiques « *sont souvent financièrement pénalisées par leur difficulté à décrire de manière précise les biens à prendre en compte. Les assureurs (...) prennent en compte ces incertitudes, ces aléas, se couvrent contre ces imprécisions (...) Cette équation alourdit considérablement la facture pour les collectivités* »³³². Rien n'indique enfin que le choix de ne pas s'assurer, lorsqu'il existe, est le plus pertinent : l'absence de description des crédits de l'État au-delà des actions, qui englobent les crédits pour travaux d'entretien ou de réparation quelle que soit leur

³³⁰ AYRAULT (L.), « Fiscalité des propriétés publiques », JCl. précité, § 42.

³³¹ CE, 13 avril 2005, *Centre communal d'action sociale de Montpellier*, req. n° 266490.

³³² GUYON (L.), LAVIGNE (P.), « Comment dégager des marges de manœuvre grâce à la gestion du patrimoine dans les collectivités locales ou territoriales ? », *art. cit.*, p. 7.

origine - sinistre ou usure du temps - rend délicate l'appréciation de l'opportunité financière d'une assurance³³³.

125. Pèse également sur le domaine la charge de la responsabilité extracontractuelle susceptible d'être engagée contre l'administration du fait de ses propriétés. Les biens domaniaux éligibles à la qualification d'ouvrage public sont d'ailleurs susceptibles d'engager la responsabilité administrative des personnes publiques pour les dommages de travaux publics qu'ils causeraient, plus facile à solliciter pour la victime usager ou tiers en raison des facilités dont elles bénéficient quant à la charge de la preuve. Les dommages provoqués par les biens domaniaux ne recevant pas cette qualification d'ouvrage public engageront la responsabilité de l'administration devant les juridictions civiles au titre de la garde.

B. Le faible rapport du domaine

En plus de coûter cher, le domaine rapporte peu. Néanmoins, cette marginalité du revenu domanial s'explique moins par la stérilité domaniale (1) que par son caractère secondaire en comparaison de l'impôt (2).

1. La prétendue stérilité du domaine

Particulièrement mise en exergue par les physiocrates, la stérilité du domaine (a) constitue un grief qui mérite toutefois d'être relativisé (b).

a. Le grief de la stérilité du domaine

126. L'idée d'un domaine stérile par essence précéda l'idiome physiocrate d'une appropriation privée maximale, ne laissant à l'administration que les biens indispensables à l'affectation publique : en 1566, un second édit de Moulins, relatif à la gestion³³⁴ des petits

³³³ LAMARQUE (D.), « L'entretien et la gestion du patrimoine immobilier : l'État comptable de son histoire », Administration n° 155, avril-juin 1992, p. 32 : « Pour examiner le bien-fondé de la pratique actuelle selon laquelle l'État ne s'assure pas, il faudrait pouvoir comparer le coût de l'assurance à celui de la non assurance ; cette comparaison est rendue malaisée du fait notamment de la difficulté à calculer les coûts : ni les crédits de réparation ni les crédits de reconstruction (...) ne sont individualisés ».

³³⁴ Difficile de parler de véritable aliénation : l'édit prévoit que les dépendances qu'il énumère seront « baillées et délivrées à perpétuité à ceux de nos subjects qui en vondron prendre de nous à cens, rente et deniers d'entrée ».

domaines, était précédé d'un préambule qui justifiait notamment par l'esthétique du royaume le transfert des dépendances aux individus : « *Estans deûment advertis de la grande quantité de terres, prez, marais et palus vagues à nous appartenans (...) dont ne se tire par nous ou nos subjects aucun fruit, profit ou utilité : et considerant combien serait utile et profitable tant à nous qu'à nos dits subjects que lesdites terres, prez, marais et palus vagues fussent cultivez et mis en labour et valeur, attendu qu'il y pourrait estre produit et se cueilleraît plusieurs grains et autres choses dont nosdits subjects se trouveront grandement accomodez, et ce outre la décoration de nosdits pays et provinces que par le moyen de la culture et labour d'icelles terres à présent vuides, vaines et vagues (...) y adviendrait* ». C'est également cette idée qui justifia, à la Révolution, la rétrogradation au rang législatif du principe d'inaliénabilité du domaine et l'aliénation des biens nationaux qui s'en suivit. Les individus et les entreprises seraient les plus aptes à faire fructifier leurs biens, et ainsi à participer à un enrichissement général. Cette idée appuya avec force les préambules des premiers textes organisant, à la Révolution la vente des biens nationaux. Le préambule du décret des 9 et 25 juillet 1790 soutenait par exemple que « *l'aliénation des domaines nationaux est le meilleur moyen (...) d'animer l'agriculture et l'industrie, de procurer l'accroissement de la masse générale des richesses par la division de ces biens nationaux en propriétés particulières toujours mieux administrées* ». Le préambule de la loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 s'inscrivait dans la même idée : « *Des possessions foncières, livrées à une administration générale, sont frappées d'une sorte de stérilité, tandis que, dans les mains de propriétaires actifs et vigilants, elles se fertilisent, multiplient les subsistances, animent la circulation, fournissent des aliments à l'industrie et enrichissent l'État* ». Commentant les travaux de la constituante, un auteur du XIX^{ème} siècle, Arthur Desjardins, synthétisait ce qui semblait être l'intention du législateur révolutionnaire : « *Qu'on augmente le nombre de capitalistes et particulièrement le nombre de propriétaires, la fortune publique augmentera par là même. Où le sol était exploité par des détenteurs à titre précaire, où des provinces entières étaient pillées par des fermiers et des traitants qui ruinaient à l'envi les sujets et le maître, le citoyen travaillera pour lui et possèdera pour lui* »³³⁵. L'idée persistait près d'un siècle plus tard : Hervé de Gaudemar rapporte les propos de Gustave Rouland, ministre présidant le Conseil

moderez ». Une déclaration de 1672 permettra, en revanche, l'aliénation « à titre de propriété incommutable ». Voir ROUSSELET-PIMONT (A.), *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, LGDJ, 1994, p. 109.

³³⁵ DESJARDINS (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1862, p. 307.

d'État, devant le Corps législatif lors de l'examen de la loi du 1^{er} juin 1864 : « *L'État ne doit plus être dépositaire inerte, propriétaire stérile, administrateur insuffisant. Si on fait rentrer dans les mains des particuliers tous ces biens de différentes origines, ils prendront une valeur plus considérable, grâce à l'activité, aux efforts, à l'intelligence des intérêts individuels* »³³⁶. La meilleure productivité des propriétés privées sert également la théorie de l'inaliénabilité de l'affectation développée par René Capitant dans sa note sous l'arrêt *Commune de Barran*³³⁷ : s'il est profitable, selon cette théorie, que l'administration cède avec une servitude d'affectation les biens de son domaine public à des particuliers, c'est non seulement pour encaisser un produit de cession, mais plus encore pour bénéficier de la productivité inhérente aux propriétés privées³³⁸. Ceci fait écho à la fonction sociale de la propriété exposée par Duguit, consistant en l'obligation du propriétaire de valoriser son bien pour qu'augmente la richesse globale : « *Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction, en raison directe de la place qu'il y occupe. Or, le détenteur de la richesse, par cela même qu'il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale, assurer la satisfaction des besoins généraux en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne* »³³⁹. Pour la doctrine physiocrate, cette besogne ne peut être accomplie que par les propriétaires privés.

b. La relativisation de la stérilité domaniale

127. Le grief de stérilité allégué à l'encontre de la propriété publique tient principalement à deux éléments, le premier concernant le seul domaine public, le second concernant l'ensemble du domaine. Le premier élément, relatif au seul domaine public, est naturellement la

³³⁶ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 534, note 902.

³³⁷ CAPITANT (R.), note sous CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, D. 1933, III, pp.48 et 49.

³³⁸ YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. 481 : « *Les réflexions sur la réduction quantitative de la propriété publique ont servi de marchepied à une interrogation plus radicale sur la nécessité d'une telle propriété. Improductive et mal gérée, cette dernière pourrait être avantageusement remplacée par une propriété privée grevée d'affectation publique et figurant dans le patrimoine des particuliers (...) L'idée de dissocier ces deux éléments est apparue en contrepoint comme un gage de souplesse, permettant de conserver les avantages classiques en évitant ses inconvénients. On a donc entrepris, au nom d'une réhabilitation de l'affectation, de "débarrasser la notion de chose publique de celle de propriété publique" ».*

³³⁹ DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris : Librairie Félix Alcan, 1912, p. 158.

contradiction entre sa protection et sa valorisation³⁴⁰. La lourdeur du régime de la domanialité publique dissuaderait l'occupant privatif de s'installer, privant ainsi l'administration de la perception d'une redevance. Pire : la domanialité publique anéantirait le domaine public : décourageant l'investisseur privé, elle aboutirait à une valorisation par la dégradation du domaine public en domaine privé suivie, éventuellement de sa cession³⁴¹. Le second élément, relatif au domaine dans son ensemble, est l'inaptitude de l'administration à vendre correctement ses biens. Philippe Yolka s'interrogeait ainsi : « *L'État est-il un bon agent immobilier ? La discussion est possible. Des terrains sont souvent vendus tels quels, pour des prix insuffisants ; viabilisés et rendus constructibles avant d'être cédés, ils auraient rapporté davantage* »³⁴².

128. Si la protection du domaine public contribue indéniablement à sa stérilité³⁴³, les carences de l'administration ne sont pas irrémédiables. L'admission par le juge administratif de l'orientation de la politique domaniale vers la « *meilleure exploitation du domaine* »³⁴⁴ permet à l'administration d'invoquer des motifs purement financiers. Le perfectionnement de la gestion du domaine est entériné par le développement de la « *fonction propriétaire* »³⁴⁵ et l'inflation d'institutions et d'outils relatifs à la gestion des biens publics, visant précisément à

³⁴⁰ Voir notamment, sur l'opposition des deux logiques, BROUANT (J.-P.), *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse Paris I, 1995.

³⁴¹ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, op. cit., n° 1113 : « *Il ne fait pas de doute (...) que l'incertitude du droit de l'occupant, la recherche de la valorisation du domaine public et la crise des finances publiques conduisent à une évaporation des dépendances domaniales. Les rigidités de la domanialité publique ont ceci de paradoxal qu'elles conduisent à l'aliénation du domaine (...) Rigidifier davantage la règle n'est certainement pas une solution. On peut en effet concevoir que poussée à un certain degré la rigidité encourage l'évasion* » ; MAMONTOFF (C.), *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, préf. P. Godfrin, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 435 : « *Parfois (...) le domaine public [n'est] plus attractif pour l'opérateur privé, quelle que soit l'activité (...) Dans ces nouvelles circonstances, il n'est pas rare de voir l'autorité procéder au déclassement et à l'aliénation du domaine public* ».

³⁴² YOLKA (P.), « Les ventes immobilières de l'État », *RDP* 2009, p. 1046.

³⁴³ Les réflexions de Daniel Labetoulle dans son rapport de synthèse sur le colloque « *Domaine public et activités économiques* » sont fréquemment citées en doctrine mais méritent d'être à nouveau reproduites, tant elles révèlent la difficulté de concilier valorisation et protection : « *Il faut sans doute se garder d'une illusion : on peut atténuer les aspérités de la domanialité publique, mais il est sans doute illusoire de penser que l'on peut avoir simultanément les avantages inhérents à des logiques sinon opposées, du moins substantiellement différentes. On ne peut pas revendiquer, d'une part, l'idée d'une protection domaniale forte, au nom de la police, ou des libertés publiques ou de l'intérêt général, et revendiquer, d'autre part, les avantages économiques d'une exploitation en quête de rentabilité ; il y a là deux approches également légitimes et respectables, mais entre lesquelles il faut choisir et que l'on ne peut impunément confondre ou réunir* ». (in *Actes du colloque « Domaine public et activités économiques », organisé les 20 et 21 septembre 1990 par la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et les CJEG*, n° hors-série des CJEG, octobre 1991, p. 141).

³⁴⁴ CE, 23 juin 1986, *Thomas*, rec. *Lebon* p. 167.

³⁴⁵ DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, Rapport au Premier ministre, 1^{er} décembre 2003, p. 6.

l'amélioration des conditions financières des opérations patrimoniales³⁴⁶. L'obligation sociale de valorisation de la propriété défendue par Duguit pourrait devenir obligation juridique pour les propriétaires publics, naturellement moins enclins à valoriser leur domaine. Hélène Pauliat estime en ce sens que « *la collectivité publique ne peut pas se permettre de laisser insuffisamment exploités un certain nombre de biens, de ressources. Il est bénéfique de lui donner les moyens juridiques, techniques, matériels pour y parvenir, avant, dans un deuxième temps peut-être, de l'y contraindre* »³⁴⁷. Seule la domanialité publique des biens contribue à leur stérilité ; leur appropriation publique, en revanche, ne devrait pas entamer leur productivité. Caroline Chamard-Heim l'indique : « *La nature de leur appropriation ne les rend pas a priori stériles* »³⁴⁸.

2. La subsidiarité du revenu domanial

Si l'on soutient aujourd'hui que le domaine rapporte peu, c'est surtout au regard des crédits provenant de la fiscalité ou de l'emprunt. Cette subsidiarité actuelle du revenu domanial dans les budgets publics (b) n'a pas toujours existé, puisque ce revenu constitua longtemps la source de financement « ordinaire » du royaume (a).

a. La primauté historique du revenu domanial

129. Le revenu domanial constitua longtemps la ressource principale des budgets publics. L'étude menée par Caroline Chamard-Heim des biens domaniaux sous l'Antiquité fait apparaître l'existence systématique d'une fonction financière plus ou moins développée. Ce fut le cas dès la civilisation mésopotamienne, où les revenus du domaine du souverain, en plus de lui permettre de subvenir à ses propres besoins, finançaient également les services publics³⁴⁹. L'exploitation des biens royaux existait également en Égypte ancienne, et, comme en Mésopotamie, ce fut la fonction financière de ces biens qui justifia leur soumission à un

³⁴⁶ Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2.

³⁴⁷ PAULIAT (H.), « Droits réels et propriété publique : une conciliation délicate », *ALD* 1995, 12^{ème} cahier, p. 93.

³⁴⁸ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 257.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 61 : « *Les divers biens du souverain lui permettaient d'assurer ses besoins, ainsi que ceux de sa famille. Mais ce n'était pas là la seule destination des biens royaux : les revenus qu'ils engendraient alimentaient également les grands services publics et particulièrement l'armée. Pourtant, la caractéristique essentielle du patrimoine du souverain semblait être que les biens qui le composaient constituaient d'abord des sources de richesses importantes* ».

régime particulier³⁵⁰. Si, en Grèce antique, l'existence d'un domaine se justifiait également par une fonction d'affectation, il conservait une fonction financière³⁵¹. Le droit romain permit en outre de distinguer clairement les biens affectés à l'utilité publique et les biens à fonction purement financière en opposant les *res publicae in usu publico* aux *res in pecunia populi*³⁵².

130. Le Moyen Âge ne priva pas les biens publics de leur caractère essentiellement financier. Bien au contraire, le revenu domanial, qualifié d'« ordinaire », demeura longtemps la principale ressource financière de la royauté. L'importance du revenu domanial est particulièrement manifeste dans les modalités de révocation des aliénations que détermine l'édit de Moulins, en exigeant non seulement la restitution des biens, mais aussi, en son article 6, celle des fruits : « *Ceux qui détiennent le domaine de notre couronne sans concession valable (...) seront condamnés et tenus de rendre les fruits perçus depuis leur indue possession et jouissance : non seulement depuis la saisie qui sera faite pour la réunion, mais aussi depuis leur jouissance ou celle de leurs prédécesseurs, sans qu'ils se puissent excuser de bonne foi, quelque titre ou concession qu'ils aient* ». L'adoucissement des conséquences de la révocation par un édit de 1667 (« *les tiers détenteurs qui auront possédé les domaines de bonne foi seront déchargés de la restitution des fruits* ») se justifia surtout par la volonté de maintenir la paix sociale³⁵³. Les revenus domaniaux tinrent donc au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime une place financière extrêmement importante³⁵⁴. Dès lors, la cession du

³⁵⁰ *Id.*, p. 77 : « *Ses propriétés [du souverain] constituaient avant tout le symbole de la puissance du roi ou du pharaon, certes en tant qu'autorité publique, mais le rapport qui unissait le souverain à ses biens était surtout de nature personnelle : l'objectif premier était d'assurer l'exploitation optimale des biens royaux et de percevoir de manière continue les redevances afférentes. Partant, de nombreuses règles plus ou moins exorbitantes relatives aux biens publics n'avaient d'autre raison d'être que celle de permettre la satisfaction de l'intérêt pécuniaire et patrimonial du roi* ».

³⁵¹ *Id.*, pp. 68 et 69 : « *Décrivant sa cité idéale, Aristote considérait qu'il était nécessaire que la terre fût divisée en deux parties, l'une constituant le domaine de la cité-État et l'autre celui des particuliers. L'existence d'une propriété publique permettrait en effet à la cité-État de disposer des ressources nécessaires pour faire face aux charges communes (...) Autrement dit, les obligations d'intérêt général dont les cités étaient en charge justifiaient la reconnaissance d'un patrimoine public susceptible de produire des ressources correspondantes* ».

³⁵² *Id.*, p. 70. Voir également, sur cette distinction, YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, pp. 23 s.

³⁵³ DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 114 : « *Devait-on condamner à la restitution des fruits ceux qui possédaient en vertu d'un titre apparent ? On ne pouvait admettre en droit qu'ils fussent de bonne foi, puisque nul n'était censé ignorer la maxime de l'inaliénabilité du domaine ; mais, d'un autre côté, il eût été dangereux de causer la ruine de gens qui possédaient en vertu d'une faveur du prince* ».

³⁵⁴ L'apparition au XX^{ème} siècle des pouvoirs de gestion sur le domaine public et l'accélération de son exploitation est d'ailleurs perçue par certains comme une résurgence de l'ancienne fonction financière du domaine. Voir en ce sens MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques*, préf. D. Truchet, LGDJ, Collection Thèses, 2001, pp. 141 s.

capital dont était constitutif le domaine engendrait la perte de revenus domaniaux, et donc la nécessité de trouver en l'impôt une ressource alternative, « extraordinaire ». Le règne de Philippe le Bel, constitué d'aliénations domaniales et d'augmentations fiscales, lança une véritable dialectique de l'impôt et du domaine, le premier augmentant à mesure de la diminution du second. Les incantations répétées de la règle d'inaliénabilité, jusqu'à sa consécration au rang de loi fondamentale du royaume par l'Édit de Moulins en 1566, résultèrent beaucoup plus du rejet par les populations des augmentations d'impôts induits par les aliénations que de la volonté de préserver quelque patrimoine ancestral³⁵⁵. On observe en effet une contemporanéité quasi-constante entre les textes royaux rappelant l'inaliénabilité et la survenance d'évènements fiscaux. En 1318, Philippe le Long révoqua par une ordonnance du 29 juillet certains dons consentis par son père Philippe le Bel avant, le 16 novembre de la même année, d'exprimer ses « *regrets* » sur la diminution du domaine et d'en interdire toute cession. Cette révocation faisait suite aux États généraux de 1313 et 1314, réunis à Paris pour voter des subsides. Le rappel de cette interdiction par Charles le Bel, par une ordonnance du 5 avril 1321, suivait les États généraux de 1320, également relatifs à des questions monétaires et fiscales. L'inaliénabilité fut encore réaffirmée par une ordonnance de Philippe VI, qui rendue le 2 octobre 1349, tirait les conséquences d'États généraux de Paris en 1346, mouvementés en raison de la sollicitation de nouveaux subsides. Peu avant l'intégration de l'inaliénabilité dans le serment du sacre par Charles V en 1364, les États généraux se réunissaient à Amiens pour voter le fouage. En 1382, la révolte des Maillotins ouvrit une période d'insurrections fiscales qui dura plusieurs années, et qui pourrait être à l'origine des lettres patentes par lesquelles Charles VI, en février 1401, révoqua tous les dons du domaine. Lorsque François 1^{er} proclama à nouveau l'inaliénabilité du domaine par l'ordonnance du 30 juin 1539, ce fut cours d'un règne marqué par le développement de l'administration fiscale. L'édit de Moulins lui-même fut précédé des États généraux de 1561 qui abordèrent une fois de plus des problèmes fiscaux. Enfin, l'ordonnance de Blois de mai 1579 tenta de pallier l'échec des États généraux de 1577 dans la recherche d'une solution aux crises financières qui perturbaient le royaume. Les exemples ne manquent donc pas et montrent le lien historique entre le domaine et l'impôt. Les États généraux eux-mêmes, en 1484, ne le dénièrent pas : « *Semble ausditz estatz que le roy doit avoir pitié de son povre peuple, et le descharger desdictes tailles et charges (...) Semble ausitez estatz que la manière de la supporter et descharger entre autres choses est, qu'il plaise au roy de réunir et remettre entièrement à son ancien demeine à la couronne ; lequel a*

³⁵⁵ Voir en ce sens YOLKA (P.), *La propriété publique, op. cit.*, pp. 81 s.

esté par cy-devant quasi tout aliéné par le feu roy Loys, au moyen de plusieurs dons et aliénacions qu'il en a faitz a plusieurs églises et personnes, et révoquer toutes les donacions et aliénacions dessusdictes, en entretenant les fundacions anciennes. Et est la resqueste raisonnable, car demaine est le vray patrimoine du roy et de la couronne, lequel de droict et de raison ne peut et ne doit estre aliéné (...) Se le roy donne aucune chose de son demaine, il fault à l'équivalent prendre sur le povre peuple »³⁵⁶. Cette répétition de l'inaliénabilité manifestait autant la volonté des rois de se lier les mains face à leur propre prodigalité³⁵⁷, attisée par l'avidité de leur entourage, que leur incapacité à tenir leurs engagements.

b. La subsidiarité actuelle du revenu domanial

131. Les rapports entre la domanialité et les finances publiques sont aujourd'hui bouleversés. Alors qu'hier l'inaliénabilité constituait le meilleur moyen de financement, c'est aujourd'hui l'aliénation qui paraît la plus favorable aux finances publiques. Les revenus domaniaux ne représentent plus qu'une part infime des ressources des budgets publics, mettant fin à la dialectique de l'impôt et du domaine.

132. Un examen du budget de l'État dans son volet « recettes » suffit à se convaincre que le domaine est aujourd'hui relégué au rang de « *complément de la fiscalité* »³⁵⁸ : le projet de loi de finances pour 2014 évalue les recettes totales nettes à environ 298,5 milliards d'euros ; 95,3 % de ces recettes sont des recettes fiscales, issues notamment de l'impôt sur le revenu, celui sur les sociétés, et la taxe sur la valeur ajoutée. Parmi les recettes non fiscales, figurent notamment les produits du domaine de l'État et les « dividendes et recettes assimilées », rémunérant l'État pour la propriété de participations dans les entreprises. Si l'on retire de ces produits et dividendes les produits de cession d'actifs et les loyers budgétaires (qui ne consistent qu'en la récupération des dotations accordées aux ministères locataires), les revenus du domaine représentent moins de 6 milliards d'euros, soit environ 2 % des recettes

³⁵⁶ MASSELIN (J.), BERNIER (A.), *Journal des États généraux de France tenus à Tours en 1484 sous le règne de Charles VIII*, Paris : Imprimerie Royale, 1835, p. 675.

³⁵⁷ CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés, op. cit.*, pp. 364 et 365 : « L'inaliénabilité (...) était finalement motivée par des considérations économiques et financières. Elle interdisait au roi d'aliéner les biens et droits faisant partie du domaine de la Couronne, de manière à préserver les finances royales et à éviter d'avoir recours trop systématiquement à l'impôt. Cette inaliénabilité là tentait de contenir la prodigalité royale et état, en quelque sorte, une interdiction de sortie du patrimoine de la Couronne ».

³⁵⁸ YOLKA (P.), *La propriété publique, op. cit.*, p. 228.

totales nettes. Si l'on rapporte maintenant ce chiffre à l'ensemble des ressources de l'État, c'est-à-dire l'addition des recettes fiscales nettes, des recettes non fiscales et de l'emprunt nécessaire pour combler les plus de 80 millions d'euros de déficit, on tombe à une part des revenus domaniaux d'un peu moins de 1,6 %. De surcroît, la quasi-totalité de ces revenus est issue des participations financières de l'État, bien loin des revenus fonciers que captait la royauté sous l'Ancien Régime

133. Cette part du revenu domanial dans le budget de l'État est comparable à cette même part dans le budget des plus grandes villes de France. À Paris, par exemple, les ressources du budget 2014 sont constituées de 38 % d'impôts, 15 % d'emprunt et un peu plus de 3 % des revenus domaniaux³⁵⁹. Ces proportions sont à peu près similaires dans les budgets des villes de Lyon, Marseille ou Toulouse. La principale différence avec l'État, c'est la composition de ce revenu domanial : principalement constitué du revenu des participations financières pour l'État, il est surtout fait de redevances d'occupation du domaine public pour les collectivités territoriales. Mais quelle que soit la collectivité publique étudiée, ce revenu domanial reste très subsidiaire par rapport à la fiscalité ou à l'emprunt. Seule cette dernière ressource mérite d'ailleurs le statut de « complément » ; les revenus domaniaux n'en sont, tout au plus, qu'un appendice.

134. Cette marginalisation du revenu domanial résulte de deux paramètres. Il s'agit, en premier lieu, de l'augmentation des besoins publics, impliquant l'emploi de ressources qui, telles que la fiscalité ou l'emprunt, permettent mobiliser un important volume de crédits. Dès le XIX^{ème} siècle, des auteurs justifiaient la désuétude du revenu domanial par son insuffisance : « *Quelques esprits, frappés de la difficulté qu'éprouvent les gouvernements pour l'assiette et le recouvrement de l'impôt, regardent comme l'idéal des États celui où les revenus du domaine suffiraient aux dépenses publiques ; il leur semble que, dans un tel pays, le moindre froissement n'aurait jamais lieu entre la puissance publique et les gouvernés. Mais, selon nous, une pareille idée ne supporte pas un long examen. S'il s'est trouvé des*

³⁵⁹ Source : Budget de Paris. Taux obtenu en additionnant les lignes budgétaires indiscutablement liées au domaine, et en les reportant aux recettes totales. Ces lignes sont les suivantes : Menus produits forestiers ; Concessions dans les cimetières (produit net) ; Droits de stationnement et de location sur la voie publique ; Droits de stationnement et de location sur le domaine public portuaire et fluvial ; Redevance d'occupation du domaine public communal ; Autres droits de stationnement et de location ; Droits de place ; Droits de stationnement ; Redevances pour concessions, brevets, licences, marques, procédés, logiciels, droits et valeurs similaires ; Revenus des immeubles.

nations chez lesquelles le gouvernement a pu suffire aux charges publiques avec les seuls revenus du domaine, c'est que ces nations étaient encore dans l'enfance ; elles avaient des besoins extrêmement restreints. Mais, si l'on admettait une semblable doctrine pour nos états européens, où la civilisation développe chaque jour de nouveaux besoins, il faudrait qu'une portion considérable du territoire restât aux mains de la nation »³⁶⁰. Le recul de l'intérêt financier du revenu domanial résulte en second lieu de la limitation de la perception d'un revenu sur l'usager collectif du domaine public. Si, à une échelle réduite, il est toujours possible de capter une redevance par le biais des autorisations d'occupation privative, tel n'est pas le cas pour l'usage collectif, en particulier celui des voies de communication : les péages et octrois qui grevaient l'utilisation collective de biens de communication ne peuvent être qu'exceptionnels à présent³⁶¹. Bien que des doutes soient permis sur l'existence formelle d'un principe de gratuité³⁶², l'affirmation des libertés individuelles parmi lesquelles trône en haut lieu la liberté d'aller et venir rend obsolète la possibilité d'une généralisation de l'onérosité de l'utilisation collective des voies de communication. Au regard des bénéfices que génèrent les péages autoroutiers, les potentialités financières seraient très importantes.

135. L'absence de productivité des biens domaniaux est donc une première justification à leur cession. À cet égard, on doit faire mention de deux règles, l'une ancienne, l'autre contemporaine. La première est celle de l'aliénabilité, sous l'Ancien Régime, des « petits domaines » : le second édit de Moulins, adopté également en février 1566, disposait que « toutes les terres, prés, palus et marais vagues, appartenant au roi, en quelque lieu qu'ils soient, seront baillés et délivrés à perpétuité à aucun de ses sujets qui en voudraient prendre à cens, rente et deniers d'entrée modérés (...), et jouiront les preneurs à perpétuité, sans que les dites aliénations puissent être révoquées ». Il s'agissait d'excepter du principe d'inaliénabilité les petits domaines, précisément parce qu'ils ne rapportaient que peu de revenus à la royauté. La cessibilité du bien résultait donc de son absence de rentabilité, ce qui ne surprend guère au regard de la fonction essentiellement financière du domaine de la Couronne. On peut toutefois trouver, dans le droit domanial actuel, une règle qui lie rentabilité et cession. Elle se situe dans le régime des bois et forêts. L'article 12 de la loi des

³⁶⁰ MACAREL (L.), BOULATIGNIER (S.), *De la fortune publique en France et de son administration*, Tome 1, Paris : Pourchet, 1838, p. 37.

³⁶¹ Cons. constit., 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107 DC.

³⁶² Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

22 novembre et 1^{er} décembre 1790 excluait de la vente des biens nationaux les « *grandes masses de bois et forêts* », en partie en raison de leur rentabilité³⁶³. À présent, malgré leur domanialité privée, l'article L. 3211-5 du CGPPP dispose que les forêts ne peuvent être aliénées qu'en vertu d'une loi ; mais le même article prévoit que la compétence législative cède au profit de la compétence réglementaire lorsque, entre autres conditions, leur exploitation ne permet pas de couvrir les charges de gestion. Le défaut de rentabilité permet ici une aliénation plus aisée.

§ 2. Les avantages de la cession

Céder plutôt que conserver peut être la meilleure solution. La cession présente un certain nombre d'avantages, variables selon son destinataire (personne publique ou personne privée), et sa forme (vente ou don). Parfois, ces avantages résultent de la simple cession du bien, quelles qu'en soient les modalités financières (A) ; mais l'avantage principal de la cession est révélé lorsque celle-ci se réalise à titre onéreux (B).

A. Les avantages communs à toutes les formes de cession

136. Même une cession à titre gratuit présenterait certains avantages pour les cédants publics. L'on songe évidemment, d'un point de vue historique, aux apanages ou aux cessions gratuites en récompense de services rendus. Ces cessions gratuites, pour Guy Coquille, étaient préférables aux récompenses pécuniaires : « *Il est plus à propos que les Rois par cet expédient récompensent les grands & excellents services des Princes & grands Seigneurs, que par deniers. Car les deniers ne se lèvent sans l'oppression du peuple, & n'étanchent jamais la soif d'un avaricieux, & le bénéfice n'apparoit pas à la vue de tous, pour semondre tous gentils cœurs à faire service à leur Roy, ainsi tels bienfaits demeurent couverts, &*

³⁶³ Ces forêts furent également exceptées de la politique d'aliénation en raison de la sûreté du royaume qu'elles assuraient en fournissant une matière première aux bâtiments de guerre. Voir notamment sur ce point DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 119 s. L'auteur cite le préambule du décret des 6 et 23 août 1790, qui met particulièrement en exergue la double fonction des forêts : « *Considérant que la conservation des bois et forêts est un des objets les plus importants et les plus essentiels aux besoins et à la sûreté du royaume, et que la nation seule, par un nouveau régime et une administration active et éclairée, peut s'occuper de leur conservation, amélioration et repeuplement, pour en former en même temps une source de revenu public* ».

ordinairement font peu de profit à ceux qui les reçoivent »³⁶⁴. Aujourd'hui, de nombreux motifs justifient la cession domaniale indépendamment de la contrepartie : au-delà du symbole que représente une telle politique pour la réforme du secteur public, elle permet de soutenir l'activité économique (1), d'accroître l'offre de logements (2), et d'augmenter les recettes fiscales (3).

1. Le soutien de l'activité économique

137. Alors qu'un volume élevé du domaine est le témoin d'un interventionnisme public, sa cession, paradoxalement, en est parfois l'instrument. Tel un multiplicateur d'investissement keynésien, la cession d'immeubles publics peut être le levier d'une activité économique toute entière. En particulier, la cession de terrains et ou de bâtiments est souvent la première étape d'une importante opération d'aménagement ; à une grande échelle, ce sont des secteurs tout entiers de l'économie qui peuvent en tirer profit. La Direction générale des finances publiques, dans des fiches à destination de ses agents, souligne les effets économiques de la politique de cession du domaine, en mentionnant son support à l'activité économique du secteur BTP³⁶⁵. Bien que l'impact sur l'économie d'une politique de cession de propriétés publiques soit difficile à mesurer, il reste *a priori* positif dès lors qu'est stimulée l'activité des entreprises et particuliers.

138. Certaines cessions sont néanmoins susceptibles de générer des externalités négatives. Des observateurs notent par exemple que le prêt d'œuvres d'art et la cession du nom « Louvre » à un musée d'Abou Dhabi produit des conséquences négatives sur l'activité des entreprises : « *Les musées font venir près de huit millions de visiteurs au Louvre, trois à Orsay et cinq à Versailles (...) Tous ces touristes - 70 % des visiteurs sont des touristes - produisent des rentrées financières énormes du fait de leurs dépenses dans les hôtels, les restaurants, les grands magasins, les boutiques de mode, etc. Décourager les touristes de venir, en exportant les chefs-d'œuvre qui les attirent chez nous, c'est diminuer les rentrées en*

³⁶⁴ COQUILLE (G.), *Institution au droit des français*, Paris : A. L'Angelier, 1607, p. 9.

³⁶⁵ DGFIP, *Les ventes de l'État* (fiche du plan de cessions à destination des agents), 2010, p. 7 : « *La politique de cessions immobilières de l'État (...) soutient l'activité économique du secteur du BTP, la cession entraînant de manière systématique des travaux de restauration et de transformation, souvent lourds* ».

prétendant vouloir les augmenter »³⁶⁶. L'enrichissement de l'État est dans ce cas contrebalancé par un ralentissement de l'activité économique.

139. Il faut enfin signaler que la cession est souvent l'accessoire d'une politique de privatisation d'entreprises publiques engendrant, accessoirement, la vente de leurs biens, ce qui a parfois pu entraîner l'établissement de régimes de substitution³⁶⁷.

2. L'accroissement de l'offre de logements

140. L'augmentation de l'offre de logement est l'un des principaux objectifs extra-financiers de la politique de cession. La DGFIP le souligne : la cession de terrains publics permet le déploiement d'une politique urbaine axée sur le logement, en particulier social³⁶⁸. Trois dispositions législatives du CGPPP entérinent cette fonction de la cession.

141. En premier lieu, l'article L. 3211-7 permet à l'État de vendre des terrains de son domaine privé pour des prix inférieurs à leur valeur vénale à une triple condition : le terrain doit être destiné à la réalisation d'un programme de construction ; ces constructions doivent consister essentiellement en des logements ; une partie de ces logements doit être constituée de logements sociaux. Cet article a fait l'objet de deux compléments. D'abord, de nouvelles dispositions législatives ont assimilé à des logements sociaux plusieurs types de biens : la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 intègre ainsi les structures d'hébergement temporaire ou d'urgence bénéficiant d'une aide d'État, les aires permanentes d'accueil des gens du voyage, et les logements locatifs sociaux des départements d'outre-mer bénéficiant d'une aide d'État ; la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 ajoute les logements neufs ayant fait l'objet d'aide à l'acquisition (location-accession, prêt à remboursement différé, acquisition différée du terrain). Second complément : les articles R. 3211-13 et R. 3211-14 à R. 3211-7 détaillent les conditions et limitent le montant de la décote.

³⁶⁶ CACHIN (F.), POMIAM (K.), *Les musées français à l'heure d'Abou Dhabi*, Revue Le Débat, n° 145, mai-août 2007, p. 187.

³⁶⁷ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

³⁶⁸ DGFIP, *Les ventes de l'État* (document précité), p. 7 : « *La politique de cessions immobilières de l'État (...) constitue un élément déterminant de la revitalisation urbaine, en transformant des biens inutiles aux administrations en nouveaux quartiers urbains. C'est notamment le cas des anciennes casernes militaires (...) La libération du foncier public joue un rôle important pour l'accroissement de l'offre de logements, en particulier du fait de l'application de la décote (de 25 à 35 %) sur la valeur domaniale, dont bénéficient les communes par l'acquisition de terrains de l'État, lorsque ceux-ci sont destinés à du logement social* ».

142. En second lieu, les articles L. 3211-6 et R. 3211-11 du même Code obligent l'État, lorsqu'il cède un immeuble en vue de la réalisation d'une opération d'aménagement et de construction, à sécuriser la transaction en établissant dans le cahier des charges de la cession les modalités de résiliation en cas d'inexécution des obligations du cessionnaire.

143. En dernier lieu, la cession dans un but de logement social fait l'objet d'un traitement spécial pour la Guadeloupe et la Martinique : l'article L. 5112-4 du Code prévoit une cession gratuite, après déclassement, des terrains du domaine public maritime, au profit des communes et organismes ayant pour objet la réalisation d'opérations d'habitat social. La fonction sociale de cette possibilité est appuyée par l'alinéa 3 de l'article, qui insiste sur le fait que la cession « *doit avoir pour but la réalisation par la commune d'opérations d'aménagement à des fins d'utilité publique ou la réalisation par les organismes compétents d'opérations d'habitat social* », et par l'alinéa 5 qui prévoit la restitution des terrains à l'État lorsque dix ans après la cession les terrains n'ont toujours pas fait l'objet de l'opération initialement prévue. Au-delà du seul logement social, les dispositions relatives aux départements d'outre-mer comportent de nombreuses possibilités de cession de la zone des cinquante pas géométriques, dans un but d'urbanisation.

3. L'augmentation des rentrées fiscales

144. Si, selon l'idéal physiocratique, la remise de biens à la propriété privée engendre un accroissement des richesses, elle engendre aussi celui des rentrées fiscales pour l'État et les collectivités territoriales. Lorsque le cessionnaire est une personne privée³⁶⁹, la seule opération de cession permet à l'État de capter des impôts de la part de l'acquéreur.

145. S'il s'agit d'une vente, l'acquéreur devra, en vertu de l'article 683, I° du CGI, s'acquitter d'une taxe de publicité foncière ou d'un droit d'enregistrement équivalent à 3,8 % du prix de vente. L'article 683 précise d'ailleurs en son II° que « *les ventes d'immeubles domaniaux sont soumises aux impositions prévues au I* ». L'article 733 du CGI soumet à un droit d'enregistrement de 1,2 % les ventes publiques de biens mobiliers, auquel s'ajoute un

³⁶⁹ Les personnes publiques étant le plus souvent exonérées de ces impositions (art. 1040 s. du Code général des impôts).

droit supplémentaire pour les départements et les communes de plus de 5 000 habitants. Il faut également souligner que la rentrée fiscale liée au transfert de propriété ne se limite pas à la cession initiale. Les éventuelles cessions par le premier acquéreur engendreront à leur tour de nouveaux droits de mutation.

146. Mais l'efficacité fiscale de la cession ne s'arrête pas aux seules opérations de transfert de propriété. Le simple fait de l'appropriation privée du bien sera susceptible d'augmenter les ressources fiscales : les exonérations de taxe foncière dont bénéficiaient certaines propriétés publiques disparaissent lorsqu'elles deviennent privées, quand bien même elles resteraient affectées à l'utilité publique et non productives de revenus. Par ailleurs, l'appropriation privée du bien permettra un développement juridiquement plus aisé d'une activité économique en son sein ; cette activité économique permettra à la collectivité publique de capter de nouveaux impôts. Si la collectivité publique vend des terrains nus sur lesquels le cessionnaire privé édifie des locaux, leur construction génèrera TVA et taxes d'équipement, leur utilisation génèrera une taxe d'habitation ; si, par ailleurs, ces locaux sont loués, la captation du loyer augmentera l'impôt sur le revenu ; s'ils deviennent en plus le support d'une activité économique, d'autres impôts se rajouteront. Les exemples peuvent être multipliés à l'envi, et l'on pressent l'immensité des rentrées fiscales que peut engendrer, pour les personnes publiques, la cession à des personnes privées de terrains ou bâtiments publics.

147. Le propriétaire public est ainsi triplement gagnant lorsqu'il vend : en plus de capter un produit de vente et d'alléger ses dépenses de propriétaire, il percevra des rentrées fiscales régulières susceptibles de compenser la perte du revenu domanial. Tout comme la cherté de l'entretien, le manque à gagner fiscal induit par la conservation du domaine fut relevé dès la Révolution : lors des débats législatifs relatifs aux lois du 15 et 16 floréal an X, déléguant au pouvoir exécutif le pouvoir de vendre tous les biens domaniaux ruraux et urbains, l'orateur du tribunal expliqua que « *la République qui veut aliéner (...) rend à la circulation des immeubles qui en étaient distraits, aux contributions une matière imposable* »³⁷⁰. Bien que l'efficacité fiscale soit difficile à mesurer, Anatole des Glajeux rapporte le chiffre suivant : « *Le ministre des finances qui vendait en 1831 les biens de l'État jusqu'à concurrence de 4 140 103 francs de revenus net calculait que, par suite de l'aliénation (...), l'impôt foncier frappant désormais les bois sortis du domaine de l'État pour passer aux mains des*

³⁷⁰ Cité par Théophile Ducrocq (*Traité des ventes domaniales*, Paris : Cotillon, 1865, p. 47).

particuliers, le produit de la contribution foncière s'augmentait au profit du trésor d'un contingent annuel de 261 475 francs, sans compter les droits de mutation qui seraient perçus, tant au décès des propriétaires que lors des reventes partielles qui seraient nécessairement opérées »³⁷¹. On peut par conséquent envisager légitimement que le bénéfice financier réel tiré de la cession d'un bien soit un multiple du prix de vente. Plus qu'un multiplicateur d'investissement, la cession de propriétés publiques est un multiplicateur d'imposition.

B. L'avantage propre à la vente : la captation d'une contrepartie monétaire importante

En plus d'être juridiquement obligatoire, la contrepartie est, en période de crise budgétaire, financièrement nécessaire. Les caractères de la contrepartie dans le cadre de la vente (1), en principes monétaires et toujours plus importants qu'un revenu à court terme aiguissent la tentation de la cession du domaine (2).

1. Les caractères de la contrepartie dans le cadre d'une vente

La contrepartie, dans le cadre d'une vente, est en principe monétaire (a). Surtout, elle est importante et permet sur un court terme une rentrée importante (b).

a. Une contrepartie en principe monétaire

148. La vente se distingue des autres cessions à titre onéreux par la nature de la contrepartie : alors que l'échange ou l'apport supposent une contrepartie en nature, la vente appelle, en principe, une contrepartie monétaire. Le critère est néanmoins très débattu au sein de la doctrine civiliste. La doctrine la plus classique exige un prix au moins majoritairement monétaire. Pothier, en 1772, écrivait déjà que « *le prix (...) doit consister en une somme de deniers que l'acheteur s'oblige à payer au vendeur ; s'il consistoit dans tout autre chose, le contrat ne seroit pas un contrat de vente, mais plutôt un contrat d'échange (...)* Néanmoins, si outre la somme d'argent convenue pour le prix, l'acheteur s'obligeoit de donner en outre, pour supplément du prix, quelque autre chose, ou de faire quelque chose, le contrat ne se

³⁷¹ DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 243.

laisseroit pas de passer pour un contrat de vente »³⁷². Les débats relatifs au Code civil établirent d'ailleurs un lien entre la naissance du contrat de vente et celle de la monnaie : « *Le contrat de vente dérive du contrat d'échange (...) Avant que les signes monétaires fussent connus, on ne pouvait rien obtenir sans donner en échange quelque objet particulier (...) Lorsque la population s'accrut, que le commerce s'étendit (...) il fut impossible de se passer des signes monétaires (...) Avec ces signes naquit le contrat de vente, qui fut bientôt aussi commun et aisé que celui d'échange avait été rare et difficile* »³⁷³. Le caractère nécessairement monétaire du prix persistait encore en 1981, lorsque la Cour de cassation refusa la qualification de vente au transfert de biens en échange de travaux, classant l'accord dans les contrats innomés³⁷⁴. La doctrine civiliste actuelle admet toujours « *que le prix puisse être, dans une fraction minoritaire, non une obligation de somme d'argent, mais une obligation de faire ou de donner. Un supplément de prix peut ainsi être payé sous la forme de l'exécution d'une obligation de faire ou de donner au bénéfice du vendeur* »³⁷⁵. La simplicité de la règle fut pourtant battue en brèche par un arrêt du 9 décembre 1986, dans lequel la Cour de cassation décida que « *la vente d'une chose [peut] être réalisée moyennant une contrepartie autre qu'un versement de somme d'argent* »³⁷⁶, sans précision sur une quote-part maximale de cette contrepartie non monétaire dans l'opération. Une partie de la doctrine civiliste critiqua cette extension de la notion de vente, estimant que « *l'absence d'un prix stipulé en argent, la qualification de vente aurait dû être repoussée au profit d'une qualification sui generis* »³⁷⁷. Difficile donc, face à la cession d'un bien contre une prestation non monétaire, de qualifier avec certitude le contrat de « vente » ou de « contrat innomé ». L'incertitude est néanmoins atténuée par le fait que ce second type d'opérations produit les mêmes effets juridiques qu'une vente, à ceci près qu'est écartée la rescision pour lésion. Du reste, le fait que la contrepartie puisse ne pas être monétaire n'entraîne pas automatiquement, à l'égard de l'opération, le désintérêt du cédant public dans une situation d'urgence financière : la contrepartie de l'opération consistant en la réalisation d'un ouvrage ou d'un

³⁷² POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de vente*, Tome 1, Paris : Debure, 1772, pp. 25 et 26.

³⁷³ in FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 14, Paris : Videcoq, 1836, p. 151.

³⁷⁴ Civ. 3^{ème}, 17 mars 1981, Bull. civ. 1981, III, n° 56 ; *RDI* 1982, p. 545, observations Dagot - Voir aussi Civ. 1^{ère}, 12 octobre 1967, Bull. civ. 1967, I, n° 292, p. 219.

³⁷⁵ MIGNOT (M.), « Vente - Nature et forme - Prix et frais », *JCL. Civil code* (articles 1591 à 1593), § 43.

³⁷⁶ Civ. 3^{ème}, 9 décembre 1986, Bull. civ. 1986, III, n° 177, p. 139 ; *Defrénois* 1987, art. 34056, n° 84, p. 1187, note Vermelle.

³⁷⁷ ANTONMATTEI (P.-H.), RAYNARD (J.), *Droit civil. Contrats spéciaux*, Litec, 1997, p. 73.

service profitant à l'intérêt général peut aussi permettre à la personne publique cédante de réaliser des économies budgétaires.

b. Une contrepartie importante

149. Vendre ou exploiter ? Financièrement, ce qui distingue la vente d'un bien de son exploitation, c'est le volume de la contrepartie espérée. Lorsqu'un bien est inutile mais demeure productif de revenus, le choix opéré entre la vente et l'exploitation se transforme en un choix entre deux ressources : un produit, ressource élevée mais exceptionnelle, ou un revenu, ressource minorée mais périodique et durable. Dans les deux cas, le propriétaire public enregistrera une rentrée d'argent. Un calcul sur le long terme conduira inéluctablement à privilégier l'exploitation et la rentrée de redevances. Encore faut-il que la possibilité de préférer un tel calcul ne soit pas entravée par l'urgence financière. Le choix entre la vente et la location d'un bien inutilisé est, même dans les relations entre particuliers, l'une des questions récurrentes de la stratégie immobilière, auquel les experts de l'immobilier répondent en général de la même façon : vendre en cas de besoins financiers immédiats, donner à bail en l'absence de tels besoins³⁷⁸.

2. La relativisation du gain financier issu de la vente

Le bénéfice financier réalisé par le vendeur domanial doit être relativisé par le résultat de l'opération sur un long terme (a), par l'allégation de l'inaptitude de l'administration à assurer la meilleure efficacité financière (b), et par l'existence d'externalités négatives (c).

a. Le résultat financier de l'opération de vente sur le long terme

150. L'efficacité financière de la vente au profit de l'administration doit être modérée. Hors le cas où elle porte sur des biens inutiles et totalement improductifs, l'opération de vente ne présente pas que des avantages. À long terme, la cession sera vectrice soit d'une absence d'enrichissement, soit d'une dépense durable.

³⁷⁸ GRANGIÉ (É.), « Immobilier : 10 questions du moment », *L'Expansion* n° 732 à 736, 2008, p. 131 : « Vous héritez d'un appartement. Que faire ? (...) Si vous n'avez pas besoin immédiatement de cet argent, louez avec l'idée de vendre lorsque les prix seront repartis à la hausse »

151. Si le bien est inutile à la fonction administrative mais productif de revenus, l'administration peut le mettre en location. Nous avons vu que le choix entre vente et exploitation n'était qu'un choix entre deux ressources, se distinguant par leur volume et leur périodicité. La question devient beaucoup plus délicate lorsque le bien demeure utile aux missions de l'administration. Le choix s'opère ici entre, d'un côté, une absence de ressource (conservation du bien, utilisé par l'administration) et, de l'autre, un produit élevé (captation du produit de cession) mais assorti d'une dépense importante à court terme (rachat d'un autre bien) ou modérée sur le long terme (reprise à bail du bien). Ces « aliénations de refinancement » sont susceptibles de coûter extrêmement cher sur la durée et suscitent une certaine méfiance. Maryse Deguegue pose clairement les termes de cette équation aux multiples inconnues: « *La doctrine (...) s'inquiète de la réalité qui se profile en arrière-plan et qui consiste pour l'État à vendre des biens occupés par des services publics, puis à les reprendre ensuite à bail en maintenant leur affectation antérieure. Or, on ne vend qu'une fois, mais on paye continuellement un loyer. Certains auteurs se posent donc la question de savoir s'il ne serait pas plus profitable pour l'État de conserver les biens de grande valeur en les "rentabilisant lui-même" et s'il ne serait pas plus performant de les louer à des personnes privées (...) au lieu de les vendre et de les louer ensuite lui-même* »³⁷⁹. Philippe Yolka dénonce également les risques financiers encourus, « *parce que la méthode – céder pour relouer – emprunte au sapeur Camember : on ne vend qu'une fois, et c'est pour longtemps ; d'où l'appauvrissement des administrations, des loyers en plus et des recettes d'exploitation en moins* »³⁸⁰. Ce doute sur l'opportunité financière de l'opération concerne également les meubles : « *Il est malaisé de porter un jugement d'ensemble sur l'externalisation du mobilier administratif. Selon les points de vue, on insistera sur les économies d'échelle et la réduction du taux d'indisponibilité des matériels, ou sur un coût parfois exorbitant (location longue durée des photocopieuses, etc.) ainsi que sur la perte de maîtrise que le procédé induit* »³⁸¹.

³⁷⁹ DEGUERGUE (M.), « La gestion du patrimoine public », in *La nouvelle administration financière et fiscale*, préf. p. Parini, dir. M. Bouvier, LGDJ, 2011, p. 159.

³⁸⁰ YOLKA (P.), *Un État sans domaine ?*, ADJA 2003, p. 1017.

³⁸¹ YOLKA (P.), *Les meubles de l'administration*, AJDA 2007, p. 969.

b. L'allégation d'une inaptitude de l'administration à assurer la meilleure efficacité financière des ventes

152. Deux éléments alimentent le scepticisme quant à l'impact financier de la vente, et d'abord l'existence d'opérations financièrement désastreuses, avec comme symbole la cession, suivie de son rachat, de l'immeuble du 27 rue de la Convention à Paris. En 2003, l'Imprimerie nationale, société anonyme détenue à 100 % par l'État, céda pour la somme de 85 millions d'euros hors taxes son site historique à un gestionnaire de fonds spéculatifs. En 2007, l'immeuble fut racheté par l'État pour 325 millions d'euros hors taxes, le groupe privé réalisant à cette occasion et en l'espace de quelques années une plus-value estimée à environ 130 millions d'euros³⁸².

153. La prodigalité alléguée de l'État locataire conduit par ailleurs à éviter le recours à la location pour privilégier la propriété. C'est ce qui ressort d'un rapport d'information du Sénat : « *L'État se présente comme un locataire relativement dispendieux, qui supporte des loyers parfois excessifs (...) On peut légitimement supposer que le niveau de ces loyers a résulté, pour partie, d'un effet "État locataire" : il est vraisemblable que l'identité du locataire - l'État - a pu entraîner, ça et là, sinon une hausse, du moins une "non-baisse" des prix, faute de négociations suffisantes avec des bailleurs de la part d'administrations sans doute mal préparées à cet exercice (...) Au demeurant, il est certain que le montant des loyers, à supposer même qu'il corresponde bien aux niveaux du marché, reste objectivement "déraisonnable" pour l'administration, tout particulièrement dans le contexte actuel de nos finances publiques* »³⁸³.

c. L'existence d'externalités négatives

154. Le bénéfice dont profite le propriétaire public masque les nuisances que subit le marché immobilier du fait de l'intégration brutale de nouveaux biens. Ce risque avait d'ailleurs été pressenti par les opposants à la vente des biens du clergé lors de la Révolution :

³⁸² GOUTEYRON (A.), GIROD (P.), ANGELS (B.), BEAUFILS (M.-F.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur les conditions de cession de l'immeuble de l'Imprimerie nationale, 27-29 rue de la Convention à Paris XVème*, Rapport d'information n° 37 (Sénat, Session ordinaire de 2007-2008, 17 octobre 2007, pp. 17 s.

³⁸³ BRICQ (N.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur l'État locataire*, Rapport d'information n° 510 (Sénat, Session extraordinaire de 2008-2009), 1^{er} juillet 2009, pp. 15 et 20.

« Jeter, disaient-ils, une telle masse de biens sur le marché, à l'improviste, en même temps, en pleine crise politique, dans un moment où déjà tant de terres à vendre ne trouvent pas preneur, ne peut être que funeste à la propriété tout entière qui subira une dépréciation formidable, et à l'État vendeur qui, vendant à vil prix, ne trouvera peut-être pas, dans le produit de cette aliénation, de quoi couvrir la dette du clergé »³⁸⁴. Les propriétaires publics seraient donc les premiers perdants s'ils inondaient brusquement le marché immobiliers de leurs biens.

Section 2. Une ressource utilisée en réponse à une urgence financière

155. La vente du domaine constitue donc un moyen de capter une ressource importante, quitte à se priver d'une ressource périodique moindre. C'est pourquoi elle est toute indiquée dans les situations d'urgence budgétaire. Son efficacité n'est pourtant pas certaine. Pour le directeur du service des domaines entre 2005 et 2012, la réponse est claire : « *Les cessions immobilières n'entrent pas dans l'objectif court-termiste de combler le déficit du budget de l'État. La cession de la totalité du patrimoine de l'État, à la supposer réalisable, n'y suffirait pas : le bilan d'entrée de l'État défini dans le cadre de la LOLF a, en effet, évalué [pour 2007] à 38 milliards d'euros la valeur du patrimoine de l'État, soit un montant inférieur à celui du déficit annuel du budget de l'État* »³⁸⁵. Même le chiffre de 1 070 milliards d'euros avancé par Éric Pichet, s'il peut permettre de combler plusieurs années de déficit du budget de l'État, ne suffirait pas, de l'aveu même de l'auteur, à résorber la dette³⁸⁶.

156. Toutefois, les lacunes de la comptabilité étatique conduisent à nuancer ce propos. Dans un article de 2010, un économiste s'interrogeait sur la richesse d'un français à sa naissance : « *D'après la comptabilité nationale (...), un nouveau-né en France, en 2008, héritait d'une dette publique brute (au sens de Maastricht) de 20 546 € (...) Notre nouveau-né hériterait par ailleurs d'un actif financier public (une partie des actions de France Télécom, entre autres) de 7 047 €, ramenant la dette brute à une dette nette de 13 499 €. En ajoutant*

³⁸⁴ MARION (M.), *La vente des biens nationaux pendant la Révolution avec étude spéciale des ventes dans les départements de la Gironde et du Cher*, Paris : Honoré Champion, 1908, pp. 3 et 4.

³⁸⁵ DUBOST (D.), « Le domaine au trésor public », *La Revue du Trésor* janvier 2007, p. 34.

³⁸⁶ PICHET (É.), « Le patrimoine de l'État : une évaluation au 1^{er} janvier 2004 », *Revue Politiques et management public*, vol. 23, n°2, 2005, p. 119.

les actifs non financiers de l'État et des administrations publiques, dont 50 % sont des ouvrages de génie civil ou des bâtiments à usage public (mais pas le patrimoine historique qui n'est pas valorisé, n'ayant de valeur que sentimentale), note nouveau né est, à peine né, déjà propriétaire puisqu'il ajoute à la dette nette financière qu'il a endossé un actif de presque 23 000 €. Au total, naissant français, il est riche de quelques 9 168 €³⁸⁷. Bien évidemment, la concrétisation de ce bilan positif est contrariée par l'inclusion d'éléments inaliénables en raison de leur appartenance au domaine public ; mais l'affectation et la domanialité peuvent varier et, en dernière analyse, la cession de l'ensemble des biens publics pourrait peut-être résorber la dette publique. De toute façon, à supposer même que la vente de toutes les propriétés publiques ne puisse pas combler la dette, il demeure constant que ce procédé a toujours été conçu comme un expédient pour, au moins, en diminuer le poids. Le lien historique entre cession et urgence budgétaire (§ 1) en est un premier indice, confirmé par l'affectation partielle au désendettement du produit des ventes de l'État, au travers de comptes d'affectation spéciale (§ 2).

§ 1. Le lien historique entre cession et urgence financière

157. De nombreux exemples historiques témoignent du lien entre la cession et l'urgence financière. Même après la période révolutionnaire, à laquelle on pense en premier, un tableau récapitulatif du niveau des ventes dressé par Ducrocq³⁸⁸ révèle que les augmentations brutales de ce niveau n'eurent pas lieu aux dates les plus anodines. En 1814, lorsque la Restauration succéda à l'Empire le niveau des ventes s'éleva, avant de décroître progressivement jusqu'en 1829. En 1830, lors du passage à la Monarchie de Juillet, il fut brusquement multiplié par quatre. Si l'avènement de la II^{ème} République n'eut aucun impact sur le volume des ventes, probablement en raison de l'idéologie du régime, le passage au Second Empire l'élevèrent à un niveau jamais connu jusqu'alors. Quelles conséquences en tirer ? Les périodes de trouble politique se caractérisent par des besoins financiers accrus et urgents. Dès lors, la cession du domaine apparaît comme un expédient pour y remédier. Certes, le temps sur lequel s'étend ce tableau est peut-être trop réduit pour en tirer des enseignements définitifs ; mais ces derniers sont corroborés par d'autres faits historiques. Anatole des Glajeux note que « sous les règnes

³⁸⁷ TIMBEAU (X.), « Solidarité intergénérationnelle et dette publique », *Revue de l'OFCE* n° 116, janvier 2011, pp. 199 et 200.

³⁸⁸ DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, Paris : Ernest Thorin, 6^{ème} éd., 1881, p. 216.

orageux de Charles IX, Henri III et les premières années de celui de Henri IV, les communes, surchargées de tailles et obérées de dettes furent contraintes d'aliéner une grande partie de leurs biens-fonds et presque tous à vil prix »³⁸⁹. L'urgence budgétaire est la justification de l'aliénation des biens des communes ; elle en est aussi la condition : Rousseaud de Lacombe rapporte ainsi que « *le principal point est qu'il y ait nécessité de vendre. Cette nécessité est essentielle et donne la forme à la vente, et, quand elle manque, la vente est nulle, quand même tous les habitants, sans exception, auraient opiné d'une commune voix pour la vente. En quoi les communautés ont parfois un rapport avec les mineurs, dont les tuteurs ne peuvent aliéner les biens qu'au cas où il y ait nécessité de payer les dettes* »³⁹⁰. Mais l'hypothèse d'un lien historique entre urgence budgétaire et cession domaniale est surtout confirmée par une pratique, celle des engagements sous l'Ancien Régime (A), et par une politique, celle de la vente des biens nationaux sous la Révolution (B).

A. L'urgence financière, condition de l'engagement

158. Le lien entre aliénation et urgence financière trouve une parfaite illustration dans les engagements pratiqués au Moyen Âge puis sous l'Ancien Régime. Ce lien ne résulte pas de la nature même du procédé : l'engagement n'était qu'un contrat par lequel le roi aliénait, moyennant finances, les biens du domaine de la Couronne tout en se conservant une faculté de rachat perpétuel, qui ménageait le principe d'inaliénabilité. Ce sont les circonstances et les conditions juridiques de l'utilisation de l'engagement qui le lient à l'urgence financière : les engagements furent consentis pour faire face à l'augmentation des besoins d'argent en période de guerre. Les nécessités de guerre furent initialement la justification de l'engagement (1) ; ce n'est que dans un second temps que les cas de recours au procédé s'élargirent (2).

1. Les nécessités de guerre, justification originelle de l'engagement du domaine de la Couronne

159. Le rôle des guerres du Moyen-âge et de l'Ancien régime dans l'affirmation de l'impôt et dans la disparition de son caractère de ressource « extraordinaire » suffit, autant que la

³⁸⁹ DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 260.

³⁹⁰ DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (G.), *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, Paris : Nyon, 1785, p. 599.

célèbre maxime attribuée à Thucydide « *l'argent est le nerf de la guerre* », à démontrer les besoins en deniers publics qu'occasionnent les conflits armés. Quand l'impôt ne suffisait pas ou n'était plus envisageable, il restait l'engagement du domaine.

160. Le lien entre l'engagement des biens domaniaux et les nécessités de guerre ne fut d'abord qu'un fait. Guillaume Leyte cite de nombreux exemples d'engagements en période de guerre, bien avant 1566 : Philippe VI, Charles VI, Charles VII, Louis XI, Charles VIII et Louis XII engagèrent des biens domaniaux pour lever des armées³⁹¹. L'ordonnance de 1539, réaffirmant l'inaliénabilité, ne dissuada pas François 1^{er}, tout au long d'un règne ponctué de guerres, d'engager les biens domaniaux jusqu'à près de deux millions de livres de rente³⁹².

161. La nécessité de guerre devint une justification de droit lorsque les édits de révocation des aliénations domaniales exceptèrent celles consenties pour ce dessein : les édits de François 1^{er} du 13 décembre 1517 et du 10 septembre 1543 ne revinrent pas sur « *les terres aliénées pour les frais de la guerre* »³⁹³ ; l'édit pris par François II le 18 août 1559 fit de même pour les « *ventes, aliénations et engagements à prix d'argent faits par les rois précédents pour subvenir aux besoins urgents pour le fait des guerres et des défenses du royaume* »³⁹⁴. Surtout, l'article 1^{er} de l'édit de Moulins consacra parmi les exceptions à l'indisponibilité des biens de la Couronne « *l'aliénation à deniers comptants pour la nécessité de la guerre (...) : auquel cas, il y a faculté de rachat perpétuel* ». Cette ouverture juridique à l'aliénation domaniale par une norme générale fut empruntée par les rois suivants, et de façon bien plus importante qu'auparavant³⁹⁵ : pratiqués pour près de 4 millions de livres sous le règne d'Henri IV, et plus de 13 millions sous celui de Louis XIII et sous la régence, les engagements atteignirent un pic de plus de 23 millions lors des trente dernières années du règne de Louis XIV, ce qui s'explique aussi par la pratique de la « confirmation », contraignant les engagistes de longue date à payer une nouvelle somme pour éviter la révocation.

³⁹¹ LEYTE (G.), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e - XV^e siècles)*, préf. A. Rigaudière, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, pp. 408 s.

³⁹² Voir DES GLAJEUX (A), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'Etat, des communes et des établissements publics*, op. cit., p. 47.

³⁹³ *Ibid.*, p. 47.

³⁹⁴ *Id.*

³⁹⁵ *Id.*, p. 77.

162. C'est finalement à trois titres que l'édit de Moulins entérina le lien entre aliénation du domaine et urgence financière : d'abord, en dehors des apanages et des cessions des petits domaines, seule la nécessité de guerre justifiait, à la lecture du texte, l'aliénation. La cession des petits domaines elle-même se justifiait par un motif financier : Aguesseau, tentant d'identifier les petits domaines, estimait que ceux-ci se caractérisaient notamment par leur faible valeur et leur faible rapport³⁹⁶. Ensuite, le mécanisme même de l'engagement, qui préservait une faculté *perpétuelle* de rachat, révélait la vocation temporaire de l'opération, censée répondre à un besoin ponctuel de financement. La répétition des périodes de guerre et l'accroissement permanent des besoins en deniers publics rendirent néanmoins vaines les quelques tentatives de rachat, initiées notamment par Colbert. Surtout, le rachat (voire la révocation) fut parfois simplement utilisé pour réengager le bien à un meilleur prix. Enfin, l'exigence d'un paiement à deniers comptants renforçait l'idée d'une situation d'urgence financière. Pour Adolphe Supplisson, il s'agissait d'une « *clause très sage : elle permet au Trésor de se procurer immédiatement les fonds nécessaires pour parer aux embarras financiers du moment ; elle permet d'éviter qu'un engagiste influent ne puisse, par protection ou faveur, se dérober au paiement* »³⁹⁷. Et si cette dernière règle reçut quelques aménagements (en particulier, Henri IV permit en 1591 un paiement constitué, pour une partie minoritaire de la somme, en titres de rentes), ce fut précisément pour éviter que les engagistes ne fussent découragés par le paiement de « *sommes souvent considérables* »³⁹⁸

2. L'élargissement des cas de recours à l'engagement des biens du domaine de la Couronne

163. Adolphe Supplisson note d'abord la portée élargie du cas des nécessités de guerre, à l'égard de la nature du conflit comme à l'égard de son temps : « *Les aliénations pouvaient avoir lieu aussi bien pour cause de guerre civile que pour cause de guerre étrangère ; elles furent même nombreuses pendant les guerres de religion. Il n'était pas nécessaire que la guerre fut actuelle ; il suffisait que les dépenses auxquelles il fallait pourvoir par l'aliénation fussent faites en vue d'une guerre prochaine (...) On pouvait également aliéner en vue de*

³⁹⁶ AGUESSEAU (H.-F.), *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, Tome 10, Paris : Libraires associés, 1777, p. 456 : « *Plusieurs Edits & Déclarations du Roy ayant ordonné l'aliénation absolue & à titre de propriété de ce que l'on appelle les petits Domaines, c'est à dire de ceux qui sont d'une si petite valeur que le Roi n'en tire aucune utilité, & qu'il ne peut en profiter qu'en les vendant* »

³⁹⁷ SUPPLISSON (A.), *De l'engagement du domaine sous l'Ancien Régime*, Paris : É. Larose, 1910, p. 45.

³⁹⁸ *Ibid.*

reconstituer une armée détruite dans la bataille. Il eut fallu faire rentrer dans le cas d'une nécessité de guerre le paiement de la rançon du roi ; heureusement cet évènement ne se produisit pas après 1566 »³⁹⁹ ; l'auteur relève en outre que si la royauté n'engagea effectivement son domaine qu'en temps de guerre, elle fut aidée en cela par la fréquence de ces périodes.

164. Par ailleurs, dans une étude de 1994, Anne Rousselet-Pimont constate l'imprécision de la désignation, par certains auteurs de l'Ancien Régime (notamment Bosquet ou Lefèvre de la Planche), du cas de recours à l'engagement, semblant y inclure d'autres éléments que la seule nécessité de guerre : « *Des nécessités de guerre, on est passé aux charges accidentelles de l'État, la guerre n'étant alors plus qu'un cas possible mais rien ne dit que ce soit un cas exclusif. Ainsi les engagements étaient devenus le pendant des apanages. Les premiers permettaient de répondre aux éléments imprévus, accidentels, alors que les seconds étaient dus en tant que charge naturelle de l'État, établie de manière prévisible. Les charges accidentelles n'étant pas "moins inévitables" que celles naturelles, il convenait également de permettre pour y faire face des aliénations du domaine. D'autres auteurs se sont contentés de faire référence à des "nécessités urgentes" ou à la "nécessité de remédier à des maux pressants". Est-ce ce léger glissement terminologique qui fit dire à l'abbé Velly qu'en ouvrant le démembrement du patrimoine royal pour les frais de la guerre, "on ouvrit la porte aux aliénations en tout genre" ?* »⁴⁰⁰. L'auteur évoque la position de Loyseau, selon lequel l'engagement servait à garantir les dettes du roi. Cette position résultait d'une conception particulière de l'engagement, que Loyseau assimilait à une sorte d'antichrèse et qu'il distinguait de la vente avec faculté de rachat prévue par l'article 1^{er} de l'édit de Moulins⁴⁰¹. Il faut en tout cas noter que l'élargissement du champ d'application de l'engagement tel qu'il est décrit par Anne Rousselet-Pimont ne le défait pas de cette fonction de réponse à une urgence financière, qu'elle ait trait ou non aux nécessités de guerre.

³⁹⁹ *Id.*, pp. 43 et 44.

⁴⁰⁰ ROUSSELET-PIMONT (A.), *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, LGDJ, 1994, p. 92.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 101.

B. L'urgence financière, justification de la vente des biens nationaux

165. Dans un ouvrage sur la vente des biens nationaux, Marcel Marion dressait un bilan sans concession de cette politique : « Elle a été imaginée pour débarrasser l'État de sa dette, et la dette n'a pas été payée ; pour le sauver de la banqueroute, et les banqueroutes sont venues, plus formidables, plus énormes que l'imagination la plus pessimiste n'aurait pu en 1789 même en concevoir l'idée ; pour lui créer des ressources, et elle n'a réussi qu'à faire taire toutes les considérations d'économie et de prudence, comme fait une riche succession survenant à l'improviste à un prodigue »⁴⁰². Si l'échec budgétaire de la vente ne fait pas de doute, il reste que son objectif premier fut essentiellement financier. Ceci est perceptible dans la motivation du législateur révolutionnaire (1), dans l'emploi du procédé de l'assignat, assurant une captation anticipée du produit des ventes (2), dans le choix de certaines modalités (3) et, plus occasionnellement, dans l'affectation spéciale des produits perçus (4).

1. La motivation du législateur de 1789

166. Certains éléments du discours politique de l'époque révolutionnaire pourraient laisser croire que le principal objectif de la vente des biens nationaux était le retour à la propriété privée des biens de la Couronne, dans un but d'enrichissement global, selon les préconisations des théories physiocratiques ; l'on sait combien les textes révolutionnaires organisant la vente des biens nationaux justifiaient la vente par la stérilité de l'appropriation publique⁴⁰³. La relégation au second plan du renflouement des comptes publics suscita même l'étonnement d'un député : « Deux considérations majeures paroissent avoir dirigé l'Assemblée Nationale (...) 1°. La nécessité (...) de convertir (...) en propriétés particulières une énorme masse de biens-fonds (...) 2°. Le désir (...) d'accroître le nombre des vrais Citoyens, en multipliant beaucoup celui des Propriétaires (...) Mais le grand problème que l'Assemblée avoit à résoudre n'est pas composé de ces deux seules données. Il en offre une troisième, qui doit être le principal objet des deux autres ; la libération des finances. Et c'est précisément celle-là qui semble avoir été entièrement négligée ou considérée sous un point de vue tellement secondaire, qu'on en retrouve à peine quelques traces légères dans un Décret dont elle devoit être la base ou plutôt l'essence (...) Le grand vice de toute l'opération vient de ce qu'on a

⁴⁰² MARION (M.), *La vente des biens nationaux pendant la Révolution, avec étude spéciale des ventes dans les départements de la Gironde et du Cher*, Paris : Honoré Champion, 1908, p. 412.

⁴⁰³ Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

toujours considéré la Libération des Finances, comme conséquence, comme simple effet, tandis qu'elle doit être envisagée comme principe, et surtout comme moyen. En effet, quelle est la position de la France ? Elle a une dette immense (...) D'un autre côté, la Nation possède des propriétés foncières pour des sommes peut-être égales, peut-être supérieures au capital de la dette. La valeur des Biens Nationaux fût-elle moindre que la dette (...) ils n'en seroit pas moins vrai qu'ils sont plus que suffisants pour acquitter la portion des dettes la plus à charge et la plus nuisible du crédit »⁴⁰⁴. La dénonciation de la subsidiarité de l'objectif financier de la vente des biens nationaux doit cependant être nuancée. Bien que négligé par le principal texte relatif à l'aliénation du domaine national (la loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, parfois dite « Code domanial »), le désendettement était mentionné par le préambule d'autres textes.

167. Si le préambule de la loi du 14 mai 1790 fait bien référence à « *l'accroissement heureux, surtout parmi les habitants des campagnes, du nombre de propriétaires* », il évoque avant tout le « *bon ordre des finances* » ; celui de la loi des 9 et 25 juillet 1790 débute par « *l'Assemblée nationale, considérant que l'aliénation des domaines nationaux est le meilleur moyen d'éteindre une grande partie de la dette publique* » ; enfin, le préambule du décret des 24 et 28 juillet 1792 relatif aux biens des émigrés (confisqués par un décret du 9 février, puis vendus par un autre du 27 juillet de la même année) rappelle que ceux-ci « *sont affectés à l'indemnité due à la nation à cause de la guerre qu'elle est forcée de soutenir pour défendre sa constitution, et au paiement de leurs créanciers légitimes* ».

168. On doit également mentionner la formulation de certaines législations qui, assorties d'un objectif chiffré de vente, semblent en faire une priorité. À titre d'exemple, l'article 1^{er} de la loi du 26 vendémiaire an VII, qui met fin à une phase de sursis à l'aliénation des biens nationaux, manifeste le lien entre la vente et le besoin de ressources publiques en disposant qu' « *il sera vendu (...) une quantité suffisante de domaines nationaux (...) pour fournir en l'an 7, en numéraire et valeur effective, la somme de cent vint-cinq millions* ».

169. Il reste enfin que si l'unique ambition de la vente des biens nationaux avait été le retour des biens à la propriété privée, on comprendrait mal que la loi des 22 novembre et

⁴⁰⁴ PINTEVILLE-CERNON (J.-B. de), *Observations sur la vente des biens nationaux aux particuliers*, Paris : Imprimerie nationale, 1790, pp. 3 et 4.

1^{er} décembre 1790 prît la peine de prévoir la possibilité de révoquer ou d'annuler des aliénations et des engagements de biens consentis sous l'Ancien régime, afin de procéder à leur revente.

2. La captation anticipée du produit de la cession : l'assignat

170. Il ne s'agit pas ici de revenir en détail sur l'un des échecs les plus connus de l'histoire financière française ; il s'agit simplement de constater la fonction de l'assignat. En 1789, les révolutionnaires se retrouvèrent à la tête d'un domaine qui, malgré son amaigrissement constant sous l'Ancien Régime, demeurait d'autant plus important que la perspective d'une récupération des biens engagés et la confiscation des biens du clergé décrétée le 2 novembre 1789 laissait entrevoir son accroissement. Mais si la vente représentait une manne financière dont les révolutionnaires mesuraient déjà le potentiel, il restait encore à la réglementer⁴⁰⁵, puis à l'organiser ; or, le besoin de ressources était immédiat. C'est pour cette raison qu'au détour des articles 10 et 12 de la loi des 19 et 21 décembre 1789, furent créés les assignats : « *Les domaines de la Couronne (...) seront mis en vente ainsi qu'une quantité de domaines ecclésiastiques, suffisante pour former la valeur de 400 millions (...) Il sera créé sur la caisse de l'extraordinaire des assignats portant intérêt à cinq pour cent, jusqu'à concurrence de la valeur desdits biens à vendre, lesquels assignats seront admis de préférence dans l'achat desdits biens. Il sera éteint desdits assignats (...) par [notamment] lesdites ventes* ». Le système se voulait relativement simple : l'assignat était un bon du Trésor, garanti par une sorte d'hypothèque sur les biens nationaux ; une fois les biens mis en vente, les acquéreurs pourraient les acheter avec leurs assignats, et ceux-ci seraient alors détruits. En contrepartie de l'avance ainsi consentie, les assignataires bénéficiaient d'un intérêt qui ne pesait pas réellement sur le budget de la Nation, parce qu'il était financé par les revenus des biens domaniaux, qui continuaient à être captés dans l'attente de leur vente⁴⁰⁶. Le mécanisme permettait de pourvoir immédiatement aux besoins financiers de la Nation⁴⁰⁷, tout en lui laissant le temps de sélectionner les biens cessibles et d'organiser les modalités de leur vente.

⁴⁰⁵ Ce qui sera l'œuvre de la loi du 14 mai 1790.

⁴⁰⁶ C'est ce que prévoit l'article 9 du décret du 17 avril 1790 : « *En attendant que la vente des domaines nationaux qui seront désignés soit effectuée, leurs revenus seront versés, sans délai, dans la caisse de l'extraordinaire, pour être employés, déduction faite des charges, au paiement des intérêts des assignats* ».

⁴⁰⁷ MARION (M.), *La vente des biens nationaux pendant la Révolution*, op. cit., p. 28 : « *La création d'assignats monnaie permettrait de hâter ces ventes, de solder l'arriéré, de faire face aux besoins les plus urgents* ».

Il ne s'agissait en définitive que d'une « *anticipation* »⁴⁰⁸ de la recette des biens nationaux. Le lien natif entre le billet et le bien devait aboutir à la destruction du premier une fois le second cédé ; tel fut l'objet premier de l'assignat, que résume une proposition de Régnaud de Saint-Jean d'Angély : « *Je propose de vendre des valeurs mortes dans les biens du clergé et du domaine, c'est à dire les châteaux, les bâtiments des monastères que vous détruirez ; ces billets nationaux seront mis en circulation pour une somme égale au produit de cette vente ; on ne recevra des acquéreurs que ces billets nationaux, et quand tous ces fonds seront vendus, il ne restera pas un seul de ces billets en circulation* »⁴⁰⁹.

171. Le sort de ce papier-monnaie est bien connu : la pérennité du système fut ébranlée par la perte de confiance résultant de l'émission abusive de bons, provoquant la dévaluation rapide de l'assignat. La persistance de l'urgence budgétaire incita le Directoire, par la loi du 28 ventôse an IV, à réitérer sans succès l'expérience en instituant des « mandats territoriaux »⁴¹⁰, alors même que le préambule de la loi constatait l'échec de son proche parent⁴¹¹. Seul l'objectif des assignats mérite d'être retenu : l'institution de l'assignat découle de l'urgence de procéder à la vente pour capter un produit, de sorte qu'ils eurent été dépourvus de leur principal intérêt si l'objectif premier de la vente des biens nationaux avait été l'accroissement de la propriété privée.

3. Les modalités de vente

Ce sont principalement quatre éléments du régime des aliénations qui laissent transparaître leur objectif principalement financier.

⁴⁰⁸ BRUGUIÈRE (M.), « Assignats », in *Dictionnaire critique de la Révolution française* (dir. F. Furet et M. Ozouf), Flammarion, 1998, p. 462.

⁴⁰⁹ Citée par LEVASSEUR (É.), « Les assignats pendant la Révolution », *Revue européenne* 1859, Tome 5, p. 839.

⁴¹⁰ Article 1^{er} : « *Il sera créé pour deux milliards quatre cents millions de mandats territoriaux* » ; Article 4 : « *Les mandats emporteront avec eux hypothèque, privilège et délégation spéciale sur tous les domaines nationaux situés dans toute l'étendue de la République ; de manière que tout porteur de ces mandats pourra se présenter à l'administration de département de la situation du domaine national qu'il voudra acquérir, et le contrat de vente lui en sera passé sur le prix de l'estimation qui en sera faite* ».

⁴¹¹ « *Considérant que la dépréciation des assignats prend sa source dans leur trop grande abondance, dans la disproportion entre la quantité en émission et la valeur du gage, dans les exagérations de la malveillance et les manœuvres de l'agiotage ; qu'il faut y porter un prompt remède, et prendre toutes les précautions propres à garantir pour l'avenir de pareils inconvénients* ».

172. En premier lieu, le regroupement des biens à céder manifeste la volonté du pouvoir de se procurer le plus de ressources possibles. Afin de favoriser la multiplication des propriétés privées et de rendre accessibles les ventes aux classes moins aisées, l'article 6 de la loi des 9 et 25 juillet 1790 avait d'abord imposé aux administrations départementales, chargées de la vente, de diviser les lots « *autant que leur nature le permettra, afin de faciliter, autant qu'il sera possible, les petites soumissions et l'accroissement du nombre des propriétaires* ». Cette disposition fut sérieusement atténuée par l'article 14 de la loi des 3 et 17 novembre 1790 : « *On comprendra dans un seul lot (...) la totalité des objets compris dans un même corps de ferme ou de métairie, ou exploités par un seul particulier, sans employer la ventilation pour les objets compris dans un même bail* ». Ce tempérament à l'allotissement visait moins à simplifier les procédures qu'à décourager, pour des raisons de solvabilité, les paysans les moins fortunés⁴¹². Et si la Convention, par l'article 1^{er} du décret des 1^{er} et 4 avril 1793, prévoit que « *tous (...) biens nationaux d'une grande étendue (...) [seraient] divisés et vendus en lots séparés* », elle limitait cette obligation à ceux « *dont la vente en masse serait reconnue moins avantageuse* ». La division des biens en plusieurs lots ou, au contraire, leur regroupement, était donc toujours guidée par la volonté d'augmenter le profit de la vente pour la Nation.

173. En deuxième lieu, les modalités de l'évaluation des biens à céder démontrent à la fois l'urgence et la fonction financière de la cession. Deux lois méritent à cet égard notre attention. D'abord, les articles 10, 11 et 12 de la loi des 3 et 17 novembre 1790 relatifs à l'évaluation des biens de la nation non afferchés disposaient que « *dans la huitaine de la réception de ladite demande (...) le district sera tenu de fixer l'évaluation de l'objet demandé d'après le prix du bail, ou d'en faire l'estimation dans le même délai Si, dans la huitaine, l'évaluation ou l'estimation n'étaient point achevées, les personnes qui voudront acquérir se feront délivrer, le neuvième jour, par le secrétaire de l'administration du district, qui ne pourra le leur refuser, un certificat constatant le retard, au moyen duquel elles pourront s'adresser au directoire de département, qui sur-le-champ fera l'évaluation, ou fera procéder à l'estimation, et commettra un expert s'il y a lieu (...) Enfin, si l'opération éprouvait un retard de plus de quinze jours au directoire du département, les personnes qui voudront acquérir se pourvoiront d'un certificat du secrétaire du directoire, ainsi qu'il est dit ci-dessus pour le secrétaire du district, et s'adresseront au comité d'aliénation de l'Assemblée nationale, qui y*

⁴¹² TEYSSIER (É.), « La vente des biens nationaux et la question agraire, aspects législatifs et politiques, 1789-1795 », *Rives méditerranéennes* 2000, n° 5, p. 45.

fera procéder sans aucun retard, et commettra, s'il le faut, un expert ». Ces articles permirent aux éventuels acheteurs de raccourcir les procédures administratives en les dotant de moyens de recours propres à accélérer l'opération d'évaluation. Par ailleurs, l'évaluation devait permettre le bénéfice pour la Nation de la meilleure offre possible. C'est ce qui découlait de la loi du 28 ventôse an IV, dont l'article 6, qui régissait l'évaluation des biens sur lesquels seraient indexés les assignats, précisait qu' « *en aucun cas, l'estimation faite par les experts ne pourra être inférieure à celles qui auraient été faites antérieurement* ». C'est qui découlait également de la loi du 14 ventôse an VII relative à la revente des domaines engagés sous l'Ancien Régime, qui semblait de prime abord aller dans le sens inverse de la loi de 1790 en compliquant singulièrement les modalités d'évaluation. Elle prévoyait en effet en ses articles 16 et 19, pour chaque bien, trois évaluations réalisées de concert par trois experts, nommés l'un par le soumissionnaire, le second par le directeur des domaines, et le troisième par l'administration centrale, correspondant à trois bases différentes (connaissances locales, revenu annuel susceptible d'être perçu du bien en 1790, revenu annuel éventuellement effectivement perçu en 1790) ; néanmoins, à défaut de répondre à l'urgence budgétaire, le dispositif révélait en d'autres articles la fonction financière d'une évaluation aussi précisément encadrée : l'article 17 interdisait de confier la mission d'expertise notamment à des « *citoyens détenteurs de biens nationaux susceptibles de retrait* », qui pouvaient être tentés d'estimer à la baisse les biens ; surtout, l'article 19 disposait qu'une fois les trois évaluations réalisées, les agents évaluateurs remettaient sur chacune d'elle un rapport motivé à l'attention de l'administration tenue de « [se fixer] à *celui qui sera le plus avantageux pour la République* ». Les évaluations étaient donc multipliées afin d'assurer à la Nation venderesse la meilleure affaire financière possible.

174. En troisième lieu, l'urgence budgétaire exerça une influence sur le déroulement technique de la vente. Les lois révolutionnaires privilégièrent l'adjudication, qui, couplée à l'estimation qui lui servait de base, assurait à la Nation la captation du meilleur prix possible. La comparaison établie par le Comité d'aliénation au début des années 1791 entre le montant des estimations et le montant des adjudications témoigna de l'efficacité financière du procédé. Alors que les domaines finalement cédés furent d'abord estimés à 96 997 068 livres, ils furent ensuite adjudiqués pour un total de 171 914 855 livres⁴¹³. La préférence de l'adjudication à

⁴¹³ DESJARDINS (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1862, p. 314.

d'autres modes tels que la vente de gré à gré permit ainsi d'encaisser un produit près de deux fois supérieur à la mise à prix. La loi du 14 mai 1790, complétée en cela par une instruction du 31 mai 1790, procéda à un encadrement de l'adjudication (publicité, lieu, compétence, contrôles, déroulement...) visant à favoriser un nombre élevé d'enchérisseurs, et la formalisant par l'utilisation de bougies à l'extinction desquelles l'enchère prenait fin. Le principe de l'adjudication et ses modalités furent repris par les lois ultérieures. De façon plus épisodique, l'ultime degré d'urgence budgétaire conduisit la Convention à remplacer l'adjudication par de pures et simples loteries⁴¹⁴.

175. Mais du point de vue du déroulement technique de la cession, c'est surtout (et en dernier lieu) l'évolution des modalités de paiement du prix qui témoigna des pressions budgétaires. L'exemple des terres est, à cet égard, éloquent : alors que la loi du 14 mai 1790 prévoyait, selon un système assez élaboré de paiement fractionné, que l'acquéreur ne payait que 12 % du prix de la terre dans les quinze jours suivant l'adjudication (les 88 % restants étant échelonnés à part annuelles égales sur les douze annuités suivantes), la loi des 3 et 17 novembre 1790 se montrait déjà bien plus pressante : l'article 3 imposait à l'adjudicataire de payer 20 % du prix le premier mois, 10 % de plus au cours de l'année d'adjudication, et 10 % de plus chaque semestre suivant jusqu'à extinction de la dette. Les articles 11 et 12 de la loi du 16 brumaire an V facilitèrent le paiement par l'acquéreur sans toucher aux délais ; simplement, ils prévirent que la moitié du prix pourrait exceptionnellement être acquittée par d'autres moyens que le versement direct d'une somme d'argent⁴¹⁵. La loi du 15 floréal an X conserva un délai de paiement similaire à celui prévu par la loi de novembre 1790, quoique calculé selon une méthode différente. Le paiement des biens autres que les terres suivit une logique semblable, étendu dans le temps avant d'être fractionné sur une durée beaucoup plus courte. Si l'objectif initial était le partage des terres entre le plus grand nombre de propriétaires possibles, force est de constater que les révolutionnaires, rapidement rattrapés

⁴¹⁴ Article 1^{er} de la loi du 29 germinal an III (18 avril 1795) : « *Les maisons et bâtiments appartenant à la nation seront aliénés successivement par voie de loterie, à raison de cinquante livres le billet* ».

⁴¹⁵ « *Le restant du prix pourra être acquitté, ou avec des ordonnances des ministres pour fournitures faites à la République, ou en bordereaux de liquidation de la dette publique ou de la dette des émigrés, ou en bons de réquisition, bons de loterie, et ordonnances ou bons de restitution ou d'indemnité de pertes occasionnées par la guerre dans les départements frontières et dans ceux de l'ouest, ou en inscription sur le grand-livre de la dette perpétuelle, calculées sur le pied de vingt fois la rente (...) Les inscriptions sur le grand-livre de la dette publique, ainsi que les bordereaux de liquidation et indemnité, bons de réquisition ou ordonnances des ministres, délivrés jusqu'à ce jour, ne seront admis, conformément à l'article précédent, en paiement du prix des domaines nationaux, que jusqu'au 1^{er} messidor prochain* ».

par les exigences budgétaires, donnèrent la priorité aux acquéreurs susceptibles de payer le plus rapidement.

176. Le traitement des défauts de paiement est également significatif : l'article 8 de la loi du 14 mai 1790 accordait à l'adjudicataire un délai de deux mois pour remédier à son éventuelle défaillance avant qu'il ne soit procédé à une nouvelle adjudication à sa folle-enchère ; l'article 6 de la loi des 3 et 17 novembre 1790 réduisit ce délai à quinze jours.

4. L'affectation spéciale des produits de cession des biens nationaux

177. L'affectation occasionnelle du produit de la vente des biens nationaux à certains comptes spéciaux tend à convaincre de la vocation financière de l'opération. Deux dispositions législatives méritent d'être mentionnées : la première affectait le produit des ventes à la guerre, la seconde au désendettement. La loi du 16 brumaire an V créait en ses articles 1^{er} et 3 un fonds de cinq cent cinquante millions de francs affecté aux « *dépenses extraordinaires de la guerre* », abondé notamment par la vente d'« *une quantité suffisante de domaines nationaux* ». La loi du 30 ventôse an IX (21 mars 1801), relative à la liquidation de la dette publique, disposait qu'« *il sera prélevé, sur le produit des ventes, trente millions applicables au service de l'an 8, vingt millions au service de l'an 9. Le surplus sera versé à la caisse d'amortissement, pour être employé à l'extinction de la dette publique* ». Enfin, concernant les administrations locales, un décret du 24 août 1793, liait clairement le sort de leurs biens au désendettement : « *Toutes les dettes des communes, des départemens ou des districts (...) sont déclarées dettes nationales (...) Tout l'actif des communes, pour le compte desquelles la République se charge d'acquitter les dettes (...) appartiennent dès ce jour à la nation, jusqu'à concurrence du montant des dites dettes* ».

§ 2. La persistance du lien entre vente et urgence financière révélée par la création de comptes d'affectation spéciale

178. Le lien entre la vente et l'urgence financière est institutionnalisé par la création de comptes d'affectation spéciale, visant à affecter pour partie au désendettement les excédents dégagés par les opérations de vente et de relocalisation. Aménagements au principe d'universalité budgétaire, les comptes d'affectation spéciale, prévus par l'article 21 de la

LOLF, permettent d'isoler des recettes particulières pour les affecter à des dépenses qui leur sont liées. Les comptes d'affectation spéciale « Gestion du patrimoine immobilier de l'État » et « Participations financières de l'État » permettent donc l'isolation de certaines recettes relatives à des opérations patrimoniales pour les affecter, entre autres, à des dépenses de même nature, mais aussi au désendettement.

179. Créé par l'article 48 de la loi de finances pour 2006⁴¹⁶ et succédant à un « Compte d'affectation des produits de cession de titres, parts et droits de sociétés » instauré en 1993⁴¹⁷, le compte d'affectation spéciale « **Participation financières de l'État** » retrace en recettes les produits des cessions des titres détenus directement ou indirectement par l'État, certains remboursements et versements résultant de l'appropriation de ces titres, ainsi que, classiquement, les versements du budget général. En dépenses, il retrace des dotations contribuant au désendettement ainsi que des dépenses (rachat de titres, augmentations de capital, commissions et frais) relatives à ses opérations sur le marché financier. L'isolement de ces recettes et de ces dépenses se justifie par la volonté d' « *identifier, de manière spécifique et dédiée, les recettes de cessions des participations détenues par l'État et à ne pas les assimiler à des produits courants qui financeraient le fonctionnement de l'État* »⁴¹⁸. Il s'agit donc de s'assurer que la cession des titres et, de fait, le recul de l'intervention de l'État dans l'économie ne lui servent pas à financer son train quotidien mais lui permettent, au contraire, soit une réintervention de sa part, soit son désendettement.

180. La logique du compte d'affectation spéciale « **Gestion du patrimoine immobilier de l'État** », instauré par l'article 47 de la loi de finance de 2006⁴¹⁹ est exactement la même. S'il permet de rendre plus visibles les produits des cessions domaniales, jusqu'alors « *recette mal identifiée au sein des recettes du budget général* »⁴²⁰, c'est précisément pour que ceux-ci soient réaffectés au relogement des services et au désendettement de l'État.

⁴¹⁶ Loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006, *JORF* du 31 décembre 2005, p. 20597.

⁴¹⁷ Loi n° 92-1376 du 30 décembre 1992 de finances pour 1993, *JORF* du 31 décembre 1992, p. 18058.

⁴¹⁸ MAUREY (H.), *Avis présenté au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi de finances pour 2012, adopté par l'Assemblée nationale - Tome VIII Compte d'affectation spéciale : Participations financières de l'État*, Avis n° 11 (Sénat, Session ordinaire de 2011-2012), p. 5.

⁴¹⁹ Loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006, *JORF* du 31 décembre 2005, p. 20597. Notons que l'article 8 de la loi de finances rectificative pour 2005 (Loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005, *JORF* du 31 décembre 2005, p. 20654) l'instaure rétroactivement pour l'année 2005.

⁴²⁰ DUBOST (D.), « Le domaine au trésor public », *La Revue du Trésor* janvier 2007, p. 35.

181. Élément important : comme dans l'observation des organes et outils créés pour la vente du domaine, c'est encore l'État qui est seul concerné par ces comptes d'affectation spéciale, et rien n'oblige les collectivités territoriales à grever d'une affectation particulière les produits des ventes de leurs biens domaniaux⁴²¹. Nous formulerons toutefois les mêmes observations que précédemment : l'étude des outils étatiques, en l'occurrence ces comptes d'affectation spéciale, permet de dégager un véritable modèle que l'on peut envisager applicable, à terme, aux collectivités territoriales. En outre, et même si l'analyse ne peut être que casuelle, la vente du domaine apparaît également aux collectivités territoriales comme un moyen de financement de dernier recours. Les chambres régionales des comptes le relèvent régulièrement. En 2012, la Chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte-D'Azur, examinait le cas de la commune de Roquebrune-Cap-Martin et estimait que son fort endettement générait « *un niveau de dépenses d'équipement modéré, dont le financement repose largement sur des ressources exceptionnelles résultant des cessions d'immobilisations* »⁴²². À propos de la commune de Sannois, la Chambre régionale des comptes de l'Île-de-France notait que « *la réduction de l'endettement semble aujourd'hui nécessaire. Elle doit venir en complément des efforts de la commune pour recourir à d'autres sources de financement de ses investissements, via des cessions foncières et immobilières* »⁴²³. Face à la situation financière fragile de la commune de Campan, la Chambre régionale des comptes de Midi-Pyrénées prescrivait en 2013 plusieurs solutions, parmi lesquelles « *la vente de certains éléments d'actif du budget (...) après étude financière approfondie* »⁴²⁴. Les exemples peuvent être multipliés à l'envi⁴²⁵, suffisamment pour attester que, même pour les collectivités territoriales, la vente d'actifs constitue bien une solution de dernier recours pour affronter les situations financières les plus tendues.

182. La particularité de l'État par rapport aux collectivités territoriales est qu'il a véritablement, au travers de ces comptes d'affectation spéciale, institutionnalisé la

⁴²¹ Précisons toutefois que, « recettes d'investissement », ces produits ne peuvent en principe qu'être affectés à des « dépenses d'investissement ».

⁴²² Chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte-d'Azur, *Rapport d'observations définitives sur la gestion de la commune de Roquebrune-Cap-Martin à compter de l'exercice 2005*, publié 5 avril 2013, p. 2.

⁴²³ Chambre régionale des comptes d'Île-de-France, *Rapport d'observations définitives et ses réponses - Commune de Sannois - Exercices 2006 et suivants*, 6 février 2014, p. 4. Pour d'autres exemples, voir ROGERS (D.),

⁴²⁴ Chambre régionale des comptes de Midi-Pyrénées, *Rapport d'observations définitives sur la gestion de la Commune de Campan - Exercices 2006 et suivants*, 10 juillet 2013, p. 14.

⁴²⁵ Pour d'autres exemples, voir ROGERS (D.), *La cession des patrimoines immobiliers des personnes publiques*, Thèse Montpellier I, 2008, pp. 108 s.

contribution des produits de cession au désendettement. L'observation de ces deux comptes révèle en effet une priorisation de la contribution au désendettement, ne serait-ce que par la création, dans chacun d'eux, d'un programme éponyme. L'on constate toutefois, lors de l'étude de ces comptes, l'existence d'une différence importante : si les produits de cession des immeubles de l'État sont effectivement de plus en plus affectés au désendettement (B), ce n'est pas le cas des produits de cession de ses participations financières, dont l'affectation au désendettement demeure, année après année, toujours aussi théorique (A).

A. L'affectation théorique des produits de cession au désendettement dans le compte « Participations financières de l'État »

Le compte devrait être essentiellement abondé par les recettes de cession, ce qui n'est plus le cas depuis déjà plusieurs années (1). Les quelques crédits qu'il dégage, pourtant censés être affectés au désendettement, sont utilisés pour d'autres opérations (2).

1. Des recettes théoriquement dominées par les produits de cession

183. La logique du compte transparaît dans son fonctionnement même : dès 2006 et sa rénovation, les recettes de la cession des participations devaient dominer l'ensemble des recettes du compte. Ceci fut d'abord bien respecté : le rapport annuel de performance 2006 du compte révèle que les recettes des cessions des participations représentèrent, pour cet exercice, 99,8 % des recettes totales du compte. L'exercice 2007 se clôtura sur des scores comparables, avant qu'un très net essoufflement ne se fasse ressentir en 2008 : les recettes de cessions domaniales furent divisées par quatre par rapport aux prévisions ; et depuis 2009, une très curieuse situation se répète annuellement : alors même que la loi de finances initiale prévoit près de 5 milliards d'euros de cession de titres (représentant, en général, plus de 95 % des recettes attendues du compte), la loi de règlement constate des produits de cession infiniment plus faibles, ne dépassant pas 1 % de la prévision initiale. Les autres recettes sont en général dominées par les dotations en provenance du budget général (qui, c'est logique, sont utilisées pour d'autres opérations que le désendettement), ou par certains remboursements. Pour justifier cette surévaluation extrême des produits de cession de l'année, les rapports annuels de performance se contentent de psalmodier, chaque année, la même phrase : « *L'écart entre la réalisation et la prévision s'explique par une situation économique*

fortement dégradée ne permettant pas de cession significative d'actifs ». Cette réitération d'une prévision que l'on sait très excessive a néanmoins une explication : « *Comme il est d'usage, la prévision de produits de cessions d'actifs est fixée de manière conventionnelle, pour éviter de révéler les intentions de l'État actionnaire, ce qui pourrait avoir une incidence sur la valorisation de ses participations* »⁴²⁶. Mais si légitime que soit ce souhait de confidentialité, il pose la question de sa conformité au principe de sincérité budgétaire, et celle de l'intérêt d'un compte dont les crédits ne sont pas utilisés conformément au vote du Parlement. Les parlementaires manifestent d'ailleurs un certain agacement : l'on pouvait lire ainsi, dans un rapport de 2011, que le compte « *ne reflète évidemment pas la réalité des opérations prévues sur le compte, d'autant qu'il y a de fortes chances pour que, comme en 2010 et en 2011, l'exercice 2012 soit caractérisé par une absence de crédits destinés au désendettement de l'État et des administrations publiques alors même que les documents budgétaires en font, une nouvelle fois, une priorité du compte. Votre rapporteur pour avis s'interroge ainsi une fois de plus sur la sincérité des informations stratégiques fournies au Parlement en la matière : (...) plus que d'informations lacunaires, c'est d'informations erronées dont il s'agit* »⁴²⁷. La Cour des comptes elle-même se montre quelque peu irritée, relevant que « *si la construction budgétaire peut en partie être conventionnelle, en raison du caractère confidentiel de certaines opérations, elle doit aussi s'appuyer sur des bases réelles* »⁴²⁸.

184. La faiblesse des produits des cessions perturbe d'autant plus la cohérence du compte que la performance de son premier programme, « Opérations en capital intéressant les participations financières de l'État », est entièrement axée sur les cessions. Deux objectifs sont assignés au programme : le premier consiste à « Veiller à l'augmentation de la valeur des participations financières de l'État ». Sa réalisation vise notamment, de l'aveu même du responsable de programme, à céder ces participations « *dans les meilleures conditions possibles* »⁴²⁹. Le second, quant à lui, est encore plus lié aux cessions puisqu'il s'agit d' « Assurer le succès des opérations de cessions des participations financières », mesuré par

⁴²⁶ BACHELAY (G.), *Annexe n° 48 (Participations financières de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2014*, Rapport n° 1428 (Assemblée nationale, 14^{ème} législature), 10 octobre 2013, p. 24.

⁴²⁷ MAUREY (H.), avis précité, p. 15

⁴²⁸ Cour des comptes, *Analyse de l'exécution du budget de l'État par mission et programme, Exercice 2012, Compte d'affectation spéciale Participations financières de l'État*, mai 2013, p. 11.

⁴²⁹ *Projet annuel de performance 2014 du programme n° 731 « Opérations en capital intéressant les participations financières de l'État »*, p. 18.

deux indicateurs : l'écart entre la valeur de la participation et son prix de cession ; le taux des commissions versées par l'État à ses conseils. Bref, toute une partie de la performance du compte est orientée vers la cession, alors même que celle-ci n'en représente plus qu'un élément minime.

2. Des crédits théoriquement affectés au désendettement

185. Au moment de la rénovation du compte en 2006, les rapports parlementaires avaient clairement ciblé les écueils de la version précédente. En relevant qu'« *une gestion responsable des participations de l'État implique d'affecter en priorité le produit de leurs cessions à la réduction de la dette publique* »⁴³⁰, les parlementaires souhaitaient que le désendettement général soit l'objectif prioritaire des cessions. Jusqu'alors, près de 60 % des recettes du compte dans son ancienne version étaient affectées au désendettement. Il s'agissait toutefois d'un désendettement « indirect » : « *Chaque année, au moins 60 % des recettes de cessions de participations sont affectées au "désendettement" au sens large, qu'il s'agisse : des apports à la Caisse de la dette publique (c'est à dire au désendettement direct de l'État), dont il faut reconnaître qu'ils ont jusqu'ici été singulièrement limités ; - des dotations accordées au Fonds de réserve pour les retraites (...) Ces dotations sont également très faibles ; - des sommes versées aux organismes chargés de "soldier" le poids du passé (...) pour cantonner les actifs compromis du Crédit lyonnais, (...) pour accompagner l'interruption des activités d'extraction du charbon et de potasse et (...) pour couvrir progressivement le coût de la participation de l'État au redressement de France Télécom) : c'est en définitive trop souvent l'essentiel de l'effort de désendettement. Cet apurement du passé, que ce que l'on peut qualifier de partie "passive" du désendettement, préempte en effet bon an mal an environ deux milliards d'euros chaque année* »⁴³¹. La réaffirmation de l'affectation des dépenses vers une contribution au désendettement voulue cette fois réelle fut donc très bien accueillie par les parlementaires, lesquels relevèrent que « *cette priorité accordée au désendettement constitue un élément nouveau et positif* »⁴³² et se montrèrent favorables « *à ce que les recettes de privatisations ne soient pas affectées aux dépenses courantes mais plutôt à des dépenses*

⁴³⁰ DIEFENBACHER (M.), *Annexe n° 42 (Participations financières de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2006*, Rapport n° 2568 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 12 octobre 2005, p. 15.

⁴³¹ *Ibid.*, pp. 27 et 28.

⁴³² *Id.*, p. 16.

"structurelles", telles que les investissements orientés vers la croissance (recherche, infrastructure) ou le remboursement de la dette publique »⁴³³.

186. Mais, en même temps que chuta la part des recettes du compte issue des produits de cession, la part des crédits affectés au désendettement s'effondrèrent. Sur les exercices budgétaires 2006 et 2007, années fastes pour la cession de participations, les crédits du compte servirent au désendettement à hauteur d'environ 95 %. Dès 2008, ce taux chuta à moins de 8 %, les crédits servant alors à financer les augmentations de capital, avant que ne se forme en 2009 la même distorsion annuelle entre les prévisions et la réalisation que pour les produits de cession : la loi de finances initiale annonce une part des crédits affectés au désendettement élevée à 80 % ; la loi de règlement constate une absence totale de tels crédits. En 2009, un parlementaire, évoquant le programme « Contribution au désendettement » du compte, préconisait de joindre le geste à la parole en souhaitant « *que 2010 permette de reprendre les opérations sur ce programme, de façon à marquer la volonté de l'État de s'engager dans une politique résolue de désendettement. Les perspectives de moyen terme des finances publiques, et leur perception aussi bien par nos partenaires que par les acteurs de marché, nous obligent non seulement à annoncer des mesures de redressement, mais aussi à envoyer des signaux tangibles de notre détermination en ce sens* »⁴³⁴. Si le geste manque toujours, la parole est répétée chaque année.

187. Ce lien entre produits des cessions et désendettement apparaît encore dans le dispositif de mesure de la performance du compte. Le programme « Contribution au désendettement » du compte se voit en effet assigner un objectif, « Contribuer au désendettement de l'État et d'administrations publiques », dont la réalisation est mesurée par la diminution de la dette nette et la diminution de la charge d'intérêt permise par les recettes du compte. Bien évidemment, faute de contribution au désendettement, ces objectifs ne sont pas remplis ; ils restent toutefois, eux aussi, répétés chaque année.

⁴³³ BÉCOT (M.), *Avis présenté au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi de finances pour 2006, adopté par l'Assemblée nationale - Tome XII Participations fières de l'État*, Avis n° 101 (Sénat, Session ordinaire de 2005-2006), 25 novembre 2005, p. 14.

⁴³⁴ FOURCADE (J.-P.), *Annexe n° 12 (Compte d'affectation spéciale : Participations financières de l'État) au rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2010, adopté par l'Assemblée nationale*, Rapport général n° 101 (Sénat, Session ordinaire de 2009-2010), 19 novembre 2009, p. 65.

B. L'affectation réelle des produits de cession au désendettement dans le compte « Gestion du patrimoine immobilier de l'État »

Contrairement à son homologue relatif aux actifs financiers de l'État, le compte d'affectation spéciale « Gestion du patrimoine immobilier de l'État » est abondé chaque année de produits de cessions domaniales (1), grâce auxquelles se dégagent des crédits de plus en plus affectés au désendettement (2).

1. Des recettes récurrentes principalement constituées du produit des cessions immobilières de l'État

Le compte est précisément conçu pour affecter spécialement des recettes principalement constituées du produit des cessions immobilières de l'État (a). Celles-ci sont véritablement récurrentes (b), de sorte qu'il est possible de dresser un bilan de cette politique de vente.

a. Des recettes principalement constituées du produit des cessions immobilières de l'État

188. Nous l'avons vu : quoique théoriquement très majoritaires, les produits des cessions de titres financiers n'étaient pas les seules recettes abondant le compte d'affectation spéciale « Participations financières de l'État ». Le lien entre cession et désendettement était ainsi susceptible d'être vicié par l'accroissement de recettes secondaires. En revanche, les recettes du compte « Gestion du patrimoine immobilier de l'État », si l'on excepte les versements occasionnels du budget général - qui n'ont évidemment pas d'impact sur le désendettement -, sont presque exclusivement constituées des produits de cessions d'immeubles étatiques. Seules furent ajoutées au titre des recettes, en 2007, les fonds de concours apportés par d'autres personnes publiques désireuses de prendre part à une opération immobilière étatique les concernant. Cette recette, par nature inutilisable pour le désendettement, ne perturbe pas le lien entre cession domaniale et désendettement.

189. Les recettes de ce compte sont donc presque exclusivement constituées des cessions des biens immobiliers étatiques. Un doute pouvait toutefois naître de la loi de finances pour 2010, dont l'article 60 ajoute aux produits de cessions les « *droits à caractère immobilier*

attachés aux immeubles de l'État »⁴³⁵. Si la formulation manque de précision, l'analyse par les rapports parlementaires de cette disposition ne laisse *a priori* que peu de place au doute : « *Il s'agit des droits à percevoir des loyers et des redevances ou encore les produits de droits réels cédés à un tiers* »⁴³⁶ ; ou encore, « *sont ainsi visés les loyers, les redevances, les produits de droits réels cédés à un tiers pour la gestion ou la valorisation d'immeubles, etc., toutes recettes actuellement retracées dans le compte de commerce "Opérations commerciales des domaines* » au titre de la gestion d'immeubles domaniaux⁴³⁷. Dans ces « droits à caractère immobilier attachés aux immeubles de l'État », le législateur intégrerait donc les redevances et les loyers domaniaux.

190. Cette analyse nous paraît erronée. Le législateur n'a jamais effectivement inclus les redevances et loyers domaniaux, et il nous semble, pour trois raisons, que seule la cession des droits réels immobiliers figure réellement dans les nouvelles recettes.

191. En premier lieu, la nouvelle rédaction de l'article 47 de la loi de finances pour 2006 dispose que « *Ce compte (...) retrace : 1° En recettes : a) Le produit des cessions des biens immeubles de l'État ainsi que des droits à caractère immobilier attachés aux immeubles de l'État* ». C'est donc le « produit » des cessions des droits qui est retracé. L'interprétation selon laquelle seraient visés « le produit des droits » serait maladroite si elle devait englober redevances et loyers, car il faudrait alors parler de « revenus » et non de produits.

192. En second lieu, l'examen des évaluations préalables des articles du projet de loi de finances pour 2010 nous révèle la véritable intention ayant pourvu à l'élargissement du champ des recettes et permet de comprendre la méprise susvisée des parlementaires. L'évaluation rappelle d'abord la façon dont les produits et revenus domaniaux sont décrits dans le budget : « *Les recettes immobilières rattachables au compte d'affectation spéciale sont limitées aux seules cessions des biens immeubles de l'État. Les recettes immobilières de l'État autres que les cessions (redevances, loyers, produits de droits réels, etc.) sont rattachées au budget*

⁴³⁵ Loi n° 2009-1673 du 20 décembre 2009 de finances pour 2010, *JORF* du 31 décembre 2009, p. 22856.

⁴³⁶ MARC (F.), *Rapport fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée de règlement des comptes et rapport de gestion pour l'année 2011* In Rapport n° 658 (Sénat, Session extraordinaire de 2011-2012), 11 juillet 2012, p. 248, note 2.

⁴³⁷ MARINI (P.), *Rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2010, adopté par l'Assemblée nationale* (Tome 2, Fascicule 1, « Les conditions générales de l'équilibre financier »), Rapport général n° 101 (Sénat, Session ordinaire de 2009-2010), 19 novembre 2009, pp. 137 et 138.

*général et au compte de commerce "Opérations commerciales des domaines" »⁴³⁸. Une fois ce constat établi, le document ne prévoit à aucun moment d'intégrer loyers et redevances dans le compte d'affectation spéciale. Le seul « *problème à résoudre* » qu'il évoque, du point de vue des recettes, est la non prise en compte du produit des droits réels : « *l'expérience acquise (...) montre que le périmètre actuel des recettes et des dépenses du compte d'affectation spéciale est trop limité et tient insuffisamment compte du caractère global de la problématique immobilière de l'État. En effet : les recettes issues de la rationalisation de la gestion immobilière du patrimoine peuvent ne pas comporter de cession du droit de propriété tout en étant la contrepartie de cessions de droits réels. C'est par exemple le cas d'immeubles ayant une certaine valeur historique dont l'État considère n'avoir plus l'usage sans pour autant souhaiter en abandonner la pleine propriété (...)* L'absence d'un élargissement des recettes aux droits réels peut conduire à minorer les recettes du compte d'affectation spéciale sans réelle justification, à un moment où les besoins de financement se maintiendront à un niveau significatif »⁴³⁹. De l'avis du document, seuls les produits de la constitution de droits réels sur le bien, tels une servitude ou un usufruit, doivent donc abonder le compte en plus des produits de cessions.*

193. En dernier lieu, aucun des projets annuels de performance joints au compte d'affectation spéciale ne mentionne au titre des recettes du compte, des loyers ou des redevances. Bien au contraire, figure systématiquement seule, dans la partie « *Évaluation et justification des recettes par ligne* », la ligne 01 « *Produits des cessions immobilières* ». Si ce dernier libellé englobe peut-être la cession de droits réels autres que la propriété, il ne saurait inclure les loyers ou redevances. Par ailleurs, la justification des recettes exposée par les projets annuels de performance successifs ne fait pas plus état de quelque revenu immobilier. En dehors des fonds de concours, le compte d'affectation spéciale « *Gestion du patrimoine immobilier de l'État* » ne retrace donc que les dépenses financées grâce aux produits de cession.

194. Le dispositif de mesure de la performance du compte accorde également une place prépondérante aux cessions domaniales : les objectifs du projet annuel de performance 2013 de chacun des deux programmes du compte ont trait, de près ou de loin, à des cessions. Est

⁴³⁸ Évaluations préalables des articles du projet de loi (Annexe au Projet de loi de finances pour 2010), p. 211.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 212.

assigné, au programme « Contribution au désendettement », l'objectif « Améliorer la qualité des évaluations domaniales » ; quant à l'objectif « Optimiser le parc immobilier de l'État », s'il semble, d'après son libellé, englober d'autres opérations que la cession, les deux indicateurs ne laissent que peu de doutes sur la façon dont est appréhendée cette optimisation. Le premier mesure en effet la « Durée moyenne de vente d'un bien immobilier », censée baisser pour remplir l'objectif et qui manifeste l'urgence du besoin de ressources ; le second mesure le « Rendement d'occupation des surfaces » et vise à abaisser à 12 m² la surface utile nette par agent, ce qui implique, ensuite, une cession des surfaces libérées.

b. Des recettes récurrentes

195. L'analyse des prévisions et de l'exécution budgétaires du compte sur chaque exercice budgétaire inviterait à croire à une programmation des recettes pour le moins dilettante. Une analyse plus globale, réalisée sur plusieurs années, montre au contraire une évaluation plutôt sage et réaliste des recettes à venir.

196. Les deux premiers exercices de mise en œuvre du compte d'affectation spéciale furent des années fastes pour la vente du patrimoine immobilier de l'État. Alors que la loi de finances initiale pour 2006 évaluait à 479 millions d'euros les produits des cessions immobilières de l'État, près de 800 millions d'euros furent finalement encaissés. La même phénomène se produisit sur l'exercice 2007, quoique la consultation des rapports annuels de performance invite à tempérer cette apparente réussite : le résultat de 2006 s'explique en grande partie par des opérations décidées au cours de l'année (et donc non prévues dans le projet) et, surtout, par l'encaissement en 2006 du produit de cessions conclues en 2005 ; celui de 2007 résulte essentiellement d'une opération que le rapport de performance reconnaît être « exceptionnelle » : la vente d'un immeuble parisien pour 404 millions d'euros, soit près de la moitié du produit des cessions sur l'année.

197. Portée jusque-là par la mise en place d'outils (notamment les schémas pluriannuels de stratégie immobilière) et la réalisation d'opérations exceptionnelles, la politique de cession des biens immobilier de l'État connu, comme celle des participations financières, un sérieux coup d'arrêt à compter de l'exercice 2008 : les cessions permirent d'engranger moins de 400 millions d'euros, alors que la loi de finances initiale en attendait 600. L'extension des

schémas aux administrations déconcentrées et le démarrage en 2007 de la révision générale des politiques publiques ne permirent pas de compenser le retournement du marché immobilier, et l'État choisit de différer les ventes plutôt que de brader les biens. Dans ce contexte, la prévision de 1 400 millions d'euros de produits de cession par la loi de finances 2009 semblait excessivement ambitieuse, même si 1 000 millions d'euros étaient attendus du ministère de la Défense suite aux restructurations immobilières prévues par la loi de programmation militaire. En raison, une nouvelle fois, de la faiblesse du marché et des reports de cession subséquents, seuls 475 millions d'euros furent encaissés. Avec 900 millions d'euros de prévision (dont 700 au titre de la vente des immeubles de la Défense), la loi de finances pour 2010 se montrait légèrement plus sage ; les résultats, inexplicablement non commentés par le rapport annuel de performance de l'exercice, déçurent une nouvelle fois en ne dépassant pas la barre des 600 millions d'euros. L'année 2011 marqua un retour à la raison : « *Compte tenu de l'évolution du marché immobilier observée depuis mi-2008 et de la volonté de l'État de ne pas céder ses immeubles à des conditions lésant ses intérêts patrimoniaux, le montant brut des produits de cessions immobilières prévu pour 2011 est fixé à 400 millions d'euros* »⁴⁴⁰. L'État encaissa au cours de cette année près de 598 millions d'euros, grâce notamment à la cession de biens sis à l'étranger par le ministère des Affaires étrangères. 2012 fut l'année de la réalisation la plus proche de l'évaluation (500 millions d'euros prévus, 547 millions réalisées). Les chiffres des années 2013 et 2014 sont à peu près similaires, même si la prévision pour l'année 2013 (530 millions d'euros) fut une nouvelle fois un peu optimiste au regard des produits encaissés (406 millions d'euros).

198. La fréquence de la surévaluation des produits des cessions immobilières au regard de ceux effectivement encaissés ne doit pas forcément être blâmée. L'évaluation et l'exécution tendent à s'équilibrer lorsqu'elles sont considérées sur une période prolongée. Entre 2006 et 2013, les prévisions de produits représentèrent 5,2 milliards d'euros ; 4,6 milliards d'euros, soit près de 90 %, furent effectivement encaissés. Du reste, les surévaluations sont souvent la conséquence de la longueur des opérations de cession, rendant incertaine la date d'encaissement du produit. Surtout, elles témoignent d'une volonté louable de ne pas vendre à n'importe quel prix, quitte à conserver le bien jusqu'à ce que le marché permette l'obtention

⁴⁴⁰ Voir le descriptif du compte d'affectation spéciale « Gestion du patrimoine immobilier de l'État », préalable à l'exposé du projet annuel de performances du programme n° 721 « Contribution au désendettement de l'État », p. 12.

d'un prix convenable. Si l'urgence budgétaire impose le principe des ventes, elle recommande parfois leur mise en attente.

2. Des crédits censés être de plus en plus affectés au désendettement

Il serait difficile d'inciter les services de l'État à céder leurs biens sans leur garantir le retour entre leurs mains d'une part du produit de la cession. Ce fut, dès l'exercice 2006, le but du compte d'affectation spéciale que d'éviter le retour total dans le budget général des sommes récoltées grâce au sacrifice immobilier des ministères, en partageant les produits de la cession en deux postes de dépenses : les dépenses immobilières, finançant les besoins de relocalisation, et la contribution au désendettement de l'État. Néanmoins, ce deuxième poste prend de l'importance au détriment du premier, tant au niveau de son volume (a) qu'au niveau de l'analyse du compte (b).

a. L'évolution de l'affectation des crédits

L'évolution de l'affectation des recettes s'est dessinée en deux temps. Le premier donnait la priorité aux retours des produits de cession entre les mains des ministères (i); le second, actuel, est celui de la croissance de la part affectée au désendettement (ii).

i. Le temps des retours des produits de cessions aux ministères

199. Une circulaire du 21 février 1992 prévoyait déjà la possibilité pour les ministères de récupérer jusqu'à 90 % du produit des cessions. Toutefois, les retours ainsi promis leur échappaient fréquemment, utilisés comme « *variable d'ajustement pour le bouclage des lois de finances rectificatives* »⁴⁴¹. Le compte d'affectation spéciale n'invente donc pas le principe des retours ; néanmoins, en fixant un cadre plus transparent, il suscite la confiance des ministères. La fixation des taux de retours fut longtemps l'œuvre des projets annuels de performance, et était donc dépourvue de base légale. Les projets annuels de performance 2007 et 2008 distinguaient les immeubles selon leur utilisation et leur prix de vente : les immeubles

⁴⁴¹ TRON (G.), *Annexe n° 13 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2007*, Rapport n° 3363 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 12 octobre 2006, p. 130.

inoccupés vendus plus de 2 millions d'euros ne donnaient ainsi lieu, au profit des ministères affectataires, qu'à un retour de 50 %, l'autre moitié contribuant au désendettement ; en revanche, le produit de cession des autres immeubles (ceux cédés pour moins de 2 millions d'euros ou ceux, occupés, cédés pour plus de 2 millions d'euros) revenait à hauteur de 85 % aux ministères affectataires, les 15 % restants étant affectés au désendettement. Par ailleurs, certains ministères bénéficiaient de taux de retours privilégiés. Le ministère de l'Équipement pouvait ainsi conserver 95 % du produit des cessions des immeubles qui lui étaient affectés ; le ministère des Affaires étrangères pour la cession de ses immeubles situés à l'étranger et le ministère de la Défense bénéficiaient d'un taux de retour de 100 %. L'article 195 de la loi de finances pour 2009⁴⁴² unifia les pratiques antérieures en fixant à 85 % le taux maximum de retour des produits de cession aux ministères, y compris pour les immeubles inoccupés vendus plus de 2 millions d'euros. Mais cette disposition valida également l'exonération de la contribution au désendettement au profit du ministère de la Défense jusqu'à la fin de l'année 2014, et en créa deux autres : l'une, permanente, pour l'ensemble des immeubles domaniaux situés à l'étranger ; l'autre, jusqu'au 31 décembre 2009, pour les immeubles mis à disposition des services du ministère chargé de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et du territoire.

200. L'individualisation originelle des retours n'avait pour fonction que d'inciter les ministères à vendre. Une fois lancé le programme de cession, cette individualisation suscita rapidement des critiques, tenant à l'abandon par France Domaine de sa fonction propriétaire. Dès 2007, on pouvait lire qu' « *une évolution des règles du compte d'affectation spéciale (...) afin d'assurer une mutualisation des opérations de cession et d'acquisition (...) passe maintenant par une nette réduction, voire une suppression du "droit de retour". L'affirmation du rôle du service France Domaine en tant que propriétaire doit maintenant être suffisante pour que les décisions de cession des immeubles domaniaux ne supposent plus une incitation des ministères* »⁴⁴³. En 2008, les critiques contre les retours individualisés résultaient de la volonté de mettre en place une sorte de péréquation immobilière : « *L'intégralité de ce qui n'est pas affecté au désendettement devrait être mutualisé. Ce système de retours sur cessions pérennise les inégalités entre ministères. Les ministères "riches" peuvent financer des*

⁴⁴² Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, *JORF* du 28 décembre 2008, p. 20224.

⁴⁴³ DENIAUD (Y.), *Annexe n° 48 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2008*, Rapport n° 276 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 11 octobre 2007, p. 49.

opérations par le emploi de produits de cession ; les ministères "pauvres", qui ne disposent pas de parc immobilier historique, ne peuvent financer des projets qui pourraient paraître plus pressants, comme par exemple de sortir de situations locatives pour héberger des missions pérennes de l'État »⁴⁴⁴. Ces critiques furent partiellement entendues. Alors que la loi de finances pour 2009 garantissait aux ministères une enveloppe de 85 % du produit de leurs cessions, le projet annuel de performance de la même année, entériné par une circulaire du Premier ministre⁴⁴⁵, procéda à une nouvelle répartition : pour chaque immeuble, cédé, 65 % du produit revenait au ministère affectataire en tant que « *emploi prioritaire* »⁴⁴⁶, et 20 % étaient versés dans une enveloppe commune. Cette « *fongibilité interministérielle des ressources issues des cessions immobilières* »⁴⁴⁷ n'emporta pas la conviction des parlementaires qui la jugèrent trop timide pour que les ministères sortent de leur attitude de « *quasi-proprétaires* »⁴⁴⁸. Si la part de mutualisation culmine toujours à 20 %, le volume des retours individuels baisse sous l'effet de l'augmentation de la contribution au désendettement.

ii. L'augmentation du volume de la contribution au désendettement

201. L'augmentation du volume de la contribution au désendettement résulte de deux phénomènes : l'augmentation de la part des produits de cession affectés au désendettement ; la disparition programmée des cas d'exemption à cette contribution.

202. La simple consécration légale⁴⁴⁹ de la contribution des produits de cession au désendettement, fut-elle minime, témoignait de la volonté de faire de la politique de vente, un palliatif à la crise budgétaire. L'article 61 de la loi de finances pour 2011 confirmait ce

⁴⁴⁴ DENIAUD (Y.), DUMONT (J.-L.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, en conclusion des travaux de la Mission d'évaluation et de contrôle (MEC), sur les suites données aux préconisations de la Mission d'évaluation et de contrôle sur l'immobilier de l'État*, Rapport d'information n° 923 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 4 juin 2008, p. 42.

⁴⁴⁵ Circulaire du 16 janvier 2009 relative à la politique immobilière de l'État, *JORF* du 21 janvier 2009, texte n° 3.

⁴⁴⁶ Projet annuel de performance 2009 du programme n° 722 « Dépenses immobilières », p. 33.

⁴⁴⁷ BRICQ (N.), *Annexe n° 12 (Engagements financiers de l'État - Compte spécial : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances pour 2009, adopté par l'Assemblée nationale*, Rapport général n° 99 (Sénat, Session ordinaire de 2008-2009), p. 70.

⁴⁴⁸ DENIAUD (Y.), *Annexe n° 26 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2012 (n° 3775)*, Rapport n° 3805 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 12 octobre 2011, p. 11.

⁴⁴⁹ Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009 (art. 195), *JORF* du 28 décembre 2008, p. 20224.

souhait en portant la contribution au désendettement de 15 % des produits de cession à 20 % en 2012, 25 % en 2013 et 30 % en 2014. L'augmentation des taux de contribution révèle la volonté « *de mieux lier les ventes d'immeubles de l'État à la résorption de sa dette* »⁴⁵⁰.

203. Il faut pourtant constater que l'existence de nombreux régimes d'exemption de cette contribution au désendettement, pour les biens relevant de certains ministères (notamment la Défense), réduisent considérablement la part de crédits réellement affectés au désendettement. Le responsable du programme « Contribution au désendettement » le note encore dans le projet annuel de performances pour 2014 : « *L'estimation de la contribution au désendettement 2014 se calcule en appliquant le taux de 30 % aux prévisions de recettes pour 2014, déduction faite de la part relative aux cessions des ministères précités exonérés de contribution au désendettement. Compte tenu des exonérations précitées, le taux de contribution 2014 a été évalué à 17 % des recettes estimées* »⁴⁵¹. Toutefois, la fin programmée de certains régimes d'exemption devrait permettre un accroissement de la part réelle des recettes affectées au désendettement, qui devrait se rapprocher du niveau légal de 30 %. La loi de finances pour 2009 avait déjà limité jusqu'au 31 décembre 2014 l'absence de contribution au désendettement des produits de cessions des immeubles domaniaux mis à disposition de la Défense. La loi de finances pour 2011 prévoit la fin, à la même date, de l'exemption dont bénéficient les immeubles domaniaux situés à l'étranger ; elle crée néanmoins trois nouveaux cas. Il faut mettre de côté l'exemption de contribution au désendettement sur les produits de cessions des immeubles occupés par la direction générale de l'aviation civile. La loi justifie elle-même cette exemption : « *Ces produits de cession sont affectés au désendettement du budget annexe "Contrôle et exploitation aériens"* ». Les deux autres exemptions posent davantage de difficultés : en premier lieu, ne contribuent pas au désendettement les produits de cession des biens notamment affectés ou mis à disposition des universités ayant demandé à bénéficier de la dévolution de leur patrimoine. Il s'agit ici d'une mesure transitoire, consistant à anticiper sur cette dévolution en ne prélevant pas de contribution au désendettement sur les biens cédés par les universités entre la demande de

⁴⁵⁰ BRICQ (N.), *Annexe n° 14 (Compte d'affectation spéciale : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2011, adopté par l'Assemblée nationale*, Tome III, Rapport général n° 111 (Sénat, Session ordinaire de 2010-2011), 18 novembre 2010, p. 73.

⁴⁵¹ Projet annuel de performance 2014 du programme « Contribution au désendettement de l'État », p. 18.

dévolution du patrimoine et sa réalisation⁴⁵². En second lieu, les établissements publics exerçant des missions d'enseignement supérieur ou de recherche, souhaitant s'implanter sur le périmètre de l'opération d'intérêt national d'aménagement du plateau de Saclay⁴⁵³, bénéficient également, afin de faciliter leur implantation, de l'exemption. Ces exemptions suscitèrent immédiatement la réticence du Sénat qui se fonda sur la primauté de la contribution au désendettement pour demander - en vain - leur suppression lors de l'élaboration du projet de loi de finances pour 2011 : « *Dans son principe, la finalité de cette double dispense de contribution au désendettement de produits de cession domaniales était louable : il s'agissait de soutenir l'investissement des établissements en cause. Néanmoins, ces dispositions, par nature, iraient à l'encontre de l'intensification de la contribution au désendettement des recettes de cessions immobilières de l'État* »⁴⁵⁴.

b. L'affinement de l'analyse de la contribution au désendettement

204. Cet affinement résulte d'abord de la prise en compte des exemptions dans l'estimation du montant de la contribution au désendettement. Le projet annuel de performance 2012 affirme rompre, de ce point de vue, avec la pratique antérieure : « *Les précédents PAP présentaient par convention une estimation de la contribution (...) par application d'un taux de 15 % au montant des recettes prévues en loi de finances initiale, alors même qu'une partie de ces recettes était exonérée de contribution (ventes de biens utilisés par le ministère de la Défense et biens situés à l'étranger). Cette pratique avait pour conséquence d'aboutir à une contribution prévisionnelle supérieure à l'exécution constatée en fin d'année. Pour l'année 2012, il est retenu une approche analytique de la contribution au désendettement en appliquant le taux de 20 % aux recettes inscrites en loi de finances initiales, déduction faite de la part de cette estimation revenant aux ministères exonérés de contribution au désendettement* »⁴⁵⁵.

205. L'examen des projets annuels de performance des années précédentes révèle toutefois qu'une telle analyse n'a rien de nouveau. En 2009, alors que les recettes estimées s'élevaient à

⁴⁵² BRICQ (N.), Rapport général au Sénat n° 111 (précité), pp. 68 et 69.

⁴⁵³ Décret 2009-248 du 3 mars 2009 inscrivant les opérations d'aménagement du Plateau de Saclay parmi les opérations d'intérêt national, *JORF* du 5 mars 2009, p. 4081.

⁴⁵⁴ BRICQ (N.), Rapport général au Sénat n° 111 (précité), p. 71.

⁴⁵⁵ Projet annuel de performance 2012 du programme n° 721 « Contribution au désendettement de l'État », p. 24.

1 400 millions d'euros, le projet annuel de performance ne faisait figurer, au titre de la contribution au désendettement, que 60 millions d'euros, soit à peine plus de 4 % du produit des cessions. Le projet annuel de performance lui-même expliquait ce taux : sur ces 1 400 millions d'euros de produit, seuls 400 étaient tirés des ventes de ministères autres que la Défense et pouvaient donc abonder la contribution au désendettement. Le même phénomène se rencontra dans le projet annuel de performance pour 2010, où la contribution au désendettement prévue (30 millions d'euros) correspondait bien à 15 % des produits de cession des immeubles hors ceux de la défense (200 millions d'euros), et non des recettes totales (900 millions d'euros, soit 700 millions d'euros de produits de vente d'immeubles de la défense). Dès lors, on ne comprend pas pourquoi le projet annuel de performance 2012 présente comme une nouveauté la prise en compte dans le calcul de la contribution au désendettement des exemptions dont bénéficie le ministère de la Défense : bien avant 2012, les PAP prenaient en compte ces exemptions. L'affinement semble ici muer en affichage.

206. Tel n'est pas le cas du second perfectionnement de l'analyse de la contribution au désendettement : il s'agit d'un calcul global du désendettement réel que permet la politique de cession. En 2011, un rapport du Sénat démontrait que la participation de la politique de vente au désendettement de l'État excédait la contribution au désendettement constatée dans les rapports annuels de performance. L'observation des recettes effectivement encaissées sur la période 2006-2010 (3 280 millions d'euros) au regard des dépenses immobilières effectivement ordonnées (2 700 millions d'euros) donnait un bénéfice de 580 millions d'euros, excédant largement les 372 millions d'euros cumulés par la simple addition des taux annuel de produits de cession affectés au désendettement⁴⁵⁶.

207. L'on peut toutefois regretter que le dispositif de performance du compte ne prévoie pas, contrairement à celui du compte « Participations financières de l'État », d'indicateurs mesurant l'impact des cessions sur la dette. La rapporteur spéciale du compte demanda d'ailleurs que soit assigné au programme un objectif « *Intensifier la contribution des recettes des cessions immobilières au désendettement de l'État* »⁴⁵⁷, en vain. La structure du dispositif

⁴⁵⁶ DE MONTGOLFIER (A.), DALLIER (P.), *Annexe n° 14 (Compte d'affectation spéciale : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2012, adopté par l'Assemblée nationale, Rapport général n° 107 (Sénat, Session ordinaire de 2011-2012)*, 17 novembre 2011, p. 69.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 74.

de performance n'est toutefois pas exempte de toute idée d'efficacité financière. En effet, les documents explicatifs de la LOLF distinguent trois catégories d'indicateurs : ceux d'efficacité socio-économique, ceux de qualité de service, et ceux d'efficacité de gestion. Ces derniers mesurent « *l'optimisation attendue dans l'utilisation des moyens employés en rapportant les biens ou services délivrés par l'administration de son activité, aux ressources consommées à cette fin (crédits, emplois, dépenses)* »⁴⁵⁸ ; il ne s'agit que de maximiser le rapport entre les produits d'une activité et les moyens mis en œuvre pour leur obtention, ou en d'autres termes d'augmenter la productivité de l'administration. C'est pourquoi leur libellé est suivi de la mention « *du point de vue du contribuable* ». Dans les deux comptes d'affectation spéciale, la totalité des indicateurs sont des indicateurs d'efficacité de gestion. C'est dire que cette recherche d'efficacité domine la gestion du compte : ce dernier n'a vocation à satisfaire ni l'utilisateur d'un service public, ni un citoyen ; il satisfait le contribuable, parce que l'affectation spéciale des produits de cessions permet de moins le solliciter pour faire face à la crise budgétaire.

Conclusion du chapitre

Le retrait de l'État, la maximisation du champ spatial de l'appropriation privée, la banalisation de l'action publique... Toutes ces justifications apparaissent comme des prétextes pour masquer la raison première de la cession du domaine, celle d'une contribution, fut-elle mineure, à la résorption de la crise des finances publiques. « *Le discours actuel, indique Philippe Yolka, n'est pas dénué d'ambiguïtés* »⁴⁵⁹ ; mais plus encore que des ambiguïtés, ce discours qui assure que la crise budgétaire n'est pas la raison de la politique de vente est en franche contradiction avec ce qu'affiche le budget de l'État. Ce budget, au travers de comptes d'affectation spéciale, institutionnalise la fonction de désendettement de cette politique. Rien de novateur, toutefois : il existe entre les politiques de vente et l'urgence financière un lien historique qu'illustrent particulièrement les engagements de l'Ancien Régime et l'épisode de la vente des biens nationaux sous la Révolution. Mais l'histoire

⁴⁵⁸ Conseil d'Analyse Économique, *Économie politique de la LOLF*, La Documentation française, 2007, p. 263.

⁴⁵⁹ BEYTOUT (J.), PIGASSE (J.-P.), *Mille milliards de milliards ou la fortune collective des français*, Tsuru, 1993, p. 26.

enseigne plus encore : elle montre que si le fait d'entamer ainsi le domaine plutôt que de trouver d'autres ressources renouvelables est aussi difficile à assumer auprès de l'opinion publique, c'est peut-être moins en raison de ce « *vieux réflexe paysan qui veut que l'on ne réduise jamais les surfaces dont on est propriétaire* », que de la révélation d'un État faible, prêt à porter atteinte à ses propres fondements⁴⁶⁰ pour assurer le maintien précaire de son niveau de dépenses.

⁴⁶⁰ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

Conclusion du titre

Le contexte politique est très favorable à la rétraction du domaine. La résorption des déficits et de l'endettement public ne pouvant être assurée ni par l'impôt, ni, logiquement, par l'emprunt, le fait de puiser dans un domaine particulièrement volumineux en le vendant au secteur privé représente forcément une tentation. Mais pour qu'il y ait une rétraction significative encore faut-il que ces opérations soient répétées et s'inscrivent dans une politique durable. Or, il faut bien constater que la politique de vente du domaine, loin d'être un phénomène passager, est amenée à s'inscrire sur un long terme. La crise des finances publiques semble en effet vouée à durer : la résorption du seul déficit public étant difficile à enclencher, on ne peut guère envisager une résorption de la dette autrement que sur un très long terme. Il en résulte une politique de vente elle-même institutionnalisée : des organes et des outils sont créés précisément pour encourager les administrations à procéder à ces ventes. La fonction de la vente est elle-même institutionnalisée, puisqu'elle est très officiellement orientée vers le désendettement, dans des comptes d'affectation spéciale prévus à cet effet.

On peut toutefois anticiper un problème qui pourrait, quant à lui, survenir sur un court ou sur un moyen terme : celui de l'épuisement du stock du domaine cessible. Car, une fois que les bureaux de prestige et le domaine foncier auront été vendus, et que la crise des finances publiques n'aura pas été résolue, l'on peut imaginer que le domaine jusqu'alors inaliénable représente à son tour une forte tentation pour les propriétaires publics, confortée par l'attrait d'acquéreurs privés pour ces biens qui répondent à un besoin social souvent impérieux. Or, le droit applicable aux cessions domaniales ne semble pas constituer un réel frein pour le propriétaire public désireux de succomber à cette tentation.

Titre 2

Un cadre juridique favorable à la vente du domaine

Le vocabulaire économique compte parmi ses épithètes les plus classiques celle de « liquide », pour désigner des actifs aisément transformables en monnaie. Le qualificatif est largement applicable au domaine. Ce n'est en effet certainement pas dans les règles juridiques des cessions que la volonté de vendre le domaine dans un but financier peut trouver un obstacle dirimant. Ces règles figurent dans la troisième partie du CGPPP, qui distingue les règles relatives au domaine public et celles relatives au domaine privé. Les premières sont essentiellement des règles de cessibilité : elles interdisent la cession des biens du domaine public, tout en y apportant certains tempéraments ; les secondes, non confrontées à l'obstacle de l'incessibilité, portent surtout sur l'organisation des procédures de détermination de l'acquéreur, c'est-à-dire sur les obligations de mise en concurrence. Aucune de ces deux catégories de règles ne constitue un véritable frein à la politique de vente du domaine. Bien au contraire, elles suivent le schéma développé dans le titre précédent. La cession, malgré les règles d'incessibilité, est toujours possible ; le domaine est donc une richesse aisément cessible (Chapitre 1). La seule exigence qui contraint véritablement le cédant public participe précisément à la fonction de désendettement : il s'agit de l'exigence d'une contrepartie appropriée (Chapitre 2), qui implique l'établissement presque systématique de la valeur du bien et, sinon l'encaissement d'un prix correspondant à cette valeur, au moins le bénéfice d'une contrepartie de valeur équivalente.

Chapitre 1

Un domaine aisément cessible

Les règles de cessibilité sont suffisamment souples pour offrir au cédant public une grande liberté dans le choix de la cession ou de la conservation (Section 1). Les règles de mise en concurrence, quant à elles, n'ont jamais été suffisamment contraignantes pour décourager les cessions domaniales ; elles le sont encore moins depuis une période récente (Section 2).

Section 1. La souplesse des règles de cessibilité

L'inaliénabilité a beau figurer comme la principale règle applicable au domaine public, elle est loin de constituer un obstacle insurmontable pour le vendeur public prêt à aliéner son bien. L'incessibilité résulte la plupart du temps de la domanialité publique du bien qui, dès qu'il bascule dans le domaine privé, redevient cessible. Or, le propriétaire public est souvent le maître de la domanialité de ses biens (§ 1). Même lorsque cette maîtrise lui échappe, le législateur, maître de l'inaliénabilité, peut toujours assortir cette règle de nouvelles exceptions, sans rencontrer de réel obstacle constitutionnel (§ 2).

§ 1. Le propriétaire public, maître de la domanialité de son bien

« Le seul obstacle véritable, parfois brandi comme un épouvantail, qui est celui de l'inaliénabilité, peut être tourné par la procédure de déclassement qui n'est pas plus contraignante qu'une autre »⁴⁶¹. L'expression célèbre du commissaire du gouvernement Labetoulle synthétise toute la relativité de l'inaliénabilité du domaine public, suspendue à la volonté du propriétaire public. Celui-ci rend le bien cessible en le désaffectant si nécessaire, puis en le déclassant (A), actes émanant de sa volonté (B).

⁴⁶¹ LABETOULLE (D.), concl. sous CE, ass., 3 mars 1978, *Sieur Lecoq*, AJDA 1978, p. 581.

A. La désaffectation et le déclassement, instruments de sortie du domaine public

208. La confusion que l'indéfinition des deux termes a parfois pu engendrer⁴⁶² impose d'emblée une clarification terminologique : la désaffectation consiste en l'opération par laquelle l'autorité compétente met fin à l'affectation. Cette opération est double : elle se décline en un volet juridique, la décision de désaffecter - qui n'est pas toujours formalisée - et un volet matériel, la fin matérielle de l'affectation. Il convient ainsi de distinguer la désaffectation matérielle de la désaffectation juridique, qui, elle-même, ne doit pas être confondue avec le déclassement. Le déclassement est l'acte juridique qui constate la désaffectation de fait et classe formellement le bien dans le domaine privé, confirmant ainsi l'intention de l'autorité compétente de procéder à la désaffectation.

209. Très classiquement, la sortie du domaine public est enseignée comme l'exemple d'une asymétrie des procédures : si l'affectation du bien à l'utilité publique suffit en principe pour son entrée dans le domaine public, la sortie de ce domaine exige, en plus d'une désaffectation, un déclassement. En vérité, la dualité de l'exigence varie en fonction de la nature du bien. Pour les biens domaniaux affectés à l'utilité publique, désaffectation et déclassement sont tous deux nécessaires (1). En revanche, et c'est logique, les biens qui sont dans le domaine public sans pour autant être affectés à l'utilité publique sont dispensés de l'exigence d'une désaffectation (2).

1. Le cumul nécessaire de la désaffectation et du déclassement

Avant d'expliquer les raisons de ce cumul (b), il convient d'exposer le rapport qu'entretiennent les deux notions, ce qui implique la clarification de leur chronologie (a).

⁴⁶² Sur cette confusion, voir DUROY (S.), « La sortie du domaine public : le déclassement », *AJDA* 1997, p. 819.

a. Désaffectation et déclassement, un rapport temporel clarifié

210. De ce que l'affectation de fait suffit à l'entrée dans le domaine public⁴⁶³ il devrait logiquement résulter que leur seule désaffectation fonde leur cessibilité. Telle n'est pourtant pas la solution que retint le Conseil d'État en 1930 dans l'arrêt *Marrot*⁴⁶⁴, en ajoutant une condition supplémentaire que consacra, en 2006 et après moult confirmations jurisprudentielles⁴⁶⁵, l'article L. 2141-1 du CGPPP : celle du déclassement. Le Conseil d'État rompit ainsi en 1930 le parallélisme des procédures et instaura une dissymétrie régulièrement soulignée par la doctrine⁴⁶⁶. Cette seconde condition n'entache pas l'intimité du lien entre l'affectation et l'inaliénabilité : le déclassement d'un bien du domaine public suppose avant tout sa désaffectation.

211. Ce nécessaire cumul de la désaffectation et du déclassement se traduit au contentieux par l'annulation des décisions de déclassement non précédées d'une désaffectation. En 1977, le Conseil d'État considère dans un arrêt *Michaud* qu'une halle de la ville de Lyon affectée au service public et spécialement aménagée «*fait partie du domaine public communal, nonobstant la délibération (...) par laquelle le Conseil municipal de Lyon a décidé de la classer dans le domaine privé de la ville*»⁴⁶⁷. Les juges du Palais Royal entérinent un principe de réalité postulé par le commissaire du gouvernement Franc, selon lequel «*lorsqu'il y a discordance entre la décision et l'utilisation, la décision est sans portée et irrégulière*»⁴⁶⁸. Il est par conséquent impossible pour l'administration de se libérer du régime de la domanialité publique pour mieux valoriser un bien, tout en maintenant son affectation.

⁴⁶³ Voir par exemple CE, 14 octobre 1977, *Dame Defforge*, req. n° 00344 : «*Considérant (...) qu'il résulte de l'instruction que l'aire de stationnement sur laquelle se trouve cette parcelle a été créée par la commune à l'intention des usagers de la plage du lac de Clairvaux et qu'elle bénéficie d'un aménagement spécial en vue de son affectation à l'usage du public ; qu'ainsi, bien qu'il n'ait fait l'objet d'aucune décision de classement, l'emplacement occupé par la requérante fait partie du domaine public communal*».

⁴⁶⁴ CE, 20 juin 1930, *Marrot*, rec. *Lebon*, p. 644 ; *D.* 1931, III, p. 31, concl. Rivet.

⁴⁶⁵ Voir par exemple CE, sect., 5 décembre 1952, *Haydt*, rec. *Lebon*, p. 557 ; CE, 14 février 1969, *Société des établissements Frenkiel*, rec. *Lebon*, p. 100.

⁴⁶⁶ DURAND (C.), « Désaffectation et déclassement des biens du domaine public », *RDP* 1956, p. 233 ; DUROY (S.), « La sortie du domaine public », *art. cit.* ; BLIN (O.), « La désaffectation domaniale », *RDI* 1999, p. 49 ; MELLERAY (F.), « L'entrée et la sortie du domaine public dans le Code général de la propriété des personnes publiques. Brèves remarques sur une asymétrie », *LPA* 6 juin 2013, n° 113, p. 47.

⁴⁶⁷ CE, sect., 22 avril 1977, *Michaud*, rec. *Lebon* p. 185 ; *AJDA* 1977, p. 441, concl. Franc et note de Laubadère. Voir également CE, 9 mai 1958, *Delort*, *AJDA* 1958, II, p. 331, concl. Long.

⁴⁶⁸ FRANC (M.), concl. sous CE, 22 avril 1977, *Michaud*, *AJDA* 1977, p. 441.

212. La principale difficulté posée par cette double condition, et que semble avoir résolu le CGPPP, est celle de la chronologie de l'opération. Que la désaffectation doive précéder le déclassement semblait acquis avant même l'ordonnance de 2006⁴⁶⁹. Néanmoins, quelques éléments entretenaient une incertitude quant à la portée de la désaffectation préalable. Devait-il s'agir d'une désaffectation de fait, ou d'une décision de désaffecter en attente d'être exécutée ? Autrement dit, pouvait-on déclasser alors que la désaffectation était décidée mais non réalisée ? Ces ambiguïtés qu'explique Stéphane Duroy⁴⁷⁰ furent partiellement levées par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles de 2006, dans lequel le juge administratif indique qu'un immeuble ne peut faire légalement l'objet d'une décision de déclassement « *en l'absence d'une désaffectation de fait antérieure ou concomitante* »⁴⁷¹. L'hypothèse d'une « désaffectation de fait concomitante » avait de quoi étonner : signifiait-elle que les agents communaux devaient installer des barrières sur une place au moment même de la signature de son acte de déclassement ? Fallait-il, car c'était plus logique, comprendre « décision de désaffecter concomitante », et non plus « désaffectation de fait » ? En 2009, la Cour administrative d'appel de Lyon se montra plus précise : « *La désaffectation d'une dépendance du domaine public peut résulter soit d'une situation de fait, soit d'une décision expresse, qui peut alors être prise sans que cette dépendance soit encore désaffectée dans les faits ; qu'ainsi, la circonstance que les locaux des ateliers municipaux auraient été encore affectés au service public au jour des délibérations décidant de leur désaffectation et de leur déclassement est sans influence sur la légalité de ces délibérations* »⁴⁷². Cette jurisprudence acceptait donc la succession entre décision de désaffectation, déclassement puis désaffectation de fait plutôt que la succession plus logique entre décision de désaffecter, désaffectation de fait et déclassement⁴⁷³.

⁴⁶⁹ SARAZIN (H.), « Désaffectation et déclassement », *JCP A* 2006, n° 1246 : « *Aujourd'hui, cette chronologie rigoureuse des opérations juridiques de sortie d'un bien du domaine est clairement fixée par la jurisprudence. Temps numéro un : désaffectation. Puis, temps numéro deux : déclassement. La désaffectation est un fait, c'est à dire que le bien ne soit plus affecté à l'usage du public ou à un service public. Et le déclassement, lui, est la décision formelle constatée aux termes d'un acte juridique décidant de faire sortir le bien du domaine public* ».

⁴⁷⁰ DUROY (S.), « La sortie du domaine public : le déclassement », *art. cit.*, p. 827 : « *Ces imprécisions (...) laissent pendant le point de savoir si une décision de déclassement ne pourrait pas porter décision de désaffectation sans être illégale, voire même (...) si une décision de déclassement ne pourrait être légalement prise sans désaffectation préalable ou concomitante, à condition toutefois qu'elle soit prévue de façon certaine* ».

⁴⁷¹ CAA Versailles, 23 mars 2006, *Commune du Chesnay*, req. n° 05VE00070, Collectivités territoriales Intercommunalités n° 5, mai 2006, comm. 80, note Pellissier.

⁴⁷² CAA Lyon, 17 mars 2011, *M. Gratién A.*, req. n° 09LY00719.

⁴⁷³ MELLERAY (F.), « L'entrée et la sortie du domaine public dans le Code général de la propriété des personnes publiques », *art. cit.*, p. 50 : « *Étant donné que le déclassement ne peut, sauf sans les hypothèses prévues par le législateur, précéder la désaffectation, il semble logique de considérer que la sortie du domaine*

213. Toutefois, il faut signaler que les faits ayant donné lieu à cette décision se déroulèrent avant l'entrée en vigueur du CGPPP. Les articles L. 2141-1 et L. 2141-2 semblent revenir à une chronologie plus classique. Certes, l'article L. 2141-1, lorsqu'il dispose qu'un bien domanial « *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* »⁴⁷⁴, ne qualifie pas la nature de cette désaffectation ; l'on peut encore envisager que la décision de désaffectation non encore exécutée suffise à la validité du déclassement. Mais la dérogation que fixe à ce principe l'article L. 2141-2 laisse désormais peu de place au doute : « *Par dérogation à l'article L. 2141-1, le déclassement d'un immeuble appartenant au domaine public artificiel de l'État 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 déclassement* ». La disposition est claire : la succession entre décision de désaffecter, déclassement et désaffectation de fait plutôt qu'entre décision de désaffectation, désaffectation de fait et déclassement relève de l'exception.

b. Les justifications à la nécessité du déclassement

214. Que le bien doive être désaffecté pour sortir du domaine public est parfaitement compréhensible, et n'est que la conséquence logique du lien entre l'affectation et l'inaliénabilité. Mais quelles raisons président à l'exigence supplémentaire d'un déclassement ? La réponse se trouve dans les conclusions du commissaire du gouvernement Rivet, sous l'arrêt *Marrot*⁴⁷⁵. Le déclassement confirme la volonté du propriétaire de faire sortir le bien du domaine public et de le rendre cessible. Si cette confirmation est nécessaire, c'est parce que la désaffectation de fait échappe parfois à la volonté du propriétaire : d'après Rivet, « *admettre qu'une modification de la situation de fait peut suffire, c'est autoriser les*

public est souvent rythmée par trois étapes successives : d'abord un acte formalisé prévoyant ou constatant la désaffectation d'un bien (la fermeture d'un bâtiment public, par exemple) ; ensuite une opération matérielle concrétisant cette décision (dans l'hypothèse où l'acte de désaffectation n'était pas simplement constatatif) ; enfin, un acte administratif de déclassement rendu possible par la désaffectation matérielle qui le précède, déclassement qui est notamment impossible lorsque la réaffectation du bien est prévue ».

⁴⁷⁴ On peut regretter la formulation malheureuse de la fin de l'article. Le « constatant » est discutable, car le déclassement semble plus être un choix de la personne publique propriétaire qu'un constat (voir *infra*) ; surtout, le propriétaire public ne constate pas le déclassement : il décline, en constatant la désaffectation.

⁴⁷⁵ RIVET, concl. sous CE, 20 juin 1930, *Marrot*, D. 1931, III, p. 31.

tiers à donner, à l'occasion, à un défaut d'entretien momentané la portée d'un abandon définitif : c'est, en réalité, considérer comme lettre morte le principe de l'imprescriptibilité du domaine »⁴⁷⁶. Grâce à l'exigence d'un déclassement, le tiers qui soustrairait un bien domanial à l'affectation publique ne pourrait espérer l'obtenir par usucapion, puisque faute de déclassement, le bien resterait dans le domaine public.

2. La dispense de désaffectation

215. Il arrive parfois que l'un des deux actes ne soit pas formellement exigé pour la sortie du domaine public. Évoquons, pour l'anecdote, le cas rarissime où c'est le déclassement qui fait défaut : la sortie du domaine public des délaissés de voirie, c'est à dire des routes abandonnées au profit d'un nouveau tracé, ne nécessite pas, d'après d'anciennes jurisprudences, d'acte de déclassement⁴⁷⁷. Plus fréquemment, c'est la désaffectation qui n'est pas exigée. Elle concerne la plupart du temps, et logiquement, des biens du domaine public dont l'affectation à l'utilité publique est sujette à caution (a). Mais même pour des biens dont l'affectation ne fait pas de doute, le déclassement est parfois suffisant (b).

a. La dispense logique de désaffectation pour la sortie du domaine public des biens non affectés à l'utilité publique

216. Il existe dans le domaine public des biens que l'on peine à qualifier d'« affectés à l'utilité publique », faute d'un aménagement les rendant propres à remplir cette mission. Cette situation résulte de la valeur seulement législative du critère de l'affectation à l'utilité publique : le législateur peut parfaitement y déroger en intégrant dans le domaine public des biens qui ne semblent pas affectés. Seront toutefois laissés de côté, dans cette réflexion sur la

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁷⁷ Voir par exemple CE, 29 mars 1901, *Roumy*, rec. *Lebon* p. 338. Voir, à propos de cette solution, BLIN (O.), « La désaffectation domaniale », *art. cit.*, p. 55 : « Il n'est pas interdit de prétendre que le déclassement de ces portions routières délaissées résulte du classement de la voie publique selon son emprise rectifiée ». En outre, cette solution est remise en cause par la doctrine. Stéphane Duroy se montre sceptique quant à sa persistance, dans la mesure où « les quelques décisions du juge administratif les concernant laissent toutefois à penser que de telles pertes de la domanialité publique ne sont acceptées que lorsque la désaffectation est antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 7 janvier 1959 » (« La sortie du domaine public », *art. cit.*, p. 820). Pour Norbert Foulquier, « cette jurisprudence se heurte aujourd'hui aux dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques. En revanche, concernant les locaux scolaires désaffectés depuis très longtemps, le Conseil a admis les effets du temps. Si cette solution, qui doit beaucoup à un contexte législatif particulier, présente d'indéniables avantages pratiques, elle prive aussi les principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité du domaine d'une part de leur efficacité » (*Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 216).

sortie administrative du domaine public, les cas du domaine public maritime naturel, dont l'affectation à l'utilité publique est contestée⁴⁷⁸, et celui du domaine public hertzien. Ces biens étant nommément désignés par le législateur comme figurant dans le domaine public, ils ne peuvent de toute façon être déclassés que par le législateur lui-même⁴⁷⁹. Précisons simplement que le législateur, en l'état actuel du droit, n'est soumis à aucune obligation de déclasser ou de désaffecter ces biens préalablement à leur cession⁴⁸⁰.

217. L'article L. 2112-1 du CGPPP classe dans le domaine public mobilier les meubles domaniaux « *présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique* ». Point de référence à l'affectation : c'est plus la nature du meuble, le fait qu'il « présente » un intérêt public qui justifie sa domanialité publique. Après plus d'un siècle d'hésitations⁴⁸¹, le Code semble ainsi trancher en faveur d'une domanialité publique résultant de la nature du bien. Les auteurs contemporains s'accordent à faire des qualités intrinsèques du meuble la raison de sa domanialité publique, les deux versants du critère de l'affectation à l'utilité publique étant inadaptés : l'affectation à l'usage direct du public serait hors-sujet parce que « *dans la majorité des hypothèses, un tel usage est inconcevable, pour la simple raison que la mise à disposition du public ne peut s'envisager que par l'intermédiaire d'un service public, chargé d'en assurer l'exposition,*

⁴⁷⁸ Philippe Yolka indique simplement que « *le domaine public naturel n'est pas véritablement affecté* » (in « Distinction du domaine public et du domaine privé », *JCl. Propriétés publiques*, fasc. n° 10, § 71). Norbert Foulquier partage cet avis : « *Ni le législateur, ni le juge n'ont défini l'affectation générale du domaine public maritime naturel, sa conservation se confondant avec son régime et ne pouvant, pour cela, constituer une affectation (...) La doctrine devait (...) en retenir que la systématisation du droit du domaine public autour de la notion d'affectation connaît quelques oublis d'importance* » (*Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 88). On ne peut toutefois pas complètement éliminer l'idée d'une affectation du domaine public maritime naturel, ou tout du moins celle d'une « destination », c'est-à-dire d'une affectation « naturelle ». Norbert Foulquier évoque d'ailleurs, plus loin dans son ouvrage, la « *présomption légale irréfragable d'affectation à l'intérêt général qui caractérise le domaine public maritime naturel* » (*ibid.*, § 495). Hauriou lui-même qualifiait les rivages de la mer d'« *objets qui sont affectés à l'utilité publique par des événements naturels* » (*Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris : Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1900, p. 612). Enfin, rien n'interdit de découvrir dans ce domaine public maritime naturel un autre type d'affectation. C'est ce que fait notamment Hervé de Gaudemar, estimant que le domaine public naturel relève d'une « *affectation aux générations futures* » (*L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 438 s.).

⁴⁷⁹ À l'exception toutefois, pour le domaine public maritime, des terrains figurant dans la zone des cinquante pas géométriques qui peuvent être déclassés par l'administration lorsqu'ils ne sont plus utiles à la satisfaction des besoins d'intérêt public (article L. 5111-4 du CGPPP) et, jusqu'en 2006, des lais et relais de la mer qui pouvaient être déclassés pour les mêmes raisons (article 3 de la loi n° 63-1178 du 28 novembre 1963).

⁴⁸⁰ Voir *infra*, § 2.

⁴⁸¹ Pour un panorama de l'évolution des positions doctrinales et jurisprudentielles quant aux critères de la domanialité publique mobilière, voir HOURQUEBIE (F.), « Le domaine public mobilier », *RDP* 2005, p. 635 et SORBARA (J.-G.), « Le domaine public mobilier au regard du CGPPP », *AJDA* 2007, p. 619.

*l'entretien ou encore la protection (collections des musées, par exemple) »*⁴⁸². Le critère de l'affectation à un service public n'est guère plus satisfaisant pour les biens mobiliers : pour le mobilier usuel, elle conduirait à intégrer un trop grand nombre de biens dans le domaine public⁴⁸³ ; pour le mobilier culturel, « *en application d'un tel critère, ces meubles seraient considérés comme "affectés à la culture". Or, les œuvres d'art n'ont pas à être affectés à la culture, elles sont la culture* »⁴⁸⁴. L'incompatibilité entre l'affectation à l'utilité publique et la domanialité publique mobilière doit pourtant être nuancée. Ni Hauriou⁴⁸⁵, ni Capitant⁴⁸⁶, n'écartaient le critère de l'affectation pour identifier le domaine public mobilier. Aujourd'hui encore, certains meubles domaniaux peuvent être affectés. Norbert Foulquier souligne par exemple que les meubles domaniaux revêtant un intérêt public du point de vue de la technique sont susceptibles d'une « désaffectation » en raison de leur obsolescence⁴⁸⁷. Le juge administratif considère également comme affectés les meubles culturels chers à Capitant : dans un arrêt de 2012, il déduisit de l'affectation d'une église au culte la domanialité publique des « *biens mobiliers la garnissant* »⁴⁸⁸. Plus troublant encore : en 2013, le juge soutint « *qu'avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance d'un bien au domaine public mobilier (...) était subordonnée au seul critère fonctionnel tiré de son affectation à l'utilité publique* »⁴⁸⁹. Bref, déduisons-en simplement qu'au sein du domaine public mobilier, certains biens ne sont pas affectés à l'utilité publique ; ceux-là ne nécessitent qu'un déclassement. Ainsi que l'observe Norbert Foulquier, le législateur corrobore cet état du droit en instaurant des procédures

⁴⁸² YOLKA (P.), « Domaine public mobilier », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 45), § 35.

⁴⁸³ YOLKA (P.), « Les meubles de l'administration », *AJDA* 2007, pp. 964 et 965 : « *La définition du domaine public posée par l'article L. 2111-1 figurant en tête d'un chapitre sur l'immobilier, il était logique d'attendre autre chose pour les meubles, vis-à-vis desquels les critères classiques s'avèrent inopérants : l'affectation aurait pour résultat d'intégrer au domaine public le mobilier usuel - ce n'est pas souhaitable - et la condition d'aménagement n'a guère de sens ici* ».

⁴⁸⁴ SORBARA (J.-G.), « Le domaine public mobilier au regard du CGPPP », *art. cit.*, p. 623.

⁴⁸⁵ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris : Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1900, p. 621 : « *Des objets mobiliers peuvent être protégés par la domanialité publique s'ils ont reçu une destination d'utilité publique évidente* ».

⁴⁸⁶ CAPITANT (R.), note sous CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, D. 1933, III, p.48 : les stalles de l'église dont l'affectation est inaliénable d'après Capitant sont des meubles.

⁴⁸⁷ FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 210.

⁴⁸⁸ CAA Bordeaux, 12 juin 2012, *Association diocésaine de Poitiers*, req. n° 11BX00273.

⁴⁸⁹ CAA Paris, 19 juillet 2013, *Association « Action culturelle »*, req. n° 10PA00983 ; *AJDA* 2013, p. 2142, note Sirinelli.

spéciales pour déclasser certains biens, tels que les collections de musées⁴⁹⁰, « *sans qu'il soit question de désaffectation* »⁴⁹¹.

218. Comme les meubles, les cours d'eau domaniaux intègrent le domaine public en raison de leur intérêt public. L'article L. 2111-7, selon lequel « *le domaine public fluvial naturel est constitué des cours d'eau et lacs appartenant à l'État, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, et classés dans leur domaine public fluvial* » est complété par un article L. 2111-12 indiquant que ce classement est prononcé « *pour un motif d'intérêt général relatif à la navigation, à l'alimentation en eau des voies navigables, aux besoins en eau de l'agriculture et de l'industrie, à l'alimentation des populations ou à la protection contre les inondations* ». Comme le domaine public maritime naturel, l'affectation à l'usage direct du public ou à un service public peut ici être discutée à l'envi⁴⁹². Il semble néanmoins que la volonté du législateur ait justement été de dépasser le critère de l'affectation à la navigation pour soumettre au régime spécifique de la domanialité publique fluviale des biens qui, affectés ou non à l'utilité publique, représentent des enjeux économiques élevés⁴⁹³. La sortie du domaine public fluvial est régie par les articles L. 2142-1 et suivants, et implique un acte de déclassement faisant suite à une enquête publique. Il n'est pas question, là non plus, d'une quelconque désaffectation.

219. Il faut toutefois concéder que le déclassement ne suffit peut-être pas permettre légalement la sortie du domaine public de ces biens. Certes, en l'absence de véritable affectation, la désaffectation n'a pas lieu d'être. Mais la domanialité publique de ces biens

⁴⁹⁰ Loi n° 2010-501 du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections, *JORF* du 18 mai 2010, p. 9210.

⁴⁹¹ FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 210.

⁴⁹² L'absence d'un renvoi général à l'affectation résulte précisément, d'après Norbert Foulquier, de la « *démultiplication de l'affectation des voies d'eau. Cette extension atteint une telle ampleur que le critère de l'affectation ne pouvait plus permettre de définir clairement ce domaine. D'où le choix de recourir à une énumération de ses éléments* » (*Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 100).

⁴⁹³ Voir ARZUL (G.), « *Domaine public fluvial - Consistance et délimitation* », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 43), § 9 « *Au regard du Code général de la propriété des personnes publiques, un cours d'eau ou plan d'eau peut, sans intégrer le domaine public fluvial, avoir une utilité publique et remplir les critères d'incorporation généraux au domaine public de l'article L. 2111-1 du code (...) Ainsi, un plan d'eau ou un cours d'eau peut avoir un intérêt pour l'aménagement d'un territoire, l'assainissement, les loisirs de baignade et donc relever du domaine public, sans pour autant relever du domaine public fluvial* ». On pourrait donc envisager trois catégories de cours d'eau : ceux qui présentent l'intérêt général qualifié de l'article L. 2111-12 du CGPPP, soumis à la domanialité publique fluviale ; ceux qui ne présentent pas un tel intérêt général, mais qui sont malgré tout affectés à l'utilité publique, et qui sont à ce titre soumis à la domanialité publique en vertu du critère fonctionnel, à condition bien sûr qu'ils aient fait l'objet de l'aménagement indispensable ; ceux, enfin, qui présentent aucun intérêt public qualifié et qui ne sont pas affectés à l'utilité publique, et qui demeurent donc dans le domaine privé.

reste malgré tout conditionnée par leur intérêt public. Or, cet intérêt public est tangible. Il devrait ainsi être nécessaire que, préalablement à l'acte de déclassement, cesse l'intérêt public qui avait permis l'entrée du bien dans le domaine public. Ce n'est pas, à proprement parler, une désaffectation, mais la logique en est la même. Or, il est difficile de mesurer la part de discrétionnalité de l'administration dans l'évaluation de cet intérêt ou de ce désintérêt public. Si la jurisprudence n'a pas confirmé cette nécessité du désintérêt public préalablement au déclassement des meubles du domaine public et des cours d'eau domaniaux, l'un des commentateurs du CGPPP ouvre une piste en ce qui concerne le domaine public fluvial, en se fondant sur la logique même de l'entrée et de la sortie du domaine public : « *Les règles applicables en matière de sortie des biens du domaine public artificiel (désaffectation et déclassement) témoignent d'un esprit protecteur, avec à la clef cette idée qu'il est plus difficile pour un bien de sortir du domaine public que d'y être incorporé ; or, on ne voit pas quelle raison pourrait militer pour une solution contraire s'agissant du domaine public fluvial. La pratique administrative atteste d'ailleurs une volonté de justifier les décisions de déclassement (...) La marge de manœuvre de l'autorité (...) dépend en réalité du degré de contrôle que le juge administratif accepterait d'exercer en cas de contestation* »⁴⁹⁴. Cette analyse est entièrement transposable au domaine public mobilier : ceux qui sont affectés à l'utilité publique nécessitent bien sûr une désaffectation⁴⁹⁵ ; mais ceux qui présentent un intérêt public ne devraient pas pouvoir être déclassés, du moins tant que persiste cet intérêt public. Saisi d'un recours contre la décision de déclasser un tableau, le juge administratif devrait ainsi rechercher l'existence d'un intérêt public présidant à sa conservation pour établir la légalité de l'acte. Il en ressort, même si la prudence s'impose, que ces biens entrant dans le domaine public à la faveur d'un intérêt public plus que d'une affectation pourraient être plus difficiles à extraire dudit domaine que les autres, l'administration n'ayant pas forcément de réelle prise sur cet intérêt.

⁴⁹⁴ Code général de la propriété des personnes publiques, commenté sous la direction de Philippe Yolka, LexisNexis, 2014, p. 339.

⁴⁹⁵ Voir par exemple le cas des biens mobiliers affectés au culte, dont la désaffectation est réglementée par un décret de 1970 (Décret n° 70-220 du 17 mars 1970 portant déconcentration en matière de désaffectation des édifices culturels, *JORF* du 18 mars 1970, p. 2606) ; voir aussi l'article R. 1422-13 du CGCT, qui ouvre aux communes la possibilité de procéder à une « désaffectation » des documents anciens, rares ou précieux dont elles sont propriétaires.

b. La dispense exceptionnelle de désaffectation pour la sortie du domaine public de biens affectés à l'utilité publique

220. Il n'existe qu'un cas dans lequel la désaffectation de biens affectés à l'utilité publique n'est pas exigée pour la légalité du déclassement : celui des éléments de voirie. La jurisprudence le répète depuis plusieurs années : le déclassement d'un élément de voirie suffit à la sortie du domaine public. En 1997, le Conseil d'État indiqua simplement qu'« *une décision de déclassement [porte] par elle-même désaffectation* »⁴⁹⁶ pour décider qu'une voie communale ne faisait plus partie du domaine public. La généralité excessive de la formule employée conduisit Jean Dufau à élargir la portée de la solution⁴⁹⁷. Mais cette exception n'a jusqu'à présent été appliquée qu'à la voirie routière⁴⁹⁸, « *de laquelle il est difficile d'empêcher tout usage de fait par le public. L'exigence stricte d'une désaffectation de fait aurait pour conséquence de rendre impossible toute gestion de ces biens. Dans ces circonstances particulières, le déclassement peut valoir désaffectation, l'utilisation en fait ne révélant pas une affectation à l'usage du public* »⁴⁹⁹. La désaffectation de fait n'est pas absente : elle a vocation à se réaliser et, au moment du déclassement, elle existe au moins dans l'intention du propriétaire public. Ce n'est qu'une difficulté matérielle qui justifie la dispense de l'exigence.

B. La maîtrise par le propriétaire public de la désaffectation et du déclassement

Cette maîtrise du propriétaire public de l'affectation et du déclassement découle de sa compétence pour procéder à ces deux opérations (1), qui ne seront soumises qu'à un contrôle restreint de la part du juge administratif (2).

⁴⁹⁶ CE, 9 juillet 1997, *Association de défense de la forêt de Caboche*, req. n° 168852.

⁴⁹⁷ DUFAU (J.), « Sortie du domaine public », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 53), § 12 : « *Alors que pour l'entrée d'un bien dans le domaine public artificiel l'acte juridique d'affectation ou de classement doit nécessairement être suivi d'une affectation de fait, la sortie de ce bien du domaine public peut résulter d'un simple acte juridique de déclassement* »

⁴⁹⁸ Pour des exemples récents, voir CAA Marseille, 6 mai 2014, *M. B... D...*, req. n° 12MA01889 ; CAA Nancy, 19 décembre 2013, *M. et Mme B... C...*, req. n° 13NC00246.

⁴⁹⁹ PELLISSIER (G.), « Pas de déclassement d'un bien sans désaffectation de fait », note sous CAA Versailles, 23 mars 2006, *Commune du Chesnay*, Collectivités territoriales Intercommunalités n° 5, mai 2006, comm. 80.

1. La compétence de principe du propriétaire public pour désaffecter et déclasser

a. La compétence pour désaffecter

221. Le fait que la désaffectation soit une prérogative du propriétaire n'a jamais réellement posé de difficulté, dès lors que fut reconnu le droit de propriété des personnes publiques sur leur domaine public : Hauriou indiquait en ce sens que « *le droit d'affectation et de désaffectation est dans son principe une faculté de la propriété, il appartient bien au propriétaire de donner telle ou telle destination à ses bâtiments ou à ses terrains* »⁵⁰⁰. Avant même la doctrine de propriétarisation du domaine public, la jurisprudence confirmait déjà que la désaffectation des biens du « domaine de l'État », c'est à dire de son domaine privé (qui, quoique parfois affectés à un service public, étaient unanimement reconnus comme objet de propriété) était l'œuvre de leur propriétaire public⁵⁰¹.

222. Quelques hypothèses limitent ou anéantissent la compétence du propriétaire public pour procéder à la désaffectation.

223. Au titre de la simple limitation, le propriétaire public est parfois tenu d'une consultation auprès d'une autre autorité avant de désaffecter. Dans un arrêt de 1994 le Conseil d'État déduisit de l'obligation, pour une commune, de recueillir l'avis du représentant de l'État préalablement à l'affectation de salles de classes au service public scolaire, l'obligation de solliciter le même avis préalablement à leur désaffectation⁵⁰².

224. Au titre de l'anéantissement de la compétence du propriétaire, l'on peut peut-être évoquer le cas déjà aperçu où la sortie du domaine public nécessite la fin de l'intérêt public ayant justifiée son entrée. Il se pourrait que la fin de cet intérêt ne relève pas de la

⁵⁰⁰ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 1900, 4^{ème} éd., p. 631. Voir aussi SIORAT (L.), « La notion d'affectation en matière domaniale », *RDP* 1956, p. 877 : « *L'Administration (...) doit avoir normalement en qualité de propriétaire la faculté de choisir le bien qui recevra une telle destination* ». Voir également MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques*, préf. D. Truchet, LGDJ, Collection Thèses, 2001, p. 40 : l'auteur, s'il considère que l'incorporation dans le domaine public n'est pas une prérogative exclusive du propriétaire, considère que l'« *affectation-destination* », consistant simplement à déterminer l'usage du bien, appartient bien au propriétaire.

⁵⁰¹ Voir par exemple CE, 12 mars 1875, *Asile des aliénés de Bailleul c/ la ville de Lille et consistoire de l'Église réformé de ladite ville*, rec. *Lebon* p. 234.

⁵⁰² CE, ass., 2 décembre 1994, *Commune de Pulversheim*, req. n°141881 ; *AJDA* 1995, p. 40, concl. Schwartz, *LPA* 21 juillet 1995, n° 87, p. 16, note N. Dantonel-Cor ; CE, ass., 2 décembre 1994, *Département de la Seine-Saint-Denis*, req. n° 110181.

discrétionnalité du propriétaire public. Soulignons toutefois que cette limite, à supposer qu'elle en soit vraiment une, ne saurait s'appliquer au domaine public maritime naturel, ni au domaine public hertzien. Si, à l'instar du domaine public fluvial et du domaine public mobilier, leur domanialité publique semble relever plus de leur intérêt public que d'une quelconque affectation, ils s'en distinguent par leur appropriation exclusivement étatique. Si l'État propriétaire souhaite provoquer la sortie du domaine public des rivages de la mer ou des ondes hertziennes, il lui suffit de solliciter un acte de déclassement de son organe délibérant, le législateur. La domanialité du domaine public maritime naturel et du domaine public hertzien n'échappent absolument pas à leur propriétaire.

225. La compétence du propriétaire public peut aussi être anéantie alors même que le bien est affecté à l'utilité publique. C'est d'abord le cas des édifices du culte et de leurs accessoires qui, sensibilité de la question oblige, ne peuvent être désaffectés que par l'État⁵⁰³. La mise à disposition d'un bien à un établissement public peut également priver le propriétaire de son droit de désaffectation. Une réponse ministérielle de 2007 avait souligné qu'une commune ayant mis à disposition d'un établissement public de coopération intercommunale certains de ses biens restait seule compétente pour décider de sa désaffectation, mais uniquement « à l'issue d'une procédure permettant de recueillir l'accord des deux parties »⁵⁰⁴. La solution fut entérinée par le juge administratif, qui, dans un arrêt d'appel de 2009, rangeait la désaffectation du bien parmi les pouvoirs de gestion accordés par L. 1321-2 du CGCT aux bénéficiaires d'une mise à disposition résultant d'un transfert de compétences⁵⁰⁵.

b. La compétence pour déclasser

226. Cet arrêt de 2009 souligne en revanche que seul le propriétaire, même dans le cadre d'une mise à disposition, est compétent pour déclasser : la commune « *demeure l'unique propriétaire desdites voies qui continuent d'appartenir à son domaine public et dont elle*

⁵⁰³ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, *JORF* du 11 décembre 1905, p. 7205 (art. 13).

⁵⁰⁴ Rép. min. n° 01342, *JO Sénat Q* du 4 octobre 2007, p. 1781.

⁵⁰⁵ CAA Bordeaux, 5 mars 2009, *Commune de Labejan*, req. n° 07BX02405 : « *Considérant qu'il résulte (...) notamment de l'article L. 1321-3 du Code général des collectivités territoriales, que le déclassement d'un bien appartenant au domaine public d'une commune et mis à la disposition d'un groupement intercommunal ne peut être prononcé que pour autant qu'un tel bien ne puisse plus être regardé comme affecté (...) à l'exercice de la compétence transférée audit groupement et qu'une telle désaffectation totale ou partielle ait préalablement été constatée par l'organe compétent de la collectivité bénéficiaire, en vertu des pouvoirs de gestion dont elle est titulaire par l'effet de la mise à disposition* »

seule peut, dès lors, décider de les faire sortir »⁵⁰⁶. Les juridictions se limitent en général à indiquer que la décision de déclassement relève de « *l'autorité compétente* »⁵⁰⁷, en ne l'identifiant précisément qu'à de rares occasions : dans un arrêt du 10 janvier 1968, le juge administratif indique qu'« *en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire définissant expressément l'autorité compétente pour procéder au déclassement du domaine privé des immeubles affectés aux forces armées aériennes, il appartenait au ministre des travaux publics de prononcer le déclassement de l'ancien terrain [étatique] d'aviation* »⁵⁰⁸. Les restrictions à la compétence du propriétaire pour déclasser sont relativement rares pour les biens du domaine immobilier artificiel, car elles interviennent pour l'essentiel en amont, au moment de la désaffectation. On peut citer, à titre d'exemple, l'article 11 de la loi du 13 février 1997⁵⁰⁹ qui prévoit, depuis sa modification en 2005⁵¹⁰, que les déclassements affectant la consistance du réseau ferré national ne résultent pas de la seule volonté de l'établissement public Réseau ferré de France, mais sont également soumises à l'autorisation préalable de l'État, après avis de la région.

2. Le caractère restreint du contrôle juridictionnel

Saisi de décisions de désaffecter ou de déclasser, le juge administratif, en ne sanctionnant qu'essentiellement, sur le fond, l'erreur manifeste d'appréciation (a) et de détournement de pouvoir (b), laisse à l'administration un pouvoir discrétionnaire.

a. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

227. La désaffectation n'est que rarement soumise au contrôle du juge administratif faute, souvent, de décision formalisée. Lorsqu'elle existe, le juge vérifie l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, parfois au travers d'un élément de légalité externe. Dans un jugement du 30 décembre 2002, le Tribunal administratif de Rouen avait annulé une décision de fermeture d'une voie ferrée au motif de l'oubli de l'étude d'impact qu'imposait la loi à

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ Voir, par exemple CE, 14 février 1969, *Société des établissements Frenkiel*, rec. *Lebon* p. 100.

⁵⁰⁸ CE, 10 janvier 1968, *Coutin*, rec. *Lebon*, p. 25.

⁵⁰⁹ Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire, *JORF* du 15 février 1997, p. 2592.

⁵¹⁰ Ordonnance n° 2005-659 du 8 juin 2005 simplifiant la procédure de déclassement de biens du réseau ferré national, *JORF* du 9 juin 2005, p. 10096.

Réseau ferré de France. Derrière ce moyen de légalité externe se cachait néanmoins un autre motif d'annulation : Xavier Braud, commentant la décision, expliquait que « *le lien est (...) à juste titre effectué entre le moyen de légalité externe qu'est l'absence d'étude d'impact et le moyen de légalité interne qu'est l'erreur manifeste d'appréciation. L'absence de cette pièce au dossier cache mal, en effet, l'absence totale de justification socio-économique de la décision contestée* »⁵¹¹. Ces décisions restent toutefois rares. Paradoxalement, est plus fréquemment soumise au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation la décision de déclassement dont l'opportunité semble pourtant *a priori* incontestable dès lors qu'elle constate une désaffectation. Saisi d'une décision de déclassement, le juge apprécie en général l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation à la lumière de la réalité de la désaffectation. Ainsi, dans un arrêt du 27 février 2012, le Conseil d'État décide que le déclassement d'une voie ferrée est exempt d'une telle erreur parce que « *le trafic avait cessé depuis de nombreuses années sur la ligne (...) en cause et qu'aucune perspective de reprise n'était envisagée* »⁵¹². Chose étonnante, toutefois : juste avant d'employer cette formule suggérant une automaticité entre la réalisation de la désaffectation préalable et l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, les juges sanctionnaient dans le même arrêt celui de la Cour administrative d'appel de Nantes⁵¹³, qui rejetait comme inopérant le moyen de l'erreur manifeste d'appréciation pour le contrôle de l'acte de déclassement, en estimant que ce dernier n'avait d'autre objet que de modifier le statut domanial des biens pour permettre leur cession. Or, pour le Conseil d'État, « *eu égard aux incidences que peut avoir une décision de déclassement sur la politique des transports, le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation au regard des intérêts du service public du chemin de fer peut être utilement soulevé à l'encontre d'une telle décision* ». De là, une question : la pertinence de la désaffectation fonde-t-elle la pertinence du déclassement ? Si la réponse est négative, il est d'autant plus facile de déclasser et de céder que les décisions de désaffectation, même quand elles existent, sont peu contestées. Si, en revanche, la réponse est positive, le juge peut sérieusement freiner le déclassement. Un arrêt du Conseil d'État du 6 novembre 2000, traitant pourtant de ce problème, crée plus de difficultés qu'il n'en résout : saisie d'un décret déclassant certaines portions de voies ferrées conformément aux principes d'une loi de

⁵¹¹ BRAUD (X.), « De l'annulation des décisions de fermeture de lignes ferroviaires », *JCP A* 2003, n° 1330.

⁵¹² CE, 27 février 2012, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports et Association Réseau Vert de Basse-Normandie*, req. n° 346540.

⁵¹³ CAA Nantes, 2 décembre 2010, *Réseau ferré de France*, req. n° 08NT03276-08NT03388.

1982⁵¹⁴, la Haute Juridiction considère que ce décret qui « *procède au déclassement du réseau ferroviaire national de lignes ou sections de lignes dont l'exploitation a été fermée, alors que l'intensité du trafic sur ces lignes ne permettait plus une exploitation à des conditions raisonnables de coût, n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation au regard des objectifs ci-dessus rappelés* »⁵¹⁵. Comment comprendre l'élément en apposition ? Le Conseil d'État aurait-il sanctionné le décret de déclassement si la désaffectation ne résultait pas du caractère non rentable de la ligne ? La réponse est d'autant plus difficile à apporter que ce décret ne succédait pas à une décision formelle de désaffectation, cette dernière n'étant que factuelle⁵¹⁶. On ressent en fait un certain malaise de la part du Conseil d'État dans le contrôle des actes de déclassement. La raison en est simple : les actes de déclassement, par leur définition, ressemblent à des actes simplement reconnaissifs ; les enjeux qu'ils impliquent et l'absence fréquente d'une décision de désaffecter conduisent les juges à reporter artificiellement le contrôle de la désaffectation sur les actes de déclassement.

228. Il existe néanmoins une catégorie de biens pour lesquels le juge administratif intègre pleinement le contrôle de la désaffectation dans le contrôle du déclassement : les voies publiques routières. Il faut dire qu'en la matière, la désaffectation préalable de fait n'est pas nécessaire. Dès lors, saisi d'une décision de déclassement, le juge contrôle également la pertinence de la désaffectation. Ainsi, concernant ces voies, plusieurs éléments justifient, pour le juge administratif, la mise à l'écart de l'erreur manifeste d'appréciation : le « *caractère marginal du trafic* », résultant du « *volume* » et de la « *nature* » de la circulation (en l'occurrence, une voie de desserte interne à une zone industrielle utilisée par le public comme raccourci) en fait partie⁵¹⁷. Surtout, le juge vérifie l'existence de voies alternatives dont l'utilisation ne provoquera pas de « *graves difficultés de circulation* »⁵¹⁸. Ainsi, même si la « *détérioration excessive des conditions de desserte* » ne concerne qu'un couple de riverains, contraints d'aménager à leurs frais une voie alternative pour accéder à leur parcelle, la

⁵¹⁴ Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, *JORF* 1982, p. 4004.

⁵¹⁵ CE, 6 novembre 2000, *Comité Somport d'opposition totale à l'autoroute Caen-Rennes*, req. n° 180496, *AJDA* 2001, p. 574, note Braud.

⁵¹⁶ BRAUD (X.), note sous CE, 6 novembre 2000, *Comité Somport d'opposition totale à l'autoroute Caen-Rennes*, *AJDA* 2001, p. 574.

⁵¹⁷ CAA Douai, 29 janvier 2004, *s.A.R.L. Artisanale Sambre Modelage*, req. n° 00DA00427.

⁵¹⁸ *Ibid.* ; voir également CAA Versailles, 15 mai 2008, *Ville de Versailles*, req. n° 06VE01131 ; *JCP A* 2008, n° 2239, note Grand d'Esnon.

décision de déclassement dont elle résulte reste entachée d'une erreur manifeste d'appréciation⁵¹⁹.

b. Le contrôle du détournement de pouvoir

229. Second moyen de légalité interne fréquemment invoqué contre les décisions de désaffectation ou de déclassement, le détournement de pouvoir n'est retenu par le juge administratif que lorsqu'il apparaît clairement que la décision est motivée par la volonté de satisfaire seulement un intérêt particulier. Le juge administratif sanctionne ainsi la délibération portant désaffectation et déclassement d'une place communale après avoir découvert que la commune projetait, avant même l'adoption des actes, la cession de la parcelle à des riverains désireux d'y établir un escalier desservant leur immeuble⁵²⁰.

230. Le juge administratif a très tôt élargi son appréciation de l'intérêt général en y intégrant le développement économique, auquel pouvaient aboutir la sortie du domaine public puis la cession de parcelles domaniales : dans un arrêt *Mariole* de 1923, le juge considère que le déclassement opéré « *en vue (...) de la prospérité commerciale et industrielle de la ville et l'intérêt général de la population* »⁵²¹ et non dans l'intérêt de la voirie est parfaitement légal, ce qui constituait d'ailleurs pour Hauriou « *un des multiples symptômes qui prouvent que nous sommes en train d'évoluer de la conception d'utilité publique vers celle d'utilité sociale* »⁵²². Dans des arrêts récents, le développement économique local au travers des entreprises privées reste un motif susceptible de justifier désaffectations et déclassements. Le juge administratif valide ainsi de telles décisions en vue de l'implantation de surfaces commerciales⁵²³, de la construction d'un hôtel haut de gamme⁵²⁴, de l'extension des bâtiments d'un constructeur automobile⁵²⁵, et même de l'agrandissement d'un restaurant dans un village⁵²⁶. Suivant la même idée, mais sans référence explicite au développement économique, le Conseil d'État admet que l'« *intérêt public* » résultant de l'implantation d'un supermarché justifie une

⁵¹⁹ CAA Bordeaux, 5 mars 2009, *Commune de Peyrat-la-Nonière*, req. n° 07BX01150.

⁵²⁰ CAA Nantes, 19 avril 2013, *Commune de Plobannalec-Lesconil*, req. n° 11NT01905. Voir aussi, statuant sur des faits très similaires, CAA Marseille, 11 juin 2009, *Commune de Castirla*, req. n° 07MA03107.

⁵²¹ CE, 23 mars 1923, *Mariole*, rec. *Lebon* p. 277 ; s. 1925, III, p.1, note Hauriou.

⁵²² HAURIOU (M.), note sous CE, 23 mars 1923, *Mariole*, s. 1925, III, p. 1.

⁵²³ CAA Bordeaux, 14 juin 2001, *Bernard X... et Association des clochers Lombez Samatan*, req. n° 98BX01732.

⁵²⁴ CAA Bordeaux, 2 octobre 2008, *Association pour la protection du patrimoine rochelais*, req. n° 07BX02296.

⁵²⁵ CAA Douai, 29 janvier 2004, *s.A.R.L. Artisanale Sambre Modelage*, req. n° 00DA00427.

⁵²⁶ CAA Lyon, 4 juillet 2003, *M. et Mme X...*, req. n° 99LY02363.

décision de déclassement⁵²⁷ ; il considère également que le déclassement en vue de permettre la réalisation d'un ensemble immobilier favorise la modernisation d'un centre ville plus qu'il ne favorise l'intérêt privé du promoteur de l'opération⁵²⁸

231. Qu'en est-il de l'intérêt financier ? Dans les décisions où il sanctionne pour détournement de pouvoir la sortie du domaine public, le juge se fonde sur le fait que la décision était guidée dès l'origine par la volonté d'en faire profiter un particulier, indépendamment de tout intérêt général. Mais que se passe-t-il lorsque la sortie du domaine public résulte de la volonté de céder seulement pour encaisser une recette budgétaire, et non pour gratifier un administré ? L'absence de jurisprudence sur ce point invite à la prudence. Même s'il est certain, comme l'indiquait Auby à propos de la gestion du domaine privé, que la captation d'un produit financier revêt en dernière analyse les caractères de l'intérêt général⁵²⁹, le juge administratif sanctionne pour détournement de pouvoir les décisions administratives fondées sur le seul intérêt financier⁵³⁰. Un élément permet néanmoins de croire en la légalité d'une désaffectation et/ou d'un déclassement fondé sur la seule volonté de céder le bien. La pénétration bien connue en doctrine de l'intérêt financier dans l'intérêt général⁵³¹, qui aboutit aujourd'hui à la légalité de décisions guidées principalement par des raisons budgétaires, pourvu que ces raisons ne soient pas exclusives⁵³², a trouvé en le domaine public son terrain d'élection. Dès les années 1960, le Conseil d'État admit la légalité de décisions de non-renouvellement d'autorisations d'occupation privative du domaine public fondées sur le refus de l'occupant d'une augmentation de la redevance⁵³³ ; en 2011 encore, le

⁵²⁷ CE, sect., 5 février 1990, *Association contre le déclassement et la vente du champ de foire de Saint-Germain-du-Bois*, req. n° 79273.

⁵²⁸ CE, 8 janvier 1997, *Commune de Rumilly*, req. n° 161813.

⁵²⁹ AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *Études et documents du Conseil d'État*, 1958, p. 42 : « Il est bien évident (...) à supposer même à la gestion domaniale une fonction financière (...) que dans une perspective plus lointaine apparaissent nécessairement des fins d'intérêt général. Les produits financiers du domaine privé (...) tombent dans les budgets publics (ils en constituent même une des plus anciennes sources) pour alimenter les dépenses des services d'intérêt général. Pourquoi, dès lors, s'attacher à une finalité immédiate et purement provisoire et ne pas considérer la destination réelle des produits domaniaux ? ».

⁵³⁰ CE, 4 juillet 1924, *Beaugé*, rec. Lebon p. 641 ; CE, 27 avril 2007, *SA Dennery*, req. n° 252163.

⁵³¹ Voir sur ce point TEITGEN-COLLY (C.), *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, préf. P. Lavigne, Economica, 1981 ; CORAIL (J.-L.), « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative », in *Études de finances publiques*, (mélanges P.-M. Gaudemet), Economica, 1984, p. 335.

⁵³² BAILLEUL (D.), « Le droit administratif en question : de l'intérêt général à l'intérêt économique général ? », *JCP A* 2005, n° 1147 : « Il semble ainsi désormais suffire que le profit ne soit pas l'intérêt exclusivement recherché pour qu'une activité donnée puisse être légalement érigée en service public ».

⁵³³ CE, 18 mars 1963, *Cellier*, rec. Lebon p. 189 ; *AJDA* 1963, p. 484, note Dufau.

Conseil d'État invalide une décision contraire de la Cour administrative d'appel de Paris⁵³⁴ et réitère sa jurisprudence classique en affirmant que « *la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme* »⁵³⁵. La meilleure exploitation du domaine public est donc un motif d'intérêt général, quand bien même elle ne consisterait qu'en un rehaussement de la redevance d'occupation. Ainsi que le relève Olivier Févrot, il est assez difficile de distinguer, dans ce cas de figure, la « meilleure exploitation » d'un motif purement budgétaire⁵³⁶. En serait-il de même d'une décision de désaffecter et de déclasser le domaine public? Car le fait de désaffecter, déclasser, et vendre à un particulier à charge pour lui de réaffecter le bien et de maintenir cette affectation⁵³⁷ pourrait très bien constituer la « meilleure exploitation ». Il s'agit toutefois d'une question à laquelle la jurisprudence doit encore répondre. Relevons en tout cas que le sort de la parcelle désaffectée et déclassée est primordial dans l'appréciation du détournement de pouvoir : ce qui est certain en l'état actuel du droit, c'est que le propriétaire public s'abstrait de tout soupçon de détournement de pouvoir s'il désaffecte ou déclassé une parcelle en vue de l'établissement d'un commerce ou d'un immeuble d'habitation d'une certaine envergure. Dès lors, on voit mal pourquoi il devrait supporter le grief si la désaffectation répond à la volonté de céder sous condition de réaffectation, fut-ce seulement pour encaisser un produit de cession.

§ 2. Le législateur, maître de l'inaliénabilité : l'absence d'une appropriation publique constitutionnellement obligatoire

Pour aliéner, nous l'avons vu, il suffit au propriétaire de désaffecter son bien et de le déclasser. Il existe toutefois quelques limites à ce pouvoir, tributaire de l'appréciation par le juge administratif de l'opportunité d'une désaffectation indispensable à la cession. Il s'agit

⁵³⁴ CAA Paris, 2 avril 2009, *Société Véolia*, req. n° 070PA01778 ; *AJDA* 2009, p. 2292, note Hansen.

⁵³⁵ CE, 23 mai 2011, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense*, req. n° 328525 ; *Contrats-Marchés publics* 2011, comm. 217, note Soler-Couteaux ; *RDI* 2011, p. 454, note Févrot.

⁵³⁶ FÉVROT (O.), « La volonté de mieux exploiter son domaine public justifie qu'on mette fin à son occupation », note sous CE, 23 mai 2011, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense*, *RDI* 2011, p. 455.

⁵³⁷ L'opération peut parfaitement se révéler viable économiquement, y compris par l'acquéreur qui se rémunérerait par un loyer du cédant public ou par des prélèvements sur les usagers collectifs ou privés. Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

néanmoins d'une limite à laquelle le législateur n'est pas soumis, puisqu'il peut valablement aliéner des biens encore affectés à l'utilité publique et classés dans le domaine public. La Constitution ne se montre que faiblement restrictive à l'égard d'une politique d'aliénation, quelle qu'en soit la raison. Rien dans le bloc de constitutionnalité ne permet en effet de garantir l'existence d'une appropriation publique. Le Conseil n'a jamais reconnu la valeur constitutionnelle du principe d'inaliénabilité du domaine public (A). En outre, sans même qu'il ne soit question de domaine public, aucune norme constitutionnelle ne fonde à l'heure actuelle une appropriation publique obligatoire (B).

A. L'absence de valeur constitutionnelle du principe d'inaliénabilité du domaine public

Le Conseil constitutionnel, malgré des sollicitations répétées, ne consacra jamais la valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public (1). La seule information qui ressort de sa jurisprudence, c'est sa portée purement procédurale du principe (2), sans que celle-ci ne s'impose d'ailleurs au législateur.

1. Le refus du Conseil constitutionnel de consacrer la constitutionnalité de l'inaliénabilité du domaine public

232. Le Conseil constitutionnel fait preuve d'une très grande prudence dans le maniement de l'inaliénabilité du domaine public. Dans trois décisions, en 1986⁵³⁸, 1994⁵³⁹ et 1996⁵⁴⁰, lors desquelles les parlementaires saisissants reprochaient une atteinte à l'inaliénabilité - selon eux constitutionnelle - du domaine public, le Conseil éluda en la question en relevant dans les trois cas que le grief manquait en fait. Dans la décision de 1994, le Conseil refusa de qualifier d'aliénation l'attribution de droits réels ; dans celles de 1986 et 1994, il se borna à constater la présence d'un déclassement préalable rendant le moyen inopérant.

⁵³⁸ Cons. constit., 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC (cons. n° 88).

⁵³⁹ Cons. constit., 21 juillet 1994, *Loi complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, n° 94-346 DC (cons. n° 14).

⁵⁴⁰ Cons. constit., 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, n° 96-380 DC (cons. n° 5).

233. Il est inutile pour notre propos de s'appesantir sur cette situation d'incertitude, largement commentée en doctrine⁵⁴¹. Elle appelle simplement deux observations. D'une part, elle n'interdit pas de réfléchir aux fondements sur lesquels la constitutionnalité de l'inaliénabilité du domaine public pourrait être consacrée. Si l'on laisse de côté l'idée d'une « *coutume constitutionnelle* » que Waline émit et nuance immédiatement en ne lui reconnaissant qu'une valeur purement théorique⁵⁴², cette réflexion fut notamment menée par Caroline Chamard-Heim, qui établit l'impossibilité de qualifier l'inaliénabilité du domaine public de principe fondamental reconnu par les lois de la République⁵⁴³ et en déduisit que le seul moyen d'une constitutionnalisation résidait dans les « principes à valeur constitutionnelle » dégagés par le Conseil constitutionnel. D'autre part, le Conseil indique clairement dans sa décision de 1986 que le principe d'inaliénabilité, constitutionnel ou non, « *s'oppose seulement à ce que des biens qui constituent ce domaine soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés* ». En l'absence de constitutionnalisation de l'inaliénabilité, on ne peut en déduire une quelconque obligation constitutionnelle adressée au législateur de déclasser les biens avant de les céder⁵⁴⁴. En l'état actuel du droit, rien ne semble interdire par exemple au législateur d'aliéner le rivage de la mer même sans avoir modifié au préalable l'article L. 2111-4 du CGPPP. D'ailleurs, le législateur put céder sans déclasser préalable les locaux de l'ENA, qui appartenaient jusqu'alors à l'État. Rien ne permet d'indiquer qu'un contrôle de constitutionnalité aurait invalidé la disposition, sauf à envisager une « *norme*

⁵⁴¹ Voir notamment DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, spéc. n° 366 s. ; HUBRECHT (H.-G.), « L'inaliénabilité. Passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel », in *La Constitution et les valeurs* (mélanges D.-G. Lavroff), Dalloz, 2005, p. 417 ; DELALOY (G.), « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP* 2006, p. 575.

⁵⁴² WALINE (M.), *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines respectifs*, Paris : Jouve et C^{ie}, pp. 37 et 38

⁵⁴³ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 406. L'auteur relève que la règle d'inaliénabilité ne correspond pas aux conditions auxquelles s'astreint le Conseil constitutionnel pour reconnaître un tel principe.

⁵⁴⁴ L'opinion contraire semble soutenue, quoique très prudemment, par Hervé de Gaudemar : « *Dans les décisions précitées de 1986 et 1996, le Conseil constitutionnel considère que le moyen selon lequel le transfert de biens du domaine public aux entreprises nationales nouvellement créées manque en fait car "il s'oppose seulement à ce que des biens qui constituent ce domaine soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés". Or, dans ces espèces, des lois ont opéré ce déclassement. A contrario, cela signifie que si la loi n'opère pas de déclassement, l'inaliénabilité s'oppose à ce que le législateur transfère la propriété du bien. Il semble donc que, sans le dire expressément, l'inaliénabilité ait une valeur constitutionnelle même si son efficacité est liée à l'effectivité de la condition de déclassement* ». (*L'inaliénabilité du domaine public, op. cit.*, n° 370).

para-constitutionnelle »⁵⁴⁵ d'exigence d'un déclassement préalable à la cession d'un bien du domaine public, norme « *qui conduit vers l'inaliénabilité elle-même* »⁵⁴⁶.

2. La consécration constitutionnelle de la portée purement procédurale de l'inaliénabilité du domaine public

234. Loin de renforcer le principe d'inaliénabilité, le juge constitutionnel contribue à en atténuer la rigueur : il valide en effet la portée purement procédurale de l'inaliénabilité du domaine public. Même si le Conseil constitutionnel admettait la constitutionnalité de la règle, il la restreindrait à la simple obligation de déclasser préalablement à la cession. En clair, rien ne pourrait *in fine* résister à la volonté du législateur d'aliéner telle ou telle dépendance. Si le législateur voulait céder les rivages de la mer, il lui suffirait de les déclasser au préalable pour ne pas violer un hypothétique principe constitutionnel d'inaliénabilité du domaine public. Waline lui-même, tout en postulant la constitutionnalité de l'inaliénabilité, reconnaissait son caractère purement procédural en l'expliquant par un équilibre des pouvoirs financiers en faveur du Parlement : il s'agissait simplement d'empêcher que le gouvernement puisse « *se créer, en violation de la règle de l'universalité budgétaire, des ressources occultes, non votées par l'autorité budgétaire* »⁵⁴⁷. Toutefois, en plus de la nécessité de préserver le service public et les droits et libertés⁵⁴⁸, une limite constitutionnelle au déclassement pourrait consister en l'égalité. C'est en tout cas que pose Hervé de Gaudemar : « *Est-il possible que le législateur extraie du domaine public les biens affectés à un service public à Limoges tout en maintenant dans le domaine public ceux des autres villes de France ?* »⁵⁴⁹. Si le déficit de jurisprudence n'autorise que des conjectures, l'on peut effectivement se demander, pour prendre un autre exemple, si le législateur pourrait déclasser, en vue de sa vente, juste une partie du rivage de la mer en conservant le reste dans le domaine public. Il y aurait là une atteinte à l'égalité au détriment des communes littorales ou des commerçants profitant de leur proximité avec la mer.

⁵⁴⁵ YOLKA (P.), « ENA : une aliénation sans déclassement », *AJDA* 2005, p. 2313.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ WALINE (M.), *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines respectifs*, Paris : Jouve et C^{ie}, pp. 69 et 70.

⁵⁴⁸ Voir *infra*.

⁵⁴⁹ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, *op. cit.*, n° 373.

235. Il reste que, pour qu'une règle constitutionnelle d'inaliénabilité du domaine public soit réellement contraignante, il faudrait que soit en plus reconnu un domaine public constitutionnel, insusceptible de déclassement par le législateur. Or, même sans évoquer un « domaine public » constitutionnel, il ne semble exister aucun bien dont l'appropriation publique est garantie par la Constitution.

B. Des normes constitutionnelles insusceptibles de fonder une obligation d'appropriation publique

Le fait que l'inaliénabilité du domaine public n'accède pas à une valeur constitutionnelle n'empêche pas de chercher, dans le texte constitutionnel ou dans la jurisprudence du Conseil, des traces d'une appropriation publique obligatoire, transcendant la distinction entre le domaine public et le domaine privé. Trois normes pourraient constituer le fondement d'une appropriation publique constitutionnellement obligatoire. Toutefois, l'incertitude des notions sur lesquelles elles reposent fait qu'à l'heure actuelle, on ne peut en déduire l'existence d'une appropriation publique contrainte. Il s'agit de la protection due à la propriété publique (1), de la continuité du service public et des droits et libertés (2), et du très énigmatique alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 (3).

1. La protection due à la propriété publique

236. Le Conseil constitutionnel use de trois normes de référence lorsqu'il contrôle les opérations patrimoniales des personnes publiques ; deux d'entre elles, la continuité du service public, et les droits et libertés des usagers du domaine public sont d'ordre fonctionnel et ne commandent pas, par leur intitulé, une appropriation publique. La troisième norme, en revanche, est plus ambiguë : il s'agit de la protection due à la propriété publique, que le Conseil constitutionnel tire de l'article 17 de la DDHC qui, selon lui, protège la propriété publique au même titre que la propriété privée. De là, une question : cette protection due à la propriété publique implique-t-elle son existence ? Si l'on peut en douter, c'est parce que le Conseil constitutionnel n'a jamais invoqué ce fondement pour censurer une aliénation. Dans la quasi-totalité des jurisprudences où il se réfère à la protection due à la propriété publique, le Conseil n'a qu'un objectif : garantir la captation par le cédant public d'une contrepartie d'un

montant correspondant à la valeur du bien cédé⁵⁵⁰. Comme le relève Ariane Vidal-Naquet, « *les exigences constitutionnelles liées à la protection de la propriété publique peuvent sembler assez pauvres. Elles se limitent pour l'essentiel au principe d'incessibilité à vil prix, soulignant que le Conseil constitutionnel s'intéresse moins au périmètre de la propriété publique qu'à son aspect financier : il s'agit avant tout de préserver les intérêts patrimoniaux de l'État et d'éviter un appauvrissement de la personne publique* »⁵⁵¹. Il n'y a en fait que dans ses décisions du 21 juillet 1994⁵⁵² et du 22 août 2002⁵⁵³ que cette protection due à la propriété publique, appelée « *sauvegarde de la propriété publique* » en 2002, trouve une autre utilité : celle de sanctionner l'attribution prolongée de droits réels à l'occupant privatif du domaine public. On demeure toutefois bien loin d'une interdiction de céder ; après tout, le droit civil lui-même se montre parfois réticent face aux démembrements prolongés de la propriété des biens privés⁵⁵⁴, mais n'interdit pas pour autant la cession des biens privés. Il n'y a finalement que le domaine public naturel pour maintenir l'incertitude : dans la décision de 1994, le Conseil constitutionnel, au titre des « *règles et garanties ainsi énoncées (...) de nature à assurer le fonctionnement des services publics et la protection de la propriété publique* », signale que le domaine public naturel n'est pas concerné par les occupations constitutives de droits réels. Or, comme on ne voit pas le rapport que pourrait entretenir le domaine public naturel avec le service public, ce ne peut être que la propriété publique qui est ainsi protégée. Est-ce à dire, *a contrario*, que l'octroi de droits réels sur le domaine public naturel aurait été

⁵⁵⁰ La formule est désormais consacrée : pour prendre le cas le plus récent, le Conseil décide « *que le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine des 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* » (Cons. constit., 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes*, n° 2010-67/86 QPC, cons. 3). Plus récemment encore, le Conseil à employé dans le même dessein le « droit au respect des biens » : « *le droit au respect des biens garanti par ces dispositions ne s'oppose pas à ce que le législateur, poursuivant un objectif d'intérêt général, autorise le transfert gratuit de biens entre personnes publiques* » (Cons. constit., 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, 2013-687 DC, cons. 52). Voir également Cons. constit., 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, 2010-618 DC, cons. 44 ; Cons. constit., 3 décembre 2009, *Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, n° 2009-594 DC, cons. 15 ; Cons. constit., 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, 2008-567 DC, cons. 25.

⁵⁵¹ VIDAL-NAQUET (A.), « Droit constitutionnel et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 11.

⁵⁵² Cons. constit., 21 juillet 1994, *Loi complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, n° 94-346 DC.

⁵⁵³ Cons. constit., 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, n° 2002-460 DC.

⁵⁵⁴ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

contraire à la protection due à la propriété publique ? Et si le Conseil avait refusé l'octroi de droits réels sur le domaine public naturel, aurait-il malgré tout accepté sa cessibilité ? Hubert Hubrecht estime prudemment qu' « *il n'est pas totalement interdit de penser, en raison des spécificités du domaine naturel et de l'évolution des idées en matière de protection de l'environnement, que ce domaine pourrait être l'objet d'une inaliénabilité même à l'encontre du législateur (...) Mais il ne s'agit dans l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle que d'une hypothèse prospective* »⁵⁵⁵. Le statut constitutionnel du domaine public naturel reste donc pour le moins vague, mais l'usage de ce motif étonne d'autant plus que préservation de ce domaine hors du champ des droits réels par le législateur est elle-même assez peu compréhensible⁵⁵⁶. À l'heure actuelle, rien ne permet d'affirmer que la protection due à la propriété publique garantit une appropriation publique minimale.

2. La continuité du service public et les droits et libertés

237. Comme un reflet de la dualité des affectations du domaine public, continuité du service public et droits et libertés constituent, pour le Conseil constitutionnel, deux normes que doit respecter le législateur dans sa politique domaniale. Par une formule limpide, il indiqua dans une décision du 26 juin 2003 qu'outre le respect dû à la propriété, le législateur ne saurait « *priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ; que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège [et] dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté* »⁵⁵⁷. Cette continuité des services publics et ces droits et libertés imposent-ils une appropriation publique ?

⁵⁵⁵ HUBRECHT (H.), « L'inaliénabilité. Passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel », *art. cit.*, p. 431.

⁵⁵⁶ LAVIALLE (C.), « La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État », *RFDA* 1994, pp. 1110 et 1111 : « *L'argument avancé pour exclure le domaine public naturel de ce régime nouveau d'occupation mais en même temps reconnaître son existence est qu'il serait "plus fragile et nécessite(r)ait) une protection accrue". En dehors du fait qu'une telle remarque peut jeter un doute sur la valeur du dispositif de protection institué par cette loi, elle ne convainc pas totalement. D'abord, on perçoit mal ce qu'il faut entendre par fragilité du domaine public naturel et ce que cela signifie par rapport aux occupations privatives. Cette fragilité n'a notamment pas empêché le développement des concessions d'endiguage qui, contrairement au régime traditionnel de la domanialité, permettent dans certaines conditions au concessionnaire de devenir... propriétaire de la dépendance. On pourrait également faire valoir que la meilleure des protections de ces dépendances provient de leur caractère naturel. Que valent en effet les droits réels éventuellement consentis au regard des caprices des flots ? Ensuite le souci louable en soi de protéger ces dépendances conduit à se préoccuper moins de celles pourtant aussi fragiles qui sont affectées à l'usage du public, c'est à dire les voies publiques. Tout se passe comme si la distinction entre les deux domaines naturel et artificiel s'était opérée au détriment de celles-là oubliées par le Conseil constitutionnel alors même qu'elles sont à l'origine même du domaine* ».

⁵⁵⁷ Cons. constit., 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC (cons. 29).

238. La réponse est clairement négative en ce qui concerne la continuité des services publics. Le Conseil admit en effet clairement et à plusieurs reprises que, au prix de régimes de substitution très commentés en doctrine⁵⁵⁸, l'État pouvait transmettre aux sociétés privées succédant aux établissements publics privatisés les biens nécessaires au service public. Le Conseil exige simplement que soit préservée l'affectation au service public, ce qui l'amène à vérifier le caractère suffisant des garanties prévues par la loi. Ainsi, à propos des biens de l'ancien établissement public France Télécom devenu société privée par une loi de 1996, le Conseil estima que la continuité du service public n'était pas perturbée parce que la loi déferée prévoyait, au profit de l'État, un droit d'opposition à la cession des biens nécessaires au service public, ou tout au moins le droit d'exiger que cette cession s'opère dans des conditions permettant d'assurer cette continuité⁵⁵⁹. Le même raisonnement fut réitéré à l'occasion de la privatisation d'Aéroports de Paris : si le régime de substitution se trouva renforcé par l'insaisissabilité des biens ou l'interdiction d'y conclure des baux commerciaux, le Conseil constitutionnel ne trouva rien à redire à la transmission à la nouvelle société privée des biens nécessaires au service public, dès lors que « *la loi déferée [permettait] à l'État de s'opposer à toute forme d'aliénation d'un ouvrage ou d'un terrain nécessaire à la société Aéroports de Paris pour la bonne exécution ou le développement de ses missions de service public* »⁵⁶⁰. En 2006, enfin, lors du second acte de la privatisation de la société de Gaz de France, le Conseil releva, pour rejeter toute atteinte à la continuité du service public, que malgré la participation désormais minoritaire de l'État dans le capital de l'entreprise, celui-ci conservait grâce à une action spéciale le pouvoir de s'opposer « *aux décisions d'actifs (...) qui seraient de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels de la nation* »⁵⁶¹. Quelle que soit l'hypothèse, on se trouve donc bien loin d'une obligation d'appropriation publique : seule compte la pérennité de l'affectation, y compris si la propriété est celle de personnes privées.

⁵⁵⁸ Voir notamment, sur ce point, FATÔME (É.), « À propos des bases constitutionnelles du domaine public », *AJDA* 2003, p. 1192 ; LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, préf. J. Petit, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011, pp. 366 s. ; CHOUQUET (M.), *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, Thèse Bordeaux IV, 2013, pp. 384 s.

⁵⁵⁹ Cons. constit., 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, n° 96-380 DC (cons. 6).

⁵⁶⁰ Cons. constit., 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, n° 2005-513 DC (cons. 5). Malgré la formulation rapide du Conseil, précisions que comme pour France Télécom, la loi offrait à l'État soit la possibilité de s'opposer à la cession, soit la possibilité de l'autoriser sous des conditions assurant la continuité du service public.

⁵⁶¹ Cons. constit., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC (cons. 34).

239. Seul le cas de la privatisation d'Électricité de France (« EDF ») est de nature à faire naître un doute. Certes, le Conseil constitutionnel valide une fois de plus le transfert des biens nécessaires au service public à la société privée nouvellement créée. Mais les motifs sont doubles : d'une part, il relève que le capital de l'entreprise appartient toujours au secteur public ; d'autre part, il fait de la loi du 10 février 2000 une interprétation pour le moins « *constructive* »⁵⁶² en estimant, alors que c'était loin d'être évident⁵⁶³, que cette loi interdisait au gestionnaire du réseau, quelle que soit sa nature, de céder des actifs ou ouvrages nécessaires à son bon fonctionnement. Le Conseil constitutionnel semble ainsi indiquer que le transfert est constitutionnel parce que l'État, à travers la propriété du capital conserve la maîtrise de ces biens et parce que, de surcroît, il ne peut les céder à nouveau. L'on pourrait en déduire la consécration d'une propriété para-publique constitutionnelle, celle des biens d'EDF et des actions de l'État dans l'entreprise. On peut toutefois nuancer fortement cette hypothèse. Le Conseil constitutionnel, en interprétant la loi de 2000, découvre une interdiction de céder. Mais rien n'empêche de penser que s'il avait découvert « seulement » une obligation d'assortir la cession de conditions visant à préserver la continuité du service public (et non une interdiction totale de céder), il aurait tout autant validé la loi. Après tout seule compte la continuité du service public, qui dans les hypothèses de France Télécom et ADP s'accommode parfaitement d'une aliénabilité sous condition d'affectation. En outre, une protection renforcée s'impose d'autant moins pour les biens d'EDF que le Conseil d'État, en établissant en 1998 leur domanialité privée, autorisait leur aliénation⁵⁶⁴.

240. Si l'affectation à un service public n'impose pas l'appropriation publique, qu'en est-il de l'affectation à des droits et libertés ? L'hypothèse, on le ressent, concerne essentiellement les voies affectés à la libre circulation du public. C'est d'ailleurs pour protéger ces voies qu'une partie de la doctrine sollicita l'ajout, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de ces exigences relatives aux droits et libertés. Une fois de plus, le manque de jurisprudence ne permet aucune réponse certaine. Marine Chouquet estime prudemment que « *le respect des exigences constitutionnelles de protection des libertés publiques ne s'accommodera*

⁵⁶² LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, op. cit., p. 373 ; CHOUQUET (M.), *Le domaine privé des personnes publiques*, op. cit. p. 416.

⁵⁶³ LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, op. cit., pp. 373 et 374.

⁵⁶⁴ Jean Dufau notait déjà que ces aliénations ne pouvaient avoir lieu que si elles ne portaient pas atteinte au service public de l'établissement (« Propriété publique et droit privé », note sous CE, 23 octobre 1998. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 23 octobre 1998 Électricité de France » note sous CE, 23 octobre 1998, Électricité de France, *Dr. Adm.*, mai 1999, p. 5.

probablement pas d'autres mécanismes que l'appropriation publique des biens sur lesquels elles s'exercent »⁵⁶⁵. Accréditant cette hypothèse, le Conseil constitutionnel considère que le rachat public forcé et sans contrepartie de certaines voies privées affectées à l'utilité publique dans des lotissements est constitutionnel en ce qu'il permet de doter ces voies d'un « statut juridique conforme à leur usage »⁵⁶⁶. Mais cela signifie-t-il pour autant que les personnes publiques ne pourraient priver leurs voies de ce « statut conforme à leur usage » en les cédant à des personnes privées ? En fait, le principal obstacle constitutionnel à une cession des voies publiques n'est sans doute pas les « droits et libertés ». Suivant le modèle des biens affectés au service public, il suffirait, comme pour préserver ces droits et libertés d'organiser un régime sévère de substitution, interdisant notamment à l'acquéreur privé de modifier l'affectation du bien. L'obstacle constitutionnel serait plutôt celui de l'atteinte à la propriété privée qu'impliquerait un régime de substitution aussi rigide⁵⁶⁷. Mais là encore, on peut douter de la portée d'un tel argument : l'article 17 de la Déclaration de 1789 vise en effet à protéger la propriété privée contre des cessions forcées. Cela n'inclut pas l'hypothèse dans laquelle l'acquéreur privé consent à l'affectation du bien en même temps qu'il l'acquiert. De surcroît, les évolutions récentes du droit de propriété sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de cassation tendent à l'admission de la possibilité pour un propriétaire privé d'attribuer à un tiers un droit de jouissance perpétuel sur son bien⁵⁶⁸. Il n'est donc pas du tout certain qu'un régime de substitution, même sévère, dénature la propriété privée. Dès lors, on ne peut pas affirmer avec certitude que la protection des droits et libertés obligerait à une quelconque appropriation publique.

⁵⁶⁵ CHOUQUET (M.), *Le domaine privé des personnes publiques*, op. cit., p. 403.

⁵⁶⁶ Cons. constit., 6 octobre 2010, *Époux A.*, n° 2010-43 QPC (cons. 4).

⁵⁶⁷ Ainsi que le note dans sa thèse Philippe Yolka, « la solution fonctionnelle (...) lèse les droits de l'administration, dont les biens peuvent être aliénés sans que cette dernière obtienne en contrepartie une maîtrise suffisante sur ceux des particuliers. Elle est dangereuse pour les droits du public, puisque l'affectation suppose l'application d'un régime administratif spécial que les personnes privées ne sont pas, la plupart du temps, en mesure d'assurer. Elle sacrifie enfin les intérêts de l'acquéreur, qui est obligé de payer le prix sans pouvoir disposer librement de la chose puisque celle-ci reste affectée (...) Les personnes publiques conservant la maîtrise de l'affectation de biens cédés à des particuliers, le spectre du domaine éminent n'est jamais loin » (in *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1996, p. 185).

⁵⁶⁸ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

3. L'énigmatique alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946

241. « *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* ». Certains auteurs déduisirent de cet alinéa 9 une obligation constitutionnelle d'appropriation des biens nécessaires aux services publics constitutionnels. Ce fut par exemple le cas de Pierre Delvolvé, estimant que ces biens ne pouvaient être vendus que s'ils perdaient leur utilité au service public national⁵⁶⁹. François Colly considérait également que « *l'existence d'un noyau dur des services publics constitutionnels signifie sur le plan de la propriété publique, une irréductibilité de ces services, et qu'à côté il existe certainement un domaine public irréductible* »⁵⁷⁰.

242. La propriété publique obligatoire qu'induirait cet alinéa 9 fut principalement mise en exergue par Caroline Chamard-Heim⁵⁷¹, au travers d'un raisonnement en trois temps. D'abord, bien que cet alinéa semble, s'il est interprété littéralement, ne concerner que les acquisitions, il peut être utilisé de façon défensive pour empêcher les cessions. Par conséquent, le Conseil constitutionnel ne s'en sert pas seulement pour contrôler la validité des nationalisations ; il s'en sert également pour contrôler la validité des privatisations⁵⁷². Ensuite, l'alinéa évoque les services publics nationaux ou les monopoles de fait. Les seconds ne méritent pas de développements, puisqu'ils ne forment qu'une catégorie résiduelle que le droit de l'Union européenne vise à anéantir. La catégorie des services publics nationaux fut précisée par le Conseil constitutionnel, établissant dans sa décision des 25 et 26 juin 1986 une distinction entre les services publics nationaux dont la nécessité découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, et ceux érigés en tant que tels par le législateur. Ce dernier peut très bien retirer la qualification de « service public » aux activités de la seconde catégorie, mais non à celles de la première. Si les services publics constitutionnellement exigés n'ont jamais été clairement identifiés par le Conseil constitutionnel, plus prompt à

⁵⁶⁹ DELVOLVÉ (P.), « Droit de propriété et droit public », in *État de droit* (mélanges G. Braibant), Dalloz, 1996, p. 158.

⁵⁷⁰ COLLY (F.), « Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété », *RDP* 1988, p. 155.

⁵⁷¹ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, pp. 298 s.

⁵⁷² Voir par exemple Cons. constit., 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC, cons. 52 à 56 ; Cons. constit., 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, n° 2004-501 DC, cons. 12 à 14 ; Cons. constit., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC, cons. 11 à 15.

indiquer ce qu'ils ne sont pas⁵⁷³, la doctrine s'accorde en général pour y intégrer au moins les activités reliées à la souveraineté de l'État, telles que la défense, la police ou la justice, et celles répondant aux droits créances du Préambule de 1946⁵⁷⁴. Enfin, dernière étape du raisonnement qui pourrait fonder une appropriation publique minimale : les biens support de ces services publics constitutionnels ne peuvent être privatisés. L'interprétation de l'alinéa 9 permet de soutenir cette affirmation : on peut par exemple estimer qu'un palais de justice est un bien dont l'exploitation a les caractères d'un service public constitutionnel et doit donc, à ce titre, rester la propriété de la collectivité. Caroline Chamard-Heim, constatant d'abord que « *l'approche patrimoniale de l'obligation prescrite par l'alinéa 9 semble faire défaut* », ajoute toutefois une nuance rappelant les opinions de Jèze ou de Waline : « *Le bien doit (...) non seulement être utilisé par ledit service public, mais il doit aussi être indispensable à son fonctionnement régulier. Il paraît excessif de soutenir l'appropriation publique obligatoire de la totalité des biens des services publics constitutionnels, même les plus insignifiants eu égard à la mission du service public. L'appropriation publique constitutionnellement obligatoire doit se limiter aux biens qui sont indispensables au fonctionnement du service, c'est à dire aux biens sans lesquels l'activité de service public ne peut plus être normalement exécutée* »⁵⁷⁵.

243. Bien que parfaitement logique, ce raisonnement qui fait de l'appropriation publique des biens indispensables à ces services publics une exigence constitutionnelle ne semble pas suivi par le juge constitutionnel, qui n'a pas invalidé des lois autorisant la privatisation des

⁵⁷³ Ainsi en est-il de la communication audiovisuelle (Cons. constit., 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC), des télécommunications (Cons. constit., 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, n° 96-380 DC) ou encore des activités bancaires (Cons. constit., 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC).

⁵⁷⁴ ESPLUGAS (P.), *Conseil constitutionnel et service public*, préf. G. Vedel, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1994, pp. 24 s. ; FAVOREU (L.) « Service public et Constitution », *AJDA* 1997, n° spécial, pp. 17 et 18 : « *On peut dire sans risque de se tromper que les services publics correspondant à des fonctions de souveraineté de l'État sont des services publics constitutionnels : la défense nationale, les affaires étrangères, la police (...). On peut aussi considérer qu'il en va ainsi du service public de l'enseignement dans la mesure où le Préambule de la Constitution de 1946 dispose que "l'organisation d'un enseignement public gratuit, laïque et obligatoire est un devoir de l'État". En est-il ainsi également de la protection de la santé et de l'aide sociale, voire même de la culture ? La question que nous posons après la décision des 25-26 juin 1986 n'est toujours pas résolue. Mais on peut penser que la question restera en suspens car, à la différence du service des télécommunications, on n'imagine pas un processus de privatisation à propos de ces services publics* ». Marine Chouquet relève toutefois dans sa thèse l'instabilité de cette identification : « *La jurisprudence constitutionnelle ne propose pas d'illustration de biens susceptibles d'entrer dans cette catégorie, et il semble impossible d'identifier un critère positif de définition d'une telle notion, au regard de son caractère éminemment conjoncturel. Parce que toute tentative de hiérarchisation des services publics est "d'ordre politique", elle est fondamentalement "changeante", et rend "impossible" l'identification objective de la notion de services publics constitutionnels* » (*Le domaine privé des personnes publiques*, op. cit., p. 630).

⁵⁷⁵ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op. cit., p. 305.

biens nécessaires à la police ou à l'armée. Spécifiques à la Défense, les lois successives relatives à la programmation militaire préconisent par exemple une externalisation des biens au travers de termes suffisamment larges pour permettre à l'administration de céder les biens qu'elle souhaite⁵⁷⁶. Ces lois avaient été précédées d'une loi plus générale, celle du 29 août 2002 connue sous l'acronyme LOPSI⁵⁷⁷, codifiée par l'article L. 2122-15 du CGPPP. Cette loi autorise l'État à conclure avec le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels un bail « *portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, de la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la Défense* ». Cette novation était passible de trois interprétations au regard de l'alinéa 9 du Préambule de 1946 : soit l'on estimait que l'appropriation privée ainsi permise des biens nécessaires au service public était purement et simplement inconstitutionnelle ; soit l'on estimait que cette loi était conforme à l'alinéa 9 en ce que la propriété privée conférée sur l'ouvrage n'était que temporaire, et ne permettait par conséquent pas de conclure à une véritable cession ; soit l'on considérait finalement que l'alinéa 9 impliquait simplement une gestion du service public constitutionnel par une personne publique, mais pas forcément l'appropriation publique des biens nécessaires audit service .

244. Cette dernière interprétation est aujourd'hui la plus présente en doctrine. En 2005, Caroline Chamard-Heim prenait acte de ces lois relatives à l'armée et la police en écrivant que « *le législateur, soutenu par le Conseil constitutionnel, a autorisé des personnes privées à devenir propriétaires de biens appartenant jusque-là aux personnes publiques et qui faisaient*

⁵⁷⁶ Les termes de la loi de programmation militaire sur la période 2003-2008 (Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003, *JORF* du 29 janvier 2003, p. 1744) étaient extrêmement vagues : « *La politique engagée par le ministère en matière d'externalisation depuis plusieurs années sera poursuivie et accentuée. Afin de ne pas immobiliser indûment une partie de leurs effectifs, les forces armées peuvent alléger le poids des tâches ne revêtant pas un caractère opérationnel ou non essentielles en temps de crise, en contractant avec des personnes publiques ou privées. Pour les opérations, elles peuvent également recourir à l'externalisation de capacités qu'elles ne possèdent pas ou de manière limitée dans le cadre de la mise en place, du soutien et du désengagement des forces (...)* La solution patrimoniale ne répond pas toujours aux besoins opérationnels ou fonctionnels ni forcément à l'optimisation financière. Au cours de la période de programmation, il paraît opportun d'examiner des solutions innovantes qui s'appuient sur des expériences connues, tant en France qu'à l'étranger. Elles pourraient consister à procéder à des expérimentations dans certains domaines significatifs tels que les programmes d'armement, des opérations immobilières ou l'achat de prestations, voire de capacités ». Ceux de la loi de programmation militaire sur la période 2009-2014 (Loi n° 2009-928 du 29 juillet 2008, *JORF* du 31 juillet 2009, p. 12713) laissent tout autant de marge : « *les domaines tels que l'habillement, la restauration ou les infrastructures pourront faire l'objet d'externalisations qui permettront de réaliser des économies en bénéficiant de la performance économique des prestataires externes* ». Que comprennent donc ces infrastructures ?

⁵⁷⁷ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, *JORF* du 30 août 2002, p. 14398.

partie, croyait-on, du domaine public le plus éminent, de son "noyau dur" (...) de sorte que la propriété publique paraissait être constitutionnellement exigée pour les biens indispensables au fonctionnement des services publics de la justice, de la défense, de la police et du service public pénitentiaire (...) L'état de notre droit public a sensiblement évolué sur ce point »⁵⁷⁸. Hervé de Gaudemar adopte une démarche assez similaire à celle de Gaston Jèze⁵⁷⁹ pour considérer que seule la prestation est constitutionnellement obligatoire, non l'appropriation publique du bien servant cette prestation : « Chaque élément concourt à la mise en œuvre du service public, mais il ne se confond pas avec la prise en charge du service lui-même. Il ne devrait donc pas y avoir d'incidence du caractère non délégable du service sur l'externalisation du bien affecté à son exécution. Pour en aller différemment, il faudrait que le bien ne soit pas seulement nécessaire à l'exécution du service public, mais qu'il se rapporte à son existence. Or, on ne voit pas de quel type de bien il pourrait s'agir. L'exemple des prisons le montre clairement. Alors que le service public pénitentiaire est généralement considéré comme n'étant pas délégable, il est possible de confier au secteur privé non seulement la conception, la construction et l'aménagement des établissements mais aussi des tâches de gestion comme la maintenance (...) Une opération d'externalisation sur les établissements pénitentiaires envisagés comme des propriétés est par conséquent tout à fait possible. Et, de fait, au-delà des prisons, il existe une large externalisation des biens permettant l'exécution de missions de souveraineté ou, plus largement, de services publics non délégables : établissements d'enseignement, casernes de gendarmeries, commissariats de police, Palais de justice, etc. L'armée a même recours à des sociétés russes et ukrainiennes pour disposer d'avions de transport »⁵⁸⁰. Abondant dans ce sens, Marine Chouquet estime que « la détermination des services publics que l'on pourrait qualifier de "constitutionnels" à une époque donnée n'implique nullement l'appropriation publique obligatoire des supports sur lesquels ils s'exercent. Le Conseil constitutionnel se refuse à donner une pleine portée aux

⁵⁷⁸ CHAMARD-HEIM (C.), « Les frontières de la propriété. Le domaine public », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat* (dir. D. Tomasin), Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales, 2007, pp. 91 et 92.

⁵⁷⁹ Lequel relevait à titre d'exemple que c'est le professeur et non la salle de classe qui est essentiel dans le service public de l'enseignement (« Conditions requises pour qu'une chose fasse partie du domaine public », note sous Cour d'assises de la Creuse, 29 avril 1910, *Chevillard et autres*, RDP 1911, p. 307).

⁵⁸⁰ DE GAUDEMAR (H.), *Les propriétés publiques immobilières externalisables*, JCP A 2012, n° 2132. L'auteur avait déjà pu noter dans sa thèse la nécessité de « distinguer le service public constitutionnel lié à la souveraineté comme la justice ou l'armée et les biens affectés à ce service public constitutionnel qui se détachent de la souveraineté. Un Palais de justice, par exemple, est un lieu dans lequel s'exerce la justice, fonction régaliennne de l'État, mais le bâtiment en lui-même n'est pas un corollaire indispensable de la souveraineté » (*L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, n° 377, note 649).

dispositions de l'article 9 du Préambule de la Constitution de 1946, et dissipe ainsi toute forme de confusion entre les deux significations de la notion d'externalisation : celle qui vise à confier la gestion d'une activité au secteur privé, et celle qui consiste à transférer à une personne privée la propriété d'un bien utilisé à des fins d'utilité publique »⁵⁸¹. Nathalie Bettio qualifie également de « contingente » l'obligation d'appropriation publique figurant dans l'alinéa 9 dans la mesure où elle « n'empêche pas la restriction du nombre de dépendances affectées à l'exercice d'un service public régalién dès lors que politiquement ces biens sont considérés comme non indispensables à l'activité »⁵⁸².

245. Toutes ces interprétations, distinguant soigneusement l'existence du service et ses instruments, s'inscrivent finalement dans une jurisprudence du Conseil constitutionnel qui n'exige que le contrôle par la collectivité des services publics les plus importants, et non l'appropriation publique des biens nécessaires à ce service. Cette attention portée au contrôle du service public national était manifeste dès la décision de 1996 relative au service public des télécommunications : le Conseil constitutionnel y considéra « *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 (...), 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'État dans le capital de l'entreprise nationale, que l'abandon de cette participation majoritaire 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 »⁵⁸³. Une argumentation similaire fut*

⁵⁸¹ CHOUQUET (M.), *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, Thèse Bordeaux, 2013, pp. 630 et 631.

⁵⁸² BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Lavielle, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, p. 502. L'auteur se montre toutefois nuancée, en relevant par ailleurs que « *Le Conseil constitutionnel a (...) reconnu que "La nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle" ce qui implique l'impossibilité de privatiser ces services publics. Ils sont des garanties de l'institution du pouvoir et de la souveraineté de l'État. Les services publics de la Défense nationale, de la justice, des affaires étrangères et de la police répondent à ces conditions. L'existence de ces activités et leur appartenance au secteur public s'imposent au législateur. À partir de là, il semble que soit constitutionnellement exigée l'appropriation publique des biens qui sont le support de ces services publics : les palais de justice, les biens assurant la Défense nationale, les commissariats de police, les prisons ou les locaux de la Banque de France. Or le maintien de la domanialité publique de ces biens n'est pas une obligation constitutionnelle. Rien n'empêche constitutionnellement le législateur de déclasser ces biens à condition de les soumettre à un régime spécifique et de les maintenir dans un patrimoine public. Ces biens étant obligatoirement des propriétés publiques affectées à un service public constitutionnel, on voit mal comment, en vertu de leur affectation renvoyant directement à l'exercice de la souveraineté, ils ne pourraient être constitutifs du noyau dur du domaine public ».*

⁵⁸³ Cons. constit., 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, n° 96-380 DC, cons. 4.

développée pour valider la privatisation d'EDF et GDF⁵⁸⁴ ; et, si en 2006 le Conseil constitutionnel accepta l'abandon de cette participation majoritaire de l'État dans le capital de GDF, ce fut précisément parce que la loi contrôlée privait l'activité de l'entreprise de son statut de service public national⁵⁸⁵. Cette jurisprudence confirme en tout cas que la seule exigence résultant de la qualification de service public national est la nécessité de son contrôle par la collectivité, ce qui d'après le Conseil constitutionnel implique, dans le cadre des sociétés anonymes, une participation majoritaire d'une personne publique. S'il existe une appropriation publique constitutionnellement obligatoire, elle réside peut-être dans cette quantité de participations suffisante pour le contrôle des services publics nationaux⁵⁸⁶. Par ailleurs, de façon plus spécifique, le Conseil constitutionnel proscrit la délégation à une personne privée de l'exercice d'une mission de souveraineté⁵⁸⁷. Cela n'interdit pas, nous l'avons vu, l'appropriation privée des biens nécessaires à l'activité. C'est donc bien au seul contrôle que s'intéresse le Conseil constitutionnel. La « propriété » que mentionne l'alinéa 9 du Préambule de 1946 doit alors peut-être être comprise de façon souple, non pas comme l'exercice du droit de propriété prévu par l'article 544 du Code civil, mais simplement comme une maîtrise de l'organisation et du fonctionnement du bien ou de l'entreprise qui acquiert les caractéristiques d'un service public national.

Section 2. L'assouplissement des procédures de cession

246. Liquidité du domaine et règles de mise en concurrence sont reliées par un lien de cause à effet : plus les règles de mise en concurrence des candidats acquéreurs sont strictes, moins le domaine est économiquement liquide. Le recul des règles de mise en concurrence encourage à la cession en offrant au cédant public la possibilité de choisir l'acquéreur ; le libre choix de l'acquéreur facilitera les cessions consenties avec une charge, ce qui permet d'envisager plus facilement le maintien de l'affectation après l'opération. Hervé Moysan

⁵⁸⁴ Cons. constit., 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, n° 2004-501 DC, cons. 14.

⁵⁸⁵ Cons. constit., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC, cons. 15.

⁵⁸⁶ Voir sur ce point, bien que concernant le domaine local, les réflexions de Jean-Gabriel Sorbara sur la nature de la domanialité des actions détenues par les personnes publiques dans les sociétés publiques dès lors que celles-ci gèrent un service public. L'auteur conclut qu'il ne serait pas pertinent d'appliquer la domanialité publique à ces parts sociales, mais réserve toutefois le cas des « actions de préférence au profit des personnes publiques destinées à protéger un intérêt relevant de l'article L. 2112-1 du CGPPP » (« Les sociétés publiques locales et la propriété publique », *RFDA* 2012, p. 1140).

⁵⁸⁷ Cons. constit., 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC, cons. 19.

indiquait dans sa thèse que « *la contrainte exercée par l'obligation de respecter des procédures spécifiques aux aliénations de dépendances du domaine privé ne doit pas être sous-estimée : elle aboutit souvent à restreindre considérablement la liberté d'aliéner des collectivités publiques* »⁵⁸⁸. En ce sens, le ministre du Budget, répondant aux reproches de la Cour des comptes qui considérait comme trop souples les procédures de mise en concurrence prévues par les textes, estimait que cette flexibilité constituait un mal nécessaire pour ne pas dissuader la personne publique cédante de procéder à la cession⁵⁸⁹. La disparition ou, tout du moins, l'assouplissement des procédures de mises en concurrence serait donc vectrice d'une augmentation du volume des ventes, mais peut-être aussi de leur montant : Gabriel Eckert, s'interrogeant sur la pertinence de la mise en concurrence préalablement aux opérations patrimoniales des personnes publiques, relève qu' « *on dénonce (...) un inutile formalisme dès lors que l'instauration de telles procédures ne garantit pas toujours d'améliorer l'efficacité de la gestion publique (...) La mise en concurrence n'est pas dépourvue d'effets économiques négatifs comme l'a montré l'analyse économique des procédures de la commande publique* »⁵⁹⁰. Semblant prendre acte de ces doutes, législateur et pouvoir réglementaire se lancèrent dans une politique de restriction des obligations de mise en concurrence, en distinguant soigneusement l'État, bénéficiaire d'un simple assouplissement des règles de mise en concurrence préalables aux cessions domaniales (§ 1), et les collectivités locales, jouissant d'une absence totale de telles contraintes (§ 2).

§ 1. L'assouplissement des règles de mise en concurrence précédant les cessions du domaine de l'État

Longtemps le choix du cessionnaire ne fut fondé que sur le critère du prix, dans le cadre de l'adjudication. Devenait ainsi l'acquéreur le candidat prêt à payer le bien le plus cher (A). Le manque de souplesse du procédé, empêchant l'administration de choisir le candidat en fonction de son aptitude à supporter certaines charges liées au bien, conduisit à une réforme des modes de mise en concurrence pour lui permettre de fonder le choix du cessionnaire sur d'autres critères (B), dans le cadre de cessions amiables avec ou sans concurrence préalable.

⁵⁸⁸ MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques*, préf. D. Truchet, LGDJ, Collection Thèses, 2001, pp. 236 et 237.

⁵⁸⁹ Cour des comptes, « Les cessions de biens immobiliers de prestige par France Domaine », in Rapport public annuel 2009, p. 104.

⁵⁹⁰ ECKERT (G.), « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 62.

247. Une clarification terminologique s'impose. Longtemps la « cession amiable » ne consista qu'en une cession qui, conclue de gré à gré, n'imposait aucune mesure de publicité ni de mise en concurrence préalable. Le décret du 4 novembre 2002 mit fin à cet état du droit, en instaurant la cession amiable précédé de publicité et de mise en concurrence. Il faut donc distinguer, à côté de l'adjudication, deux autres procédures : celle que nous appellerons la « cession amiable concurrentielle », prévue par l'article R. 3211-2 du CGPPP et qui, comme le nom que nous lui donnons l'indique, implique des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables ; celle que nous appellerons la « cession amiable non concurrentielle », désignée parfois par l'expression « cession de gré à gré », prévue à l'article R. 3211-7 du Code et qui n'implique aucune mesure comparable.

A. Un choix du cessionnaire initialement fondé sur le seul critère du prix : le principe de l'adjudication

L'adjudication fut longtemps le procédé de principe de mise en concurrence préalablement aux cessions domaniales (1), en raison de l'efficacité financière (2) qui lui était attribuée.

1. La nécessité ancienne d'une cession des biens domaniaux par adjudication

Avant de décrire le déroulement de l'adjudication (b), il convient de rappeler que l'exigence de cette procédure en tant que principe est très ancienne (a).

a. L'ancienneté de l'exigence d'une adjudication

i. L'ancienneté de l'exigence d'adjudication en matière d'immeubles domaniaux

248. L'adjudication fut longtemps - et reste encore pour partie - la procédure par excellence de cession des biens domaniaux. On retrouve dès le XVI^{ème} siècle une trace de cette obligation : Bosquet rapporte que « *les différentes aliénations du domaine se faisoient d'abord par des actes passés par devant notaires ; cette forme s'observoit encore sous le règne de Henry IV, comme on voit par un registre qui est dans le dépôt des minutes des*

finances, contenant l'extrait des aliénations faites sous ce règne (...) Henry IV donna une autre forme aux aliénations du domaine, en nommant des commissaires, pour en faire des adjudications au plus offrant et dernier enchérisseur »⁵⁹¹. Un édit de décembre 1553 avait déjà mentionné l'adjudication en ordonnant que certains domaines « *seront également criés et revendus à faculté de rachat perpétuel* »⁵⁹². Rien n'indiquait néanmoins, à cette époque, que l'adjudication fût la seule forme admise. Elle fut précisée par des textes ultérieurs : un arrêt du conseil du 18 novembre 1673 établit une chambre royale pour la vente et l'adjudication des domaines et droits domaniaux⁵⁹³, puis un édit de mars 1695 ordonna et organisa la publicité des avis d'adjudication des biens domaniaux⁵⁹⁴. L'obligation de procéder à une adjudication pour céder les immeubles domaniaux pourrait remonter à une époque plus lointaine encore : Anatole des Glajeux mentionne la « *subhastation* », terme ancien désignant les enchères, comme procédure de principe⁵⁹⁵ pour l'aliénation des biens du fisc dès l'Empire romain. Arthur Desjardins cite même un rescrit de Caracalla : « *Si la vente n'a pas été faite aux enchères, si les formes requises n'ont pas été rigoureusement observées (...) tu pourras faire rescinder la vente* »⁵⁹⁶.

249. À la Révolution, la loi du 14 mai 1790⁵⁹⁷ confirma immédiatement que l'adjudication était la procédure de principe pour la vente des biens nationaux. Les lois des 15 et 16 floréal an X reprirent l'obligation, comme le fit, plus d'un siècle plus tard, le Code du domaine de l'État : l'article L. 84 érigea, en matière de cessions immobilières, l'adjudication en principe. La cession amiable (sans publicité ni mise en concurrence) n'était autorisée que dans des cas très limités, lorsque la loi le prévoyait ou lorsque la valeur vénale de l'immeuble n'excédait pas 15 millions de francs. La réforme du Code du domaine de l'État en 1962 reprit le principe, mais l'article R. 129 étendit la possibilité d'une cession amiable aux immeubles d'une valeur supérieure à 150 000 NF⁵⁹⁸, pourvu qu'en ce cas leur cession fût autorisée soit par un décret pris sur rapport du ministre des Finances lorsque leur valeur vénale était inférieure à 1 million

⁵⁹¹ BOSQUET, *Dictionnaire raisonné, des domaines et droits domaniaux*, Tome 2, Rouen : Jacques-Joseph le Boullenger, 1762, p. 111.

⁵⁹² *Ibid*, p. 99.

⁵⁹³ *Id.*, p. 105.

⁵⁹⁴ *Id.*, p. 111.

⁵⁹⁵ DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 22.

⁵⁹⁶ DESJARDINS (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1862, p. 56.

⁵⁹⁷ Couplée à une instruction du 31 mai 1790.

⁵⁹⁸ Simple conversion du « 15 millions de francs » antérieurement prévu.

de nouveaux francs, soit par un décret pris en Conseil des ministres, sur rapport du ministre des Finances et après avis du Conseil d'État, en cas de valeur vénale supérieure à 1 million de nouveaux francs.

250. Ce système perdura sans changement majeur⁵⁹⁹ jusqu'à un décret du 22 avril 1988⁶⁰⁰ qui, tout en maintenant le principe de l'adjudication, enrichit considérablement les cas de recours à la cession amiable, figurant à l'article R. 129-1 du Code du domaine de l'État.

251. L'adjudication perdit, en 2004, son statut de seule procédure de principe pour l'aliénation des biens domaniaux étatiques. L'administration peut désormais opter pour la cession amiable concurrentielle⁶⁰¹. Elle demeure toutefois la première procédure citée par le CGPPP.

ii. L'ancienneté de l'adjudication en matière de meubles domaniaux

252. Les principes gouvernant la cession des meubles suivirent une trajectoire similaire. Dès la Révolution, les textes posèrent la prévalence de l'adjudication pour procéder à la vente des meubles domaniaux. L'article 5 du titre III du décret des 28 octobre et 5 novembre 1790 disposait en effet que « *les ventes seront faites à l'encan* ». Le décret des 2 et 3 janvier 1793 détailla les modalités de l'enchère sans envisager d'autre procédure de cession, et réprimait les agents qui ne les respecteraient pas. Peu après, le décret du 6 ventôse an III indiqua que le mobilier appartenant à la République et qui ne constituait pas un effet précieux serait « *vendu aux enchères dans des ventes publiques, qui seront faites à Paris, Versailles, et dans les communes au-dessus de cinquante mille âmes dans une ou plusieurs salles, uniquement destinées à cet usage ; dans les communes au-dessous de cinquante mille âmes, dans l'endroit où les meubles se trouveront* ». Maguero rapporte également, en 1899, l'existence d'une instruction et de jurisprudences dont il déduit que « *les ventes de mobilier de l'État doivent, en général, être faites par la voie des enchères, avec publicité et concurrence (...)* Mais, par

⁵⁹⁹ Au-delà des quelques modifications des seuils pour recourir aux cessions amiables, on note surtout la possibilité ouverte par un décret du 6 février 1969 (Décret n° 69-137, *JORF* du 7 février 1969, p. 1431) de recourir à la cession amiable pour les biens les plus chers sans décret pris en conseil des ministres : seul est nécessaire le rapport du ministre des finances et la consultation du Conseil d'État.

⁶⁰⁰ Décret n° 88-408 du 22 avril 1988 portant modification du Code du domaine de l'État, *JORF* du 23 avril 1988, p. 5393.

⁶⁰¹ Voir *infra*.

exception à cette règle, l'administration peut recourir à des cessions amiables toutes les fois qu'il existe des circonstances particulières, à raison desquelles la mise en vente publique paraît impossible ou inopportune. Il en est ainsi, notamment, à l'égard des objets qui ne sont pas de nature à exciter la concurrence, ou dont la valeur n'est pas sensiblement supérieure aux frais qu'occasionnerait une adjudication publique. La cession amiable peut également être consentie lorsque l'adjudication a été tentée sans succès, ou lorsque des considérations d'utilité publique sont invoquées par les départements ou les communes à l'appui de demandes d'acquisition d'objets disponibles entre les mains du Domaine, ou, enfin, quand il s'agit d'objets précieux (...) qu'il n'est pas possible de mettre publiquement en vente »⁶⁰².

C'est ce système que reprit ensuite l'article L. 69 du Code du domaine de l'État. Il ne mentionnait toutefois pas l'adjudication : l'article se contentait d'indiquer que « *les ventes (...) doivent être faites avec publicité et concurrence. Toutefois, pour des considérations de défense nationale, d'utilité publique ou d'opportunité, des cessions amiables peuvent être consenties par le service des domaines, tant à des particuliers qu'à des services publics* ». La lecture des arrêtés codifiés dans le Code du domaine de l'État ne laisse néanmoins aucun doute sur le fait que l'adjudication était la forme au moins privilégiée de cette mise en concurrence évoquée par l'article L. 69 : les articles A. 107 à A. 114 Code du domaine de l'État ne fixaient en effet que les modalités pratiques de l'adjudication, et n'évoquaient aucune autre procédure de mise en concurrence.

253. Comme en matière d'immeubles, l'adjudication perdit son statut de procédure de principe : le décret du 22 novembre 2011⁶⁰³, dotant le CGPPP d'une partie réglementaire, instaura un article R. 3211-36 disposant que « *l'aliénation d'un bien ou droit mobilier du domaine privé de l'État est consentie avec publicité et mise en concurrence soit par adjudication publique, soit par voie de marchés d'enlèvement* ». L'adjudication, enfin mentionnée, perdait aussi son monopole.

⁶⁰² MAGUERO (É.), *Dictionnaire des domaines*, Paris : Berger-Levrault et C^{ie}, 1899, pp. 734 et 739.

⁶⁰³ Décret n° 2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publique, *JORF* du 24 novembre 2011, p. 19708.

b. Le déroulement de l'adjudication

i. Le déroulement de l'adjudication des immeubles

254. Le CGPPP dispose en son article R. 3211-2 que « *l'aliénation d'un immeuble du domaine privé de l'État est consentie avec publicité et mise en concurrence, soit par adjudication publique, soit à l'amiable* » ; l'article R. 3211-3 ne détaille que très sommairement les modalités de l'opération : « *l'adjudication publique est autorisée par le préfet après avis du directeur départemental des finances publiques. La mise à prix est fixée par le directeur départemental des finances publiques* ». Ce laconisme, déjà présent dans le Code du domaine de l'État mais contrastant avec les lois révolutionnaires qui organisaient soigneusement la procédure (notamment celle du 14 mai 1790) se justifie par le renvoi de l'article à un « *cahier des charges type fixant les conditions générales des aliénations* » établi par le ministre chargé du domaine. Ce cahier indique notamment que « *l'adjudication a lieu aux enchères verbales et à l'extinction des feux. Elle n'est prononcée qu'autant que deux bougies se sont éteintes successivement sur une même enchère* »⁶⁰⁴. Le caractère strictement verbal des enchères, qui oblige le candidat acquéreur ou son représentant à être présent lors de la séance, ainsi que le système des feux, impriment au procédé une certaine solennité et contribuent probablement au « *charme désuet de l'ancien* »⁶⁰⁵ des aliénations du domaine de l'État. La méthode des feux, déjà utilisée lors de la vente des biens nationaux⁶⁰⁶, consiste comme son nom l'indique à limiter le temps de renchérissement de la façon la plus objective possible en l'indexant sur la durée de consommation de petites bougies (environ trente secondes chacune), allumées successivement. Le cahier des charges type vise aussi à sécuriser la qualité financière de l'opération : le fait que « *l'adjudication n'est prononcée qu'autant qu'il est porté au moins une enchère sur le montant de la mise à prix* » garantit le respect de l'incessibilité à vil prix. Le fait, également, que « *ne peuvent pas prendre part à l'adjudication (...) les personnes notoirement insolvables ou qui auront été exclues des ventes domaniales* » et l'obligation de verser une caution pour les lots dont la mise à prix excède un

⁶⁰⁴ Disponible sur le site internet de la DNID. Voir lien internet en fin de bibliographie.

⁶⁰⁵ YOLKA (P.), « Un État sans domaine ? », *AJDA* 2003, p. 1017

⁶⁰⁶ Voir par exemple l'article 3 de la loi des 2 et 3 janvier 1793 : « *Pour la vente des meubles dont l'estimation ou la première enchère surpasserait la somme de cent livres, il sera allumé des feux, et la délivrance n'en sera faite qu'à l'extinction du dernier feu sans enchère* ».

certain seuil assurent au cédant public la captation de la contrepartie⁶⁰⁷. Cette dernière disposition rappelle d'ailleurs « *les garanties de bonne fin et de solvabilité présentées* » qui, avec les conditions financières, constituent les seuls critères mentionnés par le CGPPP pour le choix du cessionnaire dans le cadre d'une cession amiable.

255. Quant à la publicité préalable des séances d'adjudication des immeubles domaniaux, ses modalités en sont, aux termes de l'article R. 3211-2 du Code, déterminée par le ministre chargé du domaine. Cette publicité figurait dans le « Bulletin officiel d'annonces des domaines », dont l'édition fut stoppée en 2005. Elle fut transférée sur le site internet de la Direction nationale des interventions domaniales.

ii. Le déroulement de l'adjudication des meubles

256. L'adjudication des meubles domaniaux est réglementée de façon extrêmement détaillée par les articles A. 105 et suivants du Code du domaine de l'État et par un « cahier des charges générales pour parvenir à la vente des biens mobiliers aliénés par le Service des Domaines »⁶⁰⁸, en vigueur depuis le 1^{er} juin 1990 et consultable par les éventuels acquéreurs sur le site internet de la Direction nationale des interventions domaniales. Contrairement à l'adjudication d'immeubles, les enchères ne mettent pas en scène la consommation d'une bougie, et ne sont pas nécessairement verbales. L'article R. 3211-37 du CGPPP n'est pas contraignant sur la forme : « *L'adjudication publique a lieu aux enchères verbales, par voie d'offres écrites, par combinaison d'enchères verbales et d'offres écrites ou par tout autre procédé permettant l'expression de la concurrence* ». La publicité doit être fixée selon des modalités adaptées, « *en rapport avec l'importance des objets ou matériels à aliéner* »⁶⁰⁹. Comme pour l'adjudication d'immeubles, l'incessibilité à vil prix est préservée par l'ajournement de la vente si aucune enchère verbale ou offre écrite n'atteint l'estimation préalable fixée par le service des domaines⁶¹⁰

⁶⁰⁷ Pour plus de détail sur le déroulement technique des enchères, voir RAUNET (M.), LÉONETTI (R.), « Ventes et autres cessions des immeubles de l'État », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. 82), §§ 162 s.

⁶⁰⁸ Ce cahier des charges est en vigueur depuis le 1^{er} juin 1990 et est consultable par les éventuels acquéreurs sur le site internet de la Direction nationale des interventions domaniales (adresse précitée).

⁶⁰⁹ Article A. 107 du Code du domaine de l'État.

⁶¹⁰ Article A. 109 du Code du domaine de l'État.

2. Les vicissitudes de l'adjudication

Au-delà de l'efficacité financière parfois incertaine de l'adjudication (a), c'est le caractère trop restrictif du critère de choix (b) qui incita à un enrichissement des modes d'aliénation.

a. L'efficacité financière incertaine de l'adjudication

Bien que la logique mathématique dans laquelle elle s'inscrit fait *a priori* de l'adjudication la procédure de mise en concurrence la plus efficace financièrement (i), certains effets pervers sont susceptibles d'entraver cette efficacité (ii).

i. Les avantages financiers allégués de l'adjudication des biens domaniaux

257. La pérennité de l'adjudication comme procédure de principe des cessions domaniales s'explique essentiellement par sa capacité à assurer à l'opération le meilleur rendement financier tout en préservant au mieux l'égalité. Cette efficacité financière découle de la définition même du terme, dont il résulte que le prix le plus élevé désigne le vainqueur. Le dictionnaire *Le Littré* renvoie l'adjudication au terme « adjuger », consistant à « *déclarer par autorité de justice qu'une personne devient propriétaire d'un bien meuble ou immeuble mis à l'enchère* ». L'« enchère » elle-même est définie comme « *l'offre d'un prix supérieur dans une vente* ». C'est pourquoi il est de la « *logique propre à l'adjudication* »⁶¹¹ que la cession se réalise au profit du plus offrant, et c'est naturellement ce dernier que les conditions générales des ventes domaniales déclarent vainqueur. L'efficacité financière du procédé était déjà relevée par Ducrocq, pour qui l'adjudication constituait une « *garantie puissante [protégeant] le domaine contre la possibilité de ces dispositions gratuites ou dolosives, qui seraient autant d'actes de malversations, ayant pour but d'enrichir certains individus au détriment de l'État* »⁶¹². Pour rappel, le Comité d'aliénation procéda, en 1791, à une comparaison entre le montant des estimations et le montant des adjudications. Cette comparaison témoigne de l'efficacité financière de la procédure : alors que les domaines finalement cédés furent d'abord estimés à 96 997 068 livres, ils furent ensuite adjudiqués pour un total de

⁶¹¹ LAVIALLE (C.), « Le prix de vente des biens du domaine privé », *JCP G* 1991, I, n° 3519.

⁶¹² DUCROCQ (T.), *Traité des ventes domaniales*, Paris : Cotillon, 1865, p. 25.

171 914 855 livres⁶¹³. La préférence de l'adjudication à d'autres modes tels que la vente de gré à gré permet peut-être⁶¹⁴ d'encaisser un produit près de deux fois supérieur à la mise à prix. L'enchère apparaît donc *a priori* comme le meilleur instrument de maximisation du prix de vente. La « *maximisation des revenus* » est d'ailleurs le principal avantage de l'enchère d'après un rapport établi par l'OCDE⁶¹⁵.

258. Mieux encore : l'adjudication peut servir de palliatif à l'absence de connaissance du prix du marché lorsque sont cédés des biens domaniaux rares ou qui n'ont pas d'équivalent sur le marché. Dans un rapport de 2001, le Conseil d'analyse économique et sociale louait l'efficacité des enchères par l'exemple d'une collectivité publique souhaitant bénéficier d'un service : les mérites du procédé « *peuvent être mis en évidence en prenant (...) le cas simple où les pouvoirs publics désirent disposer d'un équipement public particulier (...) susceptible d'être produit par plusieurs entreprises [avec] un coût de revient connu d'elles seules. Cette asymétrie d'information en faveur de l'entreprise et au détriment des pouvoirs publics constitue l'argument clé qui plaide pour les enchères (...) Au terme du processus (...) l'enchère sélectionne l'entreprise présentant la meilleure efficacité économique (...) En corollaire, l'équipement est acquis en minimisant la dépense publique* »⁶¹⁶. L'exemple peut être transposé aux cessions domaniales : les acquéreurs sont seuls à connaître le prix maximal qu'ils sont prêts à offrir pour l'acquisition du bien.

ii. Les inconvénients financiers de l'adjudication des biens domaniaux

259. Il faut en premier lieu constater que les conditions générales des ventes domaniales⁶¹⁷ proscrivent la surenchère lors de l'adjudication. La surenchère est l'« *enchère qui, portée après une première vente (...) a pour effet de remettre en question cette vente et d'en provoquer une autre, lorsqu'elle est supérieure au prix obtenu dans une proportion*

⁶¹³ DESJARDINS (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1862, p. 314 (Comparaison déjà mentionné en Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1).

⁶¹⁴ Nuançons : il se peut aussi que ces biens aient été simplement sous-évalués.

⁶¹⁵ OCDE (Groupe de travail sur les politiques en matière de télécommunications et de services d'information), *Allocation du spectre : enchères et procédures de soumission comparative. Arguments économiques*, 17 janvier 2002, p. 13.

⁶¹⁶ Conseil d'Analyse Économique, *Enchères et gestion publique*, La Documentation française, 2001, p. 20.

⁶¹⁷ Consultables sur le site internet de la DNID (voir lien internet en fin de bibliographie).

déterminée par la loi »⁶¹⁸. Ce droit de surenchère existe notamment en matière d'adjudications judiciaires faisant suite à des saisies immobilières : les articles R. 322-50 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution ouvrent en effet à toute personne la possibilité de surenchérir dans les dix jours de l'adjudication, pourvu que soit proposée une somme supérieure d'au moins un dixième au prix principal de la vente. S'engagent alors de nouvelles enchères ouvertes à tous, se concluant par une nouvelle adjudication au plus offrant. Alors même que l'heure est à la recherche de nouvelles ressources, il est surprenant que l'État se prive d'un procédé qui lui permettrait de capter un produit encore supérieur. L'absence de surenchère a pourtant une explication conforme à la rationalité économique : lors de la première enchère, le candidat sera incité à ne pas proposer la somme maximale qu'il est prêt à offrir, pour la réserver en vue d'une hypothétique surenchère. Plus grave : la surenchère entraîne un risque de corruption et de concentration des adjudications à venir. C'est la connaissance de ce risque qui justifia par exemple qu'une loi du 6 juin 1840 exclût la surenchère lors de l'adjudication des droits de pêche. Dans les commentaires de la loi, on pouvait lire que « *dès que le droit de surenchère est accordé, l'on voit à sa faveur se former des coalitions qui ont pour objet, soit de rançonner les adjudicataires de bonne foi, soit de monopoliser les adjudications à leur profit (...) Parfois des traités illicites interviennent, et s'il arrive que des adjudicataires intègres repoussent les ouvertures des surenchérisseurs agissant au nom des coalisés, ceux-ci, élevant les enchères jusqu'au point où il n'y a plus que préjudice pour l'adjudicataire isolé, le découragent et l'éloignent de toutes les adjudications subséquentes ; leur but est alors atteint ; ils sont maîtres des adjudications* »⁶¹⁹.

260. En second lieu, et en contrariété absolue avec l'idée que l'enchère constituerait, de par sa logique propre, le système le plus avantageux financièrement, l'Institut de la gestion déléguée relevait dans un rapport de 2001 que la faible implication des administrations publiques dans la politique de cession résultait de « *la procédure d'adjudication qui ne permet souvent pas de vendre les biens à une valeur intéressante* »⁶²⁰. L'efficacité de l'enchère doit effectivement être relativisée à deux titres. En premier lieu, la rentabilité de l'enchère est tributaire de la conjoncture économique et financière. C'est en période de crise de l'offre immobilière que le système de l'enchère est le plus rentable. Une étude révèle que

⁶¹⁸ CORNU (G.) et autres *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd, PUF, 2011, p. 993.

⁶¹⁹ Recueil Duvergier, obs. sous la loi du 6 juin 1840, Tome 40, p. 99.

⁶²⁰ Institution de la gestion déléguée, *La gestion patrimoniale du domaine public*, 2001, p. 10.

dans les années 1990, en l'absence d'une telle crise, la mise à prix était de l'ordre de 50 à 75 % de l'estimation, et l'enchère victorieuse, ne représentait en général que 80 % du prix que le vendeur aurait pu espérer d'une vente amiable⁶²¹, la faute à un public relativement restreint, constitué presque exclusivement de professionnels. La poursuite de la raréfaction des biens immobiliers au début des années 2000 et la spéculation qui s'en suivit suscitèrent pour les enchères l'intérêt d'un plus grand nombre de candidats, aboutissant à des ventes dépassant cette fois l'estimation initiale⁶²². Néanmoins, si la crise immobilière est favorable au vendeur, tel n'est pas le cas de la crise financière : la réticence des banques à accorder des prêts dissuade les candidats à l'acquisition de participer à une vente aux enchères, dépourvue de condition suspensive d'obtention de crédit. En second lieu, une analyse purement économique révèle l'un des défauts de l'enchère telle que la pratique le service des domaines, celle de générer la crainte de la malédiction du vainqueur : « *La malédiction du vainqueur se caractérise par le fait que le vainqueur de l'enchère peut regretter d'avoir gagné. Le fait d'être vainqueur (qui est une bonne nouvelle) s'accompagne d'une mauvaise nouvelle (les autres ayant transmis des offres plus faibles, l'évaluation a priori était trop élevée). Cette acquisition d'information amène le vainqueur à réviser cette évaluation a priori. Même si les évaluations des concurrents sont bonnes en moyenne et si le vainqueur transmet une offre inférieure ou égale à son évaluation, cette offre sera supérieure à la moyenne des évaluations c'est à dire à la vraie valeur de l'objet (...). Les acheteurs vont anticiper la malédiction et donc réduire leurs propositions* »⁶²³. La crainte de réaliser une mauvaise affaire sera d'ailleurs d'autant plus forte que le bien domanial est difficile à évaluer.

b. Le prix, critère trop restrictif dans le choix de l'acquéreur

261. Le propre de l'enchère est de sélectionner le candidat en fonction du prix qu'il est prêt à payer pour acquérir le bien. Or, la multiplication des possibilités de cession sous condition d'affectation à l'utilité publique implique de pouvoir fonder le choix du cessionnaire non seulement sur le prix, mais également sur sa personne.

⁶²¹ MARTEL (J-J.), « La vente aux enchères publiques d'un immeuble : une vente au résultat très incertain ? », *AJDI* 2011, p. 775.

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ Conseil d'Analyse Économique, *Enchères et gestion publique*, La Documentation française, 2001, rapport précité, p. 43.

262. Le rapport de la Mission immobilier public le soulignait clairement en 2003, avant l’instauration de la cession amiable concurrentielle : « *L’absence de procédure autre que la vente par adjudication publique constitue un facteur de rigidité. Le caractère public de la vente par adjudication, qui ne permet pas de cibler certaines catégories spécifiques d’acquéreurs, et les conditions restrictives des modalités de ventes amiables de gré à gré (...) justifient la création d’une procédure nouvelle de vente des immeubles domaniaux. La création d’une procédure de vente amiable de gré à gré permettrait en particulier à l’État de sélectionner les acheteurs en fonction des actifs à céder et de fixer un cahier des charges conforme aux exigences des administrations utilisatrices* »⁶²⁴. Dès lors que l’opération se fonde sur d’autres critères que le prix, l’adjudication se révèle mal adaptée. Dans un rapport du Conseil d’analyse économique, des économistes considèrent certes que « *la nécessité de satisfaire des critères qualitatifs ne remet (...) pas en cause le principe du recours à l’enchère* »⁶²⁵, mais concèdent l’organisation d’une adjudication fondée sur d’autres critères que le prix est beaucoup plus complexe. L’adjudication implique alors « *que le cahier des charges décrive de façon exhaustive et précise toutes les obligations du futur attributaire (...) de sorte que le prix constitue l’unique critère de sélection. C’est une hypothèse forte, car la rédaction d’un contrat complet est un idéal difficile à atteindre* »⁶²⁶. La possibilité offerte aux administrations de choisir entre l’adjudication et la cession amiable concurrentielle s’inscrit pleinement dans l’une des conclusions du rapport : « *Il n’existe pas de mécanisme universel valable pour tous les biens. Il faut définir, au cas par cas, la bonne règle après une analyse rigoureuse des environnements concernés* »⁶²⁷.

263. Terminions en indiquant que le choix du cessionnaire en fonction de sa personne peut dépasser la simple volonté de s’assurer que celui-ci respectera l’affectation : il peut s’agir plus simplement, dans une démarche idéologique comparable à celle que prétendait suivre le législateur révolutionnaire⁶²⁸, de rendre le domaine à la propriété privée en le répartissant équitablement.

⁶²⁴ DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, Rapport au Premier ministre, 1^{er} décembre 2003, pp. 4 et 5.

⁶²⁵ Conseil d’Analyse Économique, *Enchères et gestion publique*, La Documentation française, 2001, rapport précité, p. 55.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 21.

⁶²⁷ *Id.*, p. 65.

⁶²⁸ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

B. Un choix du cessionnaire désormais susceptible d'être fondé sur d'autres critères

Les écueils de l'adjudication conduisirent à l'adjonction d'une procédure de cession amiable concurrentielle (1), pour laquelle l'État peut opter sans conditions particulières. Par ailleurs, et dans des cas limitativement énumérés, il peut également conclure des cessions de gré à gré (2).

1. La cession amiable concurrentielle

S'inscrivant dans une démarche d'assouplissement qui contribue à rendre liquide le domaine, la procédure de cession amiable concurrentielle n'est, contrairement à l'adjudication, que peu détaillée (a) ce qui lui vaut certaines critiques (b).

a. Le faible détail de la procédure de cession amiable concurrentielle

264. En ouvrant la possibilité de choisir librement entre la cession amiable concurrentielle et l'adjudication, le décret du 4 novembre 2004⁶²⁹ proposait une réponse à la sollicitation du rapport de la Mission immobilier public⁶³⁰. L'article R. 3211-2 du CGPPP dispose ainsi que « *l'aliénation d'un immeuble du domaine privé de l'État est consentie avec publicité et mise en concurrence, soit par adjudication publique, soit à l'amiable* ». Le Code détaille ensuite le déroulement de cette cession, tant sur la forme que sur le fond.

265. Sur la forme, rien n'est indiqué sur les modalités concrètes de mise en concurrence. Seule est abordée la publicité : l'article R. 3211-4 du CGPPP prévoit la publication d'un avis indiquant notamment la situation de l'immeuble, les modalités de consultation du cahier des charges, celles de présentation des offres et celles d'organisation des visites. L'article est en revanche beaucoup plus évasif quant au support de publication. Certes, il offre trois possibilités en indiquant que l'avis « *est inséré dans une publication à diffusion nationale ou internationale habilitée à recevoir des annonces légales ou dans une publication spécialisée*

⁶²⁹ Décret n° 2004-1175 du 4 novembre 2004 relatif aux modalités d'aliénation du domaine public immobilier de l'État et portant modification du Code du domaine de l'État, *JORF* du 6 novembre 2004, p. 18769.

⁶³⁰ DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, Rapport au Premier ministre, 1^{er} décembre 2003, rapport précité, pp. 4 et 5.

dans le secteur de l'immobilier, ou encore publié par voie électronique ». Toutefois, il ajoute aussitôt que le choix entre ces trois supports « *est fonction, notamment, de la nature et de l'importance de l'immeuble dont la cession est envisagée* ». De là, deux remarques : d'une part, il est difficile de ne pas établir le rapprochement avec l'article 40-II du Code des marchés publics qui dispose que « *pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant compris entre 15 000 euros HT et 90 000 euros HT (...) le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause* ». Si la souplesse dans le choix de la publication s'arrête à 90 000 euros HT pour la commande publique, elle ne connaît aucune limite en matière de cession domaniale étatique. D'autre part, cette souplesse est encore renforcée par l'indéfinition des caractéristiques de l'immeuble : qu'est-ce que la « nature » de l'immeuble ? Est-ce sa qualité de terrain nu ou d'immeuble bâti ? Quel impact peut-elle avoir sur la publicité ? L'« importance » à laquelle se réfère la disposition pose des questions similaires : s'agit-il de la valeur vénale de l'immeuble ? De sa surface ? De son aptitude à intéresser plus de candidats ? Seule la jurisprudence permettra de connaître l'exacte ampleur de la marge d'appréciation de l'administration.

266. Sur le fond, l'article R. 3211-5 du CGPPP dispose que « *les critères de sélection des offres prennent notamment en compte les conditions financières proposées ainsi que les garanties de bonne fin et de solvabilité présentées* ». Le « *notamment* » revêt une importance cruciale puisqu'il fonde tout l'intérêt de la cession amiable concurrentielle par rapport à l'adjudication, et offre la souplesse voulue au cédant public. Néanmoins, les critères cités par l'article, fut-ce à titre d'exemple, montrent bien que le pouvoir réglementaire peine à s'extraire de la logique financière de l'adjudication. Le contraste est saisissant avec l'article 53 I du Code des marchés publics, qui énumère quant à lui une vingtaine de critères susceptibles d'être utilisés pour établir « *l'offre la plus économiquement avantageuse* »⁶³¹. Certes, la comparaison peut paraître non pertinente : le choix de l'acquéreur d'un bien domaniale peut, contrairement au choix du titulaire d'un marché de travaux, s'accommoder de critères en nombre restreint et fondés sur le prix. Une fois le bien transmis, l'administration n'a *a priori* aucune raison de s'intéresser à son sort. D'ailleurs, le Code des marchés publics

⁶³¹ En plus du prix, sont par exemple des critères la qualité, la valeur technique, ou encore le caractère esthétique du travail que l'opérateur s'engage à réaliser.

lui-même prévoit en son article 53-1 2° que le choix du pouvoir adjudicateur peut se fonder, « *compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix* ». Néanmoins, une telle possibilité est réservée aux contrats les plus simples, pour lesquels la personne publique reçoit la même prestation quel que soit le fournisseur⁶³². En outre, pour ce qui concerne les ventes domaniales, l'instauration de la cession amiable concurrentielle répondait précisément au développement des montages de cession avec relocation du bien au cédant public. Le rapport de la Mission immobilier public estimait, rappelons-le, que « *la création d'une procédure de vente amiable de gré à gré permettrait en particulier à l'État de sélectionner les acheteurs (...) et de fixer un cahier des charges conforme aux exigences des administrations utilisatrices* »⁶³³. Quitte à abandonner le choix du cessionnaire à l'appréciation souveraine de l'administration, il aurait été plus cohérent de citer parmi les critères les « conditions particulières de l'opération », sans évoquer l'élément financier.

267. La cession des meubles connaît aussi une procédure de cession amiable concurrentielle. L'article R. 3211-36 du CGPPP dispose que les meubles peuvent être cédés « *par voie de marchés d'enlèvement* ». Seul le glossaire du site internet de la Direction nationale des interventions domaniales⁶³⁴ donne une définition de cette catégorie de marchés : il s'agit d'un « *accord contractuel impliquant la cession à titre onéreux de biens dont la quantité est évaluée au moment de la passation du marché et dont la délivrance à l'acquéreur interviendra dans des délais fixés dans le contrat. Le prix du marché est régularisé à la fin du contrat en fonction de la quantité réellement enlevée* ». Après consultation de plusieurs cahiers des charges particulières, il s'avère que le principe de ces marchés est le même que celui des cessions amiables concurrentielles prévues pour les immeubles : un appel d'offres est lancé, sur la base duquel des candidats transmettent des soumissions ; les cahiers des charges particulières précisent systématiquement que « *l'État se réserve de ne traiter qu'avec le soumissionnaire qui lui paraîtra mériter sa préférence, compte tenu non seulement du prix offert mais aussi de tous autres éléments d'appréciation* ». La liberté laissée à l'État est ainsi

⁶³² LAJOYE (C.), « Offre économiquement la plus avantageuse », *JCl. Contrats et marchés publics* (fasc. n° 61-15), § 13 : « *Le recours au critère unique n'est juridiquement possible que s'il est justifié par l'objet du marché. Cet objet doit donc être suffisamment simple, courant, pour que le seul recours au critère du prix suffise à identifier de façon précise et objective l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

⁶³³ DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, Rapport au Premier ministre, 1^{er} décembre 2003, rapport précité, pp. 4 et 5.

⁶³⁴ Voir lien internet en fin de bibliographie.

très comparable à celle que lui laisse, pour la cession des immeubles, l'article R. 3211-5 du CGPPP.

b. Un laconisme critiqué

268. Cet excès de souplesse ne satisfait pas la Cour des comptes qui, en 2009, reprochait longuement au législateur la superficialité de son intervention dans les procédures de cession⁶³⁵. La Cour énumérait également les évolutions nécessaires : « *La Cour estime indispensable que les règles d'examen des candidatures et des offres ainsi que l'existence, la composition, les attributions et les modes de fonctionnement des commissions d'ouverture des plis soient précisées par des textes de nature réglementaire (...) Les conditions dans lesquelles une négociation sur le prix pourraient intervenir devraient également être précisément définies. Il en va de même en ce qui concerne les conditions de validité des offres et l'organisation d'un éventuel second appel d'offres (...) L'adoption de textes définissant les règles applicables aux cessions immobilières conditionne de surcroît la possibilité pour la Cour de saisir la Cour de discipline budgétaire et financière pour qu'elle sanctionne les irrégularités auxquelles leur mise en œuvre aurait pu donner lieu, ce qu'elle ne peut faire à l'heure actuelle* »⁶³⁶. Le ministre du Budget avait répondu que cette faiblesse apparente correspondait tout au contraire à une souplesse nécessaire pour ne pas dissuader l'État de procéder à la cession⁶³⁷ ; c'était confirmer que l'absence ou la flexibilité de règles de mise en concurrence permet une augmentation du volume des cessions. On observe en tout cas que cet antagonisme se résout par un objectif commun : celui d'une maximisation du produit, qui

⁶³⁵ Cour des comptes, « Les cessions de biens immobiliers de prestige par France Domaine », in Rapport public annuel 2009, pp. 84 s : « *L'augmentation du nombre et l'importance financière des opérations ne s'est pas accompagnée d'un renforcement des règles (...) régissant les procédures de cessions immobilières, qui demeurent incomparablement plus réduites que celles retenues ordinairement par l'État dans des domaines à fort enjeu financier, tel celui, par exemple, de la commande publique (...) Il n'existe pas de règles procédurales précises comme c'est le cas (...) par exemple pour les marchés publics (...) Il n'existe aucun texte qui garantisse et organise l'égalité de traitement entre les candidats (...) Le seul texte qui organise les opérations de vente est un guide pratique des cessions amiables, réalisé par France Domaine à l'attention des TPG. Ce document mentionne simplement que l'ouverture des plis est effectuée par une commission dont la composition est librement déterminée par le responsable du service local du domaine, l'examen des offres devant faire l'objet d'un procès verbal* ».

⁶³⁶ *Ibid.*, pp. 96 et 97.

⁶³⁷ *Id.*, p. 104. Voir aussi, pour une critique de l'absence d'encadrement strict de la mise en concurrence, DESCHAMPS (M.), REIS (P.), « Système d'enchères et marchés publics. Du moins disant au mieux disant », in *Le management public en mutation*, l'Harmattan, 2008, p. 286 : les auteurs estiment que l'absence de système de pondération transparent est presque aussi néfaste que l'absence de toute mise en concurrence, car elle renforce « *la part de subjectivité de l'acheteur public dans l'attribution au mieux disant (...) Il existe un risque relativement important de voir le pouvoir adjudicateur mettre l'accent davantage sur une variable afin de favoriser un offreur* ».

appelle soit à un renforcement de l'encadrement des procédures pour améliorer l'efficacité financière de chaque cession, soit à leur assouplissement pour augmenter le nombre total d'opérations.

2. L'ouverture large des cas de cession amiable non concurrentielle

a. La cession amiable non concurrentielle des immeubles étatiques

269. L'obligation historique de recourir à l'adjudication composa toujours avec des hypothèses particulières de cession amiable non concurrentielle. Celles-ci furent d'abord restreintes soit à des biens identifiés, soit à des catégories de biens. À titre d'exemple, la loi du 22 mars 1806 autorisait la « concession » (correspondant alors à la cession amiable non concurrentielle) de marais ; plus sectorielle encore, la loi du 22 mars 1806 concédait en faveur des habitants d'une commune de l'Yonne les terrains d'une abbaye, dont ils jouissaient jusqu'alors au titre d'un bail emphytéotique.

270. Le Code du domaine de l'État ouvrit les cessions amiables non concurrentielles aux cessions de biens de faible valeur⁶³⁸. Le décret du 22 avril 1988⁶³⁹ arrêta ensuite, au travers de la création de l'article R. 129-1 dudit Code, cinq hypothèses : « 1° Lorsque l'adjudication publique est infructueuse ; 2° Lorsque l'immeuble est nécessaire pour l'accomplissement d'une mission de service public ou d'intérêt général par une personne exclue du bénéfice de l'affectation ou de la dotation domaniale ou par un établissement public national industriel et commercial ; 3° Lorsque la cession de l'immeuble est justifiée par les conditions particulières d'utilisation imposées à l'acquéreur ; 4° Lorsque la spécificité de l'immeuble détermine la qualité de l'acquéreur ; 5° Lorsque la valeur vénale de l'immeuble n'excède pas des montants fixés par arrêté du ministre chargé du domaine dans la limite de 500 000 F ».

⁶³⁸ Voir *supra*.

⁶³⁹ Décret n° 88-408 du 22 avril 1988 portant modification du Code du domaine de l'État, *JORF* du 23 avril 1988, p. 5393.

271. Le décret du 4 novembre 2004⁶⁴⁰, repris par l'article R. 3211-7 du CGPPP, conserva, à côté du binôme adjudication et cession amiable concurrentielle, ces hypothèses de cession non concurrentielle en les remaniant⁶⁴¹.

272. Certaines de ces hypothèses ne posent aucune difficulté. C'est le cas de celle figurant au 3° de l'article, ouvrant la cession de gré à gré en cas d'adjudication infructueuse. Dès lors que la méthode la plus égalitariste n'a pas produit de résultats, il ne semble pas illégitime de s'abstraire des règles de mise en concurrence. C'est d'ailleurs la démarche adoptée par le Code des marchés publics, dont l'article 59 permet le recours au marché négocié ou, dans certains cas, à la procédure adaptée lorsqu'un premier appel d'offres a été déclaré infructueux. Par ailleurs, les hypothèses figurant au 1° et au 2° de l'article permettent la cession de l'immeuble de gré à gré lorsque des dispositions législatives ou réglementaires spéciales « *impliquent* » ou « *permettent* » la cession d'un immeuble au profit d'un acquéreur ou d'une catégorie d'acquéreurs déterminés. Il s'agit d'éviter une mise en concurrence qui serait sans objet dans le cadre de l'exercice des priorités dont peuvent bénéficier certains acquéreurs⁶⁴², et de réserver les avantages - certes discutables du point de vue de l'égalité - que le législateur ou le pouvoir réglementaire peuvent consentir à certains acquéreurs. Le juge administratif reste néanmoins attentif à l'existence de telles dispositions, et annule la décision de céder de gré à gré une parcelle domaniale étatique enclavée au propriétaire d'une parcelle adjacente précisément en raison de l'absence de « *dispositions législatives ou réglementaires spéciales visant la situation d'enclavement* »⁶⁴³.

273. Les hypothèses visées au 4° et 6° de l'article R. 3211-7 sont plus contestables, car elles accordent des avantages à des opérateurs économiques exerçant une mission de service public sur un marché concurrentiel. Peuvent en effet être conclues de gré à gré les cessions domaniales « *4° Lorsque l'immeuble est nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public ou à la réalisation d'une opération d'intérêt général par une personne exclue*

⁶⁴⁰ Décret n° 2004-1175 du 4 novembre 2004 relatif aux modalités d'aliénation du domaine public immobilier de l'État et portant modification du Code du domaine de l'État, *JORF* du 6 novembre 2004, p. 18769.

⁶⁴¹ En particulier, disparaît la cession amiable non concurrentielle fondée sur la bassesse du prix.

⁶⁴² C'est notamment le cas lorsqu'il y a exercice d'un droit de préemption ou cession de mitoyenneté.

⁶⁴³ CAA Lyon, 27 avril 2010, *M. Jean-François A... et autres*, req. n° 08LY01034, *BJCL* 2010, p. 503, note Deliancourt.

du bénéficiaire d'une convention d'utilisation mentionnée à l'article R. 2313-1⁶⁴⁴ ou par un établissement public de l'État à caractère industriel et commercial (...) 6° Lorsque l'immeuble fait l'objet d'une convention d'utilisation mentionnée à l'article R. 2313-1 ou est confié en gestion à un établissement public à caractère industriel et commercial qui souhaite l'acquérir ». Ces dispositions sont sévèrement commentées par Philippe Yolka : « *Que penser du fait que le statut d'EPIC de l'acquéreur légitime pareille exemption (...) ? Il y a, sur le terrain concurrentiel, un élément problématique* »⁶⁴⁵. Avec l'insaisissabilité, elles constituent l'un des privilèges des établissements publics industriels et commerciaux susceptibles de fausser la concurrence.

274. Enfin, l'hypothèse la plus contestable figure au 5° de l'article R. 3211-7 du CGPPP. Elle ouvre la cession de gré à gré « *lorsque les conditions particulières d'utilisation de l'immeuble le justifient* ». Quel est le but de cette exception ? Elle semble *a priori* concerner les hypothèses des cessions avec relocation au profit du cédant public. Mais n'était-ce pas précisément, d'après le rapport de la mission Immobilier public, le but de la cession amiable concurrentielle que de permettre ces cessions particulières suite à une mise en concurrence⁶⁴⁶ ? Que signifient donc ces « conditions particulières » ? S'agit-il des conditions d'utilisation avant, ou après la cession ? Quoiqu'il en soit, la marge d'appréciation ainsi laissée à l'administration rend l'exception « *lâche* »⁶⁴⁷ et peut l'amener à invoquer des conditions particulières là où elles n'ont rien d'évident. Ce flou n'a pour l'instant pas généré de jurisprudence, mais contribua à alimenter la controverse dans l'affaire politique et juridique de la vente de l'hippodrome de Compiègne. Rappelons que l'État vendit, en mars 2010, une parcelle de forêt supportant cet hippodrome à la Société des courses de Compiègne, association à but non lucratif et à objet hippique. Au-delà du prix suspecté trop bas, l'opération fut critiquée en raison de l'absence de publicité et de mise en concurrence préalables. Une note du 1^{er} septembre 2009 adressée par le directeur général des finances publiques au ministre chargé du budget, alors seul compétent pour autoriser la vente en raison d'une valeur vénale estimée à plus de 2 millions d'euros, concéda que seule une

⁶⁴⁴ C'est-à-dire une personne qui n'est ni un service civil ou militaire de l'État, ni un établissement public (voir article R. 2313-1).

⁶⁴⁵ YOLKA (P.), « Les ventes immobilières de l'État », *RDP* 2009, p. 1040.

⁶⁴⁶ DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, rapport précité, pp. 4 et 5.

⁶⁴⁷ NOGUELLOU (R.), « Le transfert de la propriété publique immobilière », *JCP A* 2012, n° 2137. Voir aussi YOLKA (P.), « Les ventes immobilières de l'État », *art. cit.*, p. 1040 ; PAULIAT (H.), « Acquisition et cession dans le Code général de la propriété des personnes publiques », *JCP A* 2012, n° 2049.

« *interprétation extensive* »⁶⁴⁸ de l'article R. 129-5-5° du Code du domaine de l'État⁶⁴⁹ pouvait justifier le recours à une procédure de gré à gré. La rapporteur au Sénat sur cette affaire, bien qu'admettant la réalité des conditions particulières d'utilisation, en raison de la situation géographique (terrain enclavé, zone protégée) et juridique (interdictions de construire, occupation jusqu'en 2021 par la Société des courses de Compiègne, affectation à des activités hippiques pendant 50 ans) du terrain, appela de ses vœux une clarification des exceptions au principe de la mise en concurrence, pour éviter la répétition d'un « *bricolage* »⁶⁵⁰: « *Les circonstances de la cession de l'hippodrome (...) font apparaître l'utilité qu'il y aurait à envisager une définition plus stricte des cas dans lesquels il peut être procédé à une cession de gré à gré (...) L'hypothèse légale qui a été mise en œuvre ici (...) se trouve formulée d'une manière très vague. Cette rédaction, de fait, laisse à l'administration une grande latitude d'appréciation (...) Aux yeux de votre rapporteure spéciale, elle paraît en vérité bien trop floue pour servir de réel garde-fou aux tentations de facilité ou aux risques de négligence, toujours possibles* »⁶⁵¹.

b. La cession amiable non concurrentielle des meubles étatiques

275. Si la généralité des hypothèses de cession de gré à gré des immeubles étatiques est critiquable, que dire alors de la cession des meubles? L'article R. 3211-38 du CGPPP est encore plus permissif en disposant que, par dérogation au principe de l'adjudication ou du marché d'enlèvement, « *l'aliénation peut être faite à l'amiable soit lorsque des dispositions législatives ou réglementaires spéciales permettent la cession du bien ou du droit mobilier au profit d'un acquéreur ou d'une catégorie d'acquéreurs déterminés, soit pour des motifs d'intérêt général* ». Difficile de faire plus général que la seconde hypothèse ! Comme en matière d'immeubles, cette formulation semble constituer le point d'orgue d'un processus d'assouplissement. L'article L. 69 du Code du domaine de l'État n'était certes guère plus précis lorsqu'il autorisait la cession de gré à gré « *pour des considérations de défense nationale, d'utilité publique ou d'opportunité* », mais il succédait à des dispositions légèrement plus contraignantes : à la fin du XIX^{ème} siècle, Maguero relevait que

⁶⁴⁸ Instruction mentionnée dans BRICQ (N.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur la cession de l'hippodrome de Compiègne*, Rapport d'information n° 327 (Sénat, Session ordinaire de 2010-2011), 2 mars 2011, pp. 28 et 29.

⁶⁴⁹ Repris à l'article R. 3211-7 5° du CGPPP

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁵¹ *Id.*, p. 36.

l'administration pouvait recourir à des cessions amiables « *toutes les fois qu'il existe des circonstances particulières, à raison desquelles la mise en vente publique paraît impossible ou inopportune. Il en est ainsi, notamment, à l'égard des objets qui ne sont pas de nature à exciter la concurrence ou dont la valeur n'est pas sensiblement supérieure aux frais qu'occasionnerait une adjudication publique. La cession amiable peut également être consentie lorsque l'adjudication a été tentée sans succès, ou lorsque des considérations d'utilité publique sont invoquées par les départements ou les communes à l'appui de demandes d'acquisition d'objets disponibles entre les mains du Domaine, ou, enfin, quand il s'agit d'objets spéciaux (tels que bois de justice, matières insalubres, etc.) qu'il n'est pas possible de mettre publiquement en vente* »⁶⁵². Le fait, à présent, de se contenter d'un « intérêt général » qui embrasse toutes les considérations censées animer la sphère publique agrandit encore l'appréciation souveraine de l'administration cédante et contribue à rendre le domaine plus facile à céder.

§ 2. L'absence de règles de mise en concurrence pour les cessions du domaine local

L'évolution des règles de mise en concurrence préalables aux cessions domaniales étatiques s'est acheminée vers un net assouplissement ; celle des règles de mise en concurrence précédant les cessions locales s'est achevée sur une disparition (A), qu'il est difficile de justifier (B).

A. Le tarissement des règles de mise en concurrence

Avec la décentralisation et malgré quelques soubresauts, les procédures de mise en concurrence préalablement aux cessions domaniales locales disparurent progressivement (1). Abstraction faite de quelques règles éparses dont la portée est en plus douteuse (2), les collectivités locales et leurs établissements publics peuvent donc choisir librement l'acquéreur.

⁶⁵² MAGUERO (É.), *Dictionnaire des domaines*, Paris : Berger-Levrault et C^{ie}, 1899, p. 739.

1. La disparition des procédures de mise en concurrence

276. La disparition de la mise en concurrence préalablement aux cessions domaniales locales marqua, en 1982, une véritable rupture avec les pratiques entamées dès un lointain passé. Le Code de Justinien mentionnait une loi de l'empereur Antonin semblant déjà indiquer l'existence d'une mise en concurrence des offres d'achat de biens communaux, au travers d'un temps imparti pour formuler des offres : « *Si vous avez acheté sans condition un fonds appartenant à la république, et vendu en son nom, la vente est parfaite, et vous n'êtes nullement fondé à craindre qu'elle soit révoquée à cause des plus grandes offres faites postérieurement par un autre, si toutefois le temps fixé par le fisc est expiré* »⁶⁵³. Anatole des Glajeux, s'appuyant pour cela sur des arrêts du Parlement de Provence, rapporte que la règle de l'enchère pour la cession des biens communaux persista au moins dans les pays de droit écrit⁶⁵⁴. La Révolution maintint le principe de l'enchère pour l'aliénation des meubles et immeubles que les communes avaient transmis à la nation en même temps que leurs dettes : l'article 92 du décret du 24 août 1793 qui ordonnait notamment la reconnaissance des dettes des communes, départements et districts comme dettes nationales disposait que ces « *meubles ou immeubles provenant des communes, seront régis, administrés ou vendus comme les autres domaines nationaux* »⁶⁵⁵. De façon générale, même les biens des communes non récupérés par l'État devaient être vendus aux enchères. Anatole des Glajeux relève que ce principe n'était écrit dans aucun texte de loi, mais découlait de « *l'état de minorité des communes* »⁶⁵⁶ ; Arthur Desjardins indique que « *le principe n'est pas douteux* »⁶⁵⁷ et en confirme l'existence par la présence d'exceptions. Une circulaire ministérielle du 23 janvier 1836 listait en effet les cas dans lesquels la cession pouvait avoir lieu de gré à gré, parmi lesquels figurait l'« *avantage évident* » que présentait l'absence d'adjudication au profit d'une cession

⁶⁵³ Code de Justinien, Livre XI, Titre XXXI, 1, trad. TISSOT (P.-A.), in *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien, de la seconde édition*, Tome 4, Metz : C. Lamort, 1810, p. 263.

⁶⁵⁴ DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 254 : « *Les solennités exigées pour l'aliénation des biens et des communes étaient celles que nous avons étudiées dans le code, De vendendis rebus civitatis. On procédait par la voie des enchères. C'était une règle dont les communautés ne pouvaient s'écarter (...) Les formalités des enchères étaient empruntées au droit romain, aux anciennes ordonnances des rois et aux ouvrages des jurisconsultes* ».

⁶⁵⁵ Rappelons que l'adjudication étant la modalité d'aliénation de principe des biens nationaux, en vertu de la loi du 14 mai 1790 (voir *supra*).

⁶⁵⁶ GLAJEUX (A. des), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État*, *op. cit.*, p. 284.

⁶⁵⁷ DESJARDINS (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1862, p. 479.

amiable, ce qui démontre d'ailleurs que même la marge d'appréciation de l'administration dans le choix des procédures de mise en concurrence n'a rien de récent.

277. Il fallut néanmoins attendre l'année 1942 pour qu'une loi impose clairement une obligation de mise en concurrence préalablement aux cessions domaniales locales⁶⁵⁸ : l'article 11 de la loi du 1^{er} décembre 1942⁶⁵⁹ disposait qu' « *en dehors des cas prévus par des dispositions spéciales, les immeubles ou droit immobiliers appartenant aux départements, communes et établissements publics départementaux et communaux sont vendus par adjudication avec publicité et concurrence* ». Cette obligation de céder par adjudication persista sous la IV^{ème} République mais fut précisée en deux points par un arrêté du 1^{er} septembre 1955⁶⁶⁰. Cet arrêté organisait, en premier lieu, les modalités de l'adjudication : obligation pour le maire - ou le préfet dans le cas du département - d'établir un cahier des charges comprenant impérativement certains renseignements, modalités de publicité préalable à l'adjudication, déroulement technique des enchères par le système des bougies. En second lieu, il fixait de façon détaillée les hypothèses de cession amiable, distinguant les cas de recours aux cessions amiables nécessairement consenties au prix réel⁶⁶¹, et les cas de recours aux cessions amiables sans contrainte de prix⁶⁶². Les cessions du domaine local étaient ainsi très encadrées, et l'article L. 311-8 du Code des communes ne fit que codifier pour les communes, en 1977, les dispositions de la loi de 1942.

278. Cet article ne résista pas à la vague de décentralisation et fut abrogé par l'article 21 de la loi du 2 mars 1982, avant que l'article 13-XIII de la loi du 22 juillet 1982 n'abrogeât à son tour l'article 11 de la loi du 1^{er} décembre 1942, qui continuait à s'appliquer aux départements. L'article L. 311-8 fut ressuscité par l'article 51 de la loi du 29 janvier 1993, mais en des termes différents : le nouvel article prévoyait simplement que « *lorsque les collectivités locales (...) envisagent de procéder à la vente à des personnes privées de terrains constructibles (...) elles doivent publier, à peine de nullité d'ordre public, un avis indiquant la*

⁶⁵⁸ L'article 89 de la loi du 5 avril 1884 se contentant de régir les modalités des adjudications communales, sans pour autant contraindre les communes à y recourir.

⁶⁵⁹ Loi n° 1017 du 1^{er} décembre 1942 complétant et modifiant le décret du 5 juin 1940, relatif au domaine immobilier de l'État, *JOEF* du 11 décembre 1942, p. 4050.

⁶⁶⁰ Arrêté du 1^{er} septembre 1955 relatif à l'aliénation des immeubles appartenant aux départements, communes et établissements publics départementaux et communaux, *JORF* du 8 septembre 1955, p. 8986.

⁶⁶¹ Cas, par exemple, des immeubles d'une valeur inférieure à une certaine somme, ou de l'échec de deux tentatives d'adjudication préalables.

⁶⁶² Par exemple, « *lorsqu'un intérêt national ou local nécessite l'acquisition des biens par un acquéreur déterminé* ».

nature des biens ou des droits cédés et les conditions de la vente envisagées ainsi que (...) le lieu de réception des propositions des candidats, le délai dans lequel celles-ci doivent être formulées et la forme qu'elles doivent revêtir. L'avis doit être publié préalablement à la vente qui ne pourra intervenir à partir dudit avis que dans un délai fixé par décret ». La forme de la mise en concurrence n'était donc pas clairement précisée - fallait-il une adjudication ? - et, surtout, elle ne demeurait obligatoire que pour la cession des seuls terrains constructibles. Mais alors que l'extension de la mise en concurrence semblait être la dynamique enclenchée par celle loi, la loi du 9 février 1994 abrogea à nouveau l'article L. 311-8. Le Conseil constitutionnel, estimant que « *la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte de personnes publiques ne constitue pas en elle-même un principe général à valeur constitutionnel* »⁶⁶³, n'y vit aucune inconstitutionnalité.

279. Depuis lors, nulle obligation de mise en concurrence ne fut imposée aux collectivités locales. En 1987, avant la brève renaissance de l'article L. 311-8 du Code des communes, le Conseil d'État se montra clair refusant, dans un arrêt *Commune de Cestas*⁶⁶⁴, de sanctionner une cession sans mise en concurrence au motif qu'« *aucune disposition législative ou réglementaire ne faisait obligation à la commune de donner la préférence au mieux offrant* ». Récemment, le juge administratif fut plus explicite encore sur l'absence de telles obligations, en affirmant « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose aux collectivités locales de faire précéder la simple cession d'un immeuble du domaine privé d'une personne publique de mesures de publicité et d'organiser une mise en concurrence des acquéreurs éventuels* »⁶⁶⁵.

2. La survivance de règles éparses

Cette absence d'obligations de mise en concurrence doit toutefois être nuancée à plusieurs titres.

⁶⁶³ Cons. constit., 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, n° 93-335 DC (cons. 27).

⁶⁶⁴ CE, 12 juin 1987, *Commune de Cestas*, req. n° 71507.

⁶⁶⁵ CAA Douai, 25 octobre 2012, *Société immobilière Carrefour*, req. n° 11DA01951 ; *Contrats-Marchés publics* 2012, comm. 344, note Zimmer). Voir aussi également CAA Bordeaux, 26 novembre 2009, *M. René X...*, req. n° 08BX01655 ; CE, 8 février 1999, *Ville de Lourdes*, req. n° 168043.

280. En premier lieu, des textes spéciaux peuvent toujours prévoir une forme de mise en concurrence entre les candidats à l'acquisition : ainsi en est-il de l'article R. 443-12-1 du Code de la construction et de l'habitation qui, préalablement à la cession de certains logements domaniaux vacants, exige une publicité préalable à destination des locataires de la collectivité cédante, selon des formes déterminées (affichage à la mairie et éventuellement sur les lieux, et diffusion dans de journées locaux), indiquant la consistance et le prix du bien ; ainsi en était-il également des articles R. 134-1 et suivants du Code forestier qui, jusqu'en 2003, imposaient que les coupes dans les bois et forêts fussent cédés après publicité et mise en concurrence par adjudications ou soumissions cachetées⁶⁶⁶.

281. En deuxième lieu, publicité et mise en concurrence sont naturellement requises lorsque la cession immobilière n'est qu'une première étape à la réalisation de travaux, sous la direction de la collectivité, visant à répondre à ses besoins ; la passation de l'ensemble du contrat devra alors être précédée des procédures habituellement suivies pour la passation des contrats de la commande publique⁶⁶⁷.

282. En troisième lieu, les termes d'une jurisprudence de 2002 laissent entendre que si une collectivité territoriale fait délibérément le choix de faire précéder la vente d'une phase de publicité et de mise en concurrence, elle doit alors privilégier, sous le contrôle du juge, les procédures les plus adaptées, sans quoi la décision de céder encourt l'annulation. Dans un arrêt *Chantebout c/ Commune Palaiseau*⁶⁶⁸, la Cour administrative d'appel statua sur la requête d'un candidat malheureux à une vente domaniale précédée d'une publicité. Celui-ci soulevait, au moyen de l'annulation de la délibération autorisation la cession, l'insuffisance de la publicité. La Cour, plutôt que de rejeter le moyen en arguant, comme elle le faisait habituellement, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait publicité ou mise en concurrence, releva que « *cette publicité, bien que réduite* », ne pouvait « *être regardée comme ayant porté atteinte au principe d'égalité entre les citoyens* ». De ce fait, le juge appréciait l'adaptation de la publicité à laquelle la collectivité avait spontanément procédé. Dans le même ordre d'idées, si l'adjudication n'est pas obligatoire, la commune qui

⁶⁶⁶ Désormais, l'article R. 213-26 autorise l'Office national des forêts à choisir entre l'adjudication, l'appel d'offres ou la cession de gré à gré en fonction notamment de la « meilleure valorisation » possible.

⁶⁶⁷ CAA Marseille, 25 février 2010, *Commune de Rognes*, req. n° 07MA03620 ; *AJDA* 2010, p. 1200, concl. Dieu.

⁶⁶⁸ CAA Versailles, 15 octobre 2009, *M. Bernard X...*, n° 08VE00072 : *JCP A* 2010, n° 2086, chron. Chamard-Heim.

y recourt est tenue de suivre les prescriptions centenaires⁶⁶⁹ de l'article L. 2241-6 du CGCT qui imposent notamment au maire la présence de deux conseillers municipaux et du receveur municipal. Il s'agit somme toute d'une jurisprudence étonnante : la décision de céder d'une collectivité territoriale qui, par souci de transparence, organise volontairement publicité et éventuellement mise en concurrence est davantage menacée d'illégalité que la décision de céder exclusive de toute procédure comparable.

283. En quatrième et dernier lieu il semble résulter des termes d'une autre jurisprudence que le choix de l'acquéreur, s'il n'implique pas publicité et mise en concurrence préalables, doit être exclusif de toute discrimination. Dans un arrêt de 2002, la Cour administrative d'appel de Nancy relevait qu'un individu ne pouvait évoquer le caractère discriminatoire d'une délibération autorisant une cession du domaine local dès lors qu'il n'avait pas manifesté son intention d'acheter le terrain⁶⁷⁰. *A contrario*, l'on doit comprendre que dès lors qu'un individu manifeste son intention d'acheter le terrain, il peut opposer à la délibération son caractère discriminatoire. Cette solution ne peut toutefois conserver qu'une faible portée, dans la mesure où l'absence d'une procédure de mise en concurrence rendra difficile - si ce n'est impossible - l'appréciation objective par le juge du caractère discriminatoire ou non du choix de l'acquéreur

B. Une absence difficile à justifier

Eu égard aux bienfaits allégués des cessions domaniales concurrentielles (1), l'explication à cette disparition semble ne pouvoir être trouvée que dans la poursuite de l'autonomisation des collectivités locales (2).

1. Les bienfaits allégués des cessions domaniales concurrentielles

284. La disparition des obligations de mise en concurrence est d'autant plus incompréhensible que les avantages de la concurrence en matière de cession domaniale, au bénéfice des candidats comme au bénéfice des cédants, est louée par la plupart des observateurs.

⁶⁶⁹ Déjà présentes dans l'article 89 de la loi du 5 avril 1884.

⁶⁷⁰ CAA Nancy, 24 octobre 2002, *M. Gérard X...*, req. n° 01NC00043 ; *JCP A* 2002, act. 1328, note Taillefait.

285. Ce sont des considérations d'égalité qui justifient l'intérêt que peuvent porter les candidats à l'acquisition d'un bien domanial. En tant que personnes publiques, l'État comme les autres pouvoirs adjudicateurs sont, pour Alain Ménéménis, « *regardés comme perturbant le "jeu normal" des marchés concurrentiels* », parce qu'ils sont « *présumés accomplir ce type d'actes sans obéir aux seuls mobiles qui seraient ceux d'un opérateur économique avisé* »⁶⁷¹. En clair, publicité et mise en concurrence permettent au vendeur d'« *écarter le soupçon de favoritisme* »⁶⁷² de la part des candidats évincés et, plus généralement, des administrés. Le rapport relatif à la loi du 29 janvier 1993 (celle qui restaurait l'article R. 311-8 du Code des communes) relevait que « *la mise en place d'une publicité des projets de cession immobilière des collectivités locales (...) devrait empêcher que des personnes privées bénéficient d'un traitement privilégié susceptible d'alimenter des circuits de financement occultes* »⁶⁷³.

286. Les considérations financières qui justifient l'intérêt des personnes publiques cédantes à organiser une mise en concurrence transparaissent dans les textes et le discours juridiques. Le lien entre meilleur résultat financier et concurrence entre les candidats à l'acquisition est d'abord mis en exergue par une circulaire du 16 janvier 2009 qui, quoique destinée aux services de l'État, insiste en des termes généraux sur le fait que « *la cession doit se faire dans les meilleures conditions patrimoniales, en veillant en particulier au respect de la valeur de marché (...)* Afin d'atteindre ce premier objectif, la mise en concurrence est la règle, pour toute cession. Des cessions de gré à gré ne doivent être pratiquées (...) que par exception, dûment motivée par le fait que la mise en concurrence ne permettrait pas d'atteindre la valorisation la plus intéressante »⁶⁷⁴. L'obligation de mise en concurrence ne cèderait que lorsqu'elle perdrait son efficacité financière. Gabriel Eckert abonde en ce sens lorsqu'il souligne que « *la transparence des cessions et la mise en concurrence des personnes intéressées s'inscrit dans le cadre de la réforme contemporaine de la politique immobilière de*

⁶⁷¹ ECKERT (G.), « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 64.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 62.

⁶⁷³ DURAND (Y.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'actif générale de la République sur le projet de loi relatif à la prévention de la corruption et de la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rapport n° 2941 (Assemblée nationale, 9^{ème} législature), 10 octobre 1992, p. 131. Plus corrosif, un député de l'opposition ajoutait, en 1993, que la re-abrogation de l'article marquerait la réhabilitation de « *la loi des copains et des coquins* » (Séance du 1^{er} décembre 1993, *JORF Débats parlementaires Sénat* du 2 décembre 1993, p. 6808).

⁶⁷⁴ Circulaire du 16 janvier 2009 relative à la politique immobilière de l'État, *JORF* du 21 janvier 2009, texte n° 3.

l'État. Elle contribue à protéger ses intérêts financiers »⁶⁷⁵. Enfin, sur le terrain des occupations du domaine public, le directeur juridique des affaires de Paris Pierre-Eric Spitz expliquait à propos de la capitale que « *le facteur déterminant de la valorisation de son domaine public réside dans la mise en œuvre systématique, ou presque, des règles de mise en concurrence et de publicité pour consentir les occupations* »⁶⁷⁶.

287. Ces considérations expliquent le regard critique de Philippe Yolka, observant que « *la suppression des obligations de publicité et de mise en concurrence paraît aller contre le cours de l'Histoire, quand le thème de la transparence constitue un leitmotiv du discours administratif (...) Si la loi du 29 janvier 1993 prévoyait des obligations (...), il y avait à cela de sérieuses raisons (notamment la fréquence des cessions à vil prix d'immeubles à des personnes morales de droit privé dans lesquelles certains édiles ont des intérêts). S'y ajoute que les opérations de vente sont susceptibles de créer des distorsions de concurrence lorsque ce sont des entreprises qui acquièrent les biens vendus* »⁶⁷⁷.

2. Une absence inexpliquée

288. Indiquons-le d'emblée : rien n'explique de façon pleinement satisfaisante cette différence entre les obligations préalables aux cessions étatiques et celles préalables aux cessions locales. Car c'est bien là que le bât blesse : si l'absence d'obligations de mise en concurrence doit déjà être regardée, en elle-même, comme anormale, c'est surtout le fait que seules les collectivités territoriales en soient exemptées qui pose un grave problème de cohérence, laissant supposer que les cessions locales diffèrent, par une qualité intrinsèque, des cessions étatiques. Il en résulte que l'État a moins de pouvoir sur ses propres biens que les collectivités territoriales n'en ont sur les leurs.

289. Plusieurs raisons, peu convaincantes, furent invoquées pour justifier cette différence de traitement. En premier lieu, les procédures de mise en concurrence ralentiraient les processus de cession tout en engendrant une hausse des prix. C'est en tout cas ce qu'il ressort

⁶⁷⁵ ECKERT (G.), « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », *art. cit.*, pp. 8 et 9.

⁶⁷⁶ SPITZ (P.-É.), « Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics : l'exemple de Paris », *AJDA* 2007, p. 956.

⁶⁷⁷ YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 88), § 91.

d'un rapport du Sénat présenté avant l'adoption de la loi du 29 janvier 1993, qui qualifie les procédures d' « *excessivement lourdes et entraînant une augmentation des coûts, ce qui serait particulièrement inopportun eu égard à la situation actuelle peu dynamique du marché* »⁶⁷⁸ et ajoute que « *la publicité imposée va entraîner des délais importants. N'est-elle pas en outre de nature à provoquer une hausse des prix fonciers ? L'appel d' "offres" organisé n'est-il pas de nature à favoriser la surenchère dans les propositions des candidats à l'acquisition des terrains ?* »⁶⁷⁹. À supposer même que l'argument soit vérifié, il n'en reste pas moins, comme le relève François Lichère, qu' « *on ne voit pas bien en quoi une mise en concurrence empêcherait d'atteindre ces objectifs et surtout ce qui empêcherait de prévoir des exceptions lorsque la mise en concurrence s'avère inadaptée* »⁶⁸⁰. Surtout, l'argument ne justifie pas le bénéfice de la dispense au profit des seules collectivités territoriales : urgence budgétaire oblige, l'État éprouve avec une acuité au moins égale les besoins de rapidité et de souplesse dans les procédures de cession. Du reste, opposer le fait que la mise en concurrence préalable n'a pas empêché l'État de réaliser certaines mauvaises opérations financières⁶⁸¹ reviendrait à préconiser un nivellement par le bas.

290. En second lieu, les débats préalables à la suppression de l'article L. 311-8 en 1994 révèlent un autre argument : ces procédures de mise en concurrence seraient difficile à suivre, en particulier pour les collectivités de taille modeste. Le ministre de l'Équipement proclamait ainsi que « *les collectivités sont incapables d'appliquer ce texte* »⁶⁸². Le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale précisait cette incapacité, indiquant « *qu'il s'agit d'éviter que ne soient sanctionnés les maires de petites communes qui n'ont pu respecter toutes les formalités acrobatiques imposées par la loi* »⁶⁸³. Un député évoquait également des questions de sécurité juridique : « *L'article 51 a été abrogé, ce n'est pas parce que nous refusons la*

⁶⁷⁸ BONNET (C.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur le projet de loi adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rapport n° 61 (Sénat, Session ordinaire 1992-1993), 25 novembre 1992), p. 17.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 111.

⁶⁸⁰ LICHÈRE (F.), « Les contrats publics de vente immobilière », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 106.

⁶⁸¹ La vente de l'immeuble de l'Imprimerie nationale, déjà évoquée, constitue de ce point de vue un exemple récurrent. Voir en ce sens ECKERT (G.), « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », *art. cit.*, p. 62.

⁶⁸² Séance du 14 octobre 1993, *JORF Débats parlementaires Sénat* du 15 octobre 1993, p. 3169.

⁶⁸³ 2^{ème} séance du 1^{er} décembre 1993, *JORF Débats parlementaires Assemblée nationale* du 2 décembre 1993, p. 6808.

transparence, mais parce que des cascades d'annulations de vente risquaient de tomber à cause de procédures très difficiles à appliquer, surtout pour les maires des petites communes »⁶⁸⁴. L'État serait donc mieux armé pour organiser une procédure de mise en concurrence que ne le seraient les collectivités territoriales, *a fortiori* les plus petites d'entre elles. L'argument ne justifie toutefois pas l'occultation de toute obligation de mise en concurrence. Si l'on met de côté le fait que les collectivités territoriales, jusqu'en 1982, furent déjà tenues d'obligations de mise en concurrence sans que cela ne posât de difficulté majeure, il aurait suffi au législateur de leur ouvrir la possibilité de s'en remettre au service des domaines pour organiser la mise en concurrence. Du reste, en 1995, le même législateur ne se priva pas d'organiser un régime particulier pour les petites communes, les dispensant de l'obligation de consulter le service des domaines aux fins d'une évaluation du bien à céder, ou d'établir un bilan annuel des cessions⁶⁸⁵, en raison de la complexité de l'information. Pourquoi, dès lors, ne pas avoir suivi la même méthode en matière d'obligations de mise en concurrence ? Si le fait de dispenser les plus petites communes serait resté critiquable, cette solution aurait été toujours meilleure que l'état actuel du droit.

291. Peut-être faut-il alors se reporter sur une hypothétique différence de valeur. Même si les insuffisances des fichiers de recensement invitent à la prudence, la politique de cession étatique fut d'abord centrée sur les biens dits « de prestige », terme récurrent dans la doctrine administrative comme scientifique⁶⁸⁶ et qui se retrouve dans l'intitulé de l'une des parties du rapport public annuel de la Cour des comptes en 2009⁶⁸⁷. Les « dorures de la République » et autres bâtiments situés dans la capitale constituent l'essentiel de ces biens de prestige. Ils représentent un enjeu financier extrêmement important du point de vue de la cession et, surtout, attirent des convoitises qui nécessitent que le choix de l'acquéreur s'effectue de la façon la plus transparente possible. Cette hypothèse est toutefois trop hasardeuse pour être retenue, d'autant plus que les enjeux financiers des cessions locales furent suffisamment

⁶⁸⁴ 3^{ème} séance du 22 décembre 1993, *JORF Débats parlementaires Assemblée nationale* du 23 décembre 1993, Assemblée nationale, p. 8110

⁶⁸⁵ Voir *infra*, Section 2, § 1.

⁶⁸⁶ Un rapport du Sénat évoque la « raréfaction des biens de prestige ». Voir BRICQ (N.), *Annexe n° 14 (Compte d'affectation spéciale : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2011, adopté par l'Assemblée nationale*, Tome III, Rapport général n° 111 (Sénat, Session ordinaire de 2010-2011), 18 novembre 2010, p. 85. Philippe Yolka évoque également des « opérations de prestige » consistant en la vente des « fleurons » (« Les ventes immobilières de l'État », *RDP* 2009, p. 1046.

⁶⁸⁷ Cour des comptes, « Les cessions de biens immobiliers de prestige par France Domaine », in Rapport public annuel 2009, p. 83.

importants pour inciter la ville de Paris à créer, en 1996, un Conseil du patrimoine privé chargé avant tout de céder ses biens⁶⁸⁸.

292. La liberté contractuelle des personnes publiques, constitutionnalisée en 2006⁶⁸⁹ et dont l'une des composantes est la liberté de choisir le cocontractant, pourrait expliquer cette dispense. Deux éléments rendent pourtant ce fondement bancal. Le premier résulte d'une observation de François Llorens : « *On ne sait trop si cette liberté contractuelle a vocation à s'appliquer à l'ensemble des personnes publiques et notamment à l'État et ses établissements publics* »⁶⁹⁰. Or, si l'État bénéficie, comme les collectivités territoriales, de cette liberté, pourquoi ne pourrait-il pas, comme elles, choisir librement le cessionnaire ? On objectera que le Conseil constitutionnel n'a expressément consacré cette liberté contractuelle qu'au profit des collectivités territoriales⁶⁹¹ et que, quand bien même l'État bénéficierait de cette liberté, il en aurait fait usage en se liant les mains par le biais du législateur et du pouvoir réglementaire tout en respectant celle des collectivités. Il reste une deuxième difficulté : bien que la liberté contractuelle des collectivités territoriales soit constitutionnalisée, elle s'accommode parfaitement de restrictions très importantes, notamment en matière de commande publique⁶⁹². Si cette liberté est compatible avec la mise en concurrence précédant l'achat public, pourquoi ne le serait-elle pas avec des procédures de mise en concurrence précédant la cession domaniale ?

293. Cette remarque vaut pour un autre éventuel fondement juridique à l'absence de procédure de mise en concurrence précédant les cessions domaniales locales : celui de la libre administration des collectivités territoriales, garanti par l'article 72 de la Constitution et dont la liberté contractuelle fut considérée, pendant longtemps, comme une simple manifestation. La libre administration est un principe qui ne s'exprime qu'à l'endroit de l'État, censé être lui-même doté de prérogatives au moins égales à celles des collectivités : le but de la libre

⁶⁸⁸ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁶⁸⁹ Cons. constit., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC.

⁶⁹⁰ LLORENS (F.), « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et Marchés publics*, mai 2007, étude 6.

⁶⁹¹ FLEURY (T.), « La liberté contractuelle des personnes publiques », *RFDA* 2012, p. 235.

⁶⁹² LLORENS (F.), « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *art. cit.* : « *La liberté contractuelle doit céder devant les autres exigences (...) : égalité devant la commande publique, protection des propriétés publiques ; bon usage des deniers publics. Or, ces exigences demeurent, nonobstant la constitutionnalisation du principe* ».

administration, c'est que les collectivités s'administrent librement, comme l'État lui-même s'administre librement. Pourquoi, alors, l'État est-il seul assujéti à des règles de procédure ?

294. Même si l'on admet que libre administration et liberté contractuelle ne s'appliquent qu'aux collectivités territoriales, il reste toujours qu'elles sont bel et bien compatibles avec l'obligation d'une mise en concurrence pour la réalisation de travaux publics. Pourquoi ne le seraient-elles pas avec une obligation de mise en concurrence préalablement aux cessions domaniales ? Faut-il considérer que la portée de ces deux principes varie en fonction de l'opération en cause ? La cession domaniale ne mérite-t-elle pas, par nature, d'être précédée d'une mise en concurrence ? François Lichère estime qu' « *il n'est pas exclu (...) que la liberté contractuelle soit modulée en fonction du type de contrat en cause* »⁶⁹³ et la cession domaniale, en tant qu'opération patrimoniale, devrait être plus libre que l'acquisition publique. Mais si la cession du domaine privé se réduit à une opération patrimoniale, à une opération de « gestion privée », pourquoi alors conserver, au niveau de son contentieux, un reliquat de compétence du juge administratif⁶⁹⁴ ? Bref : libre administration ou liberté contractuelle, les deux fondements ne sauraient constituer un fondement solide à la différence d'obligations entre l'État et les collectivités territoriales.

Conclusion du chapitre

L'inaliénabilité a beau être la principale règle de la domanialité publique, elle n'impose à l'administration qu'une désaffectation suivie d'un déclassement avant de procéder à la cession. Le législateur n'est même pas tenu par ces exigences, et doit simplement assortir la cession de conditions permettant de préserver l'affectation. L'inaliénabilité du domaine public telle qu'elle est actuellement conçue ne constitue donc pas un rempart efficace face à de potentiels débordements de la politique de vente. Quant aux procédures de mise en concurrence, qui ne s'imposent de toute façon qu'aux cessions de l'État, elles furent suffisamment assouplies pour envisager des possibilités de vente sous réserve d'un maintien

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

de l'affectation⁶⁹⁵. Le procédé de l'adjudication n'est de toute façon pas suffisamment contraignant pour dissuader de procéder à des ventes domaniales et offre même au cédant public davantage de certitudes sur la réalité de l'adéquation de la contrepartie à la valeur du bien vendu. Les règles de cession n'agissent donc au mieux que comme des ralentisseurs de la politique de vente.

⁶⁹⁵ Ce qui, nous le verrons, peut demeurer une opération intéressante pour l'acquéreur. Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

Chapitre 2

Une contrainte conforme aux intentions des vendeurs publics : le niveau approprié de la contrepartie

Finalement, l'observation des règles de cession révèlent que les règles les plus contraignantes tiennent au niveau de la contrepartie que doit encaisser le cédant public. Bien loin de constituer une véritable contrainte pour ce dernier, elles consacrent au contraire son intention. Ces règles relatives à la contrepartie se déclinent en deux obligations : celle d'évaluer le bien préalablement à sa cession (Section 1) ; celle de capter une contrepartie d'un niveau équivalent à la valeur du bien ainsi établie (Section 2).

Section 1. L'obligation d'évaluer le bien

L'établissement de la valeur du bien est la première obligation du cédant public. Cette étape est mentionnée dans pratiquement toutes les procédures de cession du domaine de l'État, dont elle conditionne la validité, et parfois le déroulement. Même les collectivités territoriales, pourtant exemptes des obligations de mise en concurrence auxquelles l'État est soumis, doivent en principe évaluer les biens dont la cession est envisagée. Cette évaluation préalable constitue par conséquent l'obligation procédurale la plus commune aux règles de cession (§ 1). Sa réalisation obéit à des modalités particulières qui, à certains égards, se distinguent de l'évaluation des biens privés (§ 2).

§ 1. Une obligation procédurale prévalente

Certes, il existe des cas dans lesquels l'évaluation préalable n'est pas imposée, ou, du moins, ne nécessite pas un acte écrit. Elle reste néanmoins l'obligation la plus fréquemment rencontrée. Si l'évaluation préalable, quasi-permanente, brille par sa constance (B), c'est

avant tout parce que les règles de procédure, étudiées dans leur ensemble, sont d'une extrême diversité (A).

A. La diversité des règles de procédure

Un bref regard sur la partie réglementaire du CGPPP offre un premier aperçu de la diversité des règles applicables. L'ajout de dispositions du CGCT et d'un certain nombre de circulaires convainc de l'existence d'un véritable « *dédale* »⁶⁹⁶ de règles, dans lequel le général coexiste avec le très particulier. À défaut d'être impossible, il serait extrêmement difficile, pour ne pas dire fastidieux, de procéder à une description exhaustive des règles de cession du domaine. Celles-ci varient non seulement en fonction des parties (nature du cédant, nature du cessionnaire), mais aussi en fonction de la nature même du bien cédé. Par conséquent, il ne pourra être proposé qu'une esquisse de cet entrelacement de règles que la codification n'a que peu démêlé, au travers de trois types de dispositions : celles relatives à la compétence (1), celles relatives aux priorités dans le choix du cessionnaire (2), celles relatives à l'information du public (3).

1. La diversité des règles de compétence

Quelle autorité peut choisir de céder le bien plutôt que de le conserver ? Quelle autorité exécute ce choix en apposant sa signature sur l'acte de cession ? C'est toute la question de la compétence en matière de cession domaniale, qui diffère au sein même des cessions étatiques (a) et des cessions locales (b).

a. Les règles de compétence en matière de cessions étatiques

i. Les règles de compétence en matière de cessions étatiques immobilières

295. Le régime général prévu par le CGPPP attribue au préfet la compétence pour procéder à la cession des immeubles domaniaux étatiques : celui-ci « autorise » l'adjudication⁶⁹⁷ ou

⁶⁹⁶ YOLKA (P.), « Les ventes immobilières de l'État », *RDP* 2009, p. 1038.

⁶⁹⁷ Art. R. 3211-3 du CGPPP.

« consent » à la cession amiable⁶⁹⁸. Ce régime général compose avec une myriade de règles dérogatoires, attribuant à d'autres autorités un rôle de consultation, voire de décision.

296. Parfois, le législateur lui-même est compétent. C'est naturellement le cas pour les cessions du domaine public, l'inaliénabilité n'ayant que valeur législative⁶⁹⁹ ; c'est également vrai pour celles des bois et forêts⁷⁰⁰, le préfet ne retrouvant sa compétence⁷⁰¹ que pour les forêts de moindre importance géographique, écologique et financière⁷⁰².

297. D'autres fois, l'aval d'une tierce autorité est nécessaire. Ainsi, l'article R. 3211-6 du CGPPP dispose que les cessions d'immeubles dont la valeur vénale excède deux millions d'euros doivent être autorisées par le ministre chargé du domaine, qui n'est autre que le ministre du Budget. Cette intervention n'est néanmoins pas requise dans certains cas : lorsque la cession porte sur un immeuble à destination agricole acquis par l'État au titre de la captation des biens sans maîtres⁷⁰³, ou sur un immeuble acquis ou aménagé par l'État pour certaines opérations d'urbanisme⁷⁰⁴, le préfet conserve sa compétence, quelle que soit la valeur vénale du bien, et sauf, pour le second cas, si la cession a lieu de gré à gré, auquel cas elle résulte alors d'une décision d'attribution du ministre chargé de l'urbanisme. Par ailleurs, l'avis favorable du ministère du Logement est requis lorsqu'est cédé un immeuble en vue d'une opération d'urbanisme ou de construction qui nécessitera la soumission du cessionnaire à certaines obligations⁷⁰⁵. L'accord du ministre de la Défense doit également être obtenu en cas de cession de certains immeubles attribués à l'Office national d'études et de recherches aérospatiales⁷⁰⁶. L'accord conjoint du ministre des Affaires étrangères, du ministre chargé du domaine et, le cas échéant, du ministre intéressé est nécessaire lorsqu'une commission interministérielle s'oppose à la cession d'un immeuble étatique situé à l'étranger⁷⁰⁷. Signalons d'ailleurs, à propos de ce dernier type d'immeubles, que ce sont les ambassadeurs de France

⁶⁹⁸ Art. R. 3211-6 du CGPPP.

⁶⁹⁹ Art. L. 3111-1 du GGPPP.

⁷⁰⁰ Art. L. 3211-5 alinéa 1 du CGPPP.

⁷⁰¹ Art. R. 3211-9 du CGPPP.

⁷⁰² Art. L. 3211-5 alinéa 2 du CGPPP.

⁷⁰³ Art. R. 3211-18 du CGPPP.

⁷⁰⁴ Le CGPPP envisage en son article R. 3211-28 le cas très particulier de la « *cession d'un immeuble acquis ou aménagé par le fonds national de l'aménagement foncier et de l'urbanisme, par le fonds pour l'aménagement de l'Île-de-France ou par le ministre chargé de l'urbanisme sur des crédits budgétaires ouverts pour la réalisation d'opérations d'aménagement d'intérêt national* ».

⁷⁰⁵ Art. R. 3211-11 alinéa 1 du CGPPP.

⁷⁰⁶ Art. D. 3211-30 du CGPPP.

⁷⁰⁷ Art. D. 3221-12 du CGPPP.

qui exercent, pour leur cession, les compétences normalement dévolues au préfet⁷⁰⁸. Enfin, la cession de terrains exondés avant la loi du 3 janvier 1986 nécessite l'adoption d'un décret en Conseil d'État lorsque l'enquête publique préalable se solde par un avis négatif.

298. Il arrive que ne soient requis que de simples avis, ne liant pas le cédant. C'est d'abord le cas des cessions immobilières qui, en vertu de l'article R. 3211-7 du Code, sont conclues à l'amiable sans publicité ni mise en concurrence préalables. Elles doivent être précédées d'un avis de la Commission pour la transparence et la qualité des opérations immobilières de l'État qui indique si l'absence de mise en concurrence se justifie et renseigne sur « *la qualité des procédures envisagées* »⁷⁰⁹. L'avis de la commission départementale d'aménagement foncier est sollicité préalablement à la cession des immeubles à destination agricole que l'État acquiert au titre de la captation des biens sans maître⁷¹⁰ ; une commission interministérielle présidée par un conseiller maître à la Cour des comptes et composée de hauts fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères, du ministère des Finances et de la Direction générale du Trésor donne son avis avant que ne soient cédés les immeubles de l'État sis à l'étranger⁷¹¹. Le sujet sensible des exondements marins et fluviaux trouve également une partie de sa solution dans la multiplication des consultations. Ainsi, la concession des terrains exondés avant la loi du 3 janvier 1986 peut nécessiter l'ouverture d'une enquête publique⁷¹². Le commandant de la zone maritime⁷¹³ et le chef du service déconcentré chargé des affaires maritimes⁷¹⁴ doivent livrer un avis. De la même manière, avant la cession des atterrissements des cours d'eaux domaniaux, doit être requis l'avis du général commandant de la région militaire⁷¹⁵.

ii. Les règles de compétence en matière de cessions étatiques mobilières

299. En matière mobilière, les règles de compétence sont tout autant diverses, et la règle générale plus ambiguë. Il faut distinguer les cessions précédées de publicité et mise en

⁷⁰⁸ Art. R. 3221-10 et R. 3221-14 du CGPPP.

⁷⁰⁹ Art. R. 3211-6 du CGPPP.

⁷¹⁰ Art. R. 3211-28 du CGPPP.

⁷¹¹ Art. D. 3221-12 du CGPPP.

⁷¹² Art. R. 3211-19 du CGPPP.

⁷¹³ ou, dans les départements d'outre-mer, l'officier général commandant supérieur des forces armées

⁷¹⁴ Art. R. 3211-21 du CGPPP.

⁷¹⁵ Remplacé une fois de plus, outre-mer, par l'avis de l'officier général commandant supérieur des forces armées (art. R. 3211-34 du CGPPP).

concurrence (adjudication et « marchés d'enlèvement ») des autres cessions, exceptionnelles et simplement qualifiées d' « amiables » par l'article R. 3211-38 du CGPPP.

300. Concernant les premières, le Code ne prévoit d'autre compétence que celle du service des domaines. L'article R. 3211-35 se borne à indiquer que « *pour leur vente, les biens et droits mobiliers du domaine privé de l'État (...) qui ne sont pas utilisés par un service civil ou militaire de l'État sont remis à l'administration chargée des domaines* ». Contrairement aux ventes immobilières, le préfet n'intervient donc pas. Un arrêté du 23 décembre 2006 se montre plus précis en indiquant que la Direction nationale des interventions domaniales (la « DNID »), émanation de France Domaine, assure la réalisation des aliénations des objets et matériels qui lui sont remis⁷¹⁶. C'est donc le directeur de la DNID qui donne son accord à la cession. Les conditions générales des ventes mobilières prévoient que la cession sera ensuite matériellement réalisée par le commissaire aux ventes, fonctionnaire précisément chargé de l'évaluation et de la vente des meubles domaniaux.

301. Les cessions mobilières de l'État non précédées de publicité ni de mise en concurrence préalable, en revanche, nécessitent l'intervention du préfet. L'article R. 3211-39 du Code dispose en effet qu'il « *consent* » aux cessions amiables. Il s'agit là d'un moyen de conforter la légitimité du choix du cessionnaire. Toutefois, l'arrêté précité du 23 décembre 2006 ne contribue pas à la clarification des compétences : il prévoit que, sur la « *circonscription régionale de l'Ile-de-France* », c'est le directeur de la DNID qui intervient pour « *la réalisation (...) des aliénations des objets mobiliers et matériels de l'État, autres que celles mentionnées au d de l'article 2* », c'est à dire celles nécessitant publicité et mise en concurrence préalables. Quelle est la nature de cette intervention de la DNID en Ile-de-France ? S'agit-il, pour le directeur de la DNID, de consentir à la cession, ou simplement d'évaluer le bien conformément à l'article R. 3211-39 du CGPPP ? L'état actuel des textes ne permet pas d'apporter de réponse.

302. Les règles de compétence du régime général des cessions mobilières ne brillent donc pas par leur simplicité et elles sont, comme en matière immobilière, concurrencées par les règles de régimes spéciaux. Citons par exemple l'article L. 121-3 du Code monétaire et

⁷¹⁶ Arrêté du 23 décembre 2006 relatif à la direction nationale d'interventions domaniales, *JORF* du 31 décembre 2006, texte n° 53 (art. 2 et 3).

financier, qui dispose que l'établissement public étatique La Monnaie de Paris « *est chargé (...) de fabriquer et commercialiser pour le compte de l'État les monnaies de collection françaises ayant cours légal et pouvoir libératoire* » ; l'article 2 de l'arrêté du 4 septembre 1998 déterminant les missions et compétences du service de l'emploi pénitentiaire, qui confie audit service la gestion de la régie industrielle des établissements pénitentiaires, compte spécial de commerce retraçant notamment, en recettes, le produit de la cession des articles fabriqués⁷¹⁷ ; l'article 390 du Code des douanes, selon lequel « *les objets confisqués ou abandonnés sont aliénés par le service des douanes* »⁷¹⁸.

b. Les règles de compétence en matière de cessions locales

303. L'article L. 3211-14 du CGPPP renvoie au CGCT le soin de fixer les règles applicables aux cessions des domaines locaux. Le pouvoir exécutif et l'organe délibérant interviennent successivement dans la procédure normale. Le CGCT attribue aux organes délibérants le choix de la cession⁷¹⁹. Une circulaire du 12 février 1996⁷²⁰, aujourd'hui abrogée mais qui reste utile à l'interprétation des textes⁷²¹, énumérait les éléments qui devaient figurer dans cette délibération⁷²², au nombre desquels ne figurait pas le nom du cessionnaire : ce dernier peut donc être désigné après la délibération. La motivation n'est pas nécessaire lorsqu'elle porte sur la cession d'immeubles ou droits réels immobiliers de communes de moins de 2 000 habitants⁷²³. Cette solution est contestable, puisque l'exigence d'une motivation devrait davantage dépendre de la valeur de l'immeuble que de la taille de la commune. Elle aboutit à une situation paradoxale : la motivation de la délibération est dispensée lorsqu'une petite commune vend un immeuble domanial pour plusieurs millions d'euros, alors qu'elle est exigée lorsqu'une commune plus grande vend un immeuble de très

⁷¹⁷ Loi n° 50-1615 du 31 décembre 1950, *JORF* du 1^{er} janvier 1951.

⁷¹⁸ Pour de nombreux autres exemples, voir JOYE (J.-F.), « Ventes mobilières domaniales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 86), §§ 49 s.

⁷¹⁹ Art. L. 2241-1 alinéa 1 pour les communes, art. L. 3213-1 1° pour le département, art. L. 4221-4 pour la région, art. L. 5211-37 pour les établissements publics de coopération intercommunale, art. L. 5722-3 pour les syndicats mixtes

⁷²⁰ Circulaire du 12 février 1996 relative aux opérations immobilières réalisées par les collectivités territoriales et certains de leurs établissements publics, *JCP N* 1996, n° 3739.

⁷²¹ YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 88), § 6 : l'auteur revient sur cette abrogation au 1^{er} mai 2009 mais utilise malgré tout cette circulaire « *comme guide d'interprétation subsidiaire* ». De fait, les collectivités territoriales visent toujours cette circulaire dans la rédaction de leurs actes.

⁷²² Doivent ainsi figurer les raisons de la cession, une description sommaire du bien, son prix, et les éventuelles conditions suspensives et résolutoires

⁷²³ Art. L. 2241-1 alinéa 3 du CGCT

faible valeur. Cette dispense dont bénéficient les plus petites communes va de pair avec leur absence d'obligation de consulter France Domaine pour évaluer le bien⁷²⁴. Il en ressort que le rôle principal de la motivation semble moins d'informer sur les raisons de la cession que de justifier, lors d'un éventuel contrôle de légalité, les raisons ayant conduit la collectivité venderesse à s'éloigner de l'estimation de France Domaine. Bref, motivée ou non, la décision de céder le bien plutôt que de le conserver revient à l'organe délibérant, qui, en principe, ne peut déléguer sa compétence. Seules font exception à cette interdiction de délégation les cessions de gré à gré des meubles « jusqu'à 4 600 euros »⁷²⁵ ; l'on appréciera de constater que l'assouplissement de la règle est, cette fois-ci, dû à la faible valeur des biens et non à la taille de commune. Enfin, il arrive parfois que l'organe délibérant ne puisse prendre seul la décision, et que des textes lui imposent au moins une consultation. Ainsi, la cession des biens des sections de communes doit être décidée de concert avec la commission syndicale de la section de commune ; l'aliénation des immeubles de la ville de Paris se fait après consultation, on l'a vu, du Conseil du patrimoine privé⁷²⁶ ; l'avis du public, recueilli au travers d'une enquête publique, doit précéder la cession des chemins ruraux désaffectés.

304. Le pouvoir exécutif n'intervient que de façon limitée. Il peut entamer des négociations avec un éventuel acquéreur avant la délibération. Après la délibération, il signe l'acte de cession. Sa compétence reste liée par la volonté de l'organe délibérant qui, de son côté, n'est pas tenu par d'éventuelles négociations préalables⁷²⁷

2. La diversité des droits de priorité

305. Certaines personnes peuvent bénéficier d'une priorité à l'acquisition d'un bien domanial. Dans ce cas, l'acquisition n'a plus à être soumise à concurrence. Le propriétaire public est en effet contraint de céder le bien aux personnes que désignent les textes, si bien sûr elles souhaitent en faire l'acquisition. Cette priorité peut s'exercer « *en amont de toute*

⁷²⁴ Voir *infra*.

⁷²⁵ Art. L. 2122-22-10° du CGCT.

⁷²⁶ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁷²⁷ Sur l'impossibilité pour un maire de refuser une vente autorisée par une délibération antérieure, voir CE, 10 mars 1995, *Ville de Digne*, rec. *Lebon* p. 124 ; *RFDA* 1996, p. 49, concl. Savoie. Pour d'autres solutions jurisprudentielles quant aux divergences entre exécutif local et organe délibérant, voir YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 88), §§ 51 s.

recherche d'acquéreurs privés »⁷²⁸. Elle ne peut être qualifiée de préemption que si elle permet à l'acquéreur aspirant de se substituer à l'« *acquéreur pressenti* »⁷²⁹.

Ces priorités lors de la cession d'immeubles publics sont nombreuses mais peuvent être classées en deux catégories, en fonction de leur justification. Certaines priorités se justifient par la nécessité du bien cédé aux missions d'intérêt général de l'acquéreur prioritaire (a) ; d'autres résultent de la relation particulière que l'acquéreur prioritaire entretient avec le bien (b).

a. Les droits de priorité justifiés par la nécessité du bien cédé aux missions d'intérêt général de l'acquéreur

306. Au titre de ces droits de priorité, on compte d'abord celui conféré aux communes sur les cessions de l'État par l'article L. 240-1 du Code de l'urbanisme. Cette disposition accorde aux communes un droit de priorité sur les cessions des biens immobiliers situés sur leur territoire appartenant à l'État et à certains de ses établissements publics, en vue de la réalisation d'actions ou opérations d'aménagement figurant à l'alinéa 1 de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme⁷³⁰. La personne publique cédante notifie à la commune son intention de céder l'immeuble⁷³¹ ; ladite commune dispose d'un délai de deux mois pour accepter l'acquisition de l'immeuble au prix fixé par l'avis domanial. En cas de litige sur le montant, le prix sera fixé par le juge de l'expropriation. Si la commune renonce ou ne manifeste pas son désir d'acquérir l'immeuble dans le délai prévu, le bien sera mis sur le marché, et elle ne pourra plus user du droit de préemption urbain dont elle bénéficie en vertu de l'article L. 211-1 du Code de l'urbanisme⁷³². Ce droit de préemption urbain, utilisable dans le même but que le droit de priorité, peut en revanche être utilisé par la commune si la personne publique cédante ne lui a pas notifié son intention de céder le bien.

⁷²⁸ Exposé des motifs de la loi n° 2006-972 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, cité par GAUDEMET (Y.), « Le droit de priorité des communes n'est pas un droit de préemption », *JCP N* 2006, 1364.

⁷²⁹ GAUDEMET (Y.), « Le droit de priorité des communes n'est pas un droit de préemption », *art. cit.*

⁷³⁰ Ces opérations sont suffisamment nombreuses pour permettre aux collectivités territoriales d'exercer fréquemment leur droit de priorité : « *Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti et les espaces naturels* ».

⁷³¹ Art. L. 240-3 du Code de l'urbanisme.

⁷³² Art. L. 211-3 du Code de l'urbanisme.

307. D'autres acquéreurs sont prioritaires en raison de leur activité : c'est le cas les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (« SAFER »), dont les missions d'intérêt général sont déterminées par l'article L. 141-1 du Code rural et de la pêche maritime. L'article L. 143-1 du même Code leur confère un droit de préemption qui leur permet d'acquérir par priorité les biens immobiliers à utilisation agricole et les biens mobiliers qui leur sont attachés), certains terrains à vocation agricole, ou encore des bâtiments d'habitation compris dans une exploitation agricole.

b. Les droits de priorité justifiés par le lien particulier entre le bien et l'acquéreur

Deux types de liens peuvent unir le bien à l'acquéreur prioritaire pour justifier un droit de priorité : un lien géographique, et un lien juridique.

308. Le lien peut d'abord être purement géographique : c'est le cas des priorités dont bénéficient les riverains des domaines routier et fluvial. L'article L. 112-8 du Code de la voirie routière accorde aux riverains des voies du domaine public routier une priorité pour l'acquisition des portions de terrains anciennement emprises de rues ou de routes, puis délaissées en raison soit d'un déclassement en raison du déplacement de la voie, soit d'un rétrécissement de voie suite à un alignement. Dans le premier cas, la voie publique disparaît purement et simplement pour être réinstallée ailleurs. Le fait, pour le riverain, de bénéficier d'un droit de préemption consiste un une sorte de dédommagement. Justifiant l'instauration de ce droit de préemption par la loi du 24 mai 1842 sur les terrains anciennement assiette des routes royales, le rapporteur de la loi Augustin-Charles Renouard invoquait même l'équité : *« La stricte justice veut qu'au moment où l'État, usant de son droit, fait subir à cette propriété un changement de destination et d'emploi, on tienne compte de sa destination antécédente. La foi publique y est engagée (...) Le droit de préemption (...) a donc été concédé comme un bénéfice que l'équité prescrivait d'accorder aux riverains et non point comme une transaction entre des droits rivaux (...) La loi actuelle opère (...) un changement important dans la situation légale des propriétaires riverains des routes. La seule indemnité qu'elle leur accorde consiste dans le droit de préemption »*⁷³³. Dans le second cas, la voie est simplement

⁷³³ Recueil Duvergier, rapport sur la loi du 24 mai 1852, Tome 42, pp. 112 et 113.

rétrécie en largeur ; son axe ne change pas. Le droit de préemption dont bénéficie le riverain est alors une simple conséquence de son droit d'accès. L'article 563 du Code civil accorde pareil droit aux riverains des terrains anciennement assiette des cours d'eau domaniaux : « *Si un cours d'eau domanial forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires riverains peuvent acquérir la propriété de cet ancien lit (...) À défaut pour les propriétaires riverains de déclarer, dans les trois mois de la notification qui leur sera faite par l'autorité compétente, l'intention de faire l'acquisition au prix fixé par les experts, il est procédé à l'aliénation de l'ancien lit selon les règles qui président aux aliénations du domaine des personnes publiques* ». La voie fluviale étant peut-être moins immédiatement nécessaire à la circulation que le domaine routier, le but de ce droit de préemption est sans doute plus d'éviter la formation d'enclaves⁷³⁴ que de réparer le préjudice en matière d'accès.

309. Le lien peut également être juridique. Le bénéficiaire de la priorité entretient avec le bien cédé un lien juridique particulier, qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit personnel relatif à la jouissance du bien. On retrouve de telles priorités en matière d'expropriation : l'expropriant doit solliciter l'exercice du droit de rétrocession avant de céder un bien exproprié. L'article R. 12-6 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique dispose en effet que « *l'expropriant qui décide d'aliéner un ou plusieurs immeubles susceptibles de donner lieu au droit de rétrocession défini au premier alinéa de l'article L. 12-6 informe de sa décision les anciens propriétaires ou leurs ayants-droit à titre universel et les invite à opter entre l'exercice immédiat de leur droit de rétrocession et la renonciation à ce droit* ». L'article L. 12-6 lui-même prévoit que cette sollicitation, prévue pour les terrains agricoles, est également nécessaire lorsque l'expropriant souhaite donner l'immeuble à bail. Toujours en matière d'expropriation, l'article R. 14-9 du même Code prévoit que lorsque sont aliénés des locaux ayant servi au relogement de personnes expropriés, ils leur sont « *offerts par préférence* ». En dehors du cas de l'expropriation, mais dans le même esprit, le Code de l'urbanisme permet aux anciens propriétaires de biens préemptés en vertu des articles L. 210-1 et suivants dudit Code de bénéficier à leur tour d'une préemption lorsque leur propriétaire actuel décide de les aliéner. L'article L. 213-11 met en œuvre le « *principe du préempteur préempté* »⁷³⁵ en disposant que « *si le titulaire du droit de préemption décide d'utiliser ou*

⁷³⁴ DROSS (W.), « Propriété - Accession naturelle au profit d'un immeuble, » *JCl. Civil code* (articles 556 à 564), § 54.

⁷³⁵ YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 88), § 125.

d'aliéner à d'autres fins un bien acquis depuis moins de cinq ans par exercice de ce droit, il doit informer de sa décision les anciens propriétaires ou leurs ayants cause universels ou à titre universel et leur proposer l'acquisition de ce bien en priorité ». En cas de renoncement de l'ancien propriétaire, l'article étend même cette priorité à « *la personne qui avait l'intention d'acquérir le bien* » avant l'exercice de préemption. Signalons enfin l'existence de priorités non plus au profit d'anciens propriétaires, mais au bénéfice de simples locataires. C'est par exemple le cas pour les cessions de logements appartenant aux organismes d'habitations à loyer modéré : si le logement est occupé, il ne peut être cédé qu'à son locataire⁷³⁶ ; lorsqu'en revanche le logement est vacant, l'organisme « *doit l'offrir en priorité à l'ensemble des locataires de logements lui appartenant dans le département, ainsi qu'aux gardiens d'immeubles qu'il emploie* »⁷³⁷. Ce n'est qu'à défaut d'acquéreur prioritaire que le logement peut être cédé à d'autres personnes.

3. La diversité des règles d'information

L'obligation d'informer le public des cessions effectuées vaut autant pour l'État que pour les collectivités territoriales. Néanmoins, elle est beaucoup plus strictement encadrée pour ces dernières, comme si elle était un succédané à l'absence d'obligations de publicité et mise en concurrence préalables.

310. Le public n'est informé des cessions domaniales de l'État qu'au détour des comptes d'affectation spéciale précédemment étudiés⁷³⁸, annexés à la loi de finances. Ces comptes ont toutefois moins pour fonction de révéler au public les opérations de cession étatiques que d'isoler les produits de ces cessions afin de les affecter à des dépenses spécifiques. La fonction informative n'est donc ici que secondaire.

311. Concernant les collectivités territoriales, le détail du dispositif d'information du public, instauré par l'article 11 de la loi du 8 février 1995⁷³⁹ est aussi élaboré que les obligations de mise en concurrence sont limitées. La lecture des rapports parlementaires ayant

⁷³⁶ Art. L. 443-11 alinéa 1 du Code de la construction et de l'habitation.

⁷³⁷ Art. L. 443-11 alinéa 3 du Code de la construction et de l'habitation.

⁷³⁸ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

⁷³⁹ Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de services publics, *JORF* du 9 février 1995, p. 2186.

précédé cette loi révèle d'ailleurs que cette obligation d'information est une compensation de l'absence d'obligations de mise en concurrence, justifiée par la volonté d'éviter les risques de contentieux : « *Les obligations de publicité et d'information ainsi créées constituaient potentiellement une importante source de contentieux et donc un facteur majeur d'insécurité juridique (...) C'est pourquoi, au rétablissement pur et simple de l'article 51 de la loi du 29 janvier 1993*⁷⁴⁰ - qui avait suscité des problèmes d'interprétation et était apparu porteur de risques graves pour la sécurité des contrats - l'Assemblée nationale a préféré un nouveau dispositif »⁷⁴¹. Le dispositif d'information de 1995 est composé de deux éléments : un bilan et un tableau récapitulatif des cessions. La circulaire du 12 février 1996 confirmait la fonction du dispositif⁷⁴² et le précisait.

312. L'obligation de dresser un bilan des cessions figure aujourd'hui dans le CGCT. L'article L. 2241-1 dispose que « *le bilan des acquisitions et cessions opérées sur le territoire d'une commune de plus de 2 000 habitants par celle-ci, ou par une personne publique ou privée agissant dans le cadre d'une convention avec cette commune, donne lieu chaque année à une délibération du conseil municipal. Ce bilan est annexé au compte administratif de la commune* »⁷⁴³. Une disposition similaire existe pour les départements, les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes⁷⁴⁴. En revanche, elle n'existe plus pour les régions⁷⁴⁵ depuis une ordonnance du 17 novembre 2009⁷⁴⁶ adoptée « à des fins

⁷⁴⁰ Loi qui avait instauré, un temps, des obligations de publicité et de mise en concurrence pour certaines cessions locales. Voir *supra*.

⁷⁴¹ BONNET (C.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur : 1°) la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relative aux marchés publics et délégations de service public, 2°) la proposition de loi présentée par M. Claude ESTIER et les membres du groupe socialiste, apparenté et rattachés administrativement tendant au rétablissement des dispositions « anti-corruption » supprimées depuis mars 1993, 3°) la proposition de loi présentée par M. Claude ESTIER et plusieurs de ses collègues relative à la transparence de la vie publique*, Rapport n° 185 (Sénat, Session ordinaire de 1994-1995), 20 décembre 1994, p. 41.

⁷⁴² Circulaire du 12 février 1996 relative aux opérations immobilières réalisées par les collectivités territoriales et certains de leurs établissements publics, *JCP N* 1996, n° 3739 : « *Le Gouvernement avait (...) clairement affiché sa volonté de mettre en place un dispositif de substitution sans qu'il en résulte une précarité excessive des contrats. Il a organisé une large concertation pour trouver un système plus simple assurant une meilleure transparence des politiques immobilières sans pour autant faire peser de graves incertitudes sur la validité des cessions et acquisitions* ».

⁷⁴³ On notera, là encore, la différence entre les communes les plus faiblement peuplées et les autres, que n'explique pas les rapports parlementaires relatifs à la loi du 8 février 1995 et qui contribue à accroître la diversité - déjà extrême - des règles de cession.

⁷⁴⁴ Respectivement, articles L. 3213-2, L. 5211-37 et L. 5722-3 du CGCT.

⁷⁴⁵ Art. L. 4221-4 du CGCT.

⁷⁴⁶ Ordonnance 2009-1400 du 17 novembre 2009 relative à la simplification et à l'amélioration des règles budgétaires et comptables applicables aux régions et aux syndicats mixtes de l'article L. 5721-2 du CGCT, *JORF* du 18 novembre 2009, p. 19908.

de simplification »⁷⁴⁷, sans que cette dispense ne soit expliquée⁷⁴⁸. La circulaire du 12 février 1996 détaillait le contenu du bilan. Elle précisait qu'il ne devait pas s'agir d'un tableau, mais « plutôt d'un rapport devant permettre à l'assemblée délibérante de chaque collectivité territoriale et de chaque établissement public (...) de porter une appréciation sur la politique immobilière menée par cette collectivité ou cet établissement public, et, au-delà, d'assurer l'information de la population »⁷⁴⁹. Il pouvait par exemple s'agir de justifier la cession en exposant le projet que le produit éventuellement capté pourrait financer. Ce bilan souffrait néanmoins de son caractère incomplet : la circulaire n'y incluait ni les meubles, ni les immeubles appartenant à la commune situés en dehors de son territoire. Il était impossible, dès lors, de bénéficier d'une vue d'ensemble sur la politique immobilière locale. La circulaire rappelait également que le bilan, annexé au compte administratif de la collectivité ou de l'établissement public, devait être accessible au public qui pouvait le consulter sur place ou en obtenir une copie à ses frais.

313. La loi du 8 février 1995 imposait également aux collectivités et à certains de leurs établissements publics l'établissement d'un tableau récapitulatif de leurs cessions. Étaient concernés les départements, les régions, les établissements publics de coopération intercommunale, les syndicats mixtes, et quelques autres établissements publics locaux⁷⁵⁰. Les communes l'étaient également, mais seulement celles de plus de 3 500 habitants, ce dont il résultait une véritable stratification des obligations d'information relative aux cessions locales : aucune obligation particulière pour les communes de moins de 2 000 habitants ; un bilan pour les communes comprenant entre 2 000 et 3 500 habitants ; un bilan et un tableau récapitulatif pour les communes de plus de 3 500 habitants. L'ordonnance du 26 août 2005 supprima l'exigence de ce tableau, sauf pour les régions. Difficile de trouver une explication précise à cette abrogation quasi-générale. Certes, le rapport relatif à l'ordonnance fait état de

⁷⁴⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-1400 du 17 novembre 2009 relative à la simplification et à l'amélioration des règles budgétaires et comptables applicables aux régions et aux syndicats mixtes de l'article L. 5721-2 du code général des collectivités territoriales, *JORF* du 18 novembre 2009, p. 19906.

⁷⁴⁸ Tout au plus peut-on évoquer les travaux parlementaires relatifs à la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (*JORF* du 13 mai 2009, p. 7920) dont l'article 88 habilite le Gouvernement à adopter des ordonnances, qui inscrivent ces mesures de simplification dans le prolongement de l'expérimentation de l'instruction budgétaire et comptable « M 71 ». Voir en ce sens BLANC (É.), *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, de simplification et de clarification du droit et d'allègement dans procédures*, Rapport n° 1578 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 1^{er} avril 2009, p. 79.

⁷⁴⁹ Circulaire du 12 février 1996 (références précitées).

⁷⁵⁰ La circulaire mentionne notamment des établissements publics fonciers.

« dispositions devenues obsolètes »⁷⁵¹. Philippe Yolka relève fort justement que ce tableau récapitulatif « faisait largement double emploi »⁷⁵² avec le bilan. Mais pourquoi, dès lors, le maintenir pour les seules régions, déjà assujetties à l'établissement du bilan ? L'ordonnance du 17 novembre 2009⁷⁵³ opta pour l'excès inverse, en supprimant pour la région non seulement le tableau, mais aussi le bilan, et remplaçant ces deux documents par un « état de variation du patrimoine, annexé au compte administratif de la région »⁷⁵⁴. Ainsi décrit, l'état de variation ressemble fort au tableau tout juste supprimé. L'examen de ces états de variation révèle toutefois une information assez différente de celle figurant dans les tableaux tels qu'ils étaient décrits par la circulaire de 1996. Ces états ressemblent à des bilans comptables, distinguant soigneusement les entrées et les sorties. Ils recouvrent davantage de biens que ne le faisaient les tableaux : les transferts de meubles sont désormais retracés, comme les immeubles sis hors du territoire régional. Toutefois, l'information relative à chaque opération est désormais beaucoup moins fournie qu'elle ne l'était dans les tableaux récapitulatifs. Alors que ces derniers incluaient la nature du bien, sa localisation, les conditions de son acquisition originelle par la région (date, prix, nom de l'ancien propriétaire, conditions supplémentaires) et les conditions de sa cession (notamment le prix et les conditions de paiement), l'état de variation du patrimoine n'indique que la désignation du bien, sa valeur d'acquisition, le résultat de l'amortissement et le prix de cession, desquels sont déduits une plus ou moins-value. Ces états de variation ressemblent donc beaucoup plus à des documents comptables à destination de juridictions financières qu'à une source de renseignement et d'information à destination du public.

314. Il existe donc, actuellement, trois régimes d'information en matière de cessions domaniales locales : les communes de moins de 2 000 habitants demeurent exemptées de toute obligation ; les régions doivent annexer à leur compte administratif annuel un état de variation de leur patrimoine ; les autres personnes publiques relevant du CGCT sont tenues d'établir un bilan, avec pour seul guide une circulaire abrogée.

⁷⁵¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-1027 du 26 août 2005 relative à la simplification et à l'amélioration des règles budgétaires et comptables applicables aux collectivités territoriales, à leurs groupements et aux établissements publics locaux qui leur sont rattachés, *JORF* du 27 août 2005, p. 13907.

⁷⁵² YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 88), § 150.

⁷⁵³ Ordonnance n° 2009-1400 du 17 novembre 2009, références précitées (art. 4).

⁷⁵⁴ Art. L. 4221-4 alinéa 2 du CGCT.

B. La transversalité de l'obligation d'évaluation préalable

Tranchant avec l'inconstance des autres règles de procédure, l'évaluation préalable brille par une remarquable stabilité : elle est permanente pour les cessions étatiques (1) ; si certaines cessions locales peuvent s'en dispenser, elle reste une règle au moins prééminente à leur égard (2).

1. La permanence de l'obligation d'une évaluation préalable pour les cessions étatiques

a. L'obligation permanente d'évaluer les immeubles à céder de l'État

315. La partie réglementaire du CGPPP évoque, pour les cessions immobilières de l'État ou de ses établissements publics, la nécessité d'une évaluation préalable quelle que soit la procédure de publicité et de mise en concurrence suivie. Si le cédant souhaite procéder par adjudication publique, l'article R. 3211-3 dispose que le directeur départemental des finances publiques, et à travers lui le service France Domaine, fixe la « *mise à prix* ». C'est ce même service qui fixe les « *modalités financières* » des cessions amiables, qu'elles aient été précédées ou non d'une publicité et mise en concurrence préalables⁷⁵⁵.

316. Ces règles en matière d'évaluation sont également valables pour les cessions étatiques obéissant à des régimes spéciaux. Le plus souvent, ces régimes se contentent de renvoyer directement aux règles générales. À titre d'exemple, l'article R. 3211-9 rappelle que les forêts domaniales cessibles par l'administration en vertu de l'article L. 3211-5 sont cédées selon les modalités du régime général. De la même manière, l'article R. 3211-23 du Code renvoie à l'article R. 3211-6 les modalités d'évaluation des terrains exondés avant le 3 janvier 1986.

317. Lorsque les régimes spéciaux évoquent les questions d'évaluation, c'est pour confirmer la compétence de principe du directeur départemental des finances publiques. Ainsi en est-il du dernier alinéa de l'article R. 3211-26, qui, réglementant la cession des immeubles domaniaux affectés au ministère de la défense, prend soin de rappeler que « *le préfet (...) autorise la vente par adjudication publique ou consent à la cession amiable, sur proposition du directeur départemental des finances publiques qui fixe, selon le cas, la mise à prix ou le*

⁷⁵⁵ Articles R. 3211-6 et R. 3211-7 du CGPPP.

prix ». Ainsi en est-il également de l'article D. 3211-30, qui rappelle la compétence du même directeur pour la cession de certains établissements de recherches de caractère aéronautiques.

318. Parfois, ces régimes spéciaux prennent acte du 1° de l'article R. 3211-7 du Code, lequel dispose que lorsque des dispositions législatives ou réglementaires spéciales impliquent la cession de l'immeuble au profit d'un acquéreur ou d'une catégorie d'acquéreur déterminés, le prix est fixé comme en matière d'expropriation lorsque les parties n'ont pas su s'accorder. Cette disposition concerne en général les cas dans lesquels un acquéreur peut exercer un droit de priorité : en l'absence d'accord sur le prix, le cédant ne saurait céder l'immeuble à un plus-disant. C'est donc un tiers à l'administration, le juge de l'expropriation, qui déterminera le prix. Plusieurs dispositions vont dans ce sens : l'article L. 112-8 du Code de la voirie routière dispose que pour la cession des terrains anciennement assiette de voies de circulation aux riverains desdites voies, le prix de cession est estimé, à défaut d'accord amiable, comme en matière d'expropriation. Une telle disposition figure également à l'article L. 12-6 du Code de l'expropriation pour la rétrocession des immeubles expropriés.

319. À de rares occasions, les régimes spéciaux peuvent proposer des solutions un peu plus originales. L'article 563 du Code civil, auquel renvoie l'article L. 3211-16 du CGPPP, règle le sort des anciens lits des cours d'eaux domaniaux, abandonnés naturellement ou à la suite des travaux. L'article ne pose pas la compétence de principe de l'administration domaniale pour fixer le prix de l'ancien lit. Ce prix est « *fixé par des experts nommés par le président du tribunal de la situation des lieux, à la requête de l'autorité compétente* ». Une solution comparable semble devoir être retenue pour la cession de mitoyenneté. La jurisprudence, pas plus que le CGPPP, n'évoquent la question des murs du domaine privé dont un voisin souhaiterait acquérir la mitoyenneté. Il faut remonter à la fin du XIX^{ème} siècle pour trouver trace d'une réglementation de ce cas. Dans son *Dictionnaire des Domaines*, Maguero indique que « *faute d'accord entre les parties pour fixer à l'amiable la valeur de la mitoyenneté acquise, elle doit être fixée par experts* »⁷⁵⁶ avant d'évoquer une instruction générale de l'administration d'après laquelle les voisins qui souhaitent acquérir la mitoyenneté d'un mur appartenant à l'État « *adressent à cet effet une pétition (...) soit au directeur des domaines, soit au préfet du département. Ce magistrat, après avoir consulté, le cas échéant, le service affectataire de l'immeuble, désigne, sur proposition du directeur, l'expert qui devra procéder*

⁷⁵⁶ MAGUERO (É.), *Dictionnaire des domaines*, Paris : Berger-Levrault et C^{ie}, 1899, p. 497.

au nom de l'État, et contradictoirement avec l'expert de la partie, à l'estimation de la valeur du sol et des constructions à céder. Cet expert est assisté d'un agent de l'administration des domaines désigné par le directeur ; en cas de dissentiment, il est nommé par le tribunal un tiers expert, à la requête de la partie la plus diligente »⁷⁵⁷. Adaptée aux institutions actuelles, la solution semble être celle de la recherche, en premier lieu, d'un accord entre le directeur départemental des finances publiques et l'acquéreur, à défaut duquel chacun sollicite des experts.

320. Remarquons donc que si l'évaluation préalable des immeubles étatiques est certes réalisée par des auteurs et selon des modalités variables, elle reste une obligation qui brille par sa constance. De nombreuses cessions étatiques ne nécessitent pas de mise en concurrence ; aucune, en revanche, ne peut se réaliser sans évaluation préalable.

b. L'obligation d'évaluer les meubles étatiques à céder

321. En matière de meubles étatiques, le CGPPP impose une double évaluation : l'évaluation classique, permettant d'établir la valeur de marché du bien, mais également une sorte de pré-évaluation générale qui va conditionner le principe même de la cession du bien. L'article R. 3211-35 oblige en effet à remettre à l'administration chargée des domaines, en vue de leur vente, les biens et droits mobiliers du domaine privé de l'État qui ne sont plus utilisés par un service civil ou militaire de l'État, avant d'ajouter que cette obligation de remise ne s'applique pas « *aux biens manifestement invendables, soit parce qu'ils sont totalement dépourvus de valeur marchande, soit parce que les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale* ». L'administration apprécie donc sommairement la valeur marchande des meubles pour exclure de la vente ceux pour lesquels l'opération ne serait pas rentable.

322. Si d'après cette pré-évaluation la cession du meuble pourrait être rentable, il peut être y être procédé ; mais alors, l'obligation de l'évaluer plus précisément varie considérablement en fonction de l'existence ou de l'absence d'une mise en concurrence.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

323. Lorsque la cession mobilière peut, en vertu de l'article R. 3211-38, avoir lieu à l'amiable, l'article R. 3211-39 prévoit que le prix en est fixé par le directeur des finances publiques ou, en région d'Île-de-France, par le directeur de la DNID. De ce point de vue, le régime reste donc quasiment le même que celui des immeubles, la compétence exceptionnelle du directeur de la DNID ne se justifiant que par le nombre d'opérations à réaliser.

324. En dehors de ces cas de cession amiable, l'administration doit céder ses biens par adjudication ou par voie de marché d'enlèvement⁷⁵⁸. Concernant l'adjudication, l'article A. 109 du Code du domaine de l'État l'interdit « *à un prix inférieur au prix minimum préalablement fixé* », et précise que ce prix est « *arrêté par le service des domaines, d'après l'estimation du service d'où proviennent les objets à aliéner ou d'après tous autres renseignements et, le cas échéant, après expertise faite par les gens de l'art* ». Le « service des domaines » est ici la DNID. Quant aux marchés d'enlèvement, l'évaluation préalable fait partie de leur définition : selon le glossaire du site internet de la DNID⁷⁵⁹, un tel marché consiste en un « *accord contractuel impliquant la cession à titre onéreux de biens dont la quantité est évaluée au moment de la passation du marché et dont la délivrance à l'acquéreur interviendra dans des délais fixés dans le contrat. Le prix du marché est régularisé à la fin du contrat en fonction de la quantité réellement enlevée* ».

325. Enfin, il faut évoquer l'existence d'un régime spécial d'évaluation des meubles domaniaux : l'article 3 de la loi du 6 août 1986⁷⁶⁰ relative aux modalités des privatisations prévoit que l'évaluation des participations de l'État dans les entreprises est réalisée par la Commission des participations et des transferts.

2. La prééminence de l'évaluation préalable pour les cessions du domaine local

326. L'absence d'obligation d'évaluation préalable pour nombre de biens des collectivités locales interdit d'évoquer une « permanence ». On peut toutefois parler d'une

⁷⁵⁸ Rappelons que le glossaire du site internet de la DNID (voir lien en fin de bibliographie) donne du marché d'enlèvement la définition suivante : « *Accord contractuel impliquant la cession à titre onéreux de biens dont la quantité est évaluée au moment de la passation du marché et dont la délivrance à l'acquéreur interviendra dans des délais fixés dans le contrat. Le prix du marché est régularisé à la fin du contrat en fonction de la quantité réellement enlevée* »

⁷⁵⁹ Voir lien en fin de bibliographie.

⁷⁶⁰ Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, *JORF* du 7 août 1986, p. 9695.

« prééminence » pour qualifier l'obligation qui, depuis 1995, semble être la règle de forme la plus importante en matière de cessions du domaine local. L'apport principal de la loi du 8 février 1995⁷⁶¹ fut en effet moins l'obligation d'établir un bilan et de dresser un tableau récapitulatif, que l'obligation adressée aux collectivités locales, à l'exception des communes de moins de 2 000 habitants, de consulter l'ancien service des domaines préalablement à leurs cessions : les articles du CGCT relatifs aux cessions immobilières indiquent tous que l'assemblée délibérante « *délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'État* ». L'avis a pour seule fonction de déterminer le prix. La circulaire du 11 mars 2009⁷⁶², succédant en cela à celle du 12 février 1996, est claire sur ce point : « *Le service des domaines se prononce sur les conditions financières de l'opération et non sur l'opportunité de l'acquisition ou de la cession* ». Cette circulaire précise en outre que l'avis ne lie pas les cédants publics, qui peuvent céder l'immeuble pour un prix différent de celui proposé par le service des domaines. Elle les met toutefois en garde, en les prévenant du risque d'annulation contentieuse qu'encourt une cession pour un prix excessivement bas, et exige de la décision de céder qu'elle précise les raisons d'un tel prix.

327. Cette obligation de consulter le service des domaines ne figurait pas dans le dispositif de la loi du 29 décembre 1993, pas plus que dans les dispositifs prévus par les lois du début des années 1940 : l'article 11 de la loi du 1^{er} décembre 1942⁷⁶³ se contentait de fixer le principe d'une mise en concurrence préalablement aux cessions du domaine local, en laissant de côté les modalités d'évaluation préalable. Celles-ci furent fixées par un arrêté du 1^{er} septembre 1955⁷⁶⁴ qui, de façon assez étonnante, indiquait en son article 1^{er} que « *lorsque les départements, communes (...) décident d'aliéner des immeubles (...) leur appartenant, l'administration des domaines est obligatoirement appelée à formuler son avis sur le prix demandé lorsque la valeur des immeubles ou droits immobiliers est supérieure à 750 000 F* ». Le service des domaines n'était donc sollicité pour une évaluation qu'en fonction d'une première évaluation réalisée par l'administration vendeuse elle-même ! La lecture des débats

⁷⁶¹ Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, *JORF* du 9 février 1995, p. 2186 (art. 11).

⁷⁶² Circulaire du 11 mars 2009 relative à la consultation obligatoire du service des domaines (ou France Domaine) en matière d'opérations immobilières, in Code général de la propriété des personnes publiques, commenté sous la direction de Philippe Yolka, LexisNexis, 2014, Annexe 4, p. 1283.

⁷⁶³ Loi n° 1017 du 1^{er} décembre 1942 complétant et modifiant le décret du 5 juin 1940, relatif au domaine immobilier de l'État, *JOEF* du 11 décembre 1942, p. 4050

⁷⁶⁴ Arrêté du ministère de l'intérieur du 1^{er} septembre 1955 relatif à l'aliénation des immeubles appartenant aux départements, communes et établissements publics départementaux et communaux, *JORF* du 8 septembre 1955, p. 8986.

parlementaires sur des lois encore plus anciennes montre combien l'estimation put être autrefois reléguée au second plan. On lit en effet, dans les débats relatifs à l'article 46 de la loi du 18 juillet 1837 indiquant la compétence pour procéder aux opérations immobilières des collectivités locales, les arguments suivants : « *M. Moreau (de la Meurthe) proposait de dresser un procès-verbal d'estimation préalable qui servirait de règle. M. Vivien, rapporteur, a répondu que cette mesure (...) pourrait donner lieu à des difficultés. "Du reste, a-t-il dit, la fixation des valeurs est une chose extrêmement facile, qui se fait tous les jours dans toutes les administrations, et à l'égard desquelles on continue de suivre les formes adoptées jusqu'ici" »*⁷⁶⁵. Ce n'est donc qu'à partir de la loi du 8 février 1995 que le prix des immeubles communaux fit l'objet d'une préoccupation sérieuse ; peut-être s'agissait-il d'une réaction législative à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel de 1986⁷⁶⁶, par laquelle le juge constitutionnel interdisait les cessions à vil prix, et visant précisément à améliorer le contrôle par le juge administratif du respect de cette interdiction.

328. En plus du caractère relativement tardif de cette obligation, on peut regretter qu'elle ne concerne qu'un nombre limité de biens. Une fois de plus, on comprend mal qu'elle ne concerne pas les communes de moins de 2 000 habitants. La justification de cette dispense en faveur des petites communes figure dans les débats parlementaires mais est pour le moins laconique : le rapporteur au Sénat, lors des débats préalables à la loi de 1995, se référait à l'avis d'un maire d'une commune de 500 habitants à qui il ne « *paraissait pas indispensable de se soumettre à certaines procédures* »⁷⁶⁷. La solution est d'autant plus regrettable que la faiblesse de la population n'implique pas nécessairement l'absence de biens de grande valeur⁷⁶⁸. Par ailleurs, les meubles locaux firent pendant longtemps, du point de vue de l'évaluation préalable, l'objet d'un vide juridique complet, que ne combla pas vraiment la circulaire du 11 mars 2009⁷⁶⁹ : « *Il convient de noter que les opérations relatives aux biens mobiliers relevant de votre domaine public (acquisition ou cession de véhicules, de matériels bureautique, informatique...) ne nécessitent pas une consultation préalable du service des domaines, l'organe délibérant fixant librement le prix de cession ou d'acquisition* ».

⁷⁶⁵ Recueil Duvergier, débats sous la loi du 6 juin 18 juillet 1837, Tome 37, p. 247.

⁷⁶⁶ Cons. constit., 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC.

⁷⁶⁷ Séance du 22 décembre 1994, *JORF Débats parlementaires Sénat* du 23 décembre 1994, p. 8037.

⁷⁶⁸ Voir en ce sens PIERRE-VANTOL (B.), « L'avis du service des Domaines dans les transactions immobilières des collectivités territoriales », *Defrénois*, 30 mars 2008, n° 6, p. 639.

⁷⁶⁹ Références précitées.

329. Dès lors, et à défaut de permanence, pourquoi parler de prééminence pour évoquer l'obligation pour les collectivités territoriales de consulter le service des domaines en vue de l'évaluation de leurs biens à céder ? Deux raisons le justifient.

330. En premier lieu, la consultation du service des domaines préalablement à une cession immobilière est la seule obligation du dispositif de 1995 qui s'est maintenue pour toutes les collectivités territoriales et établissements publics locaux qu'elle visait. Il a déjà été démontré que l'autre obligation importante initiée par le dispositif de 1995, celle d'information, fut considérablement réduite, amputée notamment du tableau récapitulatif.

331. En second lieu, la sollicitation de l'avis du service des domaines préalablement à une opération immobilière apparaît comme beaucoup plus impérieuse que les obligations tenant à l'information. La circulaire du 11 mars 2009, comme le faisait celle du 12 février 1996, indique que la consultation, lorsqu'elle est requise, est une formalité substantielle dont l'absence est par conséquent susceptible d'entraîner l'annulation de la décision de céder. À l'inverse, la portée l'obligation d'information semble peu élevée : Martine Cliquennois, relevant l'« *importance secondaire* »⁷⁷⁰ des tableaux et bilans, estime fort justement que « *l'hypothèse d'un rejet du bilan apparaît bien improbable, dans la mesure où (...) la loi institue le vote d'une délibération motivée préalablement à chaque opération de cession (...) La portée de cette délibération a posteriori d'approbation du bilan paraît bien faible, de même que sa valeur juridique. On songe à une sorte de "loi de règlement", approuvant la politique immobilière après sa réalisation* »⁷⁷¹ ; elle conclut que « *l'efficacité du dispositif est douteuse* »⁷⁷².

332. L'obligation de saisir les domaines apparaît donc, pour la collectivité territoriale qui souhaiterait procéder à une cession de son domaine, comme une obligation à la fois forte, stable et récurrente, ce qui la singularise à l'égard des autres obligations procédurales.

⁷⁷⁰ CLIQUENNOIS (M.), « Aliénation des biens du domaine privé des collectivités territoriales. Article L. 311-8 : le retour ! », *JCP N*, 1995, n° 3349.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² *Id.*

§ 2. L'opération d'évaluation

L'évaluation est donc l'obligation procédurale la plus commune aux cessions du domaine. Il convient à présent d'en aborder les modalités (A) et la justification (B).

A. Le déroulement de l'évaluation

Un examen succinct des méthodes d'évaluation permet de constater que l'évaluation du domaine cessible ne diffère pas de l'évaluation des biens des personnes privées (1), si ce n'est du point de vue de la nécessité du recours à un tiers (2).

1. Des méthodes d'évaluation comparables à celles utilisées pour les biens privés

L'évaluation des biens domaniaux doit avoir lieu selon la même méthode que l'évaluation des biens privés (a), à savoir celle de la comparaison (b), préférée à l'évaluation par capitalisation.

a. Une similarité postulée

333. Les quelques sources doctrinales et juridiques qui évoquent les méthodes d'évaluation actuelles des biens domaniaux sont formelles : l'évaluation doit, par principe, se dérouler comme si le bien était une propriété privée. Dans sa décision des 25 et 26 juin 1986⁷⁷³, le Conseil constitutionnel, relativement à l'aliénation des actions appartenant à l'État dans le cadre de privatisations, imposait une évaluation conduite selon les méthodes « couramment » pratiquées en matière de cessions d'actifs de sociétés. Une disposition comparable se retrouve dans une communication de la Commission européenne de 1997, encadrant les aides d'État dans le cas de ventes d'immeubles étatiques. Cette communication indique que lorsque la vente n'a pas lieu aux enchères publiques (auquel cas le prix peut être fixé par le marché lui-même, c'est à dire celui qui accepte de mettre le plus fort enchérisseur), la valeur marchande du bien doit être fixée par des experts sur la base de critères d'évaluation « communément

⁷⁷³ Cons. constit., 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC

acceptés »⁷⁷⁴. C'est également aux méthodes « couramment employées »⁷⁷⁵ que se réfère une réponse ministérielle du 20 janvier 2003 pour indiquer celles qui doivent être utilisées pour établir le prix des parcelles des lotissements communaux : « Il s'agit de l'évaluation au prix moyen du mètre carré, de l'évaluation par lot, qui consiste à déterminer une valeur dominante pour des terrains constructibles présentant des caractéristiques homogènes, et enfin de l'évaluation en fonction des possibilités de construction »⁷⁷⁶, qui font partie des méthodes classiques d'évaluation des terrains à bâtir privés⁷⁷⁷.

b. L'emploi de la méthode comparative

334. L'évaluation des biens s'opère principalement selon deux méthodes : la capitalisation et la comparaison. La capitalisation consiste en une évaluation fondée sur le revenu dégagé par le bien ; la valeur vénale de ce dernier est alors un multiple du revenu annuel. Le recours à cette méthode, qui laisse assez peu de marge de manœuvre à l'évaluateur⁷⁷⁸ fut érigé en principe par le législateur révolutionnaire pour la vente des biens nationaux avant de tomber en désuétude (i), au profit d'une méthode comparative (ii).

i. La désuétude de l'évaluation par capitalisation

335. L'hésitation quant à la meilleure méthode d'évaluation des biens domaniaux était déjà visible à la Révolution. Le refus de choisir entre une évaluation par capitalisation et une évaluation plus subjective transparait dans la législation révolutionnaire, et l'article 9 de la loi des 3 et 17 novembre 1790, reprenant en cela les articles 3 et 4 du titre 1^{er} de la loi du 14 mai 1790 en fut le premier témoin. L'article prévoyait en effet une distinction entre les immeubles affermés (sauf bois, maisons, usines) et les autres. La valeur des premiers (terres labourables, vignes et autres prés) était estimée de façon semi-forfaitaire⁷⁷⁹, à hauteur de vingt-deux fois le revenu annuel qu'ils produisaient jusqu'alors au bénéfice du bailleur. La valeur des seconds,

⁷⁷⁴ Communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'État contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, n° 97/C 209/03, JOCE du 10 juillet 1997, p. 3.

⁷⁷⁵ Rép. min. n° 3545, JOAN Q du 20 janvier 2003, p. 358.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ BERNARD (A.), *Évaluation des biens*, Le Moniteur, coll Analyse juridique, 11^{ème} éd., 2004, pp. 99 s.

⁷⁷⁸ Surtout lorsque le revenu annuel est constaté et non pas estimé, ce qui est notamment le cas lorsque le bien fait l'objet d'un bail au moment de l'évaluation.

⁷⁷⁹ Le préfixe « semi » se justifiant par le fait que les experts sont tout de même tenus d'évaluer le revenu potentiel, en cas d'absence de revenu réel.

quant à elle, était établie sur place par un expert. Il ne s'agissait, *in fine*, que d'une illustration du dogme physiocratique érigeant la production de richesses en but premier et naturel de la terre. Il reste que la disposition instaurait une véritable césure, entre des biens dont l'évaluation se voulait plus objective et uniforme, et d'autres pour lesquels, faute de productivité naturelle, l'appréciation humaine était requise. Les lois révolutionnaires suivantes empruntèrent plutôt la voie du forfait : en 1796 (loi du 28 ventôse an IV, art. 5), les terres labourables, prés, bois vignes et dépendances continuèrent à être évalués à vingt-deux fois le revenu net annuel tel qu'il découlait des baux dont ils étaient l'objet en 1790 ; en cas d'absence de baux, ils étaient évalués à quatre-vingt-huit fois le prix de la contribution foncière de 1793. Les maisons, usines, cours et jardins, quant à eux, étaient également évalués sur la base du revenu annuel tel qu'il découlait des baux dont ils étaient l'objet en 1793, et ce n'est qu'à défaut de baux qu'intervenaient des experts pour une évaluation sans aucun forfait fixé à l'avance. Il existait en fait une véritable méfiance à l'égard des experts, que confirmait l'article 10 de la loi du 16 brumaire an V en réduisant encore le champ de leur appréciation : « *Les enchères seront ouvertes sur une première offre égale aux trois quarts du principal de l'évaluation des biens estimés en vertu des lois précédentes ; et, quant aux biens non estimés, le revenu en sera fixé par des experts, et les enchères seront ouvertes sur l'offre de quinze fois ce revenu* ». Les lois des 15 et 16 floréal an X qui, avec la loi du 16 brumaire an V, régirent les ventes étatiques pendant tout le XIX^{ème} siècle, parachevèrent la généralisation de la méthode forfaitaire : pour la vente des fonds ruraux, l'article 2 de la loi du 15 floréal an X imposa une mise à prix au départ de l'enchère fixée à dix fois le revenu de 1790 ; l'article 2 de la loi du 16 floréal an X prévoit, pour les maisons, bâtiments et usines nationaux, une mise à prix fixée à six fois le revenu de 1790. La loi du 5 ventôse an XII éleva plus tard ces deux coefficients à 20 et 12.

336. Pour autant, et contrairement à ce que la chronologie des textes révolutionnaires relatifs au sujet laisserait croire, l'obligation d'évaluer par capitalisation ne persista pas dans la pratique des aliénations domaniales du XIX^{ème} siècle. Ducrocq expliquait qu'il ne s'agissait là que d'une « *base d'évaluation pour le procès-verbal d'expertise* »⁷⁸⁰ et Maguero rapportait en 1899 que ces prescriptions étaient « *tombées depuis longtemps en désuétude* »⁷⁸¹. Cette désuétude relativement précoce ne surprend pas vraiment, car les révolutionnaires, en érigeant

⁷⁸⁰ DUCROCQ (T.), *Traité des ventes domaniales*, Paris : Cotillon, 1865, p. 20.

⁷⁸¹ MAGUERO (É.), *Dictionnaire des domaines*, Paris : Berger-Levrault et C^{ie}, 1899, p. 20.

la capitalisation en principe par souci de minimiser la subjectivité de l'évaluateur, avaient omis que la logique même d'un forfait est de n'être qu'un succédané aux impasses d'une évaluation au prix réel. C'est d'ailleurs là toute la démarche adoptée par la comptabilité publique patrimoniale actuelle, qui réserve les évaluations forfaitaires précisément aux biens difficiles à évaluer faute de valeur de marché⁷⁸². Cela étant, si, dès le XIX^{ème} siècle, l'évaluation de biens domaniaux fut réalisée directement par des experts sans obligation de prise en compte d'un quelconque coefficient, rien n'interdisait (et n'interdit encore) audit expert d'user de la méthode d'évaluation par capitalisation. N'était que la désuétude de la méthode semble avoir gagné l'évaluation des biens privés : son emploi est restreint par une réponse ministérielle de 1989 au rang d'élément de vérification, utilisé seulement « *pour confronter les résultats obtenus à ceux découlant de la méthode d'évaluation par comparaison* »⁷⁸³ et est discrédité par les juridictions judiciaires en raison notamment de l'arbitraire que recèle le choix du coefficient de capitalisation⁷⁸⁴.

ii. La consécration de la méthode comparative

337. La méthode d'évaluation comparative consiste à estimer un bien en se fondant sur les mutations récentes de biens comparables. La méthode est privilégiée pour l'évaluation des biens privés comme celle des biens publics car, bien que non exempte de défauts, « *elle est celle qui donne les meilleurs résultats, car, seule, elle procède de la réalité en se référant aux données du marché immobilier local* »⁷⁸⁵. Elle est d'ailleurs exigée par le juge judiciaire, qui indique encore en 2013 « *que la valeur des biens immobiliers doit se déterminer par référence aux prix du marché, précisément par rapport au prix de transactions locales portant sur des biens comparables en qualité et en importance* »⁷⁸⁶. Le juge l'avait justifié dès 1951 : « *il n'existe pas de valeur absolue, de valeur intrinsèque ou de valeur raisonnable d'un bien (...) Cette méthode, peut-être empirique, est la seule qui procède de la réalité et qui, par conséquent, doit être retenue* »⁷⁸⁷.

⁷⁸² Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁷⁸³ Rép. min. n°12319, *JOAN Q* du 31 juillet 1989, p. 3380.

⁷⁸⁴ Pour des jurisprudences et, plus généralement, une critique de la méthode par capitalisation, voir HEUGAS-DARRASPEN (H.), « La méthode d'estimation des biens par capitalisation », *AJDI* 1991, p. 817.

⁷⁸⁵ BERNARD (A.), *Évaluation des biens*, *op. cit.*, p. 283.

⁷⁸⁶ Cour d'appel d'Aix en Provence, Ch. des expropriations, 4 avril 2013, req. n° 2013/13.

⁷⁸⁷ Tribunal civil de Moulins, 30 janvier 1951, mentionné par GUILLEMONAT (A.), RAMOND (O.), « Evaluation fiscale des produits financiers dérivés : un manque critique de repères face à des enjeux économiques majeurs », *Revue Droit fiscal* 2014, p. 274.

338. La jurisprudence administrative se prononce dans le même sens quant à l'évaluation des biens domaniaux à céder. Dans un arrêt de 1994, le Conseil d'État, pour annuler la vente d'un bois appartenant au domaine privé d'un établissement public, indiquait notamment que le vendeur public avait retenu « *des valeurs nettement inférieures aux prix récemment constatés pour des terres comparables* »⁷⁸⁸. Plus récemment, le juge administratif annula la vente d'un terrain domanial nu pourtant réalisée au prix prévu par l'avis, au motif que les autres terrains non bâtis se vendaient à des prix bien supérieurs au mètre carré⁷⁸⁹. Le fait que certaines évaluations des biens domaniaux à céder puissent se dérouler comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique⁷⁹⁰ ne change rien à la méthode employée : l'évaluation par comparaison, qui « *consiste à rechercher des éléments d'appréciation par référence soit à des mutations soit à des déclarations fiscales récentes portant sur des biens de caractère analogue aux biens expropriés* »⁷⁹¹, est la méthode que privilégie le juge de l'expropriation, d'ailleurs tenu d'en exposer les termes⁷⁹². Bref, du point de vue des méthodes employées, rien ne semble distinguer l'estimation des biens publics de l'estimation des biens privés en vue de leur vente.

339. Si la méthode est consacrée, elle n'est pas infaillible. Que faire lorsque le bien à céder n'a pas d'équivalent sur le marché ? Certes, les propriétés privées peuvent également rencontrer ce problème, mais les particularités de l'action publique rendent l'hypothèse plus probable pour les personnes publiques, dont nombre de biens font l'objet d'un aménagement spécial. L'affaire de la vente de l'hippodrome de Compiègne constitue un exemple parfait des conséquences d'une évaluation approximative. La controverse naquit rapidement par voie de presse quant à l'aliénabilité de la parcelle, quant au choix d'une procédure de gré à gré et, surtout, quant au prix de vente de 2,5 millions d'euros. Celui-ci apparaissait, au regard de certaines évaluations alternatives, bien en deçà de la valeur réelle de l'immeuble. Dans un rapport sur cette affaire, la sénatrice Nicole Bricq, tout en concédant que l'évaluation de

⁷⁸⁸ CE, 24 janvier 1994, *Dominique X...*, req. n° 127873.

⁷⁸⁹ CAA Douai, 10 décembre 2009, *Laurent P... et Dorianne Q...*, req. n° 09DA00775.

⁷⁹⁰ Ce qui est notamment le cas lorsque la liberté de choisir l'acquéreur est restreinte, par exemple en application de l'article R. 3211-7 1° du CGPPP.

⁷⁹¹ MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens*, 7^{ème} éd., Montchrestien, coll. Cours, 2012, p. 456.

⁷⁹² Civ. 3^{ème}, 17 décembre 2008, n° 07-19776.

l'hippodrome et de ses dépendances était compliquée par « *l'absence de précédent* »⁷⁹³, critiquait la méthode choisie par France Domaine : celle d'une comparaison par substitution, consistant en le calcul du prix moyen au mètre carré tel qu'il résultait de quelques opérations de cession de terrains de golf intervenues sur les vingt années précédentes dans les environs, pour conclure que « *la méthode d'évaluation, prêtant à discussion, rend le prix ainsi déterminé sujet à caution lui-même* »⁷⁹⁴.

2. La tendance à la séparation des pouvoirs d'évaluer et de céder

340. En dehors de son caractère obligatoire, la spécificité de l'évaluation domaniale réside dans sa tendance à l'externalisation : elle n'est en général pas conduite par l'autorité qui décide de céder. Ceci tranche avec l'évaluation des biens privés, à laquelle le vendeur peut naturellement procéder lui-même et entièrement seul. Le but de cette tendance à l'externalisation est évident : séparer le pouvoir d'évaluer le bien et le pouvoir d'en choisir l'acquéreur, pour prévenir toute sous-évaluation visant à avantager un acheteur en particulier. Le législateur révolutionnaire avait déjà tenté de maîtriser ce risque en objectivant au mieux l'évaluation par la méthode de la capitalisation. Lorsque l'évaluation par comparaison refit surface au cours du XIX^{ème} siècle, elle fut réalisée par un agent du domaine, mais le recours à un tiers expert était parfois recommandé : à cette époque, le directeur des domaines « *fait procéder à cette estimation, soit par des agents sous ses ordres, soit par experts (...) Si l'importance de l'affaire le comporte, le directeur a recours à l'expertise (...) À cet effet, il désigne au choix du préfet un homme de l'art présentant toute les garanties désirables de savoir et de moralité (...) Il est toujours assisté d'un agent du domaine chargé de le seconder dans ses recherches et de lui communiquer les titres et documents dont l'administration dispose* »⁷⁹⁵. Bien qu'il ne révèle aucune véritable exigence de l'appel à un tiers évaluateur, cet extrait montre déjà une forme de tiraillement entre la volonté de s'en remettre à un tiers (en l'occurrence, au moins pour les affaires les plus importantes), et une méfiance à son égard. La « *moralité* » à laquelle il est fait référence est peut-être une forme d'héritage de l'article 17 de la loi du 14 ventôse an VII relative aux domaines engagés, qui punissait d'une

⁷⁹³ BRICQ (N.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur la cession de l'hippodrome de Compiègne*, Rapport d'information n° 327 (Sénat, Session ordinaire de 2010-2011), 2 mars 2011, p. 30.

⁷⁹⁴ Ibid., p. 32.

⁷⁹⁵ MAGUERO (É.), *Dictionnaire des domaines*, op. cit., p. 20.

amende la personne qui, détentrice d'un bien national susceptible de retrait, s'était portée expert pour procéder à l'évaluation. Cette « *moralité* » n'est pas sans rappeler l'« *honorabilité* » qu'attend du tiers la Commission européenne dans sa communication du 10 juillet 1997⁷⁹⁶, laquelle indique par ailleurs que, sauf enchères, « *une évaluation devrait être effectuée par un ou plusieurs expert(s) indépendant(s) chargé(s) d'évaluer les actifs, préalablement aux négociations précédant la vente, pour fixer leur valeur marchande (...) L'expert devrait être indépendant dans l'exécution de ses missions, ce qui signifie que les pouvoirs publics ne devraient pas être habilités à lui donner de directives quant au résultat de son évaluation* ». Il faudrait donc privilégier une expertise indépendante, tout en restant prudent quant à la probité de l'expert. Encore récemment, le Conseil de l'immobilier de l'État signalait que « *France Domaine est actuellement en position ambiguë puisqu'il est à la fois évaluateur de biens et responsable de la politique de cession. Le Conseil préconise une séparation claire des services de l'État en charge de l'évaluation et du responsable de la gestion des actifs* »⁷⁹⁷. À propos de l'affaire de l'hippodrome de Compiègne, la rapporteur au Sénat relevait que la polémique aurait pu être évitée si l'évaluateur avait été un tiers aux services étatiques⁷⁹⁸.

341. La qualité de tiers indépendant de France Domaine ou, le cas échéant, du juge de l'expropriation est largement vérifiée lorsque sont estimés les biens des collectivités locales et de leurs établissements publics. En revanche, lorsque la cession porte sur un bien étatique, l'on peut légitimement se demander si les recommandations de la Commission européenne sont respectées. En matière d'immeubles, on sait que c'est le préfet qui choisit de céder, après l'avis du directeur départemental des finances publiques au travers du service à compétence nationale France Domaine. À l'évidence, on ne saurait voir en France Domaine, organe dépourvu de personnalité juridique autonome, autre chose qu'une émanation de

⁷⁹⁶ Communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'État contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, n° 97/C 209/03, JOCE du 10 juillet 1997, p. 3.

⁷⁹⁷ Conseil de l'Immobilier de l'État, Rapport d'activité 2011-2013, p. 13.

⁷⁹⁸ BRICQ (N.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur la cession de l'hippodrome de Compiègne*, Rapport d'information n° 327 (Sénat, Session ordinaire de 2010-2011), 2 mars 2011 : la rapporteure regrette « *que France Domaine n'ait pas sollicité l'avis d'un consultant extérieur, expert professionnel de l'immobilier, comme cela était possible au service. Cette démarche avait pourtant été recommandée dans la note du directeur général des finances publiques au ministre chargé du budget (...) datée du 1^{er} septembre 2009, en lien avec l'hypothèse d'une cession sans mise en concurrence : "l'éventualité de la vente du bien à l'amiable de gré à gré rend d'autant plus indispensable de recourir à une expertise privée pour établir la valeur de ce bien afin de ne pas confondre les fonctions de vente et d'évaluation. Cette expertise n'interdit pas - au contraire - qu'elle intervienne en complément de l'expertise qui sera demandée par le service local du domaine." Mais l'option n'a pas été retenue* » (p. 32).

l'administration étatique. C'est donc la même personne publique, l'État, qui évalue avant de décider de la cession et, parfois, de choisir le cessionnaire. Le statut de France Domaine confirme son autonomie restreinte : créé par simple arrêté, l'organe fait partie de ces services à compétence nationale dotés d'une « *autonomie moins importante* » dans leur gestion d'après une circulaire du 9 mai 1997⁷⁹⁹.

342. Toutefois, la simple transformation de France Domaine en service à compétence nationale témoigne d'une dynamique d'autonomisation. On se souvient d'ailleurs que le système de l'agence, impliquant la personnalité morale, avait été proposé dans le rapport d'Olivier Debains⁸⁰⁰. Commentant cette catégorie de service, Benoît Delaunay relève que « *les services compétence nationale sont des structures opérationnelles qui ont en commun un besoin d'autonomie d'organisation (...) On doit observer que les services à compétence nationale jouissent d'une certaine autonomie de gestion au sein de l'administration d'État tant sur le plan financier qu'en termes de personnels* »⁸⁰¹. Du reste, la qualité d'expert indépendant n'implique peut-être pas nécessairement la personnalité morale : c'est le sens de la communication précitée de la commission, qui témoigne d'une conception purement fonctionnelle de l'indépendance lorsqu'elle indique que « *les organismes publics d'évaluation, les fonctionnaires et autres agents de l'État sont considérés comme indépendants, pour autant que l'on puisse effectivement exclure que leurs conclusions aient été influencées de façon abusive* ». Bref, même si le statut du service France Domaine ne lui garantit pas vraiment d'autonomie, la dynamique de son évolution est clairement à l'indépendance. La solution très prudente du service à compétence nationale n'est qu'un nouvel exemple de l'hésitation de l'administration sur sa capacité à garantir la neutralité de l'évaluation. Se présente en effet l'alternative suivante : faut-il laisser l'évaluation à l'administration, quitte à encourir le risque de sous-évaluations corrompues, ou la confier à un tiers, et perdre alors une partie de la maîtrise du prix de cession ? Ce sont ces tensions que synthétise Philippe Yolka lorsqu'il indique que « *parachever la modernisation de France Domaine en lui conférant une indépendance statutaire reviendrait (...) à lâcher les rênes d'un service stratégique. Priver les Domaines de leur compétence - où imaginer une compétence conjointe, voire l'obligation de s'adjoindre des compétences extérieures - afin d'évaluer les*

⁷⁹⁹ Circulaire du 9 mai 1997 relative aux règles d'organisation des administrations centrales et des services à compétence nationale et de délégation de signature des ministres, *JORF* du 10 mai 1997, p. 7067.

⁸⁰⁰ DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, Rapport au Premier ministre, 1^{er} décembre 2003, pp. 12 s.

⁸⁰¹ DELAUNAY (B.), « Les services à compétence nationale », *Droit Administratif* n° 4, avril 2009, étude 7.

biens publics dans les "cas limites", impliquerait de définir ces derniers et d'identifier des experts au-dessus de tout soupçon »⁸⁰².

B. Les fonctions de l'évaluation préalable

La justification évidente de l'évaluation préalable est de permettre à l'administration de prendre conscience de la valeur du bien pour lui éviter une mauvaise affaire financière, surtout en cas de cession amiable. De ce point de vue, l'administration cédante agit comme tout particulier qui, de manière plus ou moins formelle, évalue la valeur de son bien préalablement à sa vente. Néanmoins, l'intérêt de l'évaluation préalable est plus étendu. Avant la cession, elle joue un rôle dans la détermination des règles de fond et de procédure applicables (1) ; après la cession, elle sert de base au contrôle du juge administratif (2).

1. L'utilité de l'évaluation préalable avant la cession : la détermination des règles de procédure applicables

Lorsque la valeur vénale de certains biens et, par conséquent, l'enjeu financier de la cession sont élevés, il arrive que les règles de cession se rigidifient (a) ; au contraire, elles s'assouplissent lorsque cet enjeu est moindre (b).

a. Le durcissement des règles de cession en cas de valeur vénale élevée

343. Relevons d'abord que, depuis le décret du 4 novembre 2004⁸⁰³ qui modifia les articles R. 129 et suivants du Code du domaine de l'État, la valeur vénale du bien n'a plus d'impact sur les modalités de mise en concurrence. Jusqu'à ce décret, l'article R. 129 posait le principe de l'adjudication publique et l'article R. 129-1 fixait parmi les cas de recours à la cession amiable celui dans lequel « *la valeur vénale de l'immeuble n'excède pas les montants fixés par arrêté*⁸⁰⁴ *du ministre chargé du domaine dans la limite de 80 000 euros* ». Le CGPPP ne reprend aucune disposition similaire.

⁸⁰² YOLKA (P.), « Compiègne : retour aux courses », *AJDA* 2013, p. 73.

⁸⁰³ Décret n° 2004-1175 du 4 novembre 2004 relatif aux modalités d'aliénation du domaine public immobilier de l'État et portant modification du Code du domaine de l'État, *JORF* du 6 novembre 2004, p. 18769.

⁸⁰⁴ Un arrêté du 3 septembre 2001 (*JORF* du 11 septembre 2001, p.14495) fixait cette valeur à 65 000 euros, et l'élevait à 80 000 euros en région d'Ile-de-France.

344. La valeur vénale élevée d'un bien affecte néanmoins l'autorité compétente pour procéder à la cession. L'article R. 3211-6 du Code dispose en effet que, dans le cas d'une vente amiable étatique, « *Lorsque la valeur vénale de l'immeuble excède un montant fixé par arrêté du ministre chargé du domaine*⁸⁰⁵, la cession est autorisée par le ministre chargé du domaine ». Cette disposition qui semble *a priori* assez anecdotique est en réalité le reliquat d'une véritable échelle de la compétence en matière de cessions domaniales. La loi du 1^{er} juin 1864 relative au mode d'aliénation des biens du domaine mettait fin à une importante controverse débutée sous la Révolution quant à l'aptitude du pouvoir réglementaire à procéder aux cessions, en disposant en son article 1^{er} que « *continueront à être vendus aux enchères publiques, dans les formes déterminées par les lois des 15 et 16 floréal an X, 5 ventôse an XII et 18 mai 1850, les immeubles domaniaux autres que ceux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales. Toutefois, l'immeuble, qui, en totalité, est d'une valeur estimative supérieure à un million, ne pourra être aliéné, même partiellement ou par lots, qu'en vertu d'une loi* ». Le décret du 5 juin 1940⁸⁰⁶ et la loi du 1^{er} décembre 1942⁸⁰⁷ transposèrent cette répartition au pouvoir exécutif, suivis en cela par le Code du domaine de l'État en 1957. La compétence pour céder un bien relevait, en fonction de la valeur estimée du bien, et par ordre croissant, d'un arrêté du Préfet, d'un arrêté du ministre des finances, d'un décret pris en conseil des ministres sur rapport du ministre des finances⁸⁰⁸, le législateur ne retrouvant sa compétence que pour l'aliénation des biens du domaine public ou des bois et forêts⁸⁰⁹. L'échelle des compétences connut ensuite un raccourcissement : le barreau « *décret en Conseil des ministres* » disparut sous l'effet d'un décret de 1969⁸¹⁰. Depuis 1988⁸¹¹, la compétence ne se partage plus qu'entre le préfet et le ministre chargé des domaines, le premier étant compétent pour les cessions d'un montant inférieur à 2 millions d'euros, le second pour les cessions dont le montant dépasse ce seuil.

⁸⁰⁵ 2 millions d'euros en vertu de l'article A. 104-1 du Code du domaine de l'État.

⁸⁰⁶ Décret-loi du 5 juin 1940 complétant la législation applicable au domaine immobilier de l'État, *JORF* du 8 juin 1940, p. 4350.

⁸⁰⁷ Loi n° 1017 du 1^{er} décembre 1942 complétant et modifiant le décret du 5 juin 1940 relatif au domaine immobilier de l'État, *JOEF* du 11 décembre 1942, p. 4050.

⁸⁰⁸ Art. L. 84 du Code du domaine de l'État tel qu'institué par le décret du 28 décembre 1957 (Décret n° 57-1336, *JORF* du 29 décembre 1957, p. 11871).

⁸⁰⁹ Article L. 104 du Code du domaine de l'État tel qu'institué par le décret du 28 décembre 1957 (références précitées).

⁸¹⁰ Décret n° 69-137 du 6 février 1969 [portant modification de divers articles du Code du domaine de l'État], *JORF* du 7 février 1969, p. 1431.

⁸¹¹ Décret n° 88-408 du 22 avril 1988 portant modification du Code du domaine de l'État, *JORF* du 23 avril 1988, p. 5393.

345. C'est évidemment l'enjeu financier que représentent les biens les plus chers qui justifie l'intervention d'une autorité supérieure. Dès 1864, commentant la réserve au pouvoir législatif des aliénations de biens estimés à plus d'un million de francs, et reprenant en cela les arguments évoqués lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 1^{er} juin 1864⁸¹², Ducrocq expliquait simplement qu'« *il n'est pas mauvais que le pouvoir législatif apprécie l'opportunité des ventes les plus importantes* »⁸¹³. Le législateur ne peut plus, aujourd'hui, se prononcer sur ces ventes.

346. Il reste que cette échelle des compétences, fut-elle réduite à deux barreaux, pose une difficulté. Si le ministre chargé du domaine est compétent pour décider de la cession amiable d'immeubles étatiques supérieurs à 2 millions d'euros, que se passe-t-il si la mise en concurrence qui précède la vente d'un bien initialement estimé à moins de 2 millions d'euros permet de dépasser ce chiffre ? Ducrocq répondait à cette question : « *Il pourrait toutefois arriver que les enchères vinssent à dépasser les prévisions de l'administration des finances, et qu'un immeuble évalué un million ou au-dessous, et vendu sans intervention législative, fût, à la chaleur des enchères, adjugé pour un prix supérieur (...) Peut-être se demandera-t-on si, dans ce cas, la loi nouvelle exige qu'il soit sursis à l'adjudication jusqu'à ce qu'une loi d'autorisation ait été rapportée. Nous ne le pensons pas (...) C'est pour l'immeuble qui, en totalité, est d'une valeur estimative supérieure à un million, qu'une loi est exigée. Ainsi ce n'est pas le prix de vente, le prix réellement obtenu à l'adjudication, c'est la valeur d'évaluation qui doit être prise en considération pour régler la compétence des deux pouvoirs* »⁸¹⁴. L'interprétation peut-elle être transposée à la compétence concurrente entre le préfet et le ministre chargé du domaine ? Le fait que l'article R. 3211-6 dispose que c'est la « *valeur vénale* » de l'immeuble qui joue le rôle de critère de répartition de la compétence tendrait à dégager une solution similaire à celle proposée par Ducrocq, et donc à conserver la compétence du préfet, même si la mise en concurrence permet de dépasser le seuil de 2 millions d'euros.

⁸¹² Recueil Duvergier, débats sous la loi du 1^{er} juin 1864, Tome 64, p. 216 : « *Vous exercerez, à l'avenir, un contrôle non contesté sur la vente des immeubles les plus importants* ».

⁸¹³ DUCROCQ (T.), *Traité des ventes domaniales*, Paris : Cotillon, 1865, p. 68.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 83.

b. L'assouplissement des règles de cession en cas de valeur vénale peu élevée

L'assouplissement des règles de cession ne concerne que les meubles étatiques qui ne sont plus utiles aux services de l'État.

347. En premier lieu, c'est l'obligation de leur remise à France Domaine qui s'efface lorsqu'ils sont dépourvus de valeur vénale : l'article R. 3211-35 du CGPPP dispose en effet que *« pour leur vente, les biens et droits mobiliers du domaine privé, mentionnés à l'article L. 3211-17 qui ne sont pas utilisés par un service civil ou militaire de l'État sont remis à l'administration chargé des domaines »* avant d'ajouter que *« l'obligation de remise ne s'applique pas : 1° Aux biens manifestement invendables, soit parce qu'ils sont totalement dépourvus de valeur marchande, soit parce que les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale »*.

348. En second lieu, une valeur vénale très faible peut très exceptionnellement justifier un don. C'est tout l'objet des articles L. 3212-2 et L. 3212-3 du Code, qui permet de céder à titre gratuit toute une série de biens dont la valeur unitaire n'excède pas les plafonds fixés par décret au profit de certaines personnes. C'est le cas des meubles étatiques au profit d'États étrangers dans le cadre d'une action de coopération ; c'est aussi le cas des biens meubles étatiques au profit de certaines associations *« dont les ressources sont affectées à des œuvres d'assistance, notamment à la redistribution gratuite de biens meubles aux personnes les plus défavorisées »* ; c'est enfin le cas des matériels informatiques étatiques ou locaux devenus inutiles à leur propriétaire public, au profit des associations de parents d'élèves, des associations de soutien scolaire, des associations d'étudiants, ou de leurs personnels (qui peuvent également bénéficier des logiciels devenus inutiles). On comprend sans peine la fonction sociale de ces exceptions. Toutefois, leur formulation s'avérait d'autant plus nécessaire que les meubles de l'État (et seuls les meubles de l'État, ce qui *« rompt une fois encore la cohérence du dispositif d'ensemble, sans que l'on en comprenne les raisons »*⁸¹⁵) sont frappés par une inaccessibilité à vil prix légale, énoncée en termes absolus : l'article L. 3211-18 dispose que *« les opérations d'aliénation du domaine mobilier de l'État ne peuvent être réalisées ni à titre gratuit, ni à un prix inférieur à la valeur vénale »*, ce qui prive

⁸¹⁵ Code général de la propriété des personnes publiques, commenté sous la direction de Philippe Yolka, LexisNexis, 2014, p. 463.

ces opérations des possibilités de cession à vil prix qu'autorise la jurisprudence administrative⁸¹⁶. Il faut donc nuancer l'assouplissement qu'apportent les articles L. 3212-2 et L. 3212-3, qui compensent surtout une rigidité excessive résultant de la codification de la règle d'incessibilité à vil prix.

2. L'utilité de l'évaluation préalable après la cession : un outil du contrôle de légalité

L'avis domanial apparaît comme l'outil principal du contrôle de légalité (a), mais sa portée doit toutefois être nuancée (b).

a. Un fondement du contrôle de légalité

349. L'estimation du bien sert de base au contrôle domanial du respect de l'incessibilité à vil prix. C'est essentiellement sur la base de cette estimation que les services de la préfecture ou le juge administratif vérifieront que le prix consenti n'est pas excessivement bas, l'avis domanial instaurant « *une véritable présomption de valeur vénale* »⁸¹⁷. Le plus souvent, le juge administratif se contente en effet de s'assurer, au travers du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁸¹⁸, que le prix de vente est à peu près conforme à la valeur du bien telle qu'indiquée dans l'avis domanial, « *avis original, semi conforme en somme : la collectivité n'est pas liée, mais elle ne saurait l'ignorer totalement et s'éloigner par trop de l'évaluation retenue, sous peine d'encourir une annulation de l'acte décidant la vente* »⁸¹⁹. La confiance aux domaines, « *un expert particulièrement compétent, notamment en raison de leur documentation qui comporte les extraits de tous les actes de vente que les notaires doivent leur transmettre* »⁸²⁰ est d'ailleurs l'une des justifications à la solution apportée par

⁸¹⁶ Voir *infra*, Section 2.

⁸¹⁷ BARTMANN (L.), « Le prix de vente des biens immobiliers du domaine privé des collectivités territoriales et de leurs groupements », note sous CE, 25 septembre 2009, *Commune de Courtenay*, *RLCT* n° 53, janvier 2010, p. 59.

⁸¹⁸ Voir par exemple CAA Nantes, 19 avril 2013, *Mme A... C... et Mme F... B...*, req. n° 12NT00071 : « *Les biens devant être échangés étant chacun d'une égale valeur de 860 000 euros, légèrement supérieure à l'estimation du service du domaine, la promesse d'échange n'a pas constitué la libéralité alléguée* » ; CAA Lyon, 22 mai 2012, *Mme Christine A...*, req. n° 11LY01587 : « *Mme A... n'établit pas que le prix de 960 euros fixé par le conseil municipal conformément à l'estimation délivrée par le service des domaines serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation au regard des caractéristiques de ladite parcelle* ».

⁸¹⁹ YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 88), § 45.

⁸²⁰ BARTMANN (L.), « Le prix de vente des biens immobiliers du domaine privé des collectivités territoriales et de leurs groupements », note précitée, p. 59.

Philippe Terneyre dans l'affaire de la vente de l'hippodrome de Compiègne. Pour conclure à l'absence de libéralité et même de mauvaise affaire, le professeur indiquait que « *le prix de vente de 2,5 M € correspond, à l'euro près, à l'évaluation faite par le service déconcentré de France Domaine dans l'Oise en juillet 2009. Or, si le juge administratif annule des délibérations ou des actes autorisant des cessions de biens immobiliers publics pour erreur de droit sur le prix, c'est parce que ce prix est très inférieur (...) à l'évaluation faite au préalable par le service des domaines* »⁸²¹. Bien que le scepticisme demeure dans cette affaire⁸²², l'avis domanial reste donc, *in fine*, la première référence dans l'appréciation de la légalité.

b. Un fondement à nuancer

350. Le juge administratif n'est néanmoins pas tenu par l'avis domanial, et peut s'en détacher pour procéder à sa propre évaluation. Dans une décision de 2009, il considère par exemple, alors même que le prix de cession correspondait à l'évaluation du service des domaines, que l'évaluation « *ne prend pas en compte suffisamment la hausse du coût de l'immobilier entre les années 2003 et 2006, ni la plus-value apportée par les locataires ; qu'ainsi un tel prix ne peut être regardé comme exprimant la valeur réelle du bien* »⁸²³. La même année, le Conseil d'État mettait clairement en exergue dans un arrêt *Commune de Courtenay* la possibilité pour le juge administratif d'user son pouvoir d'appréciation pour contester l'évaluation préalable, en indiquant que « *c'est sans erreur de droit que la cour (...) a déduit (...) que cette vente consentie à un prix très inférieur à l'estimation du service des domaines, dont elle a jugé par une appréciation souveraine qu'il correspondait à la valeur vénale de l'immeuble, avait été illégalement décidée* »⁸²⁴. Le juge administratif peut d'autant plus se détacher de l'avis domanial qu'il n'existe parfois tout simplement pas : les articles du CGCT qui imposent la consultation aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics avant la cession disposent tous que l'avis du service des domaines « *est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité* », ce qui peut

⁸²¹ TERNEYRE (P.), *Consultation juridique sur la légalité de la vente par l'État de l'hippodrome de Compiègne à la Société des courses de Compiègne*, 2012, p. 19.

⁸²² En raison, en particulier, de la non indépendance de France Domaine à l'égard de l'État. Voir *supra*.

⁸²³ CAA Douai, 10 décembre 2009, *M. Raphaël J... et Mme Florence K...*, req. n° 09DA00250.

⁸²⁴ CE, 25 septembre 2009, *Commune de Courtenay*, req. n° 298918, *Droit administratif* 2009, comm. 148, note Melleray ; *AJDA* 2009, p. 1743, obs. Brondel ; *AJDA* 2009, p. 2189, note Ziani ; *JCP N* 2009, n° 1327, note Dutrieux ; *RLCT* n° 53, janvier 2010, p. 57, note Bartmann ; *GDDAB*, n° 87, obs. Chamard-Heim.

impliquer fréquemment⁸²⁵ la possibilité pour l'assemblée délibérante de se prononcer sur la cession sans évaluation préalable⁸²⁶.

Section 2. L'interdiction de céder un bien domanial sans contrepartie appropriée

C'est l'intérêt même de l'obligation d'évaluer : offrir une base au contrôle du respect de l'interdiction de céder un bien domanial sans contrepartie appropriée. Nous privilégierons cette dernière expression à celle, plus classique, d'« inaccessibilité à vil prix » : la notion de prix est susceptible de nombreuses interprétations, mais elle peine à inclure les contreparties indirectes que peut être, par exemple, le bénéfice d'une activité privée pour l'intérêt général. L'expression « contrepartie appropriée », en plus d'être consacrée par le Conseil constitutionnel, ne se prononce pas sur le caractère direct ou non de la contrepartie requise. L'épithète « approprié » vise simplement à apprécier la nature et le niveau de la contrepartie au regard de la valeur du bien domanial cédé.

Malgré ces quelques difficultés sémantiques qui créent des incertitudes quant au champ d'application du principe, l'interdiction de céder les biens domaniaux sans contrepartie appropriée demeure, au contraire d'un principe d'insaisissabilité plus moribond⁸²⁷, un élément fort du régime de la propriété publique⁸²⁸. Pour sanctionner ce type de cessions, les juges inventèrent cette norme supérieure (§ 1), au champ d'application plus étendu qu'il n'y paraît au premier abord (§ 2).

⁸²⁵ Lors du débat parlementaire précédant l'adoption de la loi du 8 février 1995, un sénateur s'exprimait ainsi : « *Je voudrais faire une observation sur [le fait que] l'avis du service des domaines est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois (...) Les rédacteurs d'une telle phrase n'ont pas une grande pratique de ce service ! Personnellement, je n'ai encore jamais vu un avis rendu dans le délai d'un mois* » (Séance du 22 décembre 1994, *JORF Débats parlementaires Sénat* du 23 décembre 1994, p. 8038).

⁸²⁶ Pour une application, voir CE, 23 janvier 2008, *Commune de Romainville*, req. n° 308995.

⁸²⁷ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

⁸²⁸ YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, pp. 578 s.

§ 1. La formation d'un principe prohibant les cessions domaniales sans contrepartie appropriée

L'apparition de l'interdiction de céder un bien domanial sans contrepartie appropriée en tant que norme supérieure (B) des contrôles de constitutionnalité et de légalité pallie les insuffisances d'autres voies de droit que pourrait emprunter un contribuable soucieux de la politique de cession domaniale (A).

A. Des voies de droit inefficaces face aux cessions domaniales sans contrepartie appropriée

Outre le principe d'incessibilité sans contrepartie appropriée, trois voies de droit pourraient permettre la sanction de telles cessions domaniales ; mais l'un, le détournement de pouvoir, pêche par son inefficacité (1), quand les deux autres, l'autorisation de plaider en vue d'une rescision pour lésion et la sanction de la prise illégale d'intérêts, souffrent de leur trop grande spécificité (2).

1. Un moyen inefficace : le détournement de pouvoir

351. Lorsqu'elle ne donne pas lieu à une contrepartie appropriée, une cession domaniale ne peut que léser l'intérêt public. Encore faut-il, pour que la décision de céder soit constitutive d'un détournement de pouvoir, que l'intention de l'autorité soit uniquement de gratifier l'acquéreur. Le détournement de pouvoir consiste en l'usage, par une autorité, de son pouvoir « *pour des motifs ou dans une hypothèse autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été dévolu* »⁸²⁹. Le juge ne peut sanctionner sur ce fondement que les cessions sciemment consenties sans contrepartie appropriée. Or, comment, devant une cession domaniale, démontrer l'intention libérale de l'autorité administrative ? Cela ne paraît possible que lorsque deux conditions sont réunies, ce que l'on imagine rare au regard de l'évidence de l'irrégularité qui en ressortirait. Il faut, d'abord, une évaluation préalable, sans quoi l'autorité administrative pourra s'abriter derrière son ignorance de la valeur du bien. Or, pour rappel, une telle évaluation n'est obligatoire ni pour les biens des plus petites communes, ni pour les

⁸²⁹ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Tome 2, préf. R. Denoix de Saint Marc, Dalloz, 2007, p. 575.

meubles des collectivités territoriales⁸³⁰. Il faut ensuite que la contrepartie soit nulle ou monétaire : si elle est non monétaire, l'autorité administrative pourra plus facilement invoquer une simple erreur dans l'appréciation de son caractère approprié.

352. Le détournement de pouvoir souffre donc en matière de cessions domaniales des mêmes maux que dans le reste du droit administratif : il place le juge dans une position délicate, l'obligeant à porter « *une appréciation subjective et quelquefois péjorative sur l'administration et sur ses représentants, dont la moralité, la loyauté sont plus ou moins suspectées* »⁸³¹. Il faut par ailleurs qu'il puisse démontrer l'intention déviante de l'autorité administrative. En 1928 déjà, pariant pourtant sur l'essor rapide du moyen, Marcel Beurdeley devait concéder que « *la difficulté de le prouver peut être un obstacle à son développement. Si le juge, en effet, se reconnaît le droit d'apprécier les intentions de l'administrateur, s'il scrute ses mobiles et recherche les motifs déterminants de son acte, il exige toutefois que le dossier fournisse la preuve manifeste et, pour ainsi dire, objective du détournement de pouvoir* »⁸³². Autant de raisons pour lesquelles le juge préfère user de la proximité entre le but et les motifs de l'acte pour, phénomène bien connu de la science administrative, contrôler les seconds plutôt que le premier : « *Le déplacement du but poursuivi tient (...) à ce que celui-ci peut servir de base à la décision. Le résultat contentieux est le même. Mais sa justification est différente : la censure de l'administration est psychologiquement moins grave lorsque le juge affirme qu'elle a invoqué un motif qui n'était pas de nature à justifier la décision (contrôle objectif) que lorsqu'il constate qu'elle a poursuivi, dans l'exercice de ses pouvoirs, un but qui leur est étranger (contrôle subjectif) (...) Le développement de l'erreur manifeste d'appréciation (...) a permis au juge de prononcer des annulations sur ce terrain plutôt que sur celui du détournement de pouvoir* »⁸³³.

2. Des voies de droit trop spécifiques

D'autres voies de droit peuvent permettre d'anéantir des cessions à vil prix. Elles sont toutefois d'un champ d'application trop réduit : il s'agit d'une part de l'autorisation de

⁸³⁰ Voir *supra*.

⁸³¹ ODENT (R.), *Contentieux administratif*, op. cit., p. 575.

⁸³² BEURDELEY (M.), *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, Paris : Recueil Sirey, 1928, pp. 165 et 166.

⁸³³ LONG (M.) et autres, obs. sous CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, GAJA n° 4, § 8.

plaider, en l'occurrence une action en rescision pour lésion (a) et, d'autre part, de la sanction de la prise illégale d'intérêts (b).

a. L'autorisation d'exercer une action en rescision pour lésion

353. La rescision pour lésion constitue un autre moyen pour provoquer l'annulation d'une vente sans contrepartie appropriée. Instrument classique du droit civil, elle permet au propriétaire qui, par erreur, vendrait son immeuble pour un prix inférieur aux cinq douzièmes de la valeur de l'immeuble, de récupérer son bien en échange de la restitution de la somme, ou de capter une partie de la somme manquante. Toutefois, l'article 1674 du Code civil n'ouvrant l'action en rescision pour lésion qu'au vendeur, celle-ci ne menace pas les ventes sans contrepartie appropriée sur lesquelles le vendeur domanial ne souhaite pas revenir. N'était une possibilité ouverte aux contribuables locaux : l'article L. 2132-5 du CGCT permet à « *tout contribuable inscrit au rôle de la commune (...) d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune, et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer* »⁸³⁴. Le contribuable peut donc demander au tribunal administratif l'autorisation d'exercer en lieu et place de la collectivité territoriale les actions qu'elle n'a pas voulu exercer elle-même, et parmi lesquelles figure celle en rescision pour lésion. S'il y a à l'ingérence d'une technique du droit privé dans l'action administrative, ce n'est qu'« *en raison d'une particularité du droit public qui permet cette substitution* »⁸³⁵. Du reste, ce n'est que s'il existe pour le contribuable requérant une « *chance de succès* »⁸³⁶ devant le juge judiciaire et un « *intérêt suffisant* »⁸³⁷ pour le vendeur public que le juge administratif accorde l'autorisation.

354. Cette voie de droit est-elle suffisante pour remplacer efficacement l'introduction d'une interdiction des cessions domaniales sans contrepartie appropriée ? Il est possible d'en douter, car son application est frappée de plusieurs restrictions, à commencer par celles propres à la

⁸³⁴ Des dispositions similaires existent pour le département, la région et les établissements publics de coopération intercommunale, respectivement aux articles L. 2132-5, L. 3133-1 et L. 4143-1 du CGCT.

⁸³⁵ LICHÈRE (F.), « Les contrats publics de vente immobilière », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 108.

⁸³⁶ CE, ass., 26 juin 1992, *Lepage-Huglo*, req. n° 137345, *AJDA* 1992, p. 477, note Maugué et Schwartz ; p. 506, concl. Le Châtelier ; *RDI* 1992, p. 490, note Auby.

⁸³⁷ Voir par exemple CE, 18 mai 1998, *Commune de Castelsarrasin*, req. n° 189904, *JCP G* 1998, n° 3154, obs. Rouault.

rescision pour lésion. D'abord, l'action n'est pas ouverte pour les ventes mobilières, ce qui l'exclut notamment pour la cession de parts sociales⁸³⁸ ou des meubles par anticipation⁸³⁹. Ensuite, elle ne peut aboutir que lorsque la lésion excède les sept douzièmes de la valeur de l'immeuble, ce qui excède clairement l'écart entre le prix et la valeur vénale constitutifs de l'erreur manifeste d'appréciation que sanctionne le juge administratif⁸⁴⁰. Enfin, et surtout, elle n'intéresse que la vente, et non l'échange, ce qui peut poser une difficulté au regard de la qualification douteuse de certaines cessions domaniales. Dans quelle catégorie intégrer les cessions dont le prix faible ou symbolique est compensé par des obligations à la charge du cessionnaire (par exemple celle, classique, de créer des emplois) ? Le droit civil tolère pour ces contrats la qualification de vente, mais seulement si la contrepartie non monétaire (obligation de faire ou de donner) reste minoritaire dans l'économie du contrat⁸⁴¹. Si cette contrepartie non monétaire devient majoritaire, l'opération, en principe requalifiée d'échange ou de donation avec charge⁸⁴², échappe à la possibilité d'une rescision pour lésion.

355. L'autre limite de cette voie de droit tient au champ d'application de l'autorisation de plaider : celle-ci ne concerne que les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale. Le contribuable ne dispose donc d'aucune possibilité de plaider en lieu et place de l'État pour obtenir la rescision pour lésion des biens domaniaux cédés pour un prix qu'il juge trop bas.

b. La sanction de la prise illégale d'intérêts

356. Le juge pénal peut sanctionner, au titre de la prise illégale d'intérêts, les cessions consenties par la personne publique au profit de ses élus. Traduisant au pénal une disposition civile de bonne moralité selon laquelle « *ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de*

⁸³⁸ Civ. 3^{ème}, 9 avril 1970, *JCP G* 1971, n° 16925, obs. Pétot-Fontaine.

⁸³⁹ CA Paris, 5^{ème} ch., 1^{er} juin 1982, *JurisData* n° 1982-022532.

⁸⁴⁰ Voir *infra*.

⁸⁴¹ MIGNOT (M.), « Vente - Nature et forme - Prix et frais », *JCl. Civil code* (articles 1591 à 1593), § 43 : « *Il a toujours été admis que le prix puisse être, dans une fraction minoritaire, non une obligation de somme d'argent, mais une obligation de faire ou de donner. Un supplément de prix peut ainsi être payé sous la forme de l'exécution d'une obligation de faire ou de donner au bénéfice du vendeur* ». L'auteur signale toutefois que certains arrêts, rares, admettent la qualification de contrat de vente alors même que la contrepartie n'est nullement monétaire, et consiste par exemple en la construction d'un immeuble. Voir en ce sens Civ. 3^{ème}, 9 décembre 1986, *Bull. civ.* 1986, III, n° 177, p. 139 ; *Defrénois* 1987, art. 34056, n° 84, p. 1187, note Vermelle. Notons toutefois que cette qualification de vente n'emporte pas, dans ce cas, la possibilité d'une rescision pour lésion.

⁸⁴² *Ibid.*, § 40.

nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : (...) Les administrateurs, de ceux [les biens] des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins »⁸⁴³, l'article 432-12 du Code pénal sanctionne de prison et d'amende « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre (...) un intérêt quelconque (...) dans une opération dont elle a, au moment de l'acte (...) la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ». La sanction dissuade ainsi les titulaires de l'autorité publique de leurs vellétés d'acquisition à vil prix de biens domaniaux. Néanmoins, l'insuffisance du procédé pour entraver toutes les cessions domaniales sans contrepartie appropriée est immédiatement perceptible : l'article ignore le niveau de la contrepartie et ne se préoccupe que de la qualité du cessionnaire. Si la seconde est susceptible d'influencer la première, la disposition n'interdit pas, de façon générale, les libéralités. De plus, la présence d'exceptions que la suite de l'article crée au profit des communes de moins de 3 500 habitants⁸⁴⁴ finit de convaincre de l'inefficacité de cette disposition : les élus locaux peuvent acquérir les parcelles des lotissements communaux pour y édifier leurs habitations personnelles ; le maire peut également acquérir un bien pour la création ou le développement de son activité professionnelle ; de plus, les élus peuvent acheter à la commune jusqu'à 16 000 euros par an de biens domaniaux. Seul l'achat par le maire d'un bien professionnel semble insusceptible de cession à vil prix, la transaction devant se réaliser à l'estimation du service des domaines.

B. La création de la règle constitutionnelle d'incessibilité sans contrepartie appropriée

Faute d'autres voies de droit efficaces, il était impossible de se dispenser de la création d'une nouvelle norme interdisant les cessions sans contrepartie appropriée, permettant au juge de sanctionner, cette fois sans le remord inhérent au détournement de pouvoir, les cessions à vil prix. Le principe tel qu'il est formulé aujourd'hui résulte d'une véritable continuité

⁸⁴³ Art. 1596 du Code civil.

⁸⁴⁴ Dispositif dérogatoire et au demeurant très contestable selon Philippe Yolka: « *Il est permis de s'interroger sur la conformité de ces dispositions au principe constitutionnel d'égalité (existe-t-il vraiment entre les représentants des communes de 3 500 habitants au plus et les autres des différences de situations objectives qui justifient ce régime à deux vitesses ?)* » (« Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques*, § 286)

jurisprudentielle (1), qui offre une base au contrôle juridictionnel de la qualification des faits, avec une souplesse qu'autorise l'absence de codification (2).

1. Une continuité jurisprudentielle

La formation du principe s'est réalisée en quatre temps qui, quoiqu'espacés, témoignent d'une certaine continuité : une émergence d'un principe, celui de l'interdiction, faite aux personnes publiques, de consentir des libéralités (a) ; une projection de cette règle au cas des cessions domaniales (b) ; une nuance apportée par le juge administratif, quant à la nature de la contrepartie exigée (c) ; une synthèse opérée par le juge constitutionnel (d).

a. L'émergence : l'interdiction des libéralités

357. L'émergence précéda largement la décision du Conseil constitutionnel des 25 et 26 juin 1986. Le code de Justinien mentionnait déjà une faculté accordée au vendeur public lésé par un rescrit de l'empereur Gordien : « *Si, par une fraude manifeste, des biens obligés au fisc ont été vendus au-dessous de leur valeur, vous pouvez aller trouver le procureur du fisc, qui, si vous offrez d'acquitter votre dette, ordonnera que vos biens vous soient restitués* »⁸⁴⁵. Une faculté comparable figure également dans un édit d'avril 1667, selon lequel « *le Roi pourra rentrer dans ses domaines échangés, en rendant les autres biens & droits qui auront été cédés à s. M. en contr'échange, lorsqu'elle aura souffert d'une lésion énorme* »⁸⁴⁶. L'article 23 de la loi du 3 juin 1793, en déclarant les biens nationaux vendus « *sans garantie de valeur* », revint sur cette faculté en excluant toute possibilité de rescision pour lésion. Cette sévérité, justifiée par un souci de sécurité juridique dans un contexte politique troublé, suscitant une rapide variation des prix du marché⁸⁴⁷, ne résista pas à l'article 1674 du Code civil, lequel ne fit pas de distinction entre les ventes domaniales et les ventes de biens privés.

⁸⁴⁵ Code de Justinien, Livre X, Titre I, I, 3, trad. TISSOT (P.-A.), in *Les douze livres du code de l'empereur Justinien, de la seconde édition, traduits en français*, Tome 15, Metz, 1807, p. 110.

⁸⁴⁶ BOSQUET, *Dictionnaire raisonné, des domaines et droits domaniaux*, Tome 2, Rouen : Jacques-Joseph le Boulenger, 1762, p. 277.

⁸⁴⁷ Expliquant le caractère irrévocable des ventes domaniales lésionnaires, voir DALLOZ (D.) et autres, *Jurisprudence Générale du Royaume*, Tome 6, Paris : Bureau de la jurisprudence générale du royaume, 1829, p. 336 : « *La raison en est que dans ces sortes de ventes, il faut considérer non pas la valeur réelle des biens vendus, mais leur valeur légale, celle que les circonstances politiques, la position du gouvernement, leur attribuaient* ».

358. Toutefois, il ne s'agissait là que de facultés de résolution, exercées à l'initiative du seul vendeur public : aucun principe écrit ne permettait à un administré de provoquer la censure d'une décision de cession à vil prix. Était-ce vraiment utile, dans la mesure où la règle de l'adjudication devait assurer une vente au prix du marché ? Ceci explique peut-être pourquoi le principe d'incessibilité à vil prix n'émergea qu'au travers d'une règle beaucoup plus générale qui, loin d'être écrite, figura en premier lieu dans les conclusions de Romieu sous l'arrêt *Chemin de fer du Nord, de l'Est et autres*. Le commissaire du gouvernement relevait que les pouvoirs publics « ne peuvent pas (...) engager les finances de l'État sans aucune espèce d'obligation préexistante ; c'est, pour employer une expression plus brutale, dire qu'ils ne peuvent pas faire de libéralités, les deniers de l'État ne pouvant servir qu'à payer des services faits (...) L'État ne peut, en somme, contracter qu'à titre onéreux »⁸⁴⁸. Un siècle plus tard, sous l'arrêt *Commune de Fougerolles*, le commissaire du gouvernement Laurent Touvet note que l'interdiction des libéralités « remonte loin dans l'histoire de la gestion des patrimoines des personnes publiques », mais ajoute que « la doctrine admet ce principe et ne le discute pas, sans pouvoir lui offrir des fondements de texte ou de jurisprudence »⁸⁴⁹. Mais en 1893 ce sont bien les libéralités en général qui sont interdites, et non spécifiquement les cessions domaniales sans contrepartie appropriée.

b. La projection de l'interdiction aux cessions domaniales

359. Cette interdiction des libéralités fut projetée dans le régime des cessions domaniales par la décision des 25 et 26 juin 1986⁸⁵⁰, dans laquelle le Conseil constitutionnel indiqua 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 ». Le juge fonda cette interdiction sur deux normes, l'égalité et la protection due à la propriété, publique comme privée. L'ajout du deuxième fondement, dont la décision aurait pu se dispenser tant l'égalité suffisait pour sanctionner les cessions à vil prix, contribue à révéler le caractère de « richesse » du domaine. Le juge prohibe les cessions à vil prix sur le fondement d'une atteinte à la propriété ; c'est dire que le droit de propriété

⁸⁴⁸ ROMIEU (J.), concl. sous CE, 17 mars 1893, *Compagnie des Chemins de fer du Nord, de l'Est et autres*, S. 1894, III, p.124.

⁸⁴⁹ TOUVET (L.), concl. sous CE, sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, RFDA 1998, p. 16.

⁸⁵⁰ Cons. constit., 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC.

garantit surtout la valeur du bien, ce dont témoigne d'ailleurs la possibilité d'exproprier contre « une juste et préalable indemnité ». L'idée, ancienne, résulte de la conception la plus classique du patrimoine qu'Aubry et Rau empruntèrent à Zachariæ, et que commente Mikhaïl Xifaras : « *Considérés de ce point de vue, tous les biens sont nécessairement réductibles à une valeur, soit comme actifs, soit comme passifs. Ce serait là au demeurant une conséquence de l'article 2092, lequel dispose que "quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir"* »⁸⁵¹. Avec ce fondement, le juge constitutionnel attire l'attention des propriétaires publics sur la convertibilité en valeur de leur domaine.

360. En choisissant ce terme de « prix », le Conseil constitutionnel semblait interdire les contreparties monétaires. La jurisprudence civile se montra d'ailleurs longtemps hostile à voir en une obligation de faire des travaux ou de réaliser une activité un « prix », seul susceptibles d'attribuer à l'opération la qualification de « vente »⁸⁵². Sous l'effet d'un arrêt du 9 décembre 1986, la notion de prix bénéficia d'un élargissement considérable : la Cour de cassation décida que « *la vente d'une chose [pouvait] être réalisée moyennant une contrepartie autre qu'un versement de somme d'argent* »⁸⁵³. Restait néanmoins pendante la question, côté droit public, de savoir si la contrepartie à une cession domaniale pouvait aussi être une contrepartie en nature et, plus douteux encore, une contrepartie indirecte, au profit non pas directement de la personne publique, mais des administrés.

c. La diversification de la nature de la contrepartie

361. Prenant le contrepied d'une décision en première instance selon laquelle le principe constitutionnel était violé par la vente d'un terrain pour un prix symbolique « *sans que l'entreprise puisse y opposer des créations d'emplois sur le site* »⁸⁵⁴, le Conseil d'État, en

⁸⁵¹ XIFARAS (M.), *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004, p. 210, note 2. Voir également MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997, p. 91 : « *Le propriétaire disparaît derrière le bien ; l'individu derrière la valeur* ».

⁸⁵² Réfutant la qualification de prix pour des travaux exécutés en contrepartie d'une cession, voir notamment Civ. 3^{ème}, 17 mars 1981, *Bull. civ.* 1981, III, n° 56 ; *RDI* 1982, p. 545, obs. Dagot ; voir également Civ. 1^{ère}, 12 octobre 1967, *Bull. civ.* 1967, I, n° 292.

⁸⁵³ Civ. 3^{ème}, 9 décembre 1986, *Bull. civ.* 1986, III, n° 177, p. 139 ; *Deffrénois* 1987, art. 34056, n° 84, p. 1187, note Vermelle.

⁸⁵⁴ TA Besançon, 6 avril 1995, *Préfet de la Haute-Saône*, *AJDA* 1995, p. 749, obs. Lamorlette ; *LPA* 29 juillet 1996, note Bartmann.

1997, décida qu'une cession à vil prix même à destination d'une personne poursuivant des fins d'intérêt privé « ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe lorsque la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général et comporte des contreparties suffisantes »⁸⁵⁵. Il s'agissait, pour Philippe Yolka « d'un net infléchissement (...) Il est en effet incontestable qu'une entreprise poursuit des "fins d'intérêt privé", même lorsque son activité emporte des conséquences favorables à l'intérêt général (création d'emplois, etc.) (...) Sans doute la Haute juridiction exigeait-elle aussi que l'opération comportât des "contreparties suffisantes". Mais cela ne signifiait pas que l'interdiction constitutionnelle d'une cession à vil prix fût respectée. Car même en admettant que le prix pût être constitué par une prestation non monétaire, la nécessité, au moins, d'estimer en équivalent monétaire la valeur de la prestation (ne serait-ce que pour vérifier que l'on n'était pas en présence d'une libéralité) conduisait à de sérieuses difficultés : comment évaluer financièrement un engagement consistant par exemple dans la création d'emplois ? »⁸⁵⁶. La formulation choisie par le juge administratif (« ne saurait être regardé comme méconnaissant le principe ») n'ajoute pas une alternative au prix : elle en modifie simplement la notion. Autrement dit, l'acquéreur ne doit pas payer un prix *ou* offrir une contrepartie non pécuniaire ; la contrepartie non pécuniaire *est*, pour le juge administratif, le prix payé à la personne publique. En acceptant que le prix d'une vente domaniale pût consister en une contrepartie non monétaire, le juge administratif s'alignait en outre sur la jurisprudence du juge judiciaire.

d. La synthèse opérée par le Conseil constitutionnel

362. En 2010, le juge constitutionnel contrôla une cession domaniale au regard d'un principe interdisant les cessions à destination de personnes poursuivant des fins d'intérêt privée « sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine »⁸⁵⁷. La formule est bien plus générale qu'en 1986 ; la notion de « contrepartie », plutôt que celle de

⁸⁵⁵ CE, sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, req. n° 169473 ; *AJDA* 1997, p. 1010, note Richer ; *FDA* 1998, p. 12, concl. Touvet ; *D.* 1998, p. 131, note Davignon ; *RDI* 1998, p. 227, chron. Maugué ; *GDDAB* n° 89, obs. Yolka.

⁸⁵⁶ YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. 88), §§ 218 et 219.

⁸⁵⁷ Cons. constit., 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes*, n° 2010-67/86 QPC. Notons que cette formule de « contrepartie appropriée » plutôt que de « prix » fut déjà employée en 1994, dans la décision n° 94-346 DC relative aux droits réels, et en 2008, dans la décision n° 2008-567 DC relative aux contrats de partenariat. Toutefois, dans ces deux cas, et contrairement à la décision de 2010, il n'était pas proprement question de cessions domaniales à vil prix. La formule de « contrepartie appropriée » n'est donc véritablement éprouvée, en matière de cessions domaniales, qu'en 2010.

« prix », permet d'inclure les contreparties en nature et contreparties indirectes qu'autorise la jurisprudence commune de Fougerolles. Le juge administratif exigeait la réunion de deux conditions, le « *motif d'intérêt général* » et les « *contreparties suffisantes* » ; le juge constitutionnel n'en exige plus qu'une celle de la « *contrepartie appropriée* ». Cette épithète apposée à la « contrepartie » lui ajoute une dimension qualitative, qui dispense de faire, comme le juge administratif, le départ entre la qualité de sa contrepartie et sa quantité. Même si l'on peut considérer avec Philippe Yolka, que « *de la contrepartie suffisante à la contrepartie appropriée, la distance est aussi faible qu'entre les deux ailes du Palais-Royal* »⁸⁵⁸, il est dommage que le juge administratif persiste à employer l'ancienne formule⁸⁵⁹ : la différence de vocable demeure source d'insécurité juridique et empêche d'appliquer sereinement la jurisprudence du juge constitutionnel devant le juge administratif, et vice-versa⁸⁶⁰.

2. La réception inégale du principe par le droit écrit

Ce principe fondamentalement jurisprudentiel n'a fait l'objet que d'une codification très parcellaire (a), et l'encadrement précis du montant des rabais acceptables n'est déterminé que par des normes sectorielles (b).

a. Une codification très parcellaire

363. Le CGPPP ne codifie le principe qu'à l'endroit des meubles de l'État⁸⁶¹. L'article L. 3211-18 du Code dispose que « *les opérations d'aliénation du domaine mobilier de l'État ne peuvent être réalisées ni à titre gratuit, ni à un prix inférieur à la valeur vénale* », et ne reçoit que les exceptions énumérées par l'article L. 3212-2.

⁸⁵⁸ YOLKA (P.), « L'inconstitutionnalité du transfert de propriété gratuit des immeubles de l'État mis à disposition de l'AFPA », note sous Cons. constit., 17 décembre 2010, *Région Centre et Poitou-Charentes*, JCP A 2011, n° 2002.

⁸⁵⁹ CE, 2 juillet 2014, *M. B... D... et autres*, req. n° 366150.

⁸⁶⁰ NOGUELLOU (R.), « Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », *AJDA* 2013, p. 990 : « *Sans doute les expressions sont-elles en réalité synonymes, mais on demeure dans une certaine incertitude sur ce qui peut constituer de telles garanties* ».

⁸⁶¹ Art. L. 3211-18 du CGPPP : « *Les opérations d'aliénation du domaine mobilier de l'État ne peuvent être réalisées ni à titre gratuit, ni à un prix inférieur à la valeur vénale* ».

364. En revanche, l'incessibilité à vil prix de tous les autres biens domaniaux ne résulte, dans les textes, que de lectures *a contrario*. C'est le cas pour les immeubles de l'État : le principe figurant à l'article L. 3211-7 du Code, selon lequel « *l'État peut procéder à l'aliénation de terrains de son domaine privé à un prix inférieur à la valeur vénale lorsque ceux-ci sont destinés à la réalisation de programmes de construction comportant essentiellement des logements dont une partie au moins est réalisée en logement social* », semble déroger à un principe général d'incessibilité à vil prix. La même remarque vaut pour les biens des collectivités territoriales : nul principe d'incessibilité à vil prix n'est formulé à leur égard ; mais l'article L. 3212-3, en autorisant les collectivités territoriales à céder gratuitement les matériels informatiques et les logiciels nécessaires à leur utilisation, laisse entendre l'existence d'un tel principe général.

365. Ce mutisme du législateur et du pouvoir réglementaire résulte peut-être de l'ancrage constitutionnel du principe. Pourtant, celui-ci est appliqué de façon parfois laxiste par le législateur lui-même. On peut en effet s'interroger sur la constitutionnalité des dispositions des articles L. 3212-2 et L. 3212-3 du CGPPP qui autorisent les propriétaires publics à céder à titre gratuit leurs matériels informatiques et les logiciels nécessaires à leur utilisation, au profit de leurs personnels, lorsque leur valeur ne dépasse pas un certain seuil. Faut-il considérer que le fait de libérer le cédant public d'un matériel obsolète - et par conséquent encombrant - est une contrepartie appropriée ? Est-ce simplement la faible valeur des biens en cause qui rend dispensable l'incessibilité à vil prix ? Qu'en est-il, alors, de l'égalité que visait aussi le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1986 ? Par ailleurs, la structuration du Code révèle une certaine incohérence. Que le législateur et le pouvoir réglementaire se dispensent d'énoncer le principe parce qu'il figure déjà dans la jurisprudence constitutionnelle est recevable. Mais pourquoi, alors, le formaliser à l'endroit des seuls meubles de l'État ? Comme en matière d'obligations de mise en concurrence⁸⁶², ce n'est pas l'absence de principe qui pose difficulté : c'est l'irrégularité de sa présence. Or, les conséquences pourraient dépasser la simple perturbation de l'esthétique générale du droit domanial. La formule choisie par le législateur délégué à propos des meubles de l'État est plus lapidaire encore que celle du juge constitutionnel de 1986, puisqu'elle n'opère aucune distinction en fonction de la nature du cessionnaire : suivant l'énoncé de l'article L. 3211-18, même les cessions de meubles de

⁸⁶² Rappelons que l'État est soumis à des obligations de mise en concurrence, mais non les collectivités territoriales, sans qu'il ne soit possible de trouver une explication satisfaisante à cette différence.

l'État au profit de personnes publiques ne peuvent avoir lieu à vil prix. Une fois n'est pas coutume, l'adage *res mobilis, res vilis* se trouve malmené.

b. Un encadrement du prix de vente limité à des opérations spécifiques

366. Certaines dispositions participent à l'application de l'interdiction de céder sans contrepartie appropriée en interdisant ou en limitant les cessions de biens domaniaux particuliers pour des prix inférieurs à leur valeur vénale⁸⁶³. C'est notamment le cas de l'article L. 1511-3 du CGCT qui, mettant fin à une distinction très contestable entre bâtiments et terrains nus d'une part, aides directes et indirectes d'autre part⁸⁶⁴, dispose que « *le montant des aides que les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent attribuer, seuls ou conjointement, sous forme de subventions, de rabais sur le prix de vente, de location ou de location-vente de terrains nus ou aménagés ou de bâtiments neufs ou rénovés est calculé par référence aux conditions du marché, selon des règles de plafond et de zone déterminées par décret en Conseil d'État* ». L'application de cet article est assurée par la partie réglementaire du même Code, qui, dans une section « Aides à l'investissement immobilier et à la location d'immeubles accordées aux entreprises », tient compte de circonscriptions *ad hoc* ou de secteurs économiques particuliers pour distinguer quatre hypothèses on ne peut plus spécifiques : les aides à l'investissement immobilier accordées aux entreprises dans les zones d'aide à l'investissement des petites et moyennes entreprises, celles accordées aux entreprises dans les zones d'aide à finalité régionale, celles accordées aux entreprises en vue de la réalisation de projets de recherche, de développement et d'innovation, celles, enfin, accordées à des entreprises dans le secteur de la transformation et de la commercialisation des matières premières et produits agricoles inscrits à l'annexe I du traité instituant la Communauté européenne. Après avoir rappelé la méthode d'évaluation du bien domaniale dont la cession est envisagée⁸⁶⁵, la partie réglementaire fixe de manière très précise le montant des aides pouvant être octroyées, notamment sous forme de rabais, sur une durée déterminée. L'on citera, à

⁸⁶³ Pour certaines de ces dispositions, le terme de « codification » - même parcellaire - est inutilisable, car elles précèdent l'énoncé du juge constitutionnel. Ainsi en est-il de la vente au rabais des bâtiments des collectivités territoriales, déjà proscrite par l'article 4 de la loi du 7 janvier 1982. Tout au plus cette disposition codifie-t-elle l'interdiction beaucoup plus générale d'accorder des libéralités.

⁸⁶⁴ Voir sur ce point YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 88), §§ 192 s. ; CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, pp. 600 s.

⁸⁶⁵ Art. R. 1511-4 du CGCT.

simple titre d'exemple d'une réglementation dont le seul intérêt doctrinal réside dans son souci du détail, l'article R. 1511-6 qui dispose que, dans les zones d'aide à l'investissement des petites et moyennes entreprises, le montant des aides à l'investissement immobilier ne peut excéder soit 10 % de la valeur vénale pour les entreprises moyennes (20 % pour les petites entreprises), soit 20 % (30 % pour les petites entreprises) mais dans la limite de 200 000 euros par entreprise sur une période de trois exercices fiscaux.

§ 2. La mise en œuvre contrastée du principe

L'application parfois aléatoire du principe d'incessibilité à vil prix (A) n'empêche pas que l'exigence du niveau de la contrepartie constitue l'obligation la plus contraignante pour les cédants publics ; car, à défaut d'être appliqué avec une parfaite rigueur, le principe dispose d'un champ d'application beaucoup plus étendu que ne le laisse penser la jurisprudence constitutionnelle, en réservant le cas des personnes poursuivant des fins d'intérêt public (B).

A. Le contrôle parfois aléatoire du niveau de la contrepartie

367. Avant même l'établissement, par la jurisprudence *Commune de Fougerolles*, des conditions jurisprudentielles des cessions sans contrepartie directe, le juge administratif fit une application pour le moins souple du principe constitutionnel. En effet, il n'annula pas la décision de céder, pour un franc symbolique, une parcelle communale de quatre mètres carrés au profit d'un propriétaire limitrophe.⁸⁶⁶ Cette décision fut la cible de critiques doctrinales en raison d'une violation alléguée de l'égalité et de la protection de la propriété publique⁸⁶⁷. La double atteinte était néanmoins contestable : si l'on conçoit la protection de la propriété publique comme celle d'une valeur, l'on peut admettre plus facilement la cession gratuite d'un bien d'une valeur négligeable⁸⁶⁸, ce que devaient probablement représenter quatre mètres carrés de terrain dans une commune rurale ; quant à l'égalité, on ne pouvait nier que le

⁸⁶⁶ CE, 11 juillet 1991, *Commune de Saint-Crépin*, req. n° 73948.

⁸⁶⁷ Pour Philippe Yolka, « si la superficie du terrain était faible, rien ne justifiait - puisqu'il s'agissait de satisfaire un intérêt purement privé - la violation des principes constitutionnels d'égalité et de protection des propriétés publiques » (« Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques*, fasc. n° 88, § 266).

⁸⁶⁸ Rappelons d'ailleurs que le CGPPP, nonobstant l'incessibilité à vil prix constitutionnelle des biens domaniaux, autorise la cession à vil prix de certains meubles de faible valeur, alors même que l'acquéreur poursuit des fins d'intérêt privé et qu'il n'y a *a priori* aucune contrepartie appropriée (voir art. L. 3212-2, 5° et L. 3212-3 alinéa 2 du CGPPP).

cessionnaire limitrophe d'une parcelle de seulement quatre mètres carrés se trouvait dans une situation différente d'un administré non limitrophe.

Cette solution très spécifique mise à part, l'aléa dans le contrôle juridictionnel du niveau de la contrepartie découle nécessairement du choix, par le juge, d'un contrôle restreint (1), dont résulte une application aléatoire des critères qu'il a lui-même établis (2).

1. La préférence du juge administratif pour un contrôle restreint

Le contrôle, par le juge administratif, d'une cession domaniale se limite en général à celui de l'erreur manifeste d'appréciation (a), mais se transforme exceptionnellement en contrôle normal (b), dans des hypothèses assez mal déterminées.

a. Un contrôle en général restreint

368. Que la contrepartie proposée par le cessionnaire soit monétaire ou non, le juge administratif se limite la plupart du temps à vérifier son niveau au travers du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Par conséquent, il ne sanctionne que les différences qu'il juge trop importantes. Le choix de cette méthode est clairement visible dans les décisions qu'il rend : ainsi juge-t-il qu'un conseil municipal ne commet aucune erreur manifeste d'appréciation en fixant à 210 000 francs le prix de vente d'une parcelle communale⁸⁶⁹ ; ainsi juge-t-il également que le choix d'échanger une parcelle communale contre une parcelle présentant un intérêt économique et touristique n'est pas entaché d'une telle erreur⁸⁷⁰. L'arrêt *Commune de Courtenay* rendu par le Conseil d'État en 2009⁸⁷¹, parce qu'il compare une évaluation domaniale et un prix, révèle le niveau de tolérance du juge. Ce dernier confirme l'arrêt d'appel⁸⁷² en ce qu'il annule une délibération cédant un bien communal pour un prix de 553 571 euros, parce que celui-ci est « *très inférieur à l'estimation du service des domaines* » s'élevant à au moins 710 000 euros. La vente d'un immeuble domanial pour un prix inférieur de 28 % à l'estimation domaniale est donc constitutive (c'est ce qu'il ressort de l'expression

⁸⁶⁹ CE, 8 février 1999, *Ville de Lourdes*, req. n° 168043

⁸⁷⁰ CAA Nantes, 19 avril 2013, req. n° 12NT00071.

⁸⁷¹ CE, 25 septembre 2009, *Commune de Courtenay*, req. n° 298918, Droit administratif 2009, comm. 148, note Melleray ; *AJDA* 2009, p. 1743, obs. Brondel ; *AJDA* 2009, p. 2189, note Ziani ; *JCP N* 2009, n° 1327, note Dutrieux ; *RLCT* n° 53, janvier 2010, p. 57, note Bartmann ; *GDDAB*, n° 87, obs. Chamard-Heim.

⁸⁷² CAA Nantes, 6 juin 2006, *Commune de Courtenay*, req. n° 05NT00850.

« très inférieur ») d'une erreur manifeste d'appréciation. Relevons-le, il s'agit d'un écart de prix bien inférieur à celui au-delà duquel une vente est rescindable pour lésion⁸⁷³. Cette préférence pour un contrôle restreint est à première vue critiquable, eu égard au caractère péremptoire de l'énoncé du juge constitutionnel qui semblait impliquer la sanction de tout écart entre la valeur du bien et le prix accepté. Elle est néanmoins un mal nécessaire lorsque le bien n'a pas été pré-évalué ou, surtout, lorsque la contrepartie n'est pas monétaire : ainsi que le note Luc Bartmann, « *la difficulté, dont les mécanismes de résolution ne ressortent pas des arrêts, sera de déterminer les méthodes de quantification de ces contreparties de façon à pouvoir les mettre en balance avec une valeur vénale exprimée financièrement* »⁸⁷⁴.

369. En se limitant au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge administratif prend acte du fait qu'il ne peut guère plus que l'administration avoir de certitude sur la valeur du bien et de sa contrepartie non monétaire : comment apprécier, par exemple, la valeur de contreparties telles que la redynamisation d'un centre ville⁸⁷⁵ ou le retrait d'une action en rétrocession⁸⁷⁶ ?

b. Un contrôle parfois normal

370. Ce n'est que très occasionnellement que le juge administratif exerce un contrôle normal. C'est le cas lorsque la fixation des rabais est encadrée par des dispositions législatives ou réglementaires. Dans une décision du 27 juin 1986, le Conseil d'État annule une délibération autorisant la cession de biens départementaux à des entreprises avec des rabais supérieurs aux limites prévues par les textes⁸⁷⁷.

371. En dehors ces cas où le montant des rabais est encadré, le juge administratif laisse parfois entendre qu'il est prêt à sanctionner le moindre écart entre la valeur vénale du bien domanial cédé et la contrepartie. Il décide par exemple, à propos de la cession de titres dans le

⁸⁷³ Voir aussi, pour la sanction d'une cession domaniale en raison d'un prix inférieur d'un peu plus du tiers à l'évaluation domaniale, CAA Bordeaux, 21 juin 1999, *Ville de Royan*, req. n° 978X01661.

⁸⁷⁴ BARTMANN (L.), « Le prix de vente des biens immobiliers du domaine privé des collectivités territoriales et de leurs groupements », note sous CE, 25 septembre 2009, *Commune de Courtenay*, Revue Lamy Collectivités territoriales, n° 53, janvier 2010, p. 58.

⁸⁷⁵ CAA Nantes, 30 juin 2000, *Préfet de la Vendée*, req. n° 00NT00040.

⁸⁷⁶ CAA Marseille, 22 novembre 2010, *Ville de Marseille*, req. n° 08MA03509.

⁸⁷⁷ CE, 27 juin 1986, *Commissaire de la République des Pyrénées-Atlantiques*, req. n° 50606, *AJDA* 1986 p. 654, note Moreau ; *RFDA* 1986, p. 804, note Douence.

cadre d'une privatisation dont la valeur a été évaluée par une commission spécifique, « *qu'en se fondant sur la valeur (...) fixée par la commission de privatisation pour arrêter le prix de cession des actions de la société nationale Elf-Aquitaine, le ministre chargé de l'économie n'a pas méconnu les dispositions (...) de l'article 3 de la loi (...) du 6 août 1985* »⁸⁷⁸. La formulation peut laisser supposer qu'un prix inférieur à la valeur vénale fixée par la commission de privatisation aurait été immédiatement sanctionné. L'affaire concernant une cession étatique, l'on aurait pu croire que le juge administratif tenait compte du principe de libre administration des collectivités territoriales en leur réservant le bénéfice du contrôle restreint. Néanmoins, dans d'autres espèces, il s'est limité à la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation alors même que les biens cédés appartenaient à l'Etat⁸⁷⁹.

2. La mise en œuvre parfois aléatoire des conditions jurisprudentielles

Dans l'arrêt *Commune de Fougerolles*, le juge administratif clarifie la notion de « prix » dans le cadre des cessions domaniales, en admettant la validité d'une cession à l'euro symbolique lorsqu'elle est justifiée par un motif d'intérêt général, dont l'atteinte est garantie par des contreparties suffisantes. Or, le motif d'intérêt général (a) comme le caractère suffisant des contreparties sont appréciés de façon extrêmement variable (b).

a. La variabilité du motif d'intérêt général

372. Au titre des motifs d'intérêt général à même de justifier une cession sans contrepartie monétaire, l'on retrouve d'abord le très classique développement économique, déjà entraperçu pour les opérations de désaffectation et de déclassement. S'il fut particulièrement mis en avant dans l'arrêt *Commune de Fougerolles*, le législateur révolutionnaire l'avait déjà relié aux ventes à vil prix : Ducrocq rapporte les paroles d'un membre du Corps législatif lors des débats préalables à l'adoption de la loi des 15 et 16 floréal an X, M. Trouvé, pour qui « *l'encouragement donné à l'industrie compensera sans doute l'infériorité de la mise à prix des usines comparées avec les autres biens ruraux* »⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ CE, ass., 2 février 1987, *Joxe et Bollon*, req. n° 82436 ; *RFDA* 1987, p. 176, concl. Massot ; *AJDA* 1987, p. 350, note Bazex. La disposition législative qu'évoque le juge interdisait les cessions d'actions en dessous du prix fixé par la commission de privatisation).

⁸⁷⁹ CAA Lyon, 26 février 2008, req. n° 05LY00441.

⁸⁸⁰ DUCROCQ (T.), *Traité des ventes domaniales*, Paris : Cotillon, 1865, p. 48.

373. De tous les motifs d'intérêt général susceptibles de justifier une cession d'immeubles domaniaux sans contrepartie monétaire, la construction de logements sociaux⁸⁸¹ est le seul que prévoit le CGPPP pour les immeubles de l'État⁸⁸². La partie réglementaire du Code détaille très précisément les modalités et le montant des décotes envisageables. Indéniable motif d'intérêt général, le logement social a néanmoins vu sa définition être très élargie⁸⁸³ par l'inclusion des structures d'hébergement temporaire ou d'urgence bénéficiant d'une aide d'État, des aires permanentes d'accueil des gens du voyage, et des logements locatifs sociaux dans les DOM, bénéficiant d'une aide de l'État⁸⁸⁴.

374. Des solutions plus instables, en revanche, furent apportées quant au renforcement démographique. Dans un arrêt de 2000, la Cour administrative d'appel de Nantes validait la cession à vil prix d'un terrain communal en échange de l'engagement de l'acquéreur de construire dans un délai de trois ans des maisons individuelles qu'il louerait dans les conditions fixées par le conseil municipal, et ce pour « *revitaliser la vie du centre-bourg* » et « *répondre à une demande d'une partie de la population potentielle désireuse de louer des maisons individuelles* »⁸⁸⁵. En 2009, la Cour administrative d'appel de Douai décida au contraire que « *la seule circonstance invoquée par la commune du Touquet-Paris-Plage selon laquelle elle souhaite accueillir de nouveaux résidents permanents pour lutter contre un déclin démographique n'est pas de nature à établir l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant pour justifier la réduction de prix accordée aux requérants* »⁸⁸⁶, alors même que dans le cas d'espèce la réduction ne semblait pas plus importante que celle consentie dans l'affaire jugée en 2000. Le motif démographique doit-il nécessairement se parer d'un objectif de « revitalisation » ? Son aptitude à justifier une cession à l'euro symbolique reste en tout cas très incertaine.

⁸⁸¹ TA Versailles, 11 avril 1995, *Association Les amis de Persan c/ Commune de Persan*, req. n° 94-3749 et 94-3750, jurisprudence citée par Caroline Chamard-Heim (*La distinction des biens publics et des biens privés*, op. cit., p. 619).

⁸⁸² Art. L. 3211-7 du CGPPP.

⁸⁸³ Voir sur ce point YOLKA (P.), « Propriétés publiques : la chronique législative du printemps », *JCP A* 2009, n° 2166.

⁸⁸⁴ Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, *JORF* du 16 juillet 2006, p. 10662 (art. 1).

⁸⁸⁵ CAA Nantes, 30 juin 2000, *Préfet de la Vendée*, req. n° 00NT00040.

⁸⁸⁶ CAA Douai, 10 décembre 2009, *M. Raphaël J et Mme Florence K*, req. n° 09DA00250.

375. Insuffisant, le motif financier l'est de façon beaucoup plus classique : l'accroissement du volume de la taxe professionnelle⁸⁸⁷ ou, plus généralement, des ressources fiscales⁸⁸⁸, ne semble justifier la cession à vil prix d'un terrain communal que s'il s'accompagne en outre de la création d'emplois.

b. L'appréciation aléatoire du caractère suffisant de la contrepartie

376. L'arrêt *Commune de Fougerolles* instaure une dualité *a priori* très complémentaire entre le motif d'intérêt général et les contreparties suffisantes. Le motif d'intérêt général est de l'ordre de l'intention : en cédant, le propriétaire public espère agir en faveur de l'un des intérêts généraux qui viennent d'être évoqués. Les contreparties suffisantes, quant à elles, mesurent la réalisation de la finalité d'intérêt général. Dans l'arrêt de 1997, le motif d'intérêt général consistait donc en la dynamisation de l'emploi sur la commune, les contreparties suffisantes étant le nombre de ces emplois créés. Le caractère suffisant de la contrepartie s'évalue donc à l'aune du motif d'intérêt général invoqué⁸⁸⁹. Ainsi, le juge annule les cessions de terrains domaniaux consentis à l'euro symbolique en vue du développement économique local lorsque le nombre d'emplois que l'entreprise cessionnaire s'engage à créer est trop faible⁸⁹⁰.

377. Intimement liés, le motif d'intérêt général et les contreparties suffisantes le sont parfois jusqu'à se confondre dans le raisonnement du juge administratif. La Cour administrative d'appel de Marseille considère ainsi que le motif d'intérêt général d'une cession à l'euro symbolique d'un terrain communal réside dans l'absence de perturbation de la réalisation d'un équipement public, par la renonciation à une action en rétrocession engagée par le bénéficiaire de la cession ; la contrepartie suffisante, quant à elle, consiste précisément en cette renonciation⁸⁹¹. Il est sûr qu'en l'occurrence, ce désistement est suffisant à assurer l'intérêt général. La dualité instaurée par le juge administratif paraît néanmoins artificielle. Le

⁸⁸⁷ Civ. 3^{ème}, 14 avril 1999, req. n° 97-15497.

⁸⁸⁸ CE, 18 mai 1998, *Commune de Castelsarrasin*, req. n° 189904 ; *JCP G* 1998, n° 3154, obs. Rouault.

⁸⁸⁹ DAMAREY (S.), « Le prix symbolique en droit public », *AJDA* 2003, p. 2304 : « Pour les collectivités publiques, et ainsi que l'a précisé à plusieurs reprises le juge administratif, cette contrepartie est impérative et doit être "suffisante" au regard de l'intérêt général poursuivi ».

⁸⁹⁰ Par exemple lorsque le nombre d'emplois créés est insuffisant au regard de l'avantage consenti : CAA Bordeaux, 8 novembre 2005, *Commune de Cazères*, req. n° 02BX00744. Il s'agissait en l'occurrence de la cession d'un terrain domaniaux à une entreprise sans contrepartie monétaire, en échange d'un engagement à la création de seulement deux emplois.

⁸⁹¹ CAA Marseille, 22 novembre 2010, *Ville de Marseille*, req. n° 08MA03509.

Conseil d'État lui-même peine parfois à différencier les deux conditions qu'il a posées. Dans un arrêt de 2008, il valide la cession à vil prix d'un ensemble immobilier au profit d'une association visant à intégrer des populations d'origine turque, le motif d'intérêt général consistant notamment en cette intégration (que favorisait l'acquisition de nouveaux locaux), et la contrepartie suffisante consistant en la possibilité d'aider à cette intégration⁸⁹². Cette redondance fit dire à Philippe Yolka que « *les contreparties sont envisagées ici d'une manière insolite : elles consistent dans la possibilité offerte aux associations attributaires de développer leurs activités. En d'autres termes, la contrepartie d'une cession préférentielle réside dans les avantages qu'en tire son bénéficiaire* »⁸⁹³.

378. Surtout, qu'est-ce qu'une contrepartie « suffisante » ? Le juge, grâce à l'évaluation domaniale, bénéficie d'un regard qui se veut objectif sur la valeur chiffrée du bien. Il lui manque néanmoins la valeur chiffrée de la contrepartie non monétaire que propose l'acquéreur potentiel, parfois très difficile à établir et qui relève alors de son entière appréciation. L'étendue de cette appréciation n'est pas, en elle-même, particulièrement choquante ; est en revanche plus critiquable le fait que, saisi d'une cession dont les contreparties monétaires sont très faibles ou absentes, le juge veillera davantage au caractère certain des autres contreparties qu'à leur caractère suffisant. Au contrôle des « contreparties suffisantes » se substitue en effet celui des « contreparties suffisamment certaines ». C'est ainsi que le juge administratif annule parfois les délibérations autorisant une cession sans contrepartie monétaire faute de réel engagement de la part de l'acquéreur à réaliser une contre-prestation, sans pour autant s'assurer de l'équilibre entre cette contre-prestation et le rabais consenti⁸⁹⁴. Même en présence d'un engagement réel, l'absence de précisions fournies par l'acquéreur sur les contreparties (par exemple, l'objet précis de l'« extension d'activités économiques » promise) est également susceptible d'invalider le caractère suffisant de la contrepartie⁸⁹⁵. La jurisprudence demeure néanmoins très instable, d'autres engagements tout aussi imprécis sur le nombre d'emplois ayant pu être validés par le juge administratif⁸⁹⁶.

⁸⁹² CE, 25 novembre 2009, *Commune de Mer*, req. n° 310208 ; *JCP A* 2010, n° 2031, note Rouault ; *JCP A* 2010, 2091, note Chamard-Heim ; *Dr. Adm.* 2010, comm. 23, note Melleray ; *AJDA* 2010, p. 51, note Yolka.

⁸⁹³ YOLKA (P.), « Sur un Lazare contentieux : l'arrêt *Commune de Fougerolles* », note sous CE, 25 novembre 2009, *Commune de Mer*, *AJDA* 2010, p. 53.

⁸⁹⁴ CAA Douai, 29 décembre 2006, *Commune de Fécamp*, req. n° 06DA00459. Voir aussi CAA de Bordeaux, 21 juin 1999, *Ville de Royan*, req. n° 97BX01661.

⁸⁹⁵ CAA Marseille, 28 novembre 2005, *Commune de Bollène*, req. n° 04MA00438.

⁸⁹⁶ Voir par exemple CE, 18 mai 1998, *Commune de Castelsarrasin*, req. n° 189904.

B. Le caractère presque systématique de l'exigence d'une contrepartie appropriée

Bien que l'on puisse, en raison des souplesses du contrôle juridictionnel, nuancer la contrainte que représente le niveau approprié de la contrepartie, celle-ci reste très fréquemment exigée : le statut de « *personne poursuivant des fins d'intérêt public* », permettant d'éviter l'application de la règle d'incessibilité à vil prix, est difficile à obtenir (1). Il est aussi permis de croire à une rémanence de la règle jusque dans les cessions domaniales à destination de cette catégorie de personnes (2).

1. La difficile obtention du statut de « *personne poursuivant des fins d'intérêt public* »

379. La formule utilisée par le juge constitutionnel en 1986 autorise immédiatement une interprétation *a contrario* : si l'interdiction de céder à vil prix s'applique lorsque les patrimoines publics sont cédés à une « *personne poursuivant d'intérêt privé* », elle doit logiquement disparaître lorsque le cessionnaire est une personne poursuivant des fins d'intérêt public. À une distinction organique entre personnes publiques et personnes privées, juges constitutionnel et administratif privilégient une distinction fonctionnelle qui, pour être légitime⁸⁹⁷, crée une importante difficulté. Si l'on ne doute pas que les personnes publiques poursuivent par hypothèse des fins d'intérêt public, qu'est-ce qu'une personne privée poursuivant de telles fins ? La question est d'autant plus délicate que même la poursuite d'une fin d'intérêt privé peut avoir des répercussions sur l'intérêt général, que ce soit par la fourniture de biens ou de prestations indispensables au public, ou par la création d'emplois. Le Conseil constitutionnel souleva plus de difficultés qu'il n'en résolut dans sa décision du 17 décembre 2010⁸⁹⁸. Après avoir synthétisé la jurisprudence antérieure par l'exigence d'une « contrepartie appropriée », le juge constitutionnel invalida une disposition par laquelle l'État transférait gratuitement à l'Association pour la formation professionnelle des adultes (l'« AFPA ») des biens qu'il se contentait jusqu'alors de mettre à sa disposition. Son raisonnement sembla se diviser en deux temps. Il estima d'abord implicitement que le retrait à

⁸⁹⁷ Voir en ce sens CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 580 : « Au sein des personnes privées, il est tout à fait légitime de considérer que celles qui exercent une activité d'intérêt général sont dans une situation différente justifiant un traitement particulier par rapport aux "personnes poursuivant des fins d'intérêt privé" ».

⁸⁹⁸ Cons. constit., 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes*, n° 2010-67/86 QPC.

l'AFPA d'une partie de ses missions de service public la transformait en personne poursuivant des fins d'intérêt privé ; il rechercha ensuite s'il existait des « *contreparties appropriées eu égard à la valeur réelle du patrimoine* ». En raison de l'absence d'obligations imposées à l'AFPA, et de garanties du maintien de l'affectation aux missions de service public dont l'association restait chargée, le Conseil conclut à l'absence de telles contreparties.

380. C'est le premier volet du raisonnement qui est contestable. L'on peut comprendre que la perte d'une mission de service public justifie la révision des finalités de celui qui en avait jusqu'alors la charge. Le juge constitutionnel le rappelle : l'article 53 de la loi du 24 novembre 2009, en transférant à Pôle Emploi les salariés de l'AFPA qui participaient à l'accomplissement des missions d'orientation professionnelle des demandeurs d'emploi vers la formation, privait du même coup l'association d'« *une partie des missions de service public qu'elle exerçait* ». Mais la mention « *une partie des* » est d'importance : elle suppose que l'AFPA, qui demeure une association reconnue d'utilité publique, continue à exercer *d'autres* missions de service public, ce que le Conseil reconnaît d'ailleurs volontiers en évaluant les garanties d'affectation des biens cédés à ces missions de service public « *qui restent dévolues* » à l'association⁸⁹⁹. Il en ressort que si le couplage « *pas de service public, pas d'intérêt public* »⁹⁰⁰ est réel, la réciproque n'est pas vraie : charger une personne privée d'une mission de service public ne suffit pas à en faire une personne poursuivant des fins d'intérêt public.

381. Que faut-il alors pour obtenir ce statut? À la lecture de la décision, deux interprétations sont également admissibles. Soit le Conseil constitutionnel considère que l'AFPA n'est plus dotée d'un nombre suffisant de mission de service public : c'est alors la *quantité* de missions de service public dévolues à l'opérateur privé qui le transforme en une personne poursuivant des fins d'intérêt public ; soit le Conseil constitutionnel considère que l'AFPA n'est plus dotée d'une mission de service public suffisamment importante : c'est alors la *qualité* des missions de service public dévolues à la personne privée qui joue le rôle d'arbitre. Néanmoins, la décision du Conseil constitutionnel se comprend à l'aune de

⁸⁹⁹ La lecture des statuts de l'AFPA évoque par exemple, en dehors des missions de formation partagées avec les entreprises, une mission d'ingénierie en matière d'emploi ou une « *gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* ».

⁹⁰⁰ YOLKA (P.), « L'inconstitutionnalité du transfert de propriété gratuit des immeubles de l'État mis à disposition de l'AFPA », note sous Cons. constit., 17 décembre 2010, *Région Centre et Poitou-Charentes*, JCPA 2011, n° 2002.

l'insertion de la mission de formation de l'AFPA dans un contexte concurrentiel : la privation de la mission d'orientation vers les formations par l'article 53 de la loi de 2009 résulte de la volonté de « *séparer le prescripteur et le dispensateur de formations* »⁹⁰¹, formulée par l'Autorité de la concurrence⁹⁰², pour éviter que l'association ne bénéficie d'une position privilégiée vis-à-vis des autres opérateurs de formation professionnelle en prescrivant ses propres formations. Dès lors que le rôle de l'association était essentiellement - mais pas entièrement, maintien de missions de service public oblige - réduit à celui de « dispensateur » de formations, elle devenait presque un opérateur comme les autres. De quoi justifier, au nom du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques, l'absence de transferts à titre gratuit de biens publics.

382. Cette affaire illustre donc la difficulté de l'obtention, pour les personnes privées, du statut de personne poursuivant des fins d'intérêt public. Il est donc rare qu'une cession domaniale à une personne privée puisse avoir lieu sans contrepartie appropriée. Par ailleurs, même lorsque le cessionnaire est une personne privée, l'idée de contrepartie n'est peut-être pas totalement absente de l'opération.

2. La rémanence de l'interdiction de céder sans contrepartie appropriée dans les cessions aux personnes poursuivant des fins d'intérêt public

Malgré la position limpide du juge constitutionnel (a), de nombreuses ambiguïtés persistent (b) quant à l'aptitude des personnes publiques à transférer gratuitement leurs biens aux personnes poursuivant des fins d'intérêt public, y compris aux autres personnes publiques.

⁹⁰¹ CHERPION (G.), RAN n°1793, 2 juillet 2009, rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, p. 60.

⁹⁰² Avis n° 08-A-10 du 18 juin 2008 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle (FFP), p. 20 : « *Le système actuel (...) n'apporte pas de véritable garantie que toutes les offres sont concrètement connues et prises en compte sur un pied d'égalité. Il n'élimine donc pas les risques que la concurrence soit faussée au stade de l'orientation de la demande de formation. En tout état de cause (...) le système actuel n'est pas conforme aux exigences découlant de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes visant à assurer une concurrence non faussée* ».

a. La position claire du juge constitutionnel : la possibilité de procéder à des cessions gratuites à destination de personnes poursuivant des fins d'intérêt public

383. Les transferts entre personnes publiques échappent-ils à la règle d'incessibilité à vil prix ? Une partie de la doctrine répond positivement : « Cette règle ayant été posée pour les cessions du patrimoine public à des personnes privées, elle autorise a contrario les cessions de patrimoines publics à des personnes publiques, à un prix inférieur à leur valeur vénale, dès lors qu'un intérêt général le justifie »⁹⁰³. Cette dernière condition d'un intérêt général ne saurait être restrictive pour les personnes publiques, celles-ci « poursuivant, par hypothèse, des fins d'intérêt général »⁹⁰⁴. Rien de surprenant par conséquent à ce que le juge constitutionnel, statuant en 2009 sur le transfert à titre gratuit, opéré par le législateur, de biens du Syndicat des transports d'Île-de-France à la Régie autonome des transports parisiens, décidât que la Constitution « ne s'oppose pas à ce que le législateur procède au transfert gratuit de dépendances du domaine public entre personnes publiques »⁹⁰⁵ ; et puisque le législateur peut ignorer la contrepartie lorsqu'il opère un transfert de propriété entre deux autres personnes publiques que l'État, l'on peut raisonnablement envisager qu'il puisse, *a fortiori*, faire de même lorsqu'il transfère à une autre personne publique un bien appartenant à l'État. Implicitement prévue dès la décision de 1986, la possibilité de procéder à des cessions à titre gratuit entre personnes publiques devient, en 2009, explicite⁹⁰⁶. Certes, le Conseil d'État avait indiqué dans un avis de 2005 qu'un tel transfert législatif gratuit devait être justifié par un motif d'intérêt général : « La loi peut (...) transférer dans le domaine public de l'État une dépendance du domaine public d'une autre collectivité publique sans versement d'une (...) indemnité, pourvu que l'intérêt général le justifie et qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive à la libre disposition de son domaine par la collectivité en cause »⁹⁰⁷. Rien n'obligeait toutefois à ce que l'intérêt général ainsi visé soit celui dont avait la charge la personne publique dépossédée. L'intérêt général n'était donc pas censé constituer une contrepartie à la cession ; il en est tout au plus une condition de validité.

⁹⁰³ DEGUERGUE (M.), « La gestion du patrimoine public », in *La nouvelle administration financière et fiscale*, préf. p. Parini, dir. M. Bouvier, LGDJ, 2011, p. 158.

⁹⁰⁴ VIDAL-NAQUET (A.), « Droit constitutionnel et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 12.

⁹⁰⁵ Cons. constit., 3 décembre 2009, *Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, n° 2009-594 DC (cons. 15).

⁹⁰⁶ CHAMARD-HEIM (C.), « Les transferts gratuits et forcés de biens entre personnes publiques : la contribution du Conseil constitutionnel », note sous 2009-954 DC du 3 décembre 2009, *RJEP* n° 676, juin 2010, comm. 33. Voir également, sur ce sujet BARTHÉLEMY (C.), RUBIO (A.-E.), « Le transfert, par la loi du 8 décembre 2009, des ouvrages du STIF à la RATP », *RFDA* 2010, p. 62.

⁹⁰⁷ CE, avis n° 371615 du 26 juillet 2005 : *EDCE* 2006, p. 193.

b. La position ambiguë du juge administratif quant à la gratuité des cessions aux personnes poursuivant des fins d'intérêt public

384. Il est possible d'émettre deux réserves quant à la gratuité de la circulation des biens publics entre personnes publiques. En premier lieu, toutes les personnes publiques poursuivent-elles forcément des fins d'intérêt public ? Pour Luc Bartmann, « *la formulation de la règle n'en exclut pas pour autant les personnes publiques dès lors que leur action sort de la poursuite de l'intérêt général, quand elles agissent comme tout un chacun, et que rien ne permet de justifier qu'elles ne soient pas soumises au principe d'égalité* »⁹⁰⁸. Il est néanmoins difficile d'imaginer qu'une personne publique acquière un bien en dehors de toute considération d'intérêt général. La question peut pourtant se poser pour les établissements industriels et commerciaux. Il faut certes concéder que « *le service géré par ces établissements publics est, avant toute chose, un service public, c'est à dire une activité d'intérêt général et non pas d'intérêt privé* »⁹⁰⁹ ; il faut également constater que, dans la jurisprudence constitutionnelle précitée de 2009, la Régie autonome des transports parisiens, acquéreur à titre gratuit de biens domaniaux, était un établissement public à caractère industriel et commercial. Se pose toutefois la question de la pérennité de cette solution. Le droit de l'Union européenne reconnaît en effet à ces établissements publics le statut d'entreprise, statut qui transforme en aide d'État le bénéfice de cessions domaniales à titre gratuit. Or, « *si une entreprise privée ne peut bénéficier d'une cession gratuite, il doit en être de même d'un EPIC, toute personne publique qu'il est* »⁹¹⁰.

385. En second lieu, il faut surtout se demander si ce qui est permis au législateur l'est également à l'administration. Il n'est pas évident que celle-ci puisse céder ses biens à une autre personne publique de façon totalement gratuite. Le CGPPP accrédite très largement cette idée. Rappelons d'abord qu'en matière de cession des meubles de l'État, l'article L. 3211-18 prohibe toutes les opérations gratuites ou pour un prix inférieur à la valeur vénale,

⁹⁰⁸ BARTMANN (L.), « Le prix de vente des biens immobiliers du domaine privé des collectivités territoriales et de leurs groupements », note sous CE, 25 septembre 2009, *Commune de Courtenay*, Revue Lamy Collectivités territoriales, n° 53, janvier 2010, p. 58.

⁹⁰⁹ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op. cit., p. 584.

⁹¹⁰ CHAMARD-HEIM (C.), « Les transferts gratuits et forcés de biens entre personnes publiques : la contribution du Conseil constitutionnel », note précitée. Voir également sur ce point ROUX (C.), *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, Thèse Lyon III, 2013.

sans faire de distinction en fonction de la nature de l'acquéreur⁹¹¹. Ensuite, au-delà du cas des meubles étatiques, le législateur énumère un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la cession entre personnes publiques peut avoir lieu à titre gratuit : c'est le cas par exemple des cessions aux communes de terrains étatiques en vue de l'édification de monuments aux morts⁹¹² ; c'est encore le cas des cessions, au profit des communes les plus affectées par les restructurations militaires, des immeubles étatiques occupés jusqu'alors par le ministère de la Défense⁹¹³. En énumérant ces hypothèses, le législateur semble déroger à un principe législatif d'interdiction des cessions sans contrepartie appropriée, applicable même aux transactions entre personnes publiques. C'est ce que Philippe Yolka qualifie d'« écran para-législatif », qui s'immiscerait entre d'un côté les actes administratifs de cession, de l'autre la jurisprudence constitutionnelle favorable à ces cessions gratuites⁹¹⁴.

386. La jurisprudence administrative appuie également l'idée d'une incessibilité sans contrepartie appropriée, même lorsque l'acquéreur est une personne publique. Relevons d'abord un arrêt de 2012, dans lequel le Conseil d'État statue sur la demande, adressée par un contribuable, de se substituer à une commune pour saisir la juridiction civile en vue de la rescision pour lésion de parcelles, cédées à vil prix à une communauté urbaine pour qu'elle y édifie des équipements publics. Le juge, avant d'accorder cette autorisation de plaider, devait s'assurer que l'action envisagée devant le juge judiciaire présentait un intérêt matériel suffisant pour la commune. Il relève en l'occurrence que « *si le prix de vente des parcelles est effectivement, pour l'une d'entre elles, symbolique, pour les deux autres, inférieur au prix du marché, le bénéfice attendu pour les habitants de la commune de ces équipements d'intérêt général est de nature à constituer une contrepartie suffisante à l'économie générale de cette*

⁹¹¹ Abondant dans ce sens, voir BETTIO (N.) « Les aliénations gratuites entre personnes publiques », in *Le don en droit public* (dir. N. Jacquinot), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, 2012, p. 139.

⁹¹² Art. L. 3212-1 du CGPPP.

⁹¹³ Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, *JORF* du 28 décembre 2008, p. 20224 (art. 67). Sur ce sujet, voir YOLKA (P.), « Autour des cessions des sites militaires aux communes pour l'euro symbolique », *JCP A* 2012, n° 258.

⁹¹⁴ YOLKA (P.), « Requiem pour la gratuité ? », *JCP A* 2007, n° 170 : « *Aucune dérogation au principe d'aliénation des propriétés administratives à leur valeur vénale (...) n'est prévue entre personnes publiques (...) Il est étrange que le code écarte (...) l'inaliénabilité au sein du « commerce administratif » (...) mais que le versant financier demeure dans l'ombre (...) On objectera que la jurisprudence constitutionnelle n'imposant une cession au prix du marché qu'à propos des aliénations consenties à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé (...), la précision serait superflue. Interprétation optimiste : il faut se demander au contraire si le mutisme de l'ordonnance du 21 avril 2006 sur le sujet ne conduit pas à dresser une forme d'écran (para)législatif, neutralisant les possibilités précédemment ouvertes ».*

cession »⁹¹⁵. *A contrario*, faute de ces contreparties suffisantes, l'action en rescision pour lésion aurait pu être ouverte au contribuable. Certes, ce n'est pas sur la légalité de la décision de céder qu'il est statué ici ; mais la seule recevabilité de la demande d'autorisation de plaider en vue d'une rescision pour lésion est riche d'enseignement : l'on peinerait à comprendre que le juge examine cette demande sur le fond si le propriétaire public pouvait légalement aliéner son bien sans aucune contrepartie.

387. Le doute principal naît toutefois de l'arrêt d'une juridiction de premier degré. En 1989, le Tribunal administratif de Lyon, s'il relève d'abord « *qu'en l'absence d'un principe général du droit s'y opposant, la cession amiable et à titre gratuit des biens immobiliers du domaine privé communal ne saurait en principe être interdite* », ajoute immédiatement que « *toutefois, cette aliénation à titre gratuit ne doit pas constituer une simple libéralité sans compensation pour la commune ou l'intérêt général dont elle a la charge* »⁹¹⁶, et ce sans opérer de distinction entre un acquéreur privé et un acquéreur public. À en croire ce jugement, une personne publique ne saurait donc concéder de libéralité à qui que ce soit, pas même à une autre personne publique. Dès lors, il devrait toujours résulter pour la personne publique cédante un avantage à la cession, ne serait-ce que pour l'intérêt général dont elle a la charge. C'est là une forme de contrepartie. Il faut en déduire, avec Nathalie Bettio, « *la nécessaire compensation de l'opération pour le cédant public* »⁹¹⁷, justifiée par le principe de spécialité des personnes publiques : « *En vertu du principe de spécialité, la légalité des aliénations entre personnes publiques est effectivement conditionnée par l'affectation des biens publics concernés à une mission d'intérêt général entrant dans les compétences du bénéficiaire et du disposant public (...) La réalisation de l'affectation du bien permet alors de "compenser" les transferts de propriété pour le disposant et garantit le bon usage des deniers publics* »⁹¹⁸. Même lorsque la cession à titre gratuit résulte d'un transfert de compétences, elle n'est pas dépourvue de contrepartie : « *Ces aliénations sont considérées comme financièrement*

⁹¹⁵ CE, 15 mai 2012, *M. A. c/ Commune de Herlies*, req. n° 351416 ; *RDI* 2013, p. 274, obs. Foulquier.

⁹¹⁶ TA Lyon, 22 novembre 1989, *Tête*, *JCP G* 1990, II 21424, obs. Davignon. Il s'agissait en l'occurrence de la cession d'un immeuble communal au profit d'un établissement public. Le tribunal administratif maintient la décision de céder, en relevant « *que la cession contestée est intervenue au profit d'un établissement public dans le cadre de la réalisation d'un projet de construction de logements sur le territoire de la commune (...); qu'ainsi, dès lors que cette aliénation s'inscrit dans le cadre d'une opération d'intérêt communal, la délibération attaquée ne saurait être entachée d'illégalité du seul fait qu'elle autorise une cession d'un immeuble communal à titre gratuit* ». On doit donc comprendre *a contrario* que faute pour la cession de répondre à un intérêt communal, la décision aurait été censurée.

⁹¹⁷ BETTIO (N.) « Les aliénations gratuites entre personnes publiques », *art. cit.*, p. 144.

⁹¹⁸ *Ibid.*, pp. 145 et 146.

favorables par les disposants publics car même gratuites elles représentent un intérêt patrimonial indirect pour ces derniers puisque les charges d'investissement et d'entretien sont transférées dans le budget du cessionnaire public (...) Ainsi sont-elles souvent qualifiées de "cadeaux empoisonnés" au regard de l'écart entre le coût réel des compétences transférées et la compensation des charges effectuées par le cédant public »⁹¹⁹.

388. Hormis le cas d'un transfert législatif, la possibilité de cessions gratuites entre personnes publiques doit donc être nuancée. Certes, lorsque cette contrepartie consiste en la charge de nouvelles compétences, il ne s'agit pas formellement d'une vente domaniale. Mais la logique financière n'est pas pour autant absente, puisque ce sont des crédits en moins que devront affecter le cédant public à la compétence transférée. Dès lors, l'obligation de capter une contrepartie apparaît finalement presque comme une constante qui ne reçoit avec certitude que deux séries d'exceptions : les cessions législatives entre personnes publiques ou à destination de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé, sachant que cette dernière qualité est interprétée de façon très restrictive par le Conseil constitutionnel ; les cessions à titre gratuit prévues par le Code, qui ne concernent que des cas très spécifiques, tels que la cession aux agents des matériels informatiques obsolètes.

Conclusion du chapitre

Obligation d'évaluer, obligation de capter une contrepartie d'un niveau correspondant à cette évaluation : même si ces deux règles complémentaires ne sont pas tout à fait absolues (l'obligation d'évaluer ne concerne pas les communes de moins de 2 000 habitants, le contrôle juridictionnel du niveau de la contrepartie est parfois excessivement souple), elles apparaissent finalement comme les plus contraignantes pour les cédants publics et, surtout, comme celles qui s'imposent le plus largement. Elles constituent en effet le dénominateur le plus commun d'un régime particulièrement tortueux, où les règles de cessibilité, de compétence, de mise en concurrence, de priorité, d'information varient en fonction de la nature du bien et de l'acquéreur.

⁹¹⁹ *Id.*, p. 148.

Conclusion du titre

Peu d'obstacles juridiques perturbent réellement la volonté d'une personne publique de vendre un bien de son domaine pour renflouer ses comptes. Cette personne publique a le pouvoir de rendre cessibles les biens qui ne le sont pas, par une désaffectation doublée d'un déclassement. La seule véritable limite peut résider, pour l'administration, dans cette désaffectation (ou dans le constat du « désintérêt public » dans le cas des meubles du domaine public et du domaine public fluvial) que le juge est susceptible d'annuler si elle nuit trop à l'intérêt général. Le législateur rencontre encore moins d'obstacles puisque si s'impose à lui l'exigence d'un maintien de l'affectation, rien ne lui interdit de transmettre le bien affecté à une personne privée. C'est, par conséquent, à très juste titre que la doctrine souligne depuis longtemps la relativité de l'inaliénabilité. Quant aux modalités de la cession, elles visent surtout à empêcher le cédant public d'accorder des avantages particuliers au travers de libéralités. Peu contraignantes pour l'État, inexistantes pour les collectivités territoriales, les exigences de mise en concurrence ne constituent absolument pas un frein à la politique de vente. Les exigences les plus fréquentes et, finalement, les plus contraignantes, sont celles relatives à la contrepartie : les propriétaires publics, à l'exception notable des plus petites communes, sont tenus d'évaluer leurs biens avant de les céder ; en outre, aucun propriétaire public, y compris ceux exemptés de l'obligation d'évaluation préalable, ne peut céder un bien sans contrepartie appropriée, surtout lorsque l'acquéreur poursuit des fins d'intérêt privé. Or, ces exigences ne sont pas vraiment contraignantes dès lors que l'intention du propriétaire public est de vendre pour remédier à la crise des finances publiques, puisque la contrepartie d'un niveau au moins égal à la valeur du bien cédé est précisément ce qu'il recherche. Le droit domanial ne contrarie donc pas réellement les velléités de vente domaniale ; bien au contraire, il tendrait plutôt à les conforter.

Conclusion de la Partie 1

L'observation des règles de cession au regard d'une politique de vente menée dans un but financier fait apparaître une opposition entre deux qualificatifs bien connus des domanistes : le droit des cessions domaniales n'est pas seulement *compatible* avec une politique de vente ; il lui est proprement *conforme*.

Cette conformité se vérifie sur le plan de la cessibilité : même si le terme de « vente » reste encore peu employé en ce qu'il révèle un objectif embarrassant, les pouvoirs publics ne font aucun mystère d'une politique de cession dont la pérennité se vérifie à travers la création d'instances et d'outils précisément conçus pour céder. L'intention est donc de céder, et elle est appuyée par un droit domanial finalement fort peu regardant sur la nécessité d'une appropriation publique. L'on ne saurait, du reste, trouver dans les procédures de mise en concurrence une lourdeur de nature à réfréner les ardeurs de vente domaniale, dans la mesure où, quand elles existent, ces règles sont extrêmement souples, ce qui a le seul tort pour le cédant d'entraîner certaines polémiques médiatiques sur le choix de l'acquéreur ou sur le niveau de la contrepartie. Le propriétaire public qui veut céder son domaine à une personne privée le peut donc aisément.

Cette conformité se vérifie également sur le plan de la fonction de la politique de vente, menée pour capter une contrepartie monétaire, surtout lorsque sévit une crise des finances publiques. Bien que cet objectif de la politique de vente soit parfois nié, l'analyse historique révèle une évidente contemporanéité entre les ventes domaniales de masse et les périodes de crises budgétaires. En dehors de ces périodes, les personnes publiques préfèrent demeurer propriétaires des biens hérités des générations passées, utiles à leurs services ou plus directement affectés à l'utilité publique. Les comptes d'affectation spéciale, destinant l'excédent des produits de cession au désendettement de l'État, témoignent de toute l'actualité de cette fonction budgétaire de la cession, destinée à prendre la forme d'une vente. Le droit des cessions domaniales ne se préoccupe pas de l'opportunité de cette politique de vente ; il exige simplement la captation d'une contrepartie équivalente à la valeur du bien vendu, ce qui le met en adéquation avec les intentions des propriétaires publics dont la tentation de puiser dans le domaine, loin d'être apaisée, ne peut au contraire qu'être confortée.

C'est donc, finalement, ce contexte de finances publiques incitant à la vente et d'un droit domanial ne s'y opposant pas qui rend nécessaire dès à présent l'identification d'un domaine minimum, étanche à la politique de vente du domaine, quelles qu'en soient les justifications. Souvenons-nous d'ailleurs que la Révolution française fut le théâtre d'un double phénomène : c'est la vente des biens nationaux qui généra le besoin de déterminer, au travers de l'article 2 du titre 1^{er} de la loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, cette liste de biens qui, tels les chemins publics, les rues ou les fleuves, « *n'étaient pas susceptibles d'une propriété privée* ». Anticipons légèrement sur la suite : cette facilité à céder est encore confortée par les transformations de la propriété privée qui, à la faveur de jurisprudences récentes, tend vers l'admission des droits de jouissance perpétuels. La confirmation de cette admission rendrait alors plausible l'opération de vente d'un bien du domaine public à un acquéreur privé, sous condition d'affectation perpétuelle. Ce sont de nouvelles perspectives qui s'ouvrent pour les propriétaires publics, car même le domaine public pourrait devenir aliénable, et ce de façon totalement indolore pour son usager collectif⁹²⁰. Par conséquent, il importe de déterminer dès à présent les limites, si elles existent, de cette politique de vente, par l'identification d'un domaine incompressible.

⁹²⁰ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

Partie 2

Les limites de la rétraction du domaine : l'identification d'un domaine incompressible

389. Jusqu'où peut se prolonger une politique de rétraction du domaine ? La réponse à cette question appelle à un travail d'identification : celui des biens qui doivent rester appropriés par les personnes publiques. La question intéresse les théories de l'État, car elle conduit à s'interroger sur la viabilité et la pertinence d'une collectivité publique qui ne serait propriétaire d'aucun bien. Mais elle excède le champ de la pure théorie. Si, en 1942, Gilbert Maroger écrivait encore que la discussion de l'existence du domaine « *présente un intérêt pratique limité (...) On voit mal un particulier acheter une route, une place publique, un pont en laissant les biens à la disposition du public (...) Non seulement il serait invraisemblable qu'une collectivité publique eût l'idée de vendre un bien grevé d'une semblable affectation, mais encore il serait incroyable qu'un particulier pût songer à acquérir un droit purement théorique* »⁹²¹, le retour de la tentation budgétaire de la cession du domaine, l'affirmation d'une doctrine libérale extrême allant jusqu'à prôner la privatisation des rues⁹²² et l'absence de constitutionnalisation d'un domaine public minimum⁹²³ tempèrent l'incongruité d'une privatisation totale des biens domaniaux. La réflexion doctrinale reste aujourd'hui empreinte d'un recours à l'intuition, grevée d'une concession au doute : Christian Lavalie ne fait que

⁹²¹ MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. Capitant, Paris : Sirey, 1942, p. 318.

⁹²² SALIN (P.), *Libéralisme*, Paris : Odile Jacob, 2000, pp. 263 et 264 : l'auteur postule l'appropriation privée totale des rues au motif que « *les membres d'une copropriété n'éprouvent aucune difficulté à construire une route pour desservir les différentes habitations. L'usage de cette route peut être réservé aux copropriétaires, c'est à dire qu'ils exercent leur droit d'exclusion, mais ils peuvent aussi parfaitement décider d'en autoriser l'usage à tout le monde : en effet, ils ont tellement besoin de cette route pour eux-mêmes qu'ils sont de toute façon prêts à la financer et, l'utilisation par autrui n'impliquant probablement qu'un coût supplémentaire négligeable, ils n'éprouvent pas le besoin de mettre en place des procédures d'exclusion qui pourraient être trop coûteuses par rapport au gain obtenu. C'est ainsi que beaucoup de rues parisiennes étaient privées au XIX^e siècle, en ce sens que leur construction et leur entretien se faisaient uniquement sur les fonds privés des riverains, mais une grande partie de ces rues étaient ouvertes au public, tout au moins dans la journée (le caractère privatif permettant de satisfaire un besoin de sécurité la nuit en excluant les indésirables)* ». Voir également, pour l'anecdote, la diatribe sévère de l'économiste Bertrand Lemennicier contre l'appropriation publique des espaces publics, qui contribuerait à l'insécurité : « *c'est parce que les routes et rues sont libres d'accès que des gens qui n'ont rien à y faire circulent, observent, cherchent à faire des mauvais coups (...) Le fatalisme des citoyens vis-à-vis de ces problèmes est comparable à celui qui se manifeste lors des tremblements de terre (...) Personne ne s'avise qu'en réalité tous ces maux relèvent d'une origine commune : l'absence de droits privés de propriété sur le domaine public* » (« La privatisation des rues », *Le Journal des Économistes et des Études humaines*, juin/septembre 1996). Bien que l'on puisse immédiatement rétorquer que l'origine de ces « maux » réside davantage dans la liberté d'accès que dans la propriété publique, et que c'est donc la première qu'il faudrait sacrifier pour assurer la sécurité, l'auteur fournit quelques exemples de micro-communautés dont les rues sont entièrement privatisées... et, pour certaines, fermées au public non copropriétaire. D'ailleurs, de façon assez étonnante pour le juriste, l'auteur répond à six objections à la privatisation des rues (inconvenients techniques des péages fréquents, anarchie dans la réglementation de la circulation, ségrégation sociale...) parmi lesquelles ne figure pas celle qui paraît pourtant la plus évidente, à savoir l'atteinte à la liberté d'aller et venir... preuve s'il était besoin que celle-ci est définitivement reléguée au second plan. Voir également BLOCK (W.), *The privatization of roads and highways*, LVMI, 2009.

⁹²³ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 142.

« conjecturer »⁹²⁴ que la collectivité publique ne saurait exister sans domaine. La litote de Philippe Yolka, pour qui « *il n'est pas illégitime de douter qu'un État puisse exister sans domaine* »⁹²⁵ révèle également une certaine prudence. L'enjeu est d'autant plus crucial pour l'État que la privatisation totale peut dépasser la propriété, pour glisser vers la souveraineté : Anatole des Glajeux rapporte à ce propos que la crise des finances publiques de l'Ancien Régime engendra temporairement l'adjonction, au profit des engagistes du domaine, d'un privilège de justice⁹²⁶.

390. Quels biens, donc, méritent de rester hors du champ de l'appropriation privée ? C'est, en somme, l'éternelle recherche du meilleur *criterium* de la domanialité publique, celui qui justifierait une inaliénabilité maximisée, plus rigide et plus sécurisante que la simple exigence procédurale de la désaffectation et du déclassement préalables. Les auteurs qui procédèrent à cette recherche dès l'Ancien Régime s'inscrivirent souvent dans une démarche irrémédiablement subjective, révélée par la référence à la « nature » des choses. D'autres auteurs, plus récents, observant le niveau de protection de chaque catégorie de biens domaniaux, usèrent de l'image de l'échelle pour constater ou préconiser la protection juridique supérieure de certains biens. Dans cette optique, identifier le domaine incompressible revenait à identifier le plus haut barreau de l'échelle de la domanialité. Mais l'image de l'échelle présente l'inconvénient d'être trop simpliste, car la protection du domaine tend à varier en fonction du point de vue choisi (conditions d'utilisation, conservation, contentieux...) ⁹²⁷. Une superposition d'échelle rendrait mieux compte de la réalité, mais l'image ne remplirait plus alors sa fonction de simplification.

⁹²⁴ LAVIALLE (C.), « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G* 1994, I 3766. La même prudence se retrouve chez l'auteur dans la formulation de son opinion selon laquelle « *il semble parfaitement impossible (...) d'envisager l'existence d'un État sans domaine public* » (« Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, p. 483.

⁹²⁵ YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. 493.

⁹²⁶ DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 100 : « À la fin du règne de Louis XIV, le Trésor se trouva dans une telle pénurie, que, pour faire monter le prix des engagements, on conféra aux engagistes tous les privilèges qui jusqu'alors leur avaient été refusés. Non seulement on aliéna les justices avec les domaines, mais on les démembra des domaines royaux pour les aliéner séparément : c'était revenir aux immunités et aux concessions des premiers temps de la monarchie (...) La juridiction des engagistes (...) était contraire à toutes les notions reçues de souveraineté et même de suzeraineté. Aussi elle ne tarda pas à être abolie d'une manière radicale par l'édit du mois de mai 1715 ».

⁹²⁷ AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *Études et documents du Conseil d'État*, 1958, p. 35.

391. Un premier regard sur les systématisations doctrinales et les régimes juridiques conduirait à trouver un domaine public incompressible dans la très classique catégorie « biens affectés à l'usage direct du public ». Une étude plus approfondie invite pourtant à éclater ce « noyau dur » pour n'y maintenir que certaines de ces dépendances : la voirie routière, les cours d'eau navigables ou flottables, les lais et relais de la mer, les rivages de la mer, le sol et le sous-sol de la mer territoriale, les quais portuaires. L'éclatement s'apparente toutefois à une simple fêlure, car ces dépendances constituent la plupart des biens affectés à l'usage direct du public. Il n'en demeure pas moins vrai qu'elles restent, comme nous le verrons, les biens les mieux protégés.

392. Comme il est peu commode d'énumérer systématiquement ces choses qui nous semblent incompatibles avec l'appropriation privée, il convient d'en chercher les points communs pour les regrouper sous une appellation générique. Celle de « voies publiques » paraît la plus adaptée.

393. D'abord, ces choses sont des « voies ». Le *Littré* donne plusieurs définitions du terme, dont l'une retient notre attention : la voie est le « *moyen de transport par lequel les personnes, les marchandises cheminent d'un lieu à un autre ; mode de transport. Aller par la voie de terre, par la voie de mer* ». La « circulation », ici synonyme de « cheminement », est donc inhérente à la voie. Inutile par conséquent de parler de « voie de circulation », le terme de « voie » se suffit à lui-même. Le fait que cette définition suggère comme exemples la terre et à la mer manifeste en outre le caractère immobilier de la voie. Mais certains immeubles peuvent être utiles à la circulation sans pour autant que cette dernière ne soit leur vocation principale. C'est par exemple le cas de jardins publics, conçus pour l'agrément mais qui peuvent être utilisés par tout un chacun pour relier deux points. C'est pourquoi, malgré l'irréductible part d'arbitraire que recèle cette définition, nous considérerons comme des voies les immeubles dont la circulation constitue la vocation principale.

394. Sont d'abord « voies terrestres » l'ensemble des immeubles terrestres servant principalement la circulation, y compris bien sûr la circulation piétonne. Est donc incluse toute la voirie routière et ses accessoires, les places aménagées même pour la circulation des seuls piétons. En revanche, comme il l'a été dit, sont exclus les jardins publics dont la vocation première réside dans l'agrément du public et non dans le cheminement d'un lieu à

l'autre. La même remarque vaut pour les promenades qui, malgré leur nom, servent avant tout à des activités récréatives : pour assimiler à des « promenades » des dépendances pourtant qualifiées de « places » par l'administration⁹²⁸, le juge use en effet d'indices relatifs à l'agrément, tels que l'interdiction de la circulation par véhicule, la présence d'espaces verts ou celle d'aires de jeu. Concluant, dans l'affaire Berthier⁹²⁹, en faveur de l'apposition à une place de la qualification de « promenade », le commissaire du gouvernement Henry relevait que cette dernière était densément arborée, servait surtout l'agrément du public désireux de profiter des espaces verts, et n'avait de toute façon pas vocation à assurer la circulation dans la mesure où les immeubles riverains étaient rares et disposaient d'un autre accès⁹³⁰. Ces voies terrestres comprennent également les voies ferroviaires, ainsi que les voies fixes des transports en commun tels que métros, tramways et monorails. Quoiqu'accessoires d'une voie publique aquatique, il convient également d'inclure dans la voie terrestre lais et relais de la mer constitutifs de plages qui, malgré leur indéniable part d'agrément, peuvent constituer un passage obligé pour accéder à la mer, elle-même voie publique. Pour les mêmes raisons, il faut inclure dans les voies publiques les quais des ports maritimes et fluviaux. La définition des ports maritimes telle que donnée par la Cour de justice des Communautés européennes est transposable aux ports fluviaux, et met bien en exergue leur fonction de circulation : il s'agit

⁹²⁸ L'enjeu de cette qualification est d'importance, car les promenades échappent au régime de la contravention de voirie routière et aux aiances de voirie, contrairement aux places.

⁹²⁹ CE, 22 avril 1960, *Berthier*, rec. p. 264 ; *ADJA* 1960 p. 78, note Combarrous et Galabert ; *RDP* 1960, p. 1223, concl. Henry.

⁹³⁰ « *Il est manifeste qu'elle [la place] a toujours été plantée d'arbres de façon très dense et qu'elle a toujours été utilisée davantage par des promeneurs désirant jouir de l'agrément du jardin public que par des piétons ou des véhicules participant à une circulation générale qui n'a d'ailleurs aucune raison d'exister à cet endroit. Le seul riverain qui borde la place est le sieur Berthier ; sa propriété a également accès sur la route départementale n° 11. Si une salle des fêtes borde cette place sur son autre côté, l'entrée principale de cette salle se trouve sur la route départementale (...) Seuls les utilisateurs du terrain de basket-ball sont obligés de passer par la place pour se rendre au lieu de leur jeu, mais cela ne permet pas de considérer qu'elle est affectée à la circulation générale* » (*RDP* 1960, p. 1235). Voir également CE, 13 octobre 1997, *M. et Mme Eddy X...*, req. n° 149065 : « *Si la place du Tisart est traversée en son milieu par une voie ouverte à la circulation des véhicules automobiles, sa partie nord a été spécialement aménagée en aire arborée de promenade et de loisir, avec l'installation de bancs publics, d'espaces engazonnés et de plusieurs terrains destinés à la pratique du jeu de boules ; qu'elle ne présente donc pas le caractère d'une voie affectée à la circulation générale ni celui d'une dépendance de la voie publique* » ; CAA Lyon, 28 décembre 2010, *Communauté urbaine de Lyon*, req. n° 08LY01204 : « *Considérant (...) que cette place, qui comporte des parties engazonnées et arborées et n'est pas accessible aux véhicules, a été aménagée en promenade ; qu'ainsi, elle ne présente pas le caractère d'une voie publique affectée à la circulation générale ou d'une dépendance de la voie publique* » ; CE, 11 décembre 1985, *Ville d'Annecy*, req. n° 67115 : « *Considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier que les espaces verts et jardins auxquels s'applique l'arrêté (...) ne constituent pas des voies publiques affectées à la circulation générale, mais des promenades publiques affectées en cette qualité à l'usage du public et aménagées à cette fin* ».

des « *infrastructures, même de faible importance, dont la fonction est de permettre l'embarquement des marchandises ou des personnes transportées par la mer* »⁹³¹.

395. Les cours d'eau navigables et les canaux composent la voie fluviale. Le statut de « navigable », qui fonda longtemps la domanialité publique, dépend précisément d'une aptitude à supporter la circulation.

396. Les dépendances du domaine public maritime prêtent davantage à discussion, peut-être parce que leurs caractéristiques physiques ne ressemblent pas à l'image communément admise d'une « voie ». D'abord, il paraît incontestable que certaines des dépendances de ce domaine public, telles les réserves foncières ou la zone des cinquante pas géométriques, ne servent pas à titre essentiel la circulation. En revanche, nous pouvons inclure dans les voies publiques maritimes le rivage de la mer et la mer territoriale, dont la propriété publique s'exprime à travers celle du sol et du sous-sol, l'eau de la mer étant classiquement considérée comme insusceptible d'appropriation. Comme les lais ou relais de la mer qui le précèdent, le rivage de la mer constitue en effet un passage obligé pour accéder à la mer territoriale qui le longe ; cette mer territoriale est elle-même un passage obligé vers (ou depuis) l'extérieur des terres. Cette fonction de circulation de la mer, déjà perceptible dans ce que le *Littré* nomme la « voie de mer », est attestée par de nombreux éléments. Évoquons d'abord la préface de l'Ordonnance de la Marine, qui semble résumer la fonction de la mer à la navigation et au commerce⁹³². Citons également Grotius qui, dans *Mare liberum*, fonde tout son raisonnement sur « *cette règle certaine, évidente et immuable du droit des gens, qu'on appelle primitif qu'il est libre à toute nation de communiquer avec une autre, et de négocier avec elle. Dieu lui-même le prononce ainsi par nature* »⁹³³. Enfin, il faut noter que le fait d'accorder des droits spécifiques sur la mer territoriale en fonction, initialement, de la portée des canons placés sur la côte révèle bien l'idée que cette bande de mer était un point de passage permettant à des navires étrangers, potentiellement belliqueux, d'accéder au territoire. La réserve de la zone

⁹³¹ CJCE, 9 mars 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C323/03 ; *Droit maritime français* 2006, p. 536, note Rézenthel.

⁹³² « *Il n'y a point de Peuples, de Rois ni de Princes souverains, qui n'ayent regardé la Navigation & le Commerce Maritime comme une des principales sources de la richesse & de la félicité de leurs États, & comme un moyen également prompt & seur pour s'aggrandir & pour se défendre de leurs Ennemis* ».

⁹³³ trad. in DE RAYNEVAL (M.-J.), *De la liberté des mers*, Tome 1, Paris : Treuttel et Wurtz, Arthus Bertrand, Delaunay, 1811, p. 5. On lit également, dans les premières lignes d'une thèse de 1913 sur la mer territoriale, que « *depuis les temps les plus reculés, la mer joue un rôle important dans l'économie des sociétés humaines. La mer est une voie de communication, en temps de guerre et en temps de paix* » : RAESTAD (A.), *La Mer territoriale. Études historiques et juridiques*, Paris : A. Pedone, 1913.

des cinquante pas géométriques révèle encore la vocation de la mer à la circulation, puisqu'elle visait à bénéficier d'un recul suffisant pour « éviter les descentes de navires »⁹³⁴ en provenance du large.

397. Les choses que nous considérerons comme devant échapper à l'appropriation privée appartiennent donc toutes à la catégorie des voies ; mais elles revêtent une seconde caractéristique : ce sont des voies « publiques ». **Ce caractère « public » que nous leur attribuons est purement fonctionnel.** Il ne préjuge aucunement de l'appropriation publique ; dans le cas contraire, affirmer que les voies publiques sont ou doivent être appropriées par des personnes publiques serait une tautologie. Il s'agit donc des voies sur laquelle la circulation revêt un caractère public, c'est-à-dire, toujours selon une définition académique, « *commun, à l'usage de tous* », qui implique non seulement une ouverture à l'usage d'une masse non quantifiée de personnes indifférenciées, mais aussi un usage par principe libre et autonome : le public a la possibilité d'utiliser la voie, de ne pas l'utiliser, ou de cesser de l'utiliser en cours d'utilisation. En clair, la liberté, avec les limites qui lui sont inhérentes, est le mode d'usage de la voie. La conséquence est que seule la voie publique autorise un **déplacement autonome** du public, qui y circule par ses propres moyens de locomotion. Ainsi excluons-nous des voies publiques les voies fixes qu'empruntent les transports en commun, telles que les voies ferrées ; ainsi ne conservons-nous, dans les ports, que les choses qui peuvent être utilisées par le public de façon autonome, c'est-à-dire les quais et les immeubles qui, comme les digues, lui en permettent l'accès. Cette liberté comme mode d'usage avait déjà été utilisée par Duguit pour justifier le positionnement des voies ferrées sur le deuxième barreau de son échelle : « *Les chemins de fers ne sont point affectés au libre usage du public, à la différence des routes, des cours d'eau. Si l'administration m'empêche de passer sur une route ou si, parce qu'elle l'entretient mal, il m'y arrive un accident, c'est elle qui est en faute et qui sera responsable. Si, au contraire, je passe sur une voie ferrée, je commets une contravention. Cette simple observation fait toucher du doigt la différence fondamentale existant entre les dépendances de la première catégorie et les chemins de fer (...) Pour eux, les pouvoirs de l'administration consistent à maintenir et à protéger non pas l'usage public, mais leur*

⁹³⁴ Code général de la propriété des personnes publiques, commenté sous la direction de Philippe Yolka, LexisNexis, 2014, p. 500.

affectation en tant que moyen au fonctionnement du service public de transport en commun »⁹³⁵.

398. Nous considérerons par conséquent comme « voies publiques » les biens immeubles dont la vocation principale est la circulation libre et autonome du public.

399. L'on pourrait nous opposer que la « voie publique » est une notion déjà employée par de nombreuses branches du droit. Par exemple, en droit administratif, l'article L. 2212-2 du CGCT dispose que la police municipale comprend notamment « *tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques* » ; en droit pénal, l'article R. 644-2 du Code pénal réprime « *le fait d'embarrasser la voie publique* » ; en droit civil, l'article 682 accorde un droit de passage sur le fonds voisin au « *propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue* ». Toutefois, le fait que les exemples puissent être multipliés à l'envi prive justement la « voie publique » d'une définition uniforme. L'article R. 581-1 du Code de l'environnement offre de la voie « *ouverte à la circulation publique* » une définition qui se rapproche de celle, académique, que nous avons dégagée : « *Par voies ouvertes à la circulation publique (...) il faut entendre les voies publiques ou privées qui peuvent être librement empruntées, à titre gratuit ou non, par toute personne circulant à pied ou par un moyen de transport individuel ou collectif* »⁹³⁶. Mais à cette définition large de la « voie publique », en répond une beaucoup plus étroite dans le cadre des aisances de voirie. Si le juge indique que « *le libre accès des riverains à la voie publique est un accessoire du droit de propriété* »⁹³⁷, il restreint la notion de « voie publique » au domaine public routier et exclut non seulement les domaines publics maritime et fluvial⁹³⁸, mais aussi des dépendances terrestres telles que les promenades, les parcs et les jardins publics⁹³⁹. En revanche, les « voies publiques » dont l'entrave est réprimée par le juge pénal, si elles restent limitées au domaine public terrestre, incluent les jardins publics⁹⁴⁰. En matière

⁹³⁵ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Tome 2, Paris : É. de Boccard, 1923, pp. 340 et 341.

⁹³⁶ Notons que cette définition sous-entend que la « voie publique » *stricto sensu* n'est pas nécessairement ouverte au public

⁹³⁷ CE, réf., 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, req. n° 347345 ; *AJDA* 2011, p. 1562, note Févrot ; *JCP A* 2011, n° 2167, note Moreau ; *RJEP* n° 687, juin 2011, comm. 31, note Chabrier.

⁹³⁸ CE, 14 décembre 1921, *Préfet des Côtes-du-Nord*, rec. *Lebon* 1921, p. 1055.

⁹³⁹ CE, 9 mai 1902, *Consorts Descat*, rec. *Lebon*, 1902, p. 359.

⁹⁴⁰ Cass. crim. 19 janvier 1884, *DP* 1885, 5, p. 523 : « *la disposition de l'art. 471-4° c. pén., qui interdit d'embarrasser la voie publique, est applicable à une place dite du cours, qui constitue un jardin public et qui est ouverte à la libre circulation des habitants ; Une place de cette nature est comprise dans la petite voirie et forme*

de police administrative, la notion de « voie publique » se trouve encore plus élargie : le Conseil d'État tire de la disposition selon laquelle la police municipale comprend « *tout ce qui intéresse la sûreté, la sécurité et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques* » la légalité des arrêtés interdisant la circulation de chevaux sur une plage⁹⁴¹ : c'est dire que la plage fait partie de la voie publique. Le juge civil admet quant à lui que la voie publique à laquelle l'absence d'accès justifie un désenclavement n'est pas nécessairement routière, mais peut également être un terrain communal sur lequel le passage est toléré⁹⁴². Un guide méthodologique publié par l'administration précise que par l'expression « voie publique », sur laquelle l'article L. 223-1 du Code de la sécurité intérieure autorise la transmission et l'enregistrement d'images par vidéoprotection, « *il convient d'entendre certes les routes, mais aussi les voies d'eau* »⁹⁴³.

400. Les définitions juridiques de la voie publique sont donc suffisamment diverses pour qu'il nous soit autorisé de conserver notre définition académique. Au surplus, on observera que l'un des éléments transversaux à toutes les définitions juridiques précitées est qu'il s'agit de biens dont le mode d'usage est la liberté : aucune conception de la voie publique n'intègre, par exemple, les voies ferrées.

Arriver à dégager la nécessité d'une appropriation publique des voies publiques est le résultat d'une double démarche. La première de ces démarches est strictement empirique : elle consiste en l'observation de l'évolution du droit positif et des doctrines domaniales, pour découvrir que les voies publiques telles que nous les avons définies sont mieux protégées que les autres dépendances (Titre 1). La seconde démarche, analytique, vise à confirmer le résultat obtenu par la première : elle consiste en une réflexion, au regard de la nécessité sociale de la circulation et des caractères de la propriété privée et de la collectivité publique, sur la nécessité d'une appropriation publique des voies publiques (Titre 2).

une dépendance de la voie publique, alors même qu'il est interdit aux voitures et aux cavaliers montés d'y pénétrer ».

⁹⁴¹ CE, 31 mars 1999, *M. Éric X...*, req. n° 160880 ; CE, 24 juillet 1987, *M. X... Saurat*, req. n° 62683.

⁹⁴² Civ. 3^{ème}, 4 mai 1973, *Gazette du Palais* 1973, 2, comm. p. 196.

⁹⁴³ Comité de Pilotage Stratégique pour le développement de la vidéo protection, *Votre projet de vidéo protection - Guide méthodologique*, p. 39. Pour plus de développements sur la notion de voie publique dans ce cadre, voir BENESTY (G.), « L'établissement des systèmes de vidéoprotection par les collectivités territoriales après la LOPPSI 2 », *AJCT* 2011, p. 322.

Titre 1

La protection juridique supérieure des voies publiques

Cette protection juridique supérieure des voies publiques est le constat qui résulte de l'observation des évolutions du droit positif et des positions doctrinales.

401. Précisions ici qu'il ne s'agit pas d'établir un régime *spécifique* aux voies publiques, qui les distinguerait de toutes les autres choses : certaines règles de cette protection juridique supérieure s'appliquent également à des biens qui ne sont pas des voies publiques. Alors qu'elles ne sont pas des voies publiques, les forteresses et remparts furent par exemple toujours considérés par l'ancienne doctrine comme devant rester hors de la propriété privée. D'ailleurs, le domaine public militaire est protégé par le régime des contraventions de voirie⁹⁴⁴ ; de même pour le domaine public ferroviaire qui, de surcroît, impose à ses voisins certaines charges particulières. Il est également permis de croire que certains services publics correspondant aux droits-créances du préambule de la Constitution de 1946 doivent être fournis gratuitement, ce qui implique la gratuité de l'usage des choses qui en sont le support.

402. La seule spécificité des voies publiques est finalement de bénéficier de *l'ensemble* des principes qui protègent leur destination. C'est cette protection *maximisée* qui les distingue des autres biens. Par exemple, le domaine public ferroviaire est certes, comme les voies publiques, protégé par le régime des contraventions de voirie ; mais, contrairement aux voies publiques, son usage n'est pas en principe gratuit. À l'inverse, l'alinéa 13 du préambule de la Constitution de 1946 impose l'organisation d'un enseignement public gratuit, ce qui suppose entre autres la gratuité de l'accès aux écoles ; mais ces écoles ne sont pas protégées par le régime des contraventions de voirie, et ne font pas partie des biens qui ont toujours été considérés par la doctrine et le droit positif comme devant échapper à la propriété privée.

⁹⁴⁴ Nous retenons en effet une définition large de la « contravention de voirie ». Voir sur ce point l'introduction de la Section 1 du Chapitre 2 du présent Titre.

403. Précisions également que cette protection juridique supérieure est une tendance, et non une constante. On trouvera donc certaines exceptions, mais leur portée est en général limitée par un contexte juridique particulier. Il existe bien des voies ouvertes à la circulation du public qui appartiennent à des personnes privées. Cette appropriation privée est toutefois juridiquement considérée comme une anomalie⁹⁴⁵. En Angleterre, comme se plaisait à le noter Jèze, les routes peuvent être cédées à des personnes privées ; mais la conception anglaise du droit de propriété privée accorde beaucoup moins d'importance à son exclusivité que la conception héritée du droit romain.

404. La supériorité de la protection juridique des voies publiques et de leur destination est visible sur deux plans. Sur un plan organique, elle consiste en un rejet de l'appropriation privée des voies publiques (Chapitre 1). Cela dit, comme le libre usage des voies publiques ne peut se satisfaire d'une simple relation d'appartenance différente du droit commun, d'autres garanties sont nécessaires, en relation directe avec le bénéficiaire des voies : c'est la protection fonctionnelle, qui elle aussi est maximale pour les voies publiques (Chapitre 2).

⁹⁴⁵ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

Chapitre 1

La protection organique supérieure des voies publiques

Ce rejet de l'appropriation privée des voies publiques est d'abord manifeste dans les systèmes doctrinaux d'identification du domaine public. La doctrine, depuis l'Ancien Régime, a forgé plusieurs systèmes pour isoler certaines choses de l'emprise de propriétaires privés ; dans chaque système, figurent parmi ces choses les voies publiques. Ces voies se situent donc à la croisée des systèmes doctrinaux d'identification du domaine public (Section 1). Quant au droit positif, s'il n'exclut pas totalement la compatibilité des voies publiques et de la propriété privée, le rapport qu'il crée entre les deux est pour le moins conflictuel (Section 2).

Section 1. Le positionnement des voies publiques à la croisée des systèmes doctrinaux d'identification du domaine public

Si nous nous autorisons à étudier la doctrine dans cette partie relative à l'observation du droit, et non dans celle relative à l'analyse de l'incompatibilité entre voies publiques et appropriation privée, c'est parce qu'elle s'inscrit, pour l'essentiel, dans une démarche plus intuitive qu'analytique. Autrement dit, les auteurs, et notamment les plus anciens, se limitèrent souvent au constat d'une impossibilité de l'appropriation privée généralisée des voies publiques. Le point d'orgue de cette préférence pour l'intuition fut la référence à un domaine public « par nature », principalement constitué de voies publiques (§ 1). Mais même les auteurs qui forgèrent des modèles de domanialité publique fondée sur l'affectation ne s'appesantirent pas sur les voies publiques, tant il était évident que celles-ci répondaient aux nouveaux critères (§ 2), et cherchèrent surtout à inclure ou à exclure du domaine public d'autres biens dont l'importance de l'affectation était plus discutable.

§ 1. La domanialité publique des voies publiques dans les systèmes d'identification fondés sur la nature des choses

Comment identifier les choses suffisamment importantes pour échapper à l'appropriation privée ? La théorie de la domanialité publique par nature, comme son nom l'indique, recourt à la « nature » des choses pour justifier, selon une méthode intuitive, l'exclusion de l'appropriation privée (A). Même si ce raisonnement fondé sur la nature inspira à juste titre la méfiance des juristes, il est symptomatique, pour notre propos, de constater que l'intuition des théoriciens les conduisit à inclure systématiquement les voies publiques dans ces modèles (B).

A. La domanialité par nature, une méthode intuitive

La formulation de la théorie de la domanialité publique par nature est loin d'être uniforme et varie sensiblement selon les auteurs, intégrant parfois la notion d'affectation (1). Elle présente toutefois la spécificité de toujours résulter d'une intuition plus ou moins assumée (2).

1. Un effet de la nature variable selon les doctrines

D'après cette théorie, l'inaptitude de la chose à l'appropriation privée découle de sa nature. Mais on trouve en réalité plusieurs modèles, selon l'intensité du lien entre la nature et le rejet de cette appropriation. De rares auteurs privilégient un lien immédiat (a), mais la plupart de la doctrine transite par la notion de « destination » (b).

a. Le lien direct entre la nature de la chose et son inaptitude à l'appropriation privée

405. Pour les rares auteurs qui postulent ce lien immédiat, la nature physique même de certaines choses en excluait toute appropriation, comme c'est le cas pour les *res communes*. Ce point de vue se retrouve d'abord, quoique de façon assez limitée, chez Toullier. Se référant au Code civil, il soutient qu'il existe, dans le domaine public, certaines choses telles que les fleuves navigables ou les ports qui « *par leur nature ne sont pas plus susceptibles d'être*

possédés par des particuliers, que la mer et les eaux qui les couvrent »⁹⁴⁶. À côté de ces biens, Toullier admet l'inclusion dans le domaine public de biens hors du commerce mais susceptibles de propriété dès lors que cesse leur destination⁹⁴⁷.

406. Mais c'est chez Ducrocq que l'on trouve imprimée le plus profondément l'idée d'une domanialité publique par nature. Pour Ducrocq, l'inaptitude à la propriété est une condition *sine qua non* de la domanialité publique : d'après sa théorie, « être non susceptible de propriété privée par sa nature »⁹⁴⁸ est, avec l'affectation à l'usage de tous et la localisation sur le territoire français, l'un des trois critères de la domanialité publique. L'auteur précise cette première condition : « C'est bien par leur nature physique que les fleuves et rivières navigables, que les rivages de la mer (...) sont insusceptibles de propriété privée ; et c'est bien manifestement en raison de cette inaptitude physique, de cette résistance naturelle à l'appropriation privée, que la loi les a nominativement classés dans le domaine public. De même les ports, qu'ils soient l'œuvre de la Providence ou de la main des hommes, comme les routes, sont insusceptibles de propriété privée en raison de leur nature physique actuelle, et c'est cette circonstance, et non les actes administratifs de classement, qui en fait des dépendances du domaine public (...) Il résulte (...) que la route elle-même ou le chemin de fer, créations toujours artificielles, n'auront les privilèges de la domanialité publique que du jour où ils existeront à l'état de route ou de chemin, et non du jour des décrets d'ouverture, de concession ou de classement »⁹⁴⁹. L'erreur de Ducrocq est de dissocier autant l'inaptitude à la propriété privée de la destination du bien. Bien des auteurs avant lui, que l'on classe parmi les tenants de la domanialité publique par nature, avaient pourtant exprimé le fait que cette inaptitude n'était pas directement le résultat de la nature, mais celui de la destination du bien, c'est-à-dire de son affectation naturelle.

b. Le lien indirect entre la nature de la chose et son inaptitude à la propriété privée : l'intermédiation de la destination

407. Le raisonnement se déroule cette fois-ci en deux étapes : d'abord, la nature du bien est d'être affectée à l'usage du public ; ensuite, et pour des raisons encore admises aujourd'hui,

⁹⁴⁶ TOULLIER (C.-B.-M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 2^{ème} éd., Tome 3, Paris : B. Warée, 1819, p. 26.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁹⁴⁸ DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, 6^{ème} éd., Tome 2, Paris : Ernest Thorin, 1881, p. 109

⁹⁴⁹ *Ibid.*, p. 110.

cette affectation à l'usage du public interdit la propriété privée. C'est dans la première étape qu'apparaît l'œuvre de la nature. Le rivage de la mer n'est pas insusceptible de propriété juste parce qu'il est le rivage de la mer : il est insusceptible de propriété parce que son affectation naturelle, sa « destination » (le terme est d'ailleurs révélateur d'une certaine fatalité), c'est l'usage du public. Le résultat est le même : c'est la nature de la route, du fleuve ou du rivage qui est au final la cause de son relègue la nature à une place plus juste. La nature de la chose ne commande pas immédiatement son inaliénabilité, elle en commande simplement la destination. Ce n'est qu'une fois cette destination constatée qu'intervient la construction théorique de l'inaliénabilité. L'élaboration de l'article 538 du Code civil est peut-être révélatrice de deux étapes successives, celle d'une affectation naturelle puis d'une inaliénabilité conceptuelle. L'article disposait que « *les chemins, routes et rues à la charge de l'État, 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 considérées comme dépendances du domaine public* ». Certes, on ne trouve pas de référence à l'affectation ; mais il est possible de croire que cette absence résulte justement de l'évidence de cette affectation, de son caractère naturel. En revanche, la conséquence qui en est l'inaliénabilité (« ... *ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* ») est quant à elle clairement précisée, parce qu'elle méritait de l'être. Avant d'être la première cause de l'inaliénabilité, l'inaptitude du bien à la propriété privée était peut-être la première conséquence de l'affectation.

408. Les auteurs de l'Ancien Régime qui défendirent cette conception s'abstinrent toutefois de justifier cette destination et se bornèrent à la constater. Loyseau, par exemple, constatait que les quatre catégories de choses hors du commerce d'après les juristes romains⁹⁵⁰ se caractérisaient par le fait que « *l'usage en demeure à un chacun* »⁹⁵¹, et en déduisait leur inaptitude à leur propriété privée ; mais le fait que l'usage demeurait à chacun, lui, restait inexpliqué. Domat ne questionnait pas plus le statut des places publiques, grands chemins « *et autres choses de cette nature, qui sont hors du commerce des particuliers et destinées à l'usage du public* »⁹⁵². Lefèvre de la Planche qualifiait la mer de chose publique parce qu'elle

⁹⁵⁰ Choses communes, choses publiques comme les rivières et les chemins, choses des villes, choses sacrées.

⁹⁵¹ LOYSEAU (C.), *Traité des seigneuries*, Paris : chez Abel L'Angelier, 1608, p. 70.

⁹⁵² DOMAT (J.), *Le Droit public. Des lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome 4, Paris : Jean-Baptiste Coignard, 1697, p. 161.

servait de communication entre les hommes⁹⁵³. Son annotateur Lorry estimait que les rivières étaient destinées aux usages publics, car rendues navigables par la nature⁹⁵⁴.

409. La justification de l'inaliénabilité par cette « affectation naturelle » qu'est la destination fut encore employée par les exégètes du Code civil, lorsqu'ils cherchèrent à identifier les « *biens insusceptibles de propriété privée* » qu'évoquait l'article 538. Pardessus soutint par exemple que le domaine public était composé notamment de biens consacrés « *par leur nature* »⁹⁵⁵ à l'usage de tous ou au service de l'État. Delvincourt développa ce rapport entre la nature de la chose et sa destination : relevant d'abord que certains biens devaient « *changer de nature* »⁹⁵⁶ pour ne plus faire partie du domaine public, il précisa sa pensée à travers l'exemple d'un rempart : « *C'est pour cela qu'un rempart est hors du commerce, tant que la place est ville de guerre, et qu'il devient susceptible d'être propriété privée, quand la place n'est plus ville de guerre, parce qu'alors ce n'est plus, à proprement parler, un rempart* »⁹⁵⁷. On ne saurait mieux dire qu'un rempart est, par nature, destiné à l'intérêt général ! De même, qu'une bande de terrain ne soit plus clairement délimitée ni recouverte d'un revêtement un tant soit peu solide, et elle perdra alors sa nature de route pour retourner dans le commerce ; mais tant qu'elle conserve les caractéristiques physiques de la route, elle demeure vouée à l'usage public. C'est là le sens du discours de Delvincourt.

410. Berthélemy, que l'on associe souvent à Ducrocq pour ses développements sur le domaine public par nature, s'en distinguait pourtant par l'intermédiation de la destination entre la nature de la chose et son inaptitude à la propriété. Certes, il semblait parfois, comme Ducrocq, distinguer la destination du bien de sa nature. On lit ainsi que « *les seules choses (...) qui, par leur nature ou par suite d'une destination qui emporte une dénaturation effective, échappent aux règles de droit civil, sont les portions de territoire affectées à un usage public et non susceptibles de propriété* »⁹⁵⁸, comme s'il s'agissait là de deux conditions indépendantes ; mais le reste de son propos révèle au contraire le lien entre l'inaptitude à la propriété et la destination. Il note en effet que les biens du domaine public « *servent à tout le*

⁹⁵³ LEFÈVRE DE LA PLANCHE, *Mémoires sur les matières domaniales, ou traité du domaine*, Tome 1, Paris : Desaint & Saillant, Vincent, 1764, p. 6.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 16, note a.

⁹⁵⁵ PARDESSUS (J.-M.), *Traité des servitudes, ou services fonciers*, 2^{ème} éd., Paris : Garnery, 1810, p. 79.

⁹⁵⁶ DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Tome 1, Dijon : Victor Lagier ; Paris : Videcoq, 1834, p. 145.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 341 de la partie « Notes et explications »,

⁹⁵⁸ BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris : Arthur Rousseau, 1913, p. 411.

monde »⁹⁵⁹ et ajoute que la domanialité publique se justifie « *essentiellement par l'affectation à l'usage de tous de portions du territoire, lesquelles cessent ainsi d'être susceptibles de propriété* »⁹⁶⁰. Le rejet de l'appropriation résulte là encore de l'affectation, laquelle est pensée « naturelle » pour la mer et les cours d'eau navigables, et « destinée » pour les voies de communication.

411. Hauriou lui-même, quoique notoirement opposé à tout domaine public par nature, se montre mal à l'aise avec le domaine public naturel. Il critique d'abord la théorie de Berthélemy, arguant de l'existence de concessions d'endiguage et de créement futur pour montrer que même les domaines publics maritime et fluvial naturels ne sauraient être considérés comme insusceptibles, par nature, de propriété⁹⁶¹. Mais, probablement conscient du fait qu'un terrain endigué est un mauvais exemple puisqu'il ne fait plus alors partie de la mer, il concède que « *les rivages de la mer et les fleuves navigables sont les seules dépendances dont on puisse dire en un certain sens qu'elles sont par leur nature insusceptibles de propriété publique ; leur nature s'oppose, en effet, non pas absolument à l'appropriation privée, mais à ce qu'elles puissent être désaffectées administrativement pour être vendues* »⁹⁶². Peut-être, lorsqu'il parle d'affectation et de désaffectation, pense-t-il simplement à l'« incorporation » du bien dans le domaine public naturel, effectivement tributaire de phénomènes naturels, et non à sa destination qui resterait conception humaine ; mais plus loin dans son traité, il donne sans la critiquer une définition du domaine public maritime empruntée à Picard, postulant clairement l'existence d'une affectation « par l'œuvre de la nature » : « *D'après M. Picard, le domaine maritime comprend tous les objets qui soit par l'œuvre de la nature, soit par le fait de l'homme, sont affectés à la navigation et à la pêche maritimes. Ce sont : les rivages de la mer, les étangs salés, les ports et leur outillage, les phares et balises* »⁹⁶³.

412. Signalons enfin la référence plus occasionnelle à l'« essence » du bien, similaire à la nature : Jean-Jacques Chevallier considérait ainsi, à propos des voies maritimes, fluviales et terrestres, que « *par essence et par raison d'être, elles sont affectées à l'usage direct du*

⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 406.

⁹⁶⁰ *Id.*, p. 415.

⁹⁶¹ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris : L. Larose, 1900, p. 618.

⁹⁶² *Ibid.*, p. 612, note 3.

⁹⁶³ *Id.*, p. 633.

public »⁹⁶⁴. La jurisprudence avait déjà précédé l'auteur dans l'emploi du terme, à propos des chemins publics. Un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 28 mars 1826 précisait en effet à propos d'un chemin communal « *qu'il est de l'essence et de la destination de ces choses ainsi publiques de servir à l'usage de tous, sans pour cela cesser d'être chose publique, et d'appartenir, comme telle, à la ville* »⁹⁶⁵. La référence, par ailleurs, à une « raison d'être » révèle également l'idée d'une destination : pour Maroger, « *on conçoit une différence très nette entre la destination d'un bien à l'usage public et la destination d'un bien aux services publics. Dans le premier cas, le bien est livré au public. C'est le public lui-même qui jouit du bien et cette jouissance commune est la raison d'être essentielle de l'existence du bien* »⁹⁶⁶.

2. La domanialité par nature, une méthode intuitive

413. La forme de domanialité publique par nature défendue par Ducrocq fit l'objet de très nombreuses critiques dès le début du XX^{ème} siècle⁹⁶⁷. Plus récemment, le doyen Auby relevait que « *l'idée que le domaine public est insusceptible de propriété privée, jadis soutenue par Ducrocq, paraît aujourd'hui bien difficile à admettre : nombre de dépendances du domaine public sont parfaitement susceptibles d'appropriation privée et ne se différencient en rien de biens faisant partie de patrimoines privés* »⁹⁶⁸. L'évolution des technologies confirme ce point de vue en laissant entrevoir l'appropriation de biens jugés longtemps techniquement inappropriables. Proudhon soutenait autrefois le caractère inappropriable de la haute mer en rappelant que « *la propriété dut son origine au fait du premier occupant, qui, en prenant la possession permanente d'un champ qui n'appartenait encore à personne, dut avoir le droit de le conserver pour jouir de la culture qu'il y avait exercée. Or la haute mer n'est pas susceptible d'une pareille occupation : donc elle n'est pas susceptible non plus de recevoir l'application du droit de propriété* »⁹⁶⁹. Bien que la loi maintienne dans le domaine public le

⁹⁶⁴ CHEVALLIER (J.-J.), *La compétence juridictionnelle en matière de contraventions de voirie*, Nancy : Impr. nancéienne, 1925, p. 7.

⁹⁶⁵ Cour d'appel de Colmar, 28 mars 1826, *Recueil de Jurisprudence générale du Royaume*, année 1828, p. 129.

⁹⁶⁶ MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. Capitant, Paris : Sirey, 1942, p. 11.

⁹⁶⁷ Voir sur ce point DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 322 s. ; voir également CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, pp. 277 s.

⁹⁶⁸ AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *Études et documents du Conseil d'État*, 1958, p. 36. Voir également

⁹⁶⁹ PROUDHON (J.-B.), *Traité du domaine public*, Tome 3, Dijon : Victor Lagier, 1833, pp. 34 et 35.

sol et le sous-sol de la mer territoriale, l'établissement de plates-formes pétrolières ou d'éoliennes à plusieurs kilomètres des côtes suffit à rendre ce point de vue obsolète. La domanialité publique fondée sur la seule nature du bien, pensé comme inappropriable sans même se référer à sa destination, ne peut être retenue.

414. Qu'en est-il des théories défendant l'affectation naturelle ? La vocation d'une route, d'un cours d'eau navigable ou du rivage de la mer est-elle nécessairement de supporter le passage du public ? Autrement dit, ces voies sont-elles *par nature* des voies publiques ? Maurice Lagrange répond négativement à cette question pour le domaine public artificiel : « *Il est faux, par exemple, de dire qu'une route est par sa nature insusceptible de propriété privée, alors que le propriétaire d'un grand domaine est parfaitement en droit de construire chez lui une route aménagée à ses frais et qui lui est exclusivement destinée* »⁹⁷⁰. Il est vrai qu'une route, d'après le *Littré*, n'est qu'une « *voie pratiquée pour aller d'un lieu à l'autre* », ce qui n'implique pas le passage public. Mais, étrangement, on éprouve plus de difficultés à concevoir le même raisonnement pour la « rue ». Si la définition du même dictionnaire (« *chemin bordé de maisons ou de murailles dans une ville, dans un bourg, etc.* ») ne fait pas immédiatement apparaître l'usage du public de la rue, peut-on vraiment concevoir une rue sans public ? Quant à la « place », sa définition même fait apparaître son affectation : elle est un « *espace, lieu public découvert et environné de bâtiments (...)* On dit dans le même sens : *place publique* ». L'affectation des rues et des places est encore plus naturellement dirigée vers l'usage public que le domaine public naturel, car elles sont précisément conçues par l'homme pour être affectées à l'usage de tous. En fait, l'élément clé qui rend difficile à concevoir la rue sans public, c'est le fait qu'elle soit, d'après la définition du *Littré*, « bordée » de maisons ; elle est en outre située dans une ville, ce qui implique une diversité des personnes propriétaires desdites maisons. Dès lors, ce qui fait que la rue ne peut être qu'une voie « publique », c'est le fait qu'elle borde et relie plusieurs fonds appartenant à des propriétaires différents. Le même raisonnement peut être appliqué à la route. Certes, la route n'est pas publique « par nature » lorsqu'elle est incluse dans une propriété. Mais elle le devient, de par sa localisation, lorsqu'elle borde et relie plusieurs propriétés de part et d'autre de son tracé. Or, si la « localisation » ne saurait s'assimiler parfaitement à la « nature », son caractère quasi-inamovible (difficile de déplacer une route, et *a fortiori* une rue) donne à l'argument une portée similaire.

⁹⁷⁰ LAGRANGE (M.), « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDP* 1974, p. 11.

415. Toujours est-il que dans la doctrine, la « destination » du bien à l'usage du public souffrit toujours de sa trop faible justification, le recours à la nature apparaissant comme un succédané commode à l'incapacité d'expliquer juridiquement cette destination. Domat s'en remettait même à une puissance divine pour justifier la destination publique de la mer, de ses rivages et des cours d'eaux qui s'y jetaient: « *Cet usage commun de la mer à toutes les nations du monde, est une suite toute naturelle de l'ordre divin, qui ayant rendu nécessaire aux hommes l'usage des eaux, les leur distribuë par les pluyes, par les sources, par les ruisseaux, par les rivières, & par les fleuves, dont le cours continuel demande une décharge proportionnée à leur abondance. C'est pour recevoir toutes ces eaux, qu'il a fait la mer, dont la vaste étenduë les reçoit de tous les pays ; & cette décharge, qui leur est commune, est en même temps une voye ouverte pour la communication de chacun aux autres* »⁹⁷¹. L'auteur écrivait aussi que « *c'est par la nature qu'un des usages que Dieu a donné aux mers, aux fleuves, & aux rivières, est celui d'ouvrir des voyes qui communiquent à tous les pays du monde par les navigations* »⁹⁷². Mais, comme le note Christian Laviolle, l'affectation est et demeure « *artificielle, en ce sens qu'elle est une création sociale* »⁹⁷³. L'argument de la nature révèle en réalité une intuition qu'il est - c'est le propre de l'intuition - difficile d'expliquer. Commentant le propos de Berthélemy, selon lequel « *on n'est pas surpris d'entendre dire que de telles choses sont inaliénables et imprescriptibles* »⁹⁷⁴, Patrice Chrétien estime qu'« *aussi naïf qu'il soit, ce commentaire (...) n'en exprime pas moins l'intuition très précise d'une forme spatiale fondamentale. On le devine écrit dans un bureau (espace privé), en regardant distraitement, par une fenêtre, la rue et les passants (espace public)!* »⁹⁷⁵. C'est là la véritable faiblesse de la référence à la nature : elle se fonde sur l'intuition des auteurs qui y recourent, sur une « impression » ancrée mais inexplicable, que de tels biens sont fatalement destinés à un usage commun⁹⁷⁶. Or, l'intuition a ceci d'évidemment contestable que ses résultats sont susceptibles de varier d'un auteur à l'autre.

⁹⁷¹ DOMAT (J.), *Le Droit public. Des loix civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 229.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 225.

⁹⁷³ LAVIALLE (C.), « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G* 1994, I 3766. Sur ce point, voir également du même auteur « Existe-t-il un domaine public naturel ? » ; *CJEG* 1987, p. 627.

⁹⁷⁴ BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris : Arthur Rousseau, 1913, p. 410

⁹⁷⁵ CHRÉTIEN (P.), *La distinction des domaines comme forme symbolique : recherches relatives au droit des biens publics*, Thèse Paris I, 1990, p. 174.

⁹⁷⁶ L'intuition irrigue d'ailleurs l'ensemble de la méthode de Berthélemy, qui fonde sa démarche sur la question de savoir « *quelles parties du domaine sont assez différentes des biens qui composent les patrimoines*

416. Mais justement, les défauts de la domanialité par nature contribuent à notre propos : le recours à cette méthode dont les auteurs eux-mêmes ne pouvaient ignorer qu'elle était scientifiquement contestable révèle précisément une finalité, celle d'assurer la protection juridique de certaines choses contre les prétentions des particuliers. Or, parmi ces choses, figurèrent systématiquement les voies publiques.

B. L'inclusion des voies publiques dans les énumérations des choses constitutives du domaine public par nature

Nos auteurs évoquèrent donc l'existence de choses dont l'essence ou la nature était de servir l'usage public. Leur démarche étant intuitive, ils durent étayer leur thèse par des exemples. Or, dans la liste de ces exemples, revinrent inlassablement ceux que nous considérons comme des voies publiques : les voies routières, les cours d'eau navigables et la mer et son rivage constituèrent ainsi le dénominateur commun aux théories domaniales faisant référence à la nature. Ce fut le cas dès l'Ancien droit (1), et l'intuition fut confirmée par le droit intermédiaire : la loi de 1790, reprise en cela par le Code civil, exclut du commerce juridique un certain nombre de choses nommément désignées et permit ainsi le maintien de l'idée d'une domanialité publique par nature (2).

1. Les voies publiques, éléments exemplatifs des théories du domaine public par nature dès l'Ancien Régime

417. Choppin fut probablement le moins loquace des auteurs classiques, puisqu'il se contenta de citer, parmi les biens insusceptibles de prescription, les palais, théâtres, chemins et promenoirs publics. Il ajouta toutefois à la fin de cette courte liste la mention « & autres semblables »⁹⁷⁷.

418. Loyseau, en revanche, étaya sa liste d'exemples dans laquelle on retrouve les voies terrestres, maritimes et fluviales : « *Il ne faut point demander à qui appartiennent les choses, qui sont hors du commerce (...) puisque de leur nature elles sont incapables de Seigneurie*

particuliers pour qu'une réglementation spéciale leur soit nécessaire » (Traité élémentaire de droit administratif, op. cit., p. 410).

⁹⁷⁷ CHOPPIN (R.), *Trois livres du domaine de la Couronne de France*, Paris : Michel Sonnius, 1613, p. 462.

privée (...) Nos jurisconsultes romains en ont fait de quatre sortes : à savoir les communes, qui sont communes à tous les animaux, comme les éléments, la mer, la pluye du ciel, celles qui sont communes aux hommes seulement, qu'ils ont appelées publiques, comme ceux qui diroit peupliques, c'est à dire dont l'usage est commun aux hommes, & non aux bestes, à savoir les rivières, les chemins. Celles qui sont communes à certaines communautés d'hommes seulement, qu'ils ont appelé res universitatis (...) Et finalement, celles qui par un respect particulier ne sont attribuées à aucun »⁹⁷⁸. On retrouve encore principalement des voies publiques dans cette énumération.

419. Domat consacra un titre entier de son traité à la police qui s'exerçait sur les lieux publics ; mais avant de dresser un panorama des règles de cette police, il énuméra dans une première section les « *diverses sortes de choses qui servent à des usages publics* »⁹⁷⁹. Qu'y retrouve-t-on ? Les mers, les fleuves, les ports, les ponts, les rues, les grands chemins, les places et les « autres lieux publics » (« *les Palais, les Collèges, les maisons de ville* »)⁹⁸⁰. Bien que Domat élargît quelque peu le spectre, on constate une césure entre les voies publiques, énumérées, et tout ce qui n'est pas voie publique, classé dans la catégorie « autres ». Si l'auteur ajoutait à sa liste les forêts et la chasse & la pêche, il précisait que c'était moins pour leur affectation au public que pour la protection qu'exigeait leur intérêt public.

420. Le premier livre du Mémoire de Lefèvre de la Planche, intitulé « *Des biens qui sont domaniaux par leur nature* », ne comprend en revanche aucun bâtiment : l'auteur n'y inclut que mer et les droits que les souverains pouvaient y exercer, les rivières navigables, lacs et étangs publics, les grands chemins, les péages, et les murs, remparts, fossés et contrescarpes des villes. On retrouve ici encore, entre autres biens, l'essentiel des voies publiques.

2. Une énumération consacrée par le droit intermédiaire et le Code civil

421. Est-ce vraiment un hasard si les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres et les rades, bref, les voies publiques, formèrent la liste complète des exemples figurant à l'article 2

⁹⁷⁸ LOYSEAU (C.), *Traité des seigneuries*, Paris : Abel L'Angelier, 1608, p. 70.

⁹⁷⁹ DOMAT (J.), *Le Droit public. Des loix civiles dans leur ordre naturel*, Tome 4, Paris : Jean-Baptiste Coignard, 1697, p. 227.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 231.

de la loi des 22 novembre - 1^{er} décembre 1790, au titre des « *portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles de propriété privée* » ? Aucune référence à l'affectation ne figure dans cette disposition, et c'est bien la nature qui semble ici fonder l'inaptitude des biens à la propriété privée.

422. L'article 538 du Code civil codifia cette disposition à droit presque constant ; presque, car furent exclus de l'énumération les chemins, routes et rues non à la charge de l'État. Cette exclusion tint probablement plus à une confusion entre des termes encore mal maîtrisés qu'à la volonté d'appliquer aux rues communales un régime de droit commun. Le « domaine public » étant alors parfois assimilé au « domaine de la Nation », les rédacteurs du Code civil ne voulurent pas courir le risque de mettre à la charge de l'État les voies communales⁹⁸¹. Quoiqu'il en soit, cette exclusion de la liste exemplative ne satisfait pas les exégètes du Code, visiblement soucieux de préserver la voirie communale de l'appropriation privée. Pardessus procéda ainsi à une extension pure et simple des dispositions de l'article 538 à une catégorie qu'il créa, celle du « domaine municipal », composé de choses « *consacrées dans les communes à des objets d'intérêt local et à l'usage de tous : telles que les rues, les chemins vicinaux, les places, les lieux désignés pour les rassemblements des marchés, etc.* »⁹⁸². Delvincourt aboutit au même résultat, mais en forçant l'interprétation du Code civil : d'après lui, les « *biens qui dépendent tellement du domaine public qu'ils ne peuvent, sans changer de nature, cesser d'en faire partie* »⁹⁸³ étaient précisément ceux énumérés par l'article 538, auxquels il ajoutait les « *portes, murs, fossés et remparts des places de guerre et forteresses* » évoqués à l'article 540. Mais il se détachait de la formule « *chemins, routes et rues à la charge de l'État* » figurant à l'article 538 pour lui substituer les « *chemins, routes et rues entretenus par le Trésor public* »⁹⁸⁴. S'il semblait d'abord ignorer la voirie communale en n'incluant dans cette catégorie que les grands chemins, les grandes routes, les chemins vicinaux et même certains chemins particuliers, il précisait immédiatement que les rues des communes devaient être assimilées soit aux grandes routes si elles en étaient la continuation à

⁹⁸¹ Voir en ce sens PELLOUX (R.), *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'Ancien Droit*, Paris : Dalloz, 1932, p. 84.

⁹⁸² PARDESSUS (J.-M.), *Traité des servitudes, ou services fonciers*, 2^{ème} éd., Paris : Garnery, 1810., pp. 80 et 81.

⁹⁸³ DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Tome 1, Dijon : Victor Lagier ; Paris : Videcoq, 1834, p. 145.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

l'intérieur de la commune, soit aux chemins vicinaux si elles ne servaient qu'aux communications intérieures⁹⁸⁵.

423. Les juristes spécialisés dans la voirie intégrèrent eux aussi les voies communales dans le domaine public. Isambert, par exemple, postule en 1825 la domanialité publique des places et rues, estimant que toute autre solution autoriserait les communes à en fermer l'accès aux personnes étrangères ou, tout du moins, à leur faire payer un passage⁹⁸⁶, et lie cette domanialité publique à l'affectation⁹⁸⁷. Garnier, appliquant plus scrupuleusement le Code, postule la domanialité publique des routes départementales en les incluant simplement dans la catégorie des « *biens non susceptibles de propriété privée* » mentionnée par l'article 538⁹⁸⁸. Quant aux routes communales, il estime que les chemins et rues qui ne sont pas le prolongement des grandes routes appartiennent bien aux communes à titre de propriété, mais en nuance les effets en raison de l'affectation : « *Si c'est uniquement l'usage auquel il est destiné qui le soustrait à l'empire de la règle commune, il faut reconnaître qu'aussitôt que cet usage a cessé, il rentre sous son influence* »⁹⁸⁹. Ainsi, tant que dure l'usage, la commune perd sa faculté de le supprimer et de le céder.

424. Proudhon lui-même, tout en prenant ses distances avec le Code, donne le sentiment de lier à la nature l'affectation des voies publiques. Certes, il indique d'abord que l'expression « domaine public » se rapporte « *aux choses publiques, qui sont soumises à la régie de cette puissance, c'est-à-dire aux choses qui sont, par les lois, destinées et asservies à l'usage de tous, et dont la propriété n'appartient exclusivement à personne, telles que les chemins*

⁹⁸⁵ *Id.*, pp. 341 et 342 de la partie « Notes et Explications », note 8.

⁹⁸⁶ ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie*, Tome 2, Paris : Constantine, Lecoq et Durey, 1825, pp. 388 et 389 : « Il n'y a aucun doute que les communes ne soient tenues d'entretenir les chemins ; mais de ce qu'elles doivent supporter cette dépense locale, était-il exact de conclure que les chemins et les rues ne font pas partie du domaine public ? Si cette conclusion était exacte, les communes pourraient fermer les accès de leurs chemins aux personnes étrangères à la commune, en leur faisant payer le passage, comme elles vendent ou afferment les produits de leurs autres biens communaux (...) Donc (...) il faut dire que les chemins et les rues entretenus par les communes, sont, comme les autres, une dépendance du domaine public ».

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 389, à propos des voies communales : « Seulement il y a affectation spéciale, et si ce chemin est supprimé comme inutile, il est juste que le terrain soit vendu au profit de la commune pour alléger d'autant ses charges ».

⁹⁸⁸ GARNIER (F.-X.P.), *Traité des chemins de toute espèce*, 4^{ème} éd., Paris : Rue des Beaux-Arts, 1834, p. 17 : « Bien certainement, les routes départementales ne sont pas susceptibles d'une propriété privée. Elles sont au contraire consacrées à un usage public général, et tant qu'elles ont cette destination, elles sont hors du commerce, les particuliers n'en peuvent prescrire la propriété ».

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 296.

publics, les routes, les rivières navigables, etc. »⁹⁹⁰. En évoquant ainsi une destination et un asservissement à l'usage de tous « *par la loi* », il suggère que l'affectation n'a rien de naturel. On ressent toutefois une sorte de fatalité lorsqu'il évoque, dans la suite de son traité, les voies publiques : ainsi indique-t-il, à propos des routes, que le principe selon lequel elles font essentiellement partie du domaine public est fondé « *sur la nature des choses* »⁹⁹¹. Les rivières navigables, quant à elles, « *sont destinées à faciliter la circulation du commerce et à servir au transport des hommes* »⁹⁹² ; le littoral, enfin, est « *destiné à l'usage de tous ceux qui peuvent y aborder* »⁹⁹³.

425. Ducrocq, rappelons-le, établit plusieurs critères pour identifier le domaine public. Deux d'entre eux, l'inaptitude à la propriété privée par la nature et la qualité de « portion du territoire français », sont issus de l'article 538 du Code civil. Le dernier, « être affecté à l'usage de tous », résulte d'une interprétation *a contrario* de l'article 540⁹⁹⁴. Il fournit plusieurs exemples pour illustrer le premier critère, parmi lesquels les fleuves et rivières navigables, les ports et les routes⁹⁹⁵. Il dresse également une liste de dépendances non énumérées par l'article 538 du Code civil, mais figurant dans la catégorie des « choses non susceptibles de propriété privée » : il y intègre « *les dépendances du domaine public départemental (routes départementales et chemins de fer départementaux), les dépendances du domaine public municipal (chemins vicinaux, places et rues), et, pour le domaine public national, les canaux de navigation, les ponts, les chemins de fer d'intérêt général exploités ou concédés par l'État* »⁹⁹⁶. Si tous ces exemples ne sont pas des voies publiques (c'est le cas des voies ferrées), tous sont liés à la circulation. L'analyse est transposable à Batbie qui, à

⁹⁹⁰ PROUDHON (J.-B.), *Traité du domaine public*, Tome 1, Dijon : Victor Lagier, 1833, p. 266. Il faut rajouter que Proudhon, s'attardant davantage sur le statut juridique du domaine public que sur son contenu, complète néanmoins ces quelques exemples de nombreux autres biens. Aux dépendances énumérées par les articles 538 et 540 du Code civil, il ajoute notamment les canaux de navigation intérieure, les chemins vicinaux, et les églises. Encore une fois, ce qui marque le lecteur, c'est la récurrence des rivages de la mer, des rivières navigables et des routes comme exemples « par excellence » du domaine public.

⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 325.

⁹⁹² *Id.*, Tome 3, p. 62.

⁹⁹³ *Id.*, Tome 3, p. 34.

⁹⁹⁴ L'article 540 du Code civil disposait en effet que « *les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses font aussi partie du domaine public* ». Ducrocq observe qu'il s'agit là de biens non affectés à l'usage de tous, mais affectés à un service public. Son raisonnement est que si une disposition législative précise que certaines dépendances affectées à un service public sont dans le domaine public, c'est que par principe ce type de dépendances n'y figure pas, et que seuls figurent par conséquent dans le domaine public les biens affectés à l'usage de tous (*Cours de droit administratif*, Paris : Ernest Thorin, 6^{ème} éd., 1881, pp. 113 et 114).

⁹⁹⁵ *Ibid.* p. 110.

⁹⁹⁶ *Id.*, p. 112.

l'énumération des articles 538 et 540, n'ajoute lui aussi que des voies : chemins de fer, canaux de navigation, routes départementales, chemins vicinaux, places et rues des villes, des bourgs et des villages, car ces dépendances, « *livrées à la jouissance communes, (...) sont hors du commerce, par conséquent inaliénables et imprescriptibles* »⁹⁹⁷.

426. Berthélemy arrive à un résultat similaire, et inclut dans le domaine public toutes les voies publiques. Mais contrairement à Ducrocq, il se fie davantage à son intuition qu'à la lettre du Code civil. Il constate en effet que les articles 539 et 541 prétendent classer dans le domaine public des biens sans lien avec l'usage du public, et en déduit que l'expression recouvre en réalité l'ensemble du domaine de l'État. Insatisfait d'un domaine public aussi élargi, il souhaite alors s'en remettre au « *raisonnement seul* »⁹⁹⁸, mais use en réalité du raisonnement intuitif que nous avons déjà évoqué : « *De quoi s'agit-il en somme ? Il s'agit de déterminer quelles parties du domaine sont assez différentes des biens qui composent les patrimoines particuliers pour qu'une réglementation spéciale leur soit nécessaire* »⁹⁹⁹. Quels exemples cite-t-il immédiatement ? « *On ne comprendrait guère qu'on étendît aux routes, aux fleuves, aux rivages, les règles ordinaires de la propriété (...) On n'est pas surpris d'entendre dire que de telles choses sont inaliénables et imprescriptibles ; personne n'aurait supposé qu'on pût avoir l'idée d'acheter une portion de la place publique, d'un port ou d'un fleuve* »¹⁰⁰⁰. Il donne ensuite une liste plus exhaustive, estimant que la domanialité publique doit s'appliquer « *à la voirie, aux routes, rues, places, ponts, quais, chemins, voies ferrées et leurs accessoires, et c'est ce qu'on nomme le domaine public terrestre. Cela s'applique aux fleuves et rivières navigables et flottables ainsi qu'aux canaux de navigation. C'est le domaine public fluvial. Cela s'applique aux rivages de la mer, aux ports, havres, rades, bassins ; c'est le domaine public maritime* »¹⁰⁰¹, pour conclure que la domanialité publique « *ne s'applique qu'à ce qui est effectivement livré à l'usage de tous pour passer, pour naviguer, pour stationner* »¹⁰⁰².

427. Les commentateurs du Code civil modelèrent ainsi l'article 538 pour inclure dans le domaine public l'ensemble des voies publiques. La centralité de ces voies dans le discours

⁹⁹⁷ BATBIE (A.), *Traité de droit public et administratif*, Tome 5, Paris : Cotillon, 1867, p. 367.

⁹⁹⁸ BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.*, p. 410

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ *Id.*

¹⁰⁰¹ *Id.*, pp. 411.

¹⁰⁰² *Id.*, p. 415.

doctrinal conduit Patrice Chrétien à constater fort justement que « *les formules varient, mais c'est un même espace public qui s'ouvre aux frontières de l'espace privé. Avec les ouvrages militaires qui font exception, il n'y a que les lieux de communication pour être publics* »¹⁰⁰³.

§ 2. L'inclusion des voies publiques dans les systèmes de recentrage du domaine public fondés sur les caractéristiques de l'affectation

428. Dans le sillage de Proudhon, étendant la domanialité publique à tous les fonds « *civilement consacrés au service de la société* »¹⁰⁰⁴, Hauriou caractérise le domaine public par un critère extrêmement englobant : celui de l'utilité publique¹⁰⁰⁵. Dès lors que l'utilité publique est constatée par l'affectation, survient la domanialité publique. Ce fut le début de plus d'un siècle de recherche de critères de resserrement, consistant tantôt en une réduction de la portée du critère de l'utilité publique, tantôt en l'addition de critères supplémentaires. Des diverses théories élaborées par les auteurs, deux modèles émergent. Le premier et principal, hérité de Ducrocq et qui revient aujourd'hui au premier plan, tend à recentrer le domaine public sur les biens dont le public est le destinataire direct de l'affectation (A). Il s'agit en clair d'exclure du domaine public que les biens affectés à un service public, pour n'y conserver que ceux affectés à l'usage direct du public. L'autre modèle se fonde moins sur le destinataire de l'affectation que sur l'importance de cette dernière (B) ; il conduit, par conséquent, à ne conserver dans le domaine public que les biens jugés essentiels ou irremplaçables. Or, dans les deux cas, les voies publiques demeurent dans le domaine public.

¹⁰⁰³ CHRÉTIEN (P.), *La distinction des domaines comme forme symbolique : recherches relatives au droit des biens publics*, Thèse Paris I, 1990, p. 137.

¹⁰⁰⁴ PROUDHON (J.-B.), *Traité du domaine public*, op. cit., Tome 1, p. 262. Proudhon ne semble néanmoins pas intégrer l'ensemble des édifices publics.

¹⁰⁰⁵ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris : Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1900, p. 617 : « *Sont dépendances du domaine public toutes les choses qui ayant une destination d'utilité publique ont été l'objet d'une affectation formelle (...) Avec cette formule, sont dépendances du domaine public, non seulement les terrains non bâtis affectés à l'usage direct du public comme les routes ou le rivage de la mer, mais les terrains non bâtis affectés à un service public, tels que les champs de manœuvre militaires (...); sont aussi dépendances du domaine public les bâtiments affectés aux services publics et les objets mobiliers dépendant des collections publiques* ».

A. L'inclusion des voies publiques dans les systèmes de recentrage du domaine public fondés sur le destinataire de l'affectation

429. De l'entrée en vigueur du Code civil jusqu'à aujourd'hui, nombre de commentaires doctrinaux firent émerger une catégorie à part : celle des biens affectés à l'usage direct du public. Il est vrai, comme le relève Yves Gaudemet, que la distinction d'avec les biens affectés à l'usage d'un service public n'est pas toujours chose aisée¹⁰⁰⁶. Ces difficultés, toutefois, concernent en général des dépendances spécifiques (les églises) ou surannées (les lavoirs). À une époque où le critère de l'affectation au service public n'était pas encore consacré, Gilbert Maroger se fondait sur la jurisprudence pour affirmer que « *l'usage public d'un chemin ne devait pas être cherché dans la fréquence effective de l'usage, mais bien au contraire dans la faculté même laissée à des particuliers d'avoir accès au chemin d'une manière générale et continue* »¹⁰⁰⁷ ; cette généralité et cette continuité, caractéristique de l'affectation à l'usage du public, est aussi celle des voies publiques. Il nous semble ainsi incontestable que les voies publiques font bien partie des biens affectés à l'usage direct du public. La seule façon de considérer ces voies comme affectées à un service public serait d'adopter une vision très englobante de ce dernier, favorable à l'idée d'un service public de communication¹⁰⁰⁸. Si l'on admet, comme le fait aujourd'hui le CGPPP, l'existence de deux types d'affectation, il n'y a guère que les autoroutes qui posent certaines difficultés, parce que le Conseil d'État lui-même estime que le péage est une contrepartie directe aux prestations fournies par le service¹⁰⁰⁹. Pour des raisons que nous verrons lorsque nous aborderons la question de la gratuité, il nous semble toutefois que cette assimilation des autoroutes à des biens affectés à un service public est inexacte et n'est guidée que par des raisons d'opportunité, dont la justification de leur onérosité¹⁰¹⁰.

430. Les voies publiques sont donc bel et bien incluses dans la catégorie « biens affectés à l'usage direct du public ». Or, cette catégorie constitue le nerf de la domanialité publique, même dans les modèles éludant la nature pour se fonder sur la seule affectation : en effet, soit

¹⁰⁰⁶ GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, 15^{ème} éd., LGDJ, 2014, p. 93.

¹⁰⁰⁷ MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. Capitant, Paris : Sirey, 1942, p. 17.

¹⁰⁰⁸ JÈZE (G.), « Nature juridique du droit du public sur les routes et chemins », note sous CE, 14 mai 1915, *Poincloux*, *RD* 1915, p. 467.

¹⁰⁰⁹ CE, 13 mai 1977, *Compagnie financière et industrielle*, rec. *Lebon* p. 219, *D.* 1978, p. 130, note Delvolvé.

¹⁰¹⁰ Voir *infra*, Chapitre 2, Section 2.

ces biens figurent au sommet des « échelles de la domanialité » (1), soit, encore plus probant, ils sont les seuls à mériter l'application de la domanialité publique (2).

1. Les biens affectés à l'usage direct du public, sommet des gradations de la domanialité

Les auteurs qui établirent des gradations de la domanialité arrivèrent au même constat : les biens affectés à l'usage direct du public occupent le haut de l'échelle.

431. C'est le cas dans l'échelle de la domanialité construite par Duguit. Cette échelle est constituée de six barreaux, dont la hauteur augmente à la mesure de l'exorbitance du droit applicable, mais qui ont pour dénominateur commun l'inaliénabilité. De bas en haut, Duguit énumère les objets mobiliers classés, les immeubles bâtis affectés au fonctionnement d'un service public, les forêts de l'État, les divers ouvrages militaires, les chemins de fer et, au sommet, les « choses qui sont affectées au libre usage du public, usage qu'un service public est spécialement chargé d'assurer et de protéger »¹⁰¹¹. Le doyen bordelais, limitant son étude au patrimoine de l'État, y inclut le rivage de la mer, les rivières navigables et flottables, les canaux et les routes nationales : bref, uniquement des voies publiques ! S'il avait projeté son étude au domaine local, nul doute qu'il aurait inclus au sommet de l'échelle les voies publiques correspondantes. Mais en dehors du régime de cette catégorie, évidemment plus exorbitant du droit commun que celui de toutes les autres catégories, Duguit peine à trouver un critère d'identification à ces biens. Ils sont certes « objets » du service public, et non « instruments », mais cette caractéristique vaut également pour les forêts de l'État et les objets mobiliers classés. C'est surtout le vocabulaire employé par Duguit qui révèle la centralité de ces biens dans les théories domaniales, puisqu'il estime que leur usage public les imprègne d'un « caractère par excellence de domanialité publique »¹⁰¹², qui existe à un « degré éminent »¹⁰¹³.

432. D'autres auteurs établirent, au sein du domaine public, une échelle ne comprenant que deux barreaux. C'est le cas de Bonnard : il oppose d'abord clairement les deux types

¹⁰¹¹ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Tome 2, Paris : É. de Boccard, 1923, p. 328. Pour un commentaire de cette échelle, voir MELLERAY (F.), « L'échelle de la domanialité », in *Mouvement du droit public* (mélanges F. Moderne), Dalloz, 2004, pp. 287 s.

¹⁰¹² DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 329.

¹⁰¹³ *Ibid.*

d'affectation¹⁰¹⁴ plus tard consacrés par le droit positif, puis applique un traitement spécial aux biens affectés à l'usage de tous : contrairement au domaine affecté aux services publics, soumis à la propriété « individualiste » de l'administration, les biens affectés à l'usage de tous sont l'objet de sa « propriété sociale ». Ces deux formes de propriété se distinguent par le choix opéré par le propriétaire de récupérer à son bénéfice les utilités de la chose (c'est la propriété « individualiste ») ou, au contraire, d'attribuer les utilités de la chose au public (propriété « sociale »)¹⁰¹⁵. Néanmoins, cette différence de propriété n'entraîne pas de différence significative sur le plan de la relation entre le bien et le propriétaire, Bonnard postulant l'inaliénabilité du domaine public affecté à l'usage de tous comme celle du domaine public affecté au service public¹⁰¹⁶. À l'instar de Duguit, Duverger recherche une distinction à partir du régime : il estime que les biens affectés à un service public méritent tout autant que les biens affectés à l'usage de tous de figurer dans le domaine public ; mais l'intensité de cette domanialité publique diffère d'une catégorie à l'autre : « *Il y a une domanialité peut-être complète, applicable seulement aux biens destinés à l'usage de tous, et une domanialité publique restreinte, applicable aux biens affectés aux services publics* »¹⁰¹⁷. Duverger observe que si les deux types de dépendances sont soumis aux principes de l'inaliénabilité et de la précarité des occupations privatives, les biens affectés aux services publics échappent aux règles de voisinage et à la police de conservation, qui ne s'appliquent qu'aux biens affectés à l'usage de tous¹⁰¹⁸.

2. Les biens affectés à l'usage direct du public, seule composante du domaine public

433. Nombreux furent les auteurs qui dénièrent aux biens affectés à un service public la qualité de dépendance du domaine public. L'on se souvient que Ducrocq, postulant un cumul des critères de la nature et de l'affectation, excluait déjà du domaine public tous les édifices publics : « *Être affecté à l'usage public, et non pas seulement à un service public* »¹⁰¹⁹ constituait dans sa théorie le deuxième critère de la domanialité publique. Ducrocq justifie

¹⁰¹⁴ BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, 3^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1940, p. 537 : « *Le domaine public est cette partie du domaine constitué par les propriétés administratives qui sont affectées à l'usage de tous ou bien au fonctionnement d'un service public et qui, par suite, sont soumises à un régime spécial* »

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 549.

¹⁰¹⁶ *Id.*, p. 555.

¹⁰¹⁷ DUVERGER (M.), *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Bordeaux : E. Castéra, 1940, p. 237.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 253.

¹⁰¹⁹ DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, Paris : Ernest Thorin, 6^{ème} éd., 1881, p. 111.

l'exclusion des édifices publics affectés aux services publics en joignant des arguments juridiques (la multitude de lois spéciales classant dans le domaine public de tels édifices impliquait *a contrario* le principe général de leur non domanialité publique) à des arguments plus orientés vers l'opportunité, tels que « *les inconvénients qu'il y aurait à prodiguer sans mesure l'indisponibilité du domaine public à la masse énorme d'édifices publics (...) et suffisamment protégés par les dispositions répressives de l'article 257 du Code pénal* »¹⁰²⁰.

434. Berthélemy s'interroge lui aussi sur les édifices affectés à un service public. Après avoir établi la domanialité publique par nature des voies publiques, il questionne le lecteur : « *Y a-t-il les mêmes raisons de soustraire aux règles de la propriété publique une école ou une mairie ? (...) On achète une maison pour y installer une école communale. Quel texte ou quel principe peut nous amener à faire désormais de cet immeuble un bien inaliénable et imprescriptible ? Ce qui est vrai de tels bâtiments est vrai de tous les bâtiments publics, quelles qu'en soient l'importance et la valeur artistique. Les bâtiments sont susceptibles de propriété privée, sauf les exceptions résultant des textes. Ils rentrent logiquement dans le domaine privé de l'État, des départements ou des communes* »¹⁰²¹.

435. De nombreux autres auteurs de la fin du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle limitèrent ainsi la domanialité publique essentiellement aux biens affectés à l'usage de tous. Si certains ajoutaient parfois les chemins de fer, les monuments publics, ou encore certains objets mobiliers historiques et / ou culturels, tous rejetaient la domanialité publique des bâtiments publics affectés à des services publics, opposant toujours l'argument de leur aptitude naturelle à la propriété privée : Batbie relève qu' « *il ne s'agit (...) pas de biens qui, par leur situation, résistent à l'appropriation privée ; leur forme même est semblable à celle des biens qui sont dans le commerce et, après leur aliénation comme avant, elles conservent leur manière d'être* »¹⁰²². Maguero estime que « *la nature de ces (...) immeubles n'a rien qui répugne à la propriété privée aux lois de laquelle ils sont, d'ailleurs, effectivement soumis* »¹⁰²³. Le commissaire du gouvernement Latournerie, concluant dans l'affaire Marécar, distinguait trois sortes d'immeubles : « *Il existe d'abord des biens non affectés aux services*

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 114.

¹⁰²¹ BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris : Arthur Rousseau, 1913, p. 410

¹⁰²² BATBIE (A.), *Traité de droit public et administratif*, Tome 5, Paris : Cotillon, 1867, p. 370.

¹⁰²³ MAGUERO (É.), *Dictionnaire des domaines*, Paris : Berger-Levrault et C^{ie}, 1899, p. 317.

publics et qui ne contribuent à ceux-ci qu'indirectement, en leur procurant certaines ressources. Pour ces biens, du domaine privé, régime pur du droit civil, sauf les adaptations nécessaires. D'autre part, parmi les biens qui, eux, sont affectés aux services publics, on relève deux sortes d'immeubles : 1° Ceux d'entre eux dont l'usage ne constitue pas (...) une "modalité d'exécution du service" ; ils font partie du domaine privé ; 2° Ceux d'entre eux qui constituent une telle "modalité" : ils sont compris dans le domaine public »¹⁰²⁴ ; et le commissaire, de citer la « voirie » comme l'exemple typique de biens dont l'usage constitue une modalité d'exécution du service : « L'utilisation de la voirie constituant l'objet même du service, ne se conçoit pas sans elle, la voirie fait partie du domaine public. Quant aux hôtels des ministères, s'ils abritent les services publics, leur usage ne constitue pas, - est-il besoin de le dire ? - l'objet même de ces services. Ces immeubles ne sauraient donc être rangés dans le domaine public »¹⁰²⁵. Les biens affectés au service public ne méritent donc pas, pour Latournerie, la domanialité publique. Enfin, beaucoup plus nuancé (et même visionnaire, au regard de la jurisprudence constitutionnelle actuelle), Jansse relève que la plupart des affectations à un service public peuvent se dispenser de l'appropriation publique dès lors qu'est assurée la conservation et l'affectation des biens, alors que celles à l'usage direct du public (il évoque les cours d'eau et les routes) s'accommodent bien mieux, même si elle n'est pas indispensable, d'une telle appropriation¹⁰²⁶.

436. Chez la doctrine plus récente, Christian Laviaille préconise la fin de la jurisprudence *Société Le Béton* et, par conséquent, le retour à un domaine public constitué exclusivement de biens affectés à l'usage direct public, en invoquant notamment des raisons d'ordre politique. Il estime que la garantie de la jouissance par le public de dépendances qui lui sont destinées constitue « l'essence même de la domanialité publique »¹⁰²⁷, et fait de ces biens « l'emblème même de la République »¹⁰²⁸. Le destinataire de l'affectation joue un rôle capital dans la domanialité publique, puisque « le domaine public ne saurait être que le domaine du public. Ce qui n'est en revanche pas le cas des biens affectés à un service public dont l'affectation,

¹⁰²⁴ LATOURNERIE (R.), concl. sous CE, 28 juin 1935, Marécar, D. 1936, III, p. 23.

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ JANSSE (L.), *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris : Domat-Monchrestien, 1938, pp. 96 et 97.

¹⁰²⁷ LAVIALLE (C.), « Que reste-t-il de la jurisprudence Société Le Béton ? », *RFDA* 2010, p. 537.

¹⁰²⁸ LAVIALLE (C.), « Le domaine public, chose publique ou patrimoine public ? » in *Pouvoir et gestion*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. Histoire, gestion, organisations, 1997, p. 281.

elle, est parfaitement compatible avec le régime de l'appropriation privée »¹⁰²⁹. Au contraire, note l'auteur, les biens affectés à un service public peuvent parfaitement se dispenser d'une appropriation publique : en témoigne la constitutionnalité des privatisations législatives de biens affectés à un service public ; en témoigne également le décalage temporel très important entre l'admission, en 1956, de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public et l'admission, en 1982, de l'aptitude des établissements publics à être propriétaires d'un domaine public. Pendant près de trente années, des biens affectés à un service public furent ainsi exclus du domaine public.

437. Même si la question est moins directement centrée sur l'appropriation, d'autres auteurs préconisent une protection privilégiée pour les biens affectés à l'usage direct du public. Odile David-Beauregard-Berthier, réfléchissant à l'application d'un système de fiducie aux biens domaniaux, en exclut, outre le domaine militaire, les voies de communication, qu'elles soient terrestres, fluviales, maritimes ou aériennes¹⁰³⁰. Étienne Fatôme, commentant les régimes de substitution applicables aux biens du domaine public privatisés suite à des déclassements législatifs, estime que l'exigence d'un tel régime « *apparaît de façon peut-être plus certaine pour ceux des biens affectés à l'usage direct du public* »¹⁰³¹. Enfin, Nathalie Bettio constate que certains biens affectés à des services publics régaliens sont désormais privatisés et cédés, pour conclure que « *seuls les biens affectés directement au public paraissent ainsi devoir être soumis à la domanialité publique* »¹⁰³².

B. L'inclusion des voies publiques dans les modèles de recentrage du domaine public fondés sur l'importance de l'affectation

438. Ce n'est plus cette fois-ci le destinataire de l'affectation qui commande la domanialité publique, mais son importance. Bien que sa démarche soit surtout descriptive, l'idée d'une importance supérieure n'est pas tout à fait absente chez Duguit, qui justifie le positionnement des forts et remparts au troisième barreau de l'échelle de la domanialité (et donc au dessus des autres biens affectés au service public) par le fait qu'ils sont affectés au service public de la

¹⁰²⁹ LAVIALLE (C.), « Que reste-t-il de la jurisprudence Société Le Béton ? », *art. cit.*, p. 535.

¹⁰³⁰ DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER (O.), *La justification actuelle de la distinction entre domaine public et domaine privé*, Thèse Aix-en-Provence, 1994, p. 387.

¹⁰³¹ FATÔME (É.), « À propos des bases constitutionnelles du domaine public », *AJDA* 2003, p. 1196.

¹⁰³² BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Laviolle, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, p. 502.

Défense nationale, « *important entre tous* »¹⁰³³. Mais ce furent surtout Jèze et Waline qui élaborèrent des critères tirés de l'importance du bien.

439. Jèze, réfutant les théories fondant la domanialité publique soit sur le seul usage du public, soit sur l'utilité publique en général, estime, en somme, que celle-ci doit être réservée aux biens les plus importants pour les services publics les plus... importants : « *Ne font partie du domaine public que les choses qui servent directement à un service public essentiel et encore à la condition que, dans ce service public essentiel, la chose joue le rôle principal. En conséquence, les casernes, les écoles, palais de justice, quoique directement affectés à un service public, ne font pas partie du domaine public, parce que l'édifice ne joue pas dans le service public le rôle essentiel : ce sont les soldats, les professeurs, les juges qui jouent le rôle principal* »¹⁰³⁴. De l'essentialité à l'infongibilité que défendra ensuite Waline, il n'y a d'ailleurs qu'un pas que Jèze semble prêt à franchir à propos des meubles : « *En conséquence encore, les meubles affectés à un service public ne font pas partie du domaine public, parce que la disparition de tel fusil, de tel canon, de tel cheval, de tel livre, de tel objet d'art ne compromet pas le fonctionnement du service public* »¹⁰³⁵. Précisions que la référence au seul « service public » ne révèle pas une négligence des biens affectées à l'usage de tous : la notion de service public est extrêmement extensive chez Jèze, puisqu'il y intègre la circulation. S'il ne donne pas vraiment d'exemples¹⁰³⁶, l'on voit mal comment, eu égard à ses enjeux¹⁰³⁷, le « service public de la circulation » pourrait ne pas être considéré comme essentiel et, comment au sein de ce service public essentiel, les rivages de la mer, les cours d'eau navigables et les canaux la voirie pourraient ne pas jouer le rôle principal.

440. Waline, après avoir condamné l'hypertrophie à laquelle aboutirait une domanialité publique fondée sur l'affectation à un service public, se fonde sur la fonction de

¹⁰³³ DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 331.

¹⁰³⁴ JÈZE (G.), « Conditions requises pour qu'une chose fasse partie du domaine public », note sous Cour d'assises de la Creuse, 29 avril 1910, *Chevillard et autres*, *RDP* 1911, p. 310.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ Il cite dans la suite de son propos des biens faisant partie du domaine public ; mais il ne se trouve déjà plus au stade de la détermination de ce qu'est une chose jouant le rôle principal dans un service public essentiel. Notons toutefois que, dans la liste d'exemples qu'il fournit, viennent en premier lieu des voies publiques « *La domanialité publique est une des nombreuses théories spéciales du droit public imaginées pour faciliter le fonctionnement régulier, normal, adéquat des services publics. Pas de service public, pas de théorie spéciale. Ceci posé, les choses servant au fonctionnement d'un service public sont soit des choses servant directement à l'usage du public (routes, chemins, rues, rivage de la mer, etc.), soit des choses ne servant pas directement à l'usage du public* » (*Id.*, p. 312).

¹⁰³⁷ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

l'inaliénabilité pour établir son propre critère : « *Il faut, et il suffit, que sa possession in specie par l'administration soit indispensable, soit au fonctionnement d'un service public, soit à la satisfaction d'un besoin public. Il faut, en d'autres termes, que ce bien, s'il venait brusquement à être enlevé à l'Administration, ne puisse être remplacé sans inconvénient par aucun autre. Il en est ainsi de tout bien qui (...) à raison d'un aménagement spécial est particulièrement adapté à un service public ou à la satisfaction d'un besoin public, et ne saurait être remplacé par aucun autre dans ce rôle* »¹⁰³⁸. Quels exemples Waline donne-t-il pour illustrer son propos ? La « route », entendue en son sens large, les voies ferrées, les rivières navigables, les forts ; de plus, si Waline ne les cite pas, l'on voit mal comment les rivages de la mer pourraient échapper à la liste¹⁰³⁹ de ces biens non fongibles. Bref, la domanialité publique conçue par Waline inclut les voies publiques, auquel il rajoute les biens affectés aux services publics mais dotés d'un aménagement spécial, justifiant leur caractère irremplaçable. Ce critère d'« infongibilité » qu'envisage Waline fut essentiellement reçu par la doctrine en matière de domanialité publique mobilière des meubles précieux¹⁰⁴⁰.

441. Mais les deux éminents auteurs avaient été précédés, dans leur modèle d'identification du domaine public fondé sur l'importance de l'affectation, par Étienne Coquet dont la thèse de 1904 sur le domaine public colonial fut en fait l'occasion d'exposer des réflexions générales sur cette identification¹⁰⁴¹. L'auteur pose les bases de son raisonnement : « *Nous avons déjà un point de départ certain : un bien d'utilité publique a des titres au classement dans le domaine public. Mais je crois qu'il nous faudra faire un choix dans la masse de ces biens. Considérons en effet le résultat à obtenir, pensons aux effets de la domanialité accordée : c'est de rendre le bien inaliénable et imprescriptible, c'est à dire d'assurer sa conservation en nature. Il n'est donc utile de conférer la domanialité qu'aux biens d'utilité publique dont la conservation en nature est nécessaire. Il faut donc rechercher, parmi les*

¹⁰³⁸ WALINE (M.), *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines respectifs*, Paris : Jouve et C^{ie}, p. 45.

¹⁰³⁹ Il admet d'ailleurs leur domanialité publique (tout en nuancant la réalité de leur affectation) dans sa note sous CE, 28 juin 1935, *Marécar*, DP 1936, III, p. 21 : « *Il est des biens qui ne sont affectés à aucun service public et font partie du domaine public : les églises par exemple ; peut-être aussi les rivages de la mer, car il est difficile de discerner à quel service public ils sont affectés* ».

¹⁰⁴⁰ Pour Philippe Yolka, cette domanialité publique a pour partie « *une vocation patrimoniale con consiste à protéger des biens à raison de leur rareté (voire de leur caractère irremplaçable) plutôt que d'une destination à l'usage du public* » (« Les meubles de l'administration », *AJDA* 2007, p. 965). Pour Christian Lavalie, la règle d'inaliénabilité des meubles ne sert à rien lorsque les biens sont « *par nature, remplaçables ou fongibles* » : (*Droit administratif des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1996, p. 66.

¹⁰⁴¹ COQUET (É.), *Le domaine public colonial*, Poitiers : L'Union, 1904.

*biens d'utilité sociale, ceux dont il est nécessaire d'assurer la conservation en nature. La réponse est facile : ce sont les biens qui ne peuvent être remplacés »*¹⁰⁴². L'auteur donne des exemples, parmi lesquels figurent, en premier lieu, des voies publiques : « *Ce caractère de ne pouvoir être remplacé tient, le plus souvent, à la situation naturelle : si un particulier prend possession d'une partie des rivages de la mer, celle-ci ne se retirera pas pour former plus loin un autre rivage. Il n'y a qu'une voie navigable entre Paris et Rouen : la Seine. De même on présume que la route entre Paris et Bordeaux a été construite d'après le meilleur tracé, ce qui évite les pentes trop fortes avec le minimum de longueur ; si un particulier pouvait légitimement en acquérir un tronçon, une nouvelle route ne pourrait rendre les mêmes services que l'ancienne »*¹⁰⁴³. Certes, l'auteur concède qu'un tronçon de route ou une partie d'un cours d'eau peuvent être exceptionnellement remplacés, dès lors que l'on peut établir une déviation plus commode. Mais précisément, on aboutit grâce à cette déviation plus commode à une voie publique encore plus difficilement remplaçable, car encore mieux située, qui relèvera bien sûr toujours du domaine public¹⁰⁴⁴

442. Il faut enfin noter que cette idée selon laquelle seules les voies devraient rester dans le domaine public est reprise par certains organes consultatifs. Le Conseil d'État, dans un rapport de 1986, appelait à restreindre le domaine public à un « noyau » ne comportant plus que des biens de circulation¹⁰⁴⁵. L'Institut de gestion déléguée se montrait encore plus péremptoire, en soutenant que « *la domanialité publique et son inaliénabilité ne peuvent finalement concerner que les voies de communication »*¹⁰⁴⁶.

Section 2. Le rapport conflictuel des voies publiques à la propriété privée

Nous avons vu que la doctrine, même lorsqu'elle se détachait du droit positif pour forger ses propres critères de la domanialité publique, y incluait systématiquement les voies publiques. Mais l'observation du droit positif révèle que le statut de voie publique n'interdit

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 158.

¹⁰⁴³ *Id.*, p. 159.

¹⁰⁴⁴ *Id.*

¹⁰⁴⁵ Conseil d'État, « Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques », Rapport adopté par la Section du rapport et des études en juin 1986, *EDCE* 1987, n° 38, pp. 13 s.

¹⁰⁴⁶ Institution de la gestion déléguée, *La gestion patrimoniale du domaine public*, 2001, p. 40.

pas totalement leur appropriation privée, soit parce que cette dernière est très occasionnelle, soit parce qu'elle est affaiblie. Toutefois, s'il serait donc faux de déduire de l'observation du droit une incompatibilité absolue entre les voies publiques et la propriété privée, il reste possible de noter entre les deux l'existence d'un rapport particulièrement délicat. Il faut dire que le rejet de l'appropriation privée des voies publiques par le droit positif, à défaut d'être constant, est pour le moins récurrent (§ 1). Le droit domanial actuel, tel qu'il fut forgé par la jurisprudence administrative, maintient ce rapport particulier (§ 2) en allant parfois jusqu'à l'anéantissement de l'appropriation privée, et ce en privant le propriétaire des garanties normalement exigées par l'article 17 de la Déclaration de 1789.

§ 1. Le rejet récurrent de l'appropriation privée des voies publiques

Un examen historique du droit domanial et de ses doctrines révèle que le rejet de la propriété privée des voies publiques est un élément récurrent, visible dès le droit romain et encore perceptible aujourd'hui (A). Par ailleurs, une étude de droit comparé montre que cette situation est également récurrente dans l'espace (B), puisque même dans les systèmes juridiques qui ne sont pas de tradition romano-germanique, on trouve une forme de malaise quant à la compatibilité entre voies publiques et propriété privée.

A. Un rejet de l'appropriation privée des voies publiques récurrent dans le temps

Une étude historique révèle que les voies publiques tendirent fréquemment à échapper à la propriété privée. Des contre-exemples existent : Caroline Chamard-Heim note par exemple que rien n'interdisait en Grèce antique l'aliénation au profit de personnes privées des biens publics, y compris des voies publiques¹⁰⁴⁷. Il faut dire que cette forme de propriété ne correspondait peut-être pas à la propriété exclusiviste du droit romain, et que cette carence

¹⁰⁴⁷ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 79 : « *Aucun bien public, quelle que fût sa nature, ne bénéficiait d'une protection assurée par le régime de l'inaliénabilité, la distinction du domaine public et du domaine privé n'ayant jamais été établie à cette époque : tous les biens pouvaient être vendus, les routes comme les maisons* »

était contrebalancée par une protection fonctionnelle extrêmement puissante, par exemple par une très forte répression des empiètements sur les rues¹⁰⁴⁸.

Parce que c'est l'exclusivité de la propriété du droit romain qui semble guider, dans les conceptions classiques, le rejet de la propriété privée du domaine public¹⁰⁴⁹, nous débiterons par l'Antiquité romaine ce panorama historique, que nous arrêterons à la fin de l'Ancien Régime : le droit intermédiaire puis la jurisprudence des XIX^{ème} et XX^{ème} siècle posèrent en effet de façon beaucoup plus précise les jalons des rapports actuels entre la voie publique et la propriété privée ; nous les observerons donc ultérieurement. La période que nous allons étudier se découpe en trois phases : la première, celle de l'Antiquité romaine, illustre une tendance à l'exclusion de la propriété des voies publiques (1) ; la deuxième, celle des périodes franque et féodale, révèle que seules certaines voies publiques échappèrent à l'appropriation privée totale des choses publiques (2) ; la troisième phase, correspondant à l'affirmation du pouvoir royal, est aussi celle de la renaissance du rejet de l'appropriation privée des voies publiques (3).

1. L'Antiquité romaine : la tendance au rejet de l'appropriation privée des voies publiques

À partir de l'Antiquité romaine, les voies publiques échappent à l'appropriation privée. Le mythe de la création de Rome que décrit Denys d'Halicarnasse est aussi celui d'une répartition de la terre, Romulus offrant une partie aux besoins du culte du roi, une aux curies, une au peuple romain¹⁰⁵⁰. Deux espaces furent exceptés de ce partage : l'un fut donné aux prêtres, l'autre fut mis en commun¹⁰⁵¹, et son affectation à l'usage public conduisit à sa mise hors du commerce (a). Parmi ces biens affectés à l'usage public, figurèrent les voies publiques (b).

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 80.

¹⁰⁴⁹ Point de vue qui mérite d'être fortement nuancé. Voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

¹⁰⁵⁰ MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, Paris : L. Larose, 1902, p. 8.

¹⁰⁵¹ DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 25.

a. L'inaliénabilité des « biens affectés à l'usage public »

443. C'est, d'après Monteil, sur l'évidence et non sur un principe formalisé que reposa dès la monarchie romaine le retrait du commerce des biens affectés à l'usage de tous : « *Les deux privilèges dont jouissaient, à Rome, les res publicae étaient l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. Il est remarquable que ces avantages si importants ne furent introduits dans la législation romaine par aucune loi spéciale, mais qu'ils furent admis comme vérité juridique incontestable, sans qu'il soit possible d'assigner une date précise à cette reconnaissance d'origine coutumière. On peut affirmer cependant que les premières traces de ces privilèges apparaissent dès les premiers temps de Rome* »¹⁰⁵². À défaut de figurer dans une loi, l'inaliénabilité des choses affectées à l'usage public apparaît dans le discours doctrinal. Pomponius, par exemple, compare l'interdiction d'acheter les choses à l'usage de tout le monde à celle d'acheter un homme libre¹⁰⁵³. Sous la République, les notions de *res publicae* ou de *res universitatis* désignaient l'ensemble des biens appartenant respectivement à l'État ou à la cité. Comme le domaine contemporain, ces *res publicae* ou *universitatis* étaient divisées en deux catégories : celles affectées à l'utilité publique, dites *res publicae* ou *universitatis* « *in usu publico* », et celles servant essentiellement un intérêt financier, dites *res publicae* ou *universitatis* « *in pecunia populi* »¹⁰⁵⁴. Seule la première catégorie était alors hors du commerce¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, op. cit., p. 56. L'auteur note également la « *force des choses* » ou la puissance divine qui, dès la monarchie romaine, interdisait la privatisation des choses publiques : « *Si le roi pouvait concéder librement des parcelles de l'ager publicus, la force même des choses s'opposait, par exemple, à ce qu'il pût attribuer des droits privés sur le fleuve qui baignait la ville de Rome. D'autre part, certains lieux, certains édifices étaient soustraits au commerce des hommes par l'intervention des dieux : l'enceinte de Rome avait été consacrée à ces dieux et tracée avec toutes les cérémonies du culte ; la capitale était un temple, et l'espace qui séparait les maisons était sacré. Ainsi une puissance supérieure provenant de la nature ou de la religion venait limiter les pouvoirs du roi* » : (pp. 11 et 12).

¹⁰⁵³ Dig. 18, 1, 6., trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.), in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Tome 2, Metz : Behmert et Lamort ; Paris : Rondonneau, 1804, p. 537 : « *On ne peut point acheter valablement un homme libre qu'on connoit tel, ni toute autre chose dont on sait que l'aliénation est défendue, comme les choses sacrées ou religieuses ; ni les choses qui ne sont point dans le commerce, comme les choses publiques, qui, sans appartenir à personne en particulier, sont à l'usage de tout le monde, comme est le champ de Mars* ».

¹⁰⁵⁴ Voir sur cette distinction MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, op. cit., p. 30 ; CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op. cit., pp. 81 s. ; YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, pp. 23 s.

¹⁰⁵⁵ JOURDANNE (G.), *De l'indisponibilité du domaine public en droit romain et en droit français*, Toulouse : J. Boé, 1881, pp. 14 et 15 : « *Parmi les res publicae et les res universitatis, les unes sont dans le commerce, car elles appartiennent en toute propriété à l'entité qui les possède ; elles sont donc in patrimonio populi ou in patrimonio universitatum selon qu'elles appartiennent à l'État ou à une association, telle que cité ou municipale. Elles forment ce qu'on appelle le domaine privé. Les autres sont, au contraire, hors du commerce ; c'est le domaine public* ».

444. La survenance de l'Empire modifia la structuration des biens publics : les expressions « *res publicae* » ou « *res universitatis* » perdirent leur caractère exclusivement organique, pour désigner désormais les biens de l'État ou des cités servant l'utilité publique. Elles furent ainsi opposées aux « *res fiscales* », fondant les anciennes *res publicae in pecunia populi* dans le trésor de l'empereur¹⁰⁵⁶. Ce changement ne perturba pas outre mesure le régime juridique des biens servant l'utilité publique, qui demeurèrent hors du commerce : Monteil, s'il note que l'effacement de la personnalité du peuple sous l'Empire rend incertain son droit de propriété sur les *res publicae* (l'auteur envisageant même que, à défaut de personne propriétaire, ces derniers puissent appartenir « à leur destination même »), elles n'appartiennent pas à l'Empereur et échappent toujours à la propriété privée¹⁰⁵⁷.

445. Ces *res publicae* étaient toujours présentes dans les classifications des biens élaborées par les juristes romains. Gaius et Ulpien, par exemple, opposèrent les choses de droit divin (« *res divini juris* »)¹⁰⁵⁸ aux choses de droit humain¹⁰⁵⁹. Les premières appartenaient aux dieux ; pour cette raison, et quoique considérées comme *res nullius* faute de véritable personnalité juridique pour les dieux¹⁰⁶⁰, elles étaient hors du commerce. Les choses de droit humain, quant à elles, se divisaient en choses publiques et en choses privées. Seules les premières, lorsqu'elles étaient affectées de façon « *permanente et perpétuelle* »¹⁰⁶¹ à une destination d'usage public (et qu'elles étaient donc *res publicae in usu publico* sous la République ou *res publicae* sous l'Empire), étaient placées hors du commerce. Les Institutes de Justinien privilégièrent une autre classification, plus tard reprise par Loyseau¹⁰⁶², consistant en une bipartition fondée sur l'aliénabilité du bien : aux choses « *in commercio* », furent

¹⁰⁵⁶ Voir sur ce point MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, op. cit., pp. 47 s. ; YOLKA (P.), *La propriété publique*, op. cit., pp. 27 et 28.

¹⁰⁵⁷ MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, op. cit., p. 74.

¹⁰⁵⁸ Parmi lesquelles figuraient les édifices et meubles dédiés au culte (*res sacrae*), les cimetières et tombeaux (*res religiosae*), et les murs, fossés, remparts et portes des villes (*res sanctae*). Voir GARBOULEAU (P.-J.), *Du domaine public en droit romain et en droit français*, 1859, pp. 31 à 47.

¹⁰⁵⁹ GARBOULEAU (P.-J.), *Du domaine public en droit romain et en droit français*, Paris : Bonaventure et Ducez, 1859, p. 6 ; BAILLIÈRE (P.-G.-E.), *Du domaine public de l'État à Rome et dans l'ancien droit français*, Paris : Émile Martinet, 1882, p. 10.

¹⁰⁶⁰ JOURDANNE (G.), *De l'indisponibilité du domaine public en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 22.

¹⁰⁶¹ Selon la formule employée par Maurice Monteil (*Formation et évolution de la notion de domanialité*, op. cit., p. 46).

¹⁰⁶² LOYSEAU (C.), *Traité des seigneuries*, Paris : Abel L'Angelier, 1608, p. 70.

simplement opposées les choses « *extra commercium* », constituées des « *res communes* », des « *res publicae* », des « *res universitatis* » et des « *res divini juris* ».

446. Ces classifications n'étaient de toute façon que des manières différentes de dépeindre une même réalité : certains biens étaient exclus du commerce des particuliers, parmi lesquels figuraient en général les voies publiques.

b. L'octroi aux voies publiques de la qualité de chose publique

Si toutes les voies publiques ne figurèrent pas avec certitude dans les choses publiques, au moins furent-elles l'objet de nombreux débats.

447. La mer et ses rivages ne posèrent pas de véritables difficultés. Les Institutes les classèrent dans les « *res communes* »¹⁰⁶³, dont l'accès, par conséquent, ne pouvait être refusé à personne. S'il est fait mention de la possibilité offerte à chacun d'établir une cabane sur les rivages de la mer¹⁰⁶⁴, la subordination de ces constructions à des autorisations et l'absence de propriété du sol du rivage¹⁰⁶⁵ incitèrent de nombreux auteurs à considérer les rivages de la mer comme de parfaites *res publicae*¹⁰⁶⁶.

448. La solution est un peu plus complexe pour les cours d'eau, en raison de la portée variable des critères de leur navigabilité et de leur pérennité. La solution des Institutes de Justinien ne s'embarrassait d'aucun de ces deux critères : « *Tous les fleuves et tous les ports*

¹⁰⁶³ Institutes : Livre II, Titre 1, § 1 : « *Sont choses communes, d'après le droit naturel, l'air, l'eau courante, la mer et par conséquent les rivages de la mer. L'accès de ces rivages n'est donc refusé à personne* », trad. ÉTIENNE (L.) in *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, Tome 1, Paris : Cotillon, Aix : Pardigon, 1845, p. 209.

¹⁰⁶⁴ Institutes, Livre II, Titre 1, § 5 : « *D'après le droit des gens, l'usage des rivages de la mer est public, comme celui de la mer elle-même. Il est donc permis à chacun d'y établir une cabane pour s'y mettre à l'abri, d'y faire sécher ses filets et de les retirer de la mer. Mais la propriété de ces rivages peut être considérée comme étant nullius, de la même manière que la mer, et que le sol ou le sable couvert de vagues* » : trad. ÉTIENNE (L.), in *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, op. cit., p. 210.

¹⁰⁶⁵ JOURDANNE (G.), *De l'indisponibilité du domaine public en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁶⁶ Dig. 50, 16, 112 : « *Le rivage de la mer est dit public jusque l'endroit où elle porte ses eaux dans les plus hautes marées* », trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.) in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, op. cit., Tome 7, p. 616 ; GARBOULEAU (P.-J.), *Du domaine public en droit romain et en droit français* op. cit., pp. 92 : « *Du moment que le constructeur non autorisé n'avait pas d'action et pouvait être manu prohibitus, il y avait évidemment une différence extrême entre l'occupation dont il est question ici et l'occupation d'une chose nullius (...) Reconnaissons en effet que les rivages de la mer étaient de la même nature juridique que les autres biens du domaine public* »,

sont publics : il est en conséquence permis à tout le monde de pêcher dans les ports et les fleuves »¹⁰⁶⁷. Cette simplicité contraste singulièrement avec les discussions qui animèrent les analystes du droit romain de la fin du XIX^{ème} siècle sur l'interprétation des travaux des jurisconsultes romains. Pour Jourdanne, interprétant littéralement l'opinion d'Ulprien, les seuls cours d'eau assimilables à des choses publiques sont ceux qui sont pérennes¹⁰⁶⁸, indépendamment de leur navigabilité. Mais l'opinion d'Ulprien est formulée en des termes prudents¹⁰⁶⁹ ; par conséquent, Baillière, constatant l'existence d'interdits visant à éviter la perturbation de la navigation fluviale¹⁰⁷⁰, ajoute à la pérennité une condition de navigabilité¹⁰⁷¹. Garbouleau, enfin, ne retient dans un premier temps que la condition de navigabilité : seuls sont incontestablement *res publicae* les fleuves navigables et flottables. Mais le critère de la pérennité intervient dans un second temps, de façon assez subtile : les cours d'eau non navigables mais pérennes peuvent être qualifiés de *res publicae* soit lorsqu'ils sont d'un certain débit (ce qui exclut les ruisseaux), soit lorsque, malgré leur faible débit, ils servent la navigabilité d'un autre cours d'eau¹⁰⁷². La navigabilité jouait donc un rôle, sinon systématique, au moins récurrent dans l'apposition aux cours d'eau de la qualité de chose publique.

449. Quant aux voies de communication terrestres, leur nature extrêmement hétéroclite rend délicate l'établissement d'une cohérence. Ce n'est pas la voirie urbaine qui pose difficulté. Les rues et places des villes, considérées comme des « lieux publics »¹⁰⁷³, entraînent

¹⁰⁶⁷ Institutes : Livre II, Titre 1, § 2, trad. ÉTIENNE (L.), in *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, op. cit., p. 209.

¹⁰⁶⁸ JOURDANNE (G.), *De l'indisponibilité du domaine public en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 46 : « On voit donc que les fleuves publics sont d'après Ulprien ceux qui ne tarissent jamais ; et ce sont ceux-là seuls qui font partie du domaine public ».

¹⁰⁶⁹ Ulprien préfère se référer à d'autres jurisconsultes et ne livre pas une opinion définitive : « Il y a des rivières publiques et d'autres qui ne le sont pas. Cassius définit rivière publique celle qui a un cours continu. Ce sentiment de Cassius, qui est admis par Celse, paraît probable », trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.) in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, op. cit., Tome 6, p. 456

¹⁰⁷⁰ Dig., 43, 12, 1, 12 : « Le prêteur ne prétend pas empêcher toutes sortes d'ouvrages faits dans les rivières ou sur les rives, mais seulement ceux qui doivent nuire à la navigation ou à la rade. Ainsi l'interdit dont nous parlons ici ne concerne que les rivières publiques navigables et non les autres » trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.) in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, op. cit., Tome 6, p. 458.

¹⁰⁷¹ BAILLIÈRE (P.-G.-E.), *Du domaine public de l'État à Rome et dans l'ancien droit français*, op. cit., 1882, p. 27.

¹⁰⁷² GARBOULEAU (P.-J.), *Du domaine public en droit romain et en droit français*, op. cit., pp. 95 s.

¹⁰⁷³ Dig., 43, 8, 2, 3, trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.) in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, op. cit., Tome 6, p. 446 : « Labéon voulant définir ce qu'on entend par lieu public, dit que ce terme s'entend des places, des maisons, des terres et des chemins publics ». Voir aussi GUILLE (E.), *L'alignement des voies publiques et privées*, Paris : L. Rodstein, 1938, p. 17.

ainsi dans la catégorie des *res publicae* qui garantissait leur inaliénabilité. La difficulté réside surtout dans les voies rurales, sujettes à de nombreuses distinctions. Ulpien distingue d'abord les chemins en fonction de leur appartenance : « *On appelle chemin public, celui dont le sol est aussi public. Car un chemin privé est différent d'un chemin public, en ce que dans le chemin privé le sol appartient à un particulier, nous n'avons que le droit d'y marcher et d'y conduire nos voitures, au lieu que le sol du chemin public est aussi public* »¹⁰⁷⁴ ; puis il distingue les chemins en fonction de leur nature¹⁰⁷⁵, en employant (ce qui sème la confusion) les mêmes épithètes : les « chemins publics », également appelés « prétoriens », « consulaires » ou « militaires », correspondent aux larges voies qui structurent le territoire de l'empire. Les « chemins privés », également appelés « agraires », permettent les communications dans les campagnes, reliant en général la route principale aux domaines des particuliers. Ulpien précise que ces chemins agraires sont de deux sortes : « *Les uns sont dans des terres auxquelles on a imposé la servitude de fournir un chemin conduisant à la terre d'autrui ; les autres mènent aussi à des domaines, mais tout le monde peut y passer en quittant le grand chemin : en sorte qu'après le grand chemin on trouve une voie, un sentier ou un passage qui conduit à une métairie. Je penserois que ces chemins qui conduisent du grand chemin dans les métairies, ou dans les villages, sont aussi publics* »¹⁰⁷⁶. Enfin, les chemins de traverse, également dit « vicinaux », traversent les bourgs ou y conduisent depuis la route principale.

450. Essayons de clarifier la propriété de tous ces chemins¹⁰⁷⁷. D'abord, les grands chemins, dit « prétoriens » (nous préférons cette appellation à celle de « public », évidemment génératrice de confusion), sont invariablement d'appartenance publique¹⁰⁷⁸. En revanche, les chemins agraires ou les chemins vicinaux peuvent être des propriétés privées. Cela dit, ils tendent vers une certaine publicité. Publicité au sens fonctionnel, d'abord, puisque

¹⁰⁷⁴ Dig., 43, 8, 3, 21, trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.) in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien, op. cit.*, Tome 6, p. 448.

¹⁰⁷⁵ Dig., 43, 8, 2, 22, trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.) in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien, op. cit.*, Tome 6, p. 448

¹⁰⁷⁶ Dig., 43, 8, 2, 23, (*ibid.*).

¹⁰⁷⁷ Ce défaut de clarté s'explique, d'après Baillièrre, par la rapidité de la croissance de Rome qui ne laissa pas le temps de composer un régime clair pour les voies terrestres : « *Il en résultat un état juridique sans précision, où les coutumes, le droit de possession traditionnelle et quelques principes juridiques étaient mêlés un peu confusément* » (*Du domaine public de l'État à Rome et dans l'ancien droit français, op. cit.*, p. 22)

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 19.

le propriétaire privé était tenu de laisser circuler le public¹⁰⁷⁹. Le propriétaire privé conservait toutefois un certain intérêt à son titre, puisqu'il en tirait les avantages ne perturbant pas la circulation du public, tels que l'appropriation des alluvions du fleuve que longeait la voie concernée¹⁰⁸⁰. Publicité au sens organique, ensuite, puisque l'appropriation publique était présumée en cas d'absence d'un titre contraire¹⁰⁸¹, le simple entretien par les riverains n'étant pas regardé comme une preuve de propriété.

2. Les périodes franque et féodale : le maintien d'une voie publique hors du champ de la propriété privée

451. Pourquoi étudier séparément cette période qui s'étend de la chute de l'Empire romain jusqu'au XIII^{ème} siècle ? Parce qu'elle est parfois décrite comme le paroxysme de l'appropriation privée totale, celle des rois francs puis des seigneurs, qui n'hésitèrent pas à se considérer propriétaires de l'ensemble de leur territoire, et à s'accaparer les choses les plus naturellement publiques pour, notamment, capter des droits de passage. Monteil relate l'appropriation par les rois francs des *res publicae* comme des *res fiscales* : « *Suivant en cela les errements des empereurs romains de la décadence, les rois francs avaient détourné ces choses de leur libre destination, ils en avaient pour ainsi dire changé la nature et les avaient transformées en choses productives de revenus ; c'est ainsi que des péages avaient été établis sur les routes, sur les ponts et sur les fleuves eux-mêmes* »¹⁰⁸². Les rois Francs, confondant propriété et souveraineté, privatisèrent l'ensemble du Royaume, y compris les choses publiques : « *L'appropriation des anciens biens de l'État romain par les rois francs était donc de nature purement privée. Ils se sont proclamés propriétaires de ces biens à titre privé, c'est à dire en tant que personnes privées et non pas comme représentants d'une quelconque souveraineté* »¹⁰⁸³. La formation du système féodal amena, au profit des seigneurs, le transfert

¹⁰⁷⁹ DEBROZY (C.), *Voyage d'un gaulois à Rome à l'époque du règne d'Auguste et pendant une partie du règne de Tibère*, 4^{ème} éd., Tome 2, Paris : Ch. Delagrave, 1875, p. 309. Se mettant dans la peau d'un romain le règne d'Auguste, l'auteur imagine les propos qu'il tiendrait à un visiteur gaulois : « *Cette voie est à moi (...) c'est une voie privée et cependant je ne puis en interdire la jouissance au public. Elle dessert plusieurs villas, mais elle n'aboutirait qu'à la mienne, que la servitude n'en existerait pas moins pour aller aux champs qu'elle avoisine. Voies agraires est le nom général que nous donnons à ces chemins* ».

¹⁰⁸⁰ BEUF (L.), *Droit romain. Les voies de communication. Droit français. Les chemins de fer d'intérêt local*, Paris : L. Larose et Forcel, 1885, p. 15.

¹⁰⁸¹ Dig. 43, 7, 3, trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.) in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien, op. cit.*, Tome 6, p. 446.

¹⁰⁸² MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, Paris : L. Larose, 1902, p. 93.

¹⁰⁸³ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 89.

de la propriété de ces *res publicae*¹⁰⁸⁴. Garbouleau y voit la fin définitive de la notion même de domaine public : « *Il perdit complètement son caractère, et les biens qui le composaient devinrent la propriété des seigneurs. À la faveur des droits qu'ils percevaient sur la plupart des lieux publics, ils s'en firent reconnaître comme propriétaires, faisant considérer ces droits comme redevance foncière ou bail d'héritage. Quant aux autres biens du Domaine public, ils se les approprièrent en vertu de la règle qui leur donnait les biens vacants et sans maître (...) L'arbitraire et le bon plaisir des seigneurs étaient la seule loi* »¹⁰⁸⁵. Cette opinion d'une appropriation privée par les seigneurs des biens affectés à l'usage du public reçut rétrospectivement un argument juridique très puissant, celui tiré de l'article 1 de la loi des 26 juillet et 15 août 1790, aux termes duquel « *le régime féodal et la justice seigneuriale étant abolis, nul ne pourra, dorénavant, à l'un ou à l'autre de ces deux titres, prétendre aucun droit de propriété ni de voirie sur les chemins publics, rues et places de villages, bourgs ou villes* » ; l'interprétation *a contrario* de cette disposition sous-tend la reconnaissance de l'appropriation privée, par les seigneurs, de ces biens¹⁰⁸⁶.

452. Pourtant, si l'appropriation privée par les rois ou les seigneurs des grandes routes, des fleuves et des rivages de la mer semble avoir été réelle (en tout cas en ce qu'elle se traduit par la mise en place de péages), il faut montrer plus de réserves sur l'appropriation des chemins de moindre importance, et en particulier de la voirie des villes et villages et des chemins vicinaux qui les reliaient les uns aux autres et aux grandes routes. L'on peut même dire que cet amas de voirie constitua un véritable îlot de non-appropriation privée. Monteil, distinguant soigneusement les biens « étatiques » des biens des cités, note ainsi que si, au début de l'époque franque, « *les choses publiques générales de l'empire furent (...) détruites ou détournées de leur destination, si les organes centralisateurs de l'administration impériale furent brisés, les choses publiques particulières à la cité furent au contraire sauvegardées et la cité survécut avec son organisation (...) Cette ville avait son patrimoine social, ses res publicae, administrées, garanties et protégées comme celles de Rome elle-même* »¹⁰⁸⁷. Plus tard, les seigneurs eux-mêmes ne purent contrôler ces biens comme l'eurent fait des

¹⁰⁸⁴ HUET-GUYARD (J.-M.), *La distinction du domaine public et du domaine privé*, Paris : Domat-Monchrestien, 1939, pp. 17 à 18.

¹⁰⁸⁵ GARBOULEAU (P.-J.), *Du domaine public en droit romain et en droit français*, Paris : Bonaventure et Ducessois, 1859, p. 188.

¹⁰⁸⁶ PELLOUX (R.), *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'Ancien Droit*, Paris : Dalloz, 1932, p. 179.

¹⁰⁸⁷ MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, *op. cit.*, pp. 85 et 86.

propriétaires privés. Dans son *Traité des chemins de toute espèce*, Garnier retranscrit l'opinion de plusieurs auteurs de l'Ancien Régime, qui expliquent les très fortes limitations auxquelles se heurta le prétendu droit de propriété des seigneurs sur cette voirie¹⁰⁸⁸. Fréminville, par exemple, note que les chemins, dès leur établissement, « *sont devenus de droit public, contre lequel nul ne prescrit, ne peut prescrire par le laps de temps ni par aucune entreprise, le défaut d'usage & de pratique n'est point une raison aux voisins pour s'en emparer, la destruction d'un chemin emporte avec elle des conséquences infinies (...)* Ainsi celui qui bouche & enclos un chemin dans son héritage, le laboure & le cultive, vole l'emplacement de ce chemin, qui n'est point à lui ; mais il vole encore les droits de peut-être nombre de personnes qui ont intérêt à l'existence fixe & invariable de ce chemin (...) C'est par ces sages considérations, qu'il n'est pas loisible à un Seigneur (...) de changer un chemin de sa propre autorité »¹⁰⁸⁹, seule l'autorisation du roi permettant un tel changement. Denisart, de même, explique que les seigneurs ont à l'égard des chemins le *jus prohibendi*, le droit d'en interdire les occupations illicites, mais pas le *jus innovandi*, celui de les altérer, les diminuer ou les supprimer, car « *s'il en étoit autrement, ce qui est introduit en faveur du public, tourneroit à sa perte* »¹⁰⁹⁰. Le public joue un rôle encore plus important chez Poullain du Parc, qui en fait le propriétaire des chemins secondaires : « *Ceux qui conduisent de Ville marchande à Ville marchande, sont dans la garde du Roi & lui appartiennent. Les autres chemins sont à la garde des Seigneurs dans l'étendue de leurs fiefs, sans pouvoir néanmoins disposer du terrain de ces chemins, qui appartiennent au public & qui sont destinés à son usage* »¹⁰⁹¹. On assiste ainsi à une survivance de la non-appropriation des biens les plus élémentaires pour les rapports sociaux qui, bien que réduite au minimum, restait bien réelle.

453. Quant à l'argument tiré de l'interprétation *a contrario* l'article 1 de la loi des 26 juillet et 15 août 1790¹⁰⁹², il peut être nuancé dès lors que l'on lit la suite de la loi. L'article 2 ajoute en effet qu'« *en conséquence, le droit de planter des arbres ou de s'approprier les arbres crus sur les chemins publics, rues et places de villages, bourgs ou villes, dans les lieux où il*

¹⁰⁸⁸ GARNIER (F.-X.P.), *Traité des chemins de toute espèce*, 4^{ème} éd., Paris : Rue des Beaux-Arts, 1834, pp. 276 s.

¹⁰⁸⁹ FRÉMINVILLE (E.), *La pratique universelle, pour la rénovation des terriers et des droits seigneuriaux*, Tome 4, Paris : Gisse, 1754, pp. 404 et 405.

¹⁰⁹⁰ DENISART (J.-B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 7^{ème} éd., Tome 1, Paris : Desaint, 1771, p. 458.

¹⁰⁹¹ POUILLAIN DU PARC (A.-M.), *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome 2, Rennes : François Vatar, 1767, p. 394.

¹⁰⁹² Qui, rappelons-le, en abolissant le régime féodal et la justice seigneuriale empêche, « dorénavant », toute prétention à la propriété de la voirie.

était attribué aux ci-devant seigneurs, par les coutumes, statuts ou usages, est aboli ». Le « *en conséquence* » lie les deux articles et montre, d'après Garnier, que les aspirations des seigneurs à la propriété privée de ces voies ne concernaient que les arbres, et non le sol des chemins eux-mêmes¹⁰⁹³.

454. Monteil explique cette difficulté à dompter les voies publiques les plus basiques par la force de l'habitude et du quotidien : « *L'organisation de la cité gallo-romaine paraît en effet s'être maintenue sous les deux premières races, et on peut présumer que rien d'essentiel ne fut changé dans la constitution ni dans l'administration de ces villes (...) Il y avait, à l'intérieur des villes, un certain nombre de choses - rues, chaussées, places publiques, quais et ponts, halles et marchés, puits et fontaines, etc. - qui étaient affectées à l'usage des habitants. Les seigneurs avaient pu essayer d'en tirer des revenus, d'établir des péages dans les halles des marchés, sur les quais et sur les ponts ; mais, bon gré mal gré, ces objets, par le fait même de l'agglomération de la force que donne aux hommes la cohésion matérielle, de la constance de l'usage quotidien des habitants, échappaient à la mainmise absolue des seigneurs. Au reste, dès le XI^{ème} siècle, les villes commençaient à conquérir les franchises municipales (...) Les villes se trouvaient donc dans des conditions d'indépendance et de cohésion telles qu'il est vraisemblable que les choses publiques y furent maintenues, sauvegardées, et conservées à leur destination publique* »¹⁰⁹⁴. Les seules dépendances qui résistèrent à l'appropriation privée totale furent donc des composantes de la voie publique. Un enseignement qui nous sera utile ultérieurement peut d'ores et déjà être tiré pour la suite : toutes les voies publiques n'ont pas à être exclues du champ de la propriété privée ; mais il doit toujours rester, hors de ce champ, une certaine masse de voies publiques.

3. L'affirmation du pouvoir royal : la propriété des voies publiques questionnée

455. Nous avons vu que des juristes de l'Ancien Régime, régulièrement cités pour avoir établi les arcanes de la distinction domaniale, nièrent toute aptitude à la propriété sur les voies publiques. Ainsi, nul, pas même le roi, ne pouvait être propriétaire des rivages de la mer, des fleuves navigables ou des voies terrestres, bref, de toute les choses qui étaient par la nature (ou par *leur* nature) destinées à l'usage du public.

¹⁰⁹³ GARNIER (F.-X.P.), *Traité des chemins de toute espèce*, op. cit., pp. 280 et 281.

¹⁰⁹⁴ MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité* op. cit., pp. 106 à 108.

456. Les édits royaux contrarièrent toutefois cette doctrine : des lettres-patentes de Louis XIV d'avril 1683 posèrent que « *les grands fleuves et les rivières navigables appartiennent en pleine propriété aux rois et aux souverains, par le seul titre de leur souveraineté. Toute ce qui se trouve renfermé dans leurs lits, comme les isles qu'elles forment en diverses manières, les accroissemens & atterissemens, les péages, les passages, ponts, bacs, pêches, moulins & autres choses ou droits qu'elles produisent, appartiennent aussi au roi, & personne ne peut y prétendre aucun droit sans un titre exprès & une possession légitime* » ; dans un édit de février 1710, le même roi souhaitait mettre fin aux occupations sans titre du domaine public maritime qui contrevenaient à l'ordonnance de 1681, et le justifiait par l'usage « *du droit de propriété que nous avons sur les bords et rivages de la mer* ». L'on se souvient aussi que l'accord du roi permettait la suppression de chemins, Denisart indiquant à ce propos que « *quoique les chemins publics ne soient pas appelés Royaux, ils appartiennent cependant au Roi* »¹⁰⁹⁵.

457. Mais à supposer même que le roi fût propriétaire, c'était déjà plus en tant qu'institution qu'en tant que personne. La revendication de propriété était celle de la Couronne, dont les biens étaient déjà protégés, depuis 1566, par l'élévation de leur indisponibilité au rang de loi fondamentale. Il ne fait aucun doute que les voies publiques, parmi une foule d'autres biens, fussent indisponibles, d'autant plus qu'elles ne figuraient pas parmi les petits domaines dont un second édit de 1566 autorisait la « *délivrance à perpétuité* ». Par ailleurs, même au niveau municipal, l'inaliénabilité des « biens communs » s'affirma dès le Moyen Âge tardif dans de plus en plus de statuts communaux¹⁰⁹⁶.

458. Les voies publiques étaient donc indisponibles, mais pas plus que de nombreux autres biens de la Couronne. Toutefois, la doctrine domaniale récente a su mettre en exergue une certaine spécificité des voies publiques, ne serait-ce que dans leur perception par la royauté et les juristes de l'époque. Guillaume Leyte évoque la formation, aux XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, d'un domaine éminent au profit du Roi, consistant en l'affirmation non pas d'un droit de propriété, mais d'un droit de police par lequel il se réservait juridiction et revenus sur

¹⁰⁹⁵ DENISART (J.-B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, op. cit., p. 84.

¹⁰⁹⁶ LEYTE (G.), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e - XV^e siècles)*, préf. A. Rigaudière, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, pp. 419 s.

certaines choses. Les voies publiques figurent parmi ces choses. Sur le rivage de la mer, d'abord, le roi affirme peu à peu son droit de juridiction ; sur les fleuves navigables, ensuite, il s'arroge progressivement des prérogatives de police et perçoit à son profit les péages. Sur les voies terrestres, enfin, il est seul compétent pour supprimer un chemin et, s'il autorise la perception des péages par les seigneurs, il contraint l'affectation de leur produit à l'entretien des chemins et sanctionne les réfractaires. Par ailleurs, si nombre de juristes de l'Ancien Régime soutinrent la propriété par le roi de l'ensemble du domaine, voies publiques comprises, Odile David-Beauregard-Berthier relève fort justement que « *si ces auteurs reconnaissent un droit de propriété au roi sur l'ensemble des dépendances du domaine de la Couronne, et pas seulement sur les choses affectées au public, ce n'est probablement pas le fruit du hasard s'ils ont cru bon de préciser que le champ d'application de ce droit de propriété s'étendait bien aux fleuves navigables et aux chemins royaux, donc à des choses destinées à l'usage public et pour lesquelles le doute était peut-être davantage permis que pour toute autre dépendance domaniale* »¹⁰⁹⁷. Enfin, Hervé de Gaudemar note le caractère trop englobant du principe d'indisponibilité des biens de la Couronne, s'appliquant tant à des biens « *qui, par leur nature, doivent nécessairement relever de l'appropriation publique : les biens et droits de souveraineté* »¹⁰⁹⁸ qu'à des biens dont l'aliénation n'est interdite que parce qu'ils servent au financement du royaume. Le contenu de ces biens et droits de souveraineté ne sera dévoilé que rétrospectivement, lors de la Révolution. Il s'agit en fait de la liste des biens que l'article 2 de la loi du 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 retranchera de l'aliénabilité généralisée des biens de la nation, c'est-à-dire des voies publiques.

B. Un rejet de l'appropriation privée des voies publiques récurrent dans l'espace

Les paroles de Jèze à propos des routes en Angleterre résonnent forcément dans l'esprit de quiconque veut démontrer une constance dans l'appropriation publique des voies publiques. Mais si l'on est effectivement forcé de constater, dans certains systèmes juridiques, le principe d'une compatibilité entre propriété privée et voies publiques, ce phénomène mérite d'être relativisé (2), quand dans le même temps les exemples en droit comparé d'un rejet de l'appropriation privée des voies publiques peuvent être multipliés (1).

¹⁰⁹⁷ DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER (O.), *La justification actuelle de la distinction entre domaine public et domaine privé*, Thèse Aix-en-Provence, 1994, p. 71.

¹⁰⁹⁸ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 34.

1. La fréquence de l'exclusion de l'appropriation privée des voies publiques en droit comparé

459. De nombreux droits étrangers établissent, comme le faisait l'article 538 du Code civil, une liste de biens insusceptibles d'être appropriés par des particuliers¹⁰⁹⁹. Il s'agit pour l'essentiel de pays de « *tradition romano-germanique* » ayant été « *influencés par la théorie française de la dualité domaniale* »¹¹⁰⁰. Si les listes varient d'un État à l'autre, les voies publiques y sont presque systématiquement présentes.

460. C'est sans surprise le cas dans les pays d'Europe qui ont adopté la conception romaine de la propriété. En Italie, d'abord, l'article 822 du Code civil prévoit qu'appartiennent à l'État et font partie du domaine public le rivage de la mer et les rivières. Par une formule déroutante, l'article ajoute que « *sont également dans le domaine public, s'ils appartiennent à l'État, les routes, les autoroutes, les chemins de fer (...)* », ce qui pourrait suggérer de prime abord que les routes non étatiques ne font pas partie du domaine public. L'article 824 ajoute néanmoins que les biens de l'espèce de ceux énumérés par l'article 822, s'ils appartiennent à des provinces ou des municipalités, sont placés sous le régime du domaine public, inaliénable en vertu de l'article 823.

461. L'étude du droit belge met particulièrement en exergue la nécessité de protéger les voies publiques : l'article 538 du Code civil belge¹¹⁰¹ est identique à ce qu'était l'article 538 du Code civil français. Comme en droit français, la domanialité publique fut étendue à la voie

¹⁰⁹⁹ Il arrive aussi fréquemment que la propriété privée semble rejetée pour certains biens, sans que les législations ne fournissent une liste détaillée. Par exemple, l'article 214 du Code civil de la Fédération de Russie prévoit que la terre qui n'entre pas dans le patrimoine des personnes physiques figure dans le patrimoine de l'État, sans plus de précisions. Voir TALAPINA (E.) *Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe*, Thèse La Réunion, 2011, pp. 160 et 161. C'est également le cas dans le golfe persique : l'article 56 du Code civil qatari et les articles 97 et 98 du Code civil émirati excluent du droit de propriété les choses par nature « *hors du champ des transactions* », qui sont celles que « *nul ne peut posséder exclusivement* » (selon nos traductions littérales).

¹¹⁰⁰ Selon les expressions employées par Caroline Chamard-Heim qui, par ailleurs, dresse un panorama complet de distinction entre propriété publique et privée dans tous les systèmes juridiques. Voir CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, pp. 131 s. Voir également, pour d'autres éléments de droit comparé, DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER (O.), *La justification actuelle de la distinction entre domaine public et domaine privé*, Thèse Aix-en-Provence, 1994 ; pp. 345 s. ; LATOURNERIE (M.-A.), *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 2004, pp. 69 s.

¹¹⁰¹ « *Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, 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 belge qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public* ».

publique communale¹¹⁰². Le Code civil luxembourgeois hérita également de l'article 538 du Code civil français. Bien que démentie par une jurisprudence récente¹¹⁰³, une partie de la doctrine limita longtemps la domanialité publique aux biens énumérés par l'article 538¹¹⁰⁴, enrichis là encore de la voirie communale¹¹⁰⁵.

462. Le Code civil hongrois attache une importance particulière à la circulation puisque l'article 172, sauf loi contraire, « *maintient* » dans la propriété exclusive de l'État les rivières, les routes nationales, les voies ferrées, les canaux, les ports fluviaux, les aéroports pour le commerce international et l'espace aérien qui surplombe le territoire. L'article suivant précise que tous ces biens sont exclus du commerce, et que toute aliénation doit être annulée.

463. En Espagne, l'alinéa 1 de l'article 132 de la Constitution de 1978 dispose que la loi réglemente le régime juridique des biens du domaine public et des biens communaux en s'inspirant des principes d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité, d'insaisissabilité, et qu'elle réglemente leur désaffectation. Certains des biens devant figurer dans le domaine public sont imposés par la Constitution : outre les ressources économiques de la zone économique et du plateau continental, figurent la « zone maritime-terrestre », les plages et la mer territoriale, soit des voies publiques. La domanialité publique des autres voies publiques est déterminée par la loi. L'article 339 du Code civil espagnol intègre au domaine public, de façon générale, les biens « *destinés à l'usage public* » ; l'article cite les chemins, canaux, fleuves, torrents, ports et ponts construits par l'État, les rivages, les plages, les rades, et les autres biens « *analogues* ». L'article 344 dispose que les provinces et les communes ont elles aussi des biens à usage public, tels que les chemins provinciaux et vicinaux, les places, rues, les promenades ainsi que les fontaines et eaux publiques et les ouvrages publics affectés d'intérêt général. Toutes les voies publiques figurent donc bien, en Espagne, dans le domaine public.

¹¹⁰² Voir par exemple, à propos d'une place, CE (Belgique), 1^{er} octobre 2009, *Stassain c/ ville de Stavelot*, arrêt n° 196850.

¹¹⁰³ Cour administrative (Luxembourg), 11 décembre 2012, req. n° 31148C : « *Font partie du domaine public, on seulement les biens qui, par leur nature ou par leur aménagement, sont nécessaires à un service public, mais encore ceux qui sont directement affectés à la satisfaction d'un besoin public, à l'usage du public* »

¹¹⁰⁴ MAJERUS (P.), *L'État luxembourgeois*, 6^{ème} éd., Editpress, 1990, p. 306 ; DELVAUX (H.), « Le domaine public et le domaine privé en droit luxembourgeois », *Revue juridique et politique : indépendance et coopération* 1970, n° 4, p. 877 s.

¹¹⁰⁵ DELVAUX (H.), « Le domaine public et le domaine privé en droit luxembourgeois », *art. cit.*

464. La domanialité publique des voies publiques portugaises est garantie par l'article 84 de la Constitution du Portugal, puisque figurent dans ce domaine public les eaux territoriales et leurs fonds marins, les cours d'eau navigables ou flottables et les routes. L'article 202 du Code civil portugais a visiblement conservé l'ancienne conception du domaine public puisqu'il précise que les biens qui en relèvent sont « *par nature* » insusceptibles d'appropriation individuelle.

465. Les voies publiques figurent également dans les énumérations des codes d'Amérique latine : au Mexique, le Code civil distingue, en ses articles 764 et suivants, les biens « *du domaine du pouvoir public* »¹¹⁰⁶ et ceux qui sont propriété des particuliers. Les premiers comprennent les « *biens d'usage commun* », les « *biens destinés à un service public* » et les « *biens propres* ». Comme dans le système français, seuls sont inaliénables les deux premiers. La liste de ces biens est dressée par l'article 7 d'une « *loi générale des biens nationaux* » du 20 mai 2004, qui y intègre, entre autres, la mer territoriale, les plages, les ports, les quais, les cours d'eau, les canaux, les routes et chemins, les places. Ces mêmes dépendances se trouvent dans la liste des biens qui « *restent compris* » dans le domaine public d'après l'article 2340 du Code civil argentin.

466. Comme le Code civil mexicain, l'article 99 du Code civil brésilien divise les biens appartenant à des personnes publiques en trois catégories, dont les deux premières sont frappées d'inaliénabilité (art. 100) : ceux affectés à l'usage commun, ceux affectés à un service public, et ceux patrimoniaux. Il prend le soin d'indiquer une liste indicative de la première catégorie, constituée des rivières, mers, routes, rues et places.

467. Au Chili, si le caractère exagérément restrictif de la conception du domaine public la rend peut être archaïque¹¹⁰⁷ elle inclut en tout cas les voies publiques : l'article 589 y inclut les biens dont « *l'usage appartient à tous les habitants de la nation, comme les rues, les places, ports et chemins, la mer adjacente et ses plages* », auxquels l'article 598 rajoute les cours d'eau.

¹¹⁰⁶ Selon notre traduction littérale.

¹¹⁰⁷ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op. cit., pp. 146 et 147.

468. Si l'Algérie protège un domaine public constitutionnel, celui-ci ne contient pas les voies publiques : l'article 17 de la Constitution algérienne ne garantit l'appropriation publique que des ressources naturelles et des infrastructures affectées aux services publics de transport. Cette protection juridique inférieure des voies publiques ne nous semble toutefois pas révélatrice d'un défaut de leur importance, et résulte simplement d'une exposition moindre à un risque réel de privatisation que lesdites ressources et infrastructures. Du reste, dans un domaine public extrêmement hétérogène¹¹⁰⁸, la loi du 1^{er} décembre 1990 inclut tous les biens affectés à l'utilité publique, et précise qu'y figurent les rivages de la mer, le sol et le sous-sol de la mer territoriale, les cours d'eau, les ports civils et militaires, et les routes et autoroutes et leurs dépendances.

469. Au Maroc, le *dahir* du 1^{er} juillet 1914 énumère une liste de biens « *qui ne peuvent être possédés privativement parce qu'ils sont à l'usage de tous, et dont l'administration appartient à l'État tuteur de la communauté* ». L'article 1^{er} range notamment dans le domaine public le rivage de la mer, les ports, les routes, rues, chemins et pistes. Cet article protégeait jusqu'en 1995 la domanialité publique des cours d'eau, aujourd'hui garantie par l'article 2 de la loi sur l'eau de 1995, d'après lequel les canaux de navigation et le lit de ces cours d'eau font partie du domaine public hydraulique¹¹⁰⁹.

470. La mise hors du champ de la propriété privée des voies publiques se retrouve également en Asie. Même s'il est muet sur la mer et les cours d'eau, le Code civil iranien interdit à quiconque de prendre possession des routes et des rues (art. 24) ; du reste, dans une formule générale, il proscriit la prise de possession des biens publics qui n'ont aucun propriétaire privé, tels que les lieux ouverts au public.

¹¹⁰⁸ Voir KHALFOUNE (T.), *Le domaine public en droit algérien : réalité et fiction*, préf. L. Saïdj, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004. L'auteur questionne notamment l'assimilation par certains de ses prédécesseurs du *habous* islamique (équivalent du *trust* anglais) au domaine public. Pour une étude plus condensée de cette question, voir du même auteur « Le Habous, le domaine public et le trust », *Revue internationale de droit comparé* 2-2005, p. 441.

¹¹⁰⁹ L'enjeu de l'eau au Maroc conduisit à inclure de très nombreux biens dans le ce domaine public hydraulique : outre ceux que nous venons de citer, relevons par exemple les nappes d'eau, les puits artésiens, les francs-bords sur une certaine largeur, le lit des cours d'eau non permanents, les sources, ou encore les marais. Sur cette question, voir TAZI-SADEQ (H.), *Du droit de l'eau au droit à l'eau au Maroc et ailleurs*, La croisée des Chemins, 2006.

471. En Chine, la loi sur les droits réels de 2007 énumère les biens appartenant à l'État, parmi lesquels figurent, au milieu d'une grande quantité de biens¹¹¹⁰ les eaux courantes, les zones maritimes (art. 46) et les routes (art. 52).

472. Le droit des biens japonais oppose, au sein de « *national properties* », les « *administrative properties* » aux « *non administrative properties* », selon leur affectation à l'intérêt général. Au sein des « *administrative properties* » figurent les « *public properties* ». Un guide publié par le ministère des finances nippon inclut dans ces « *public properties* », à titre d'exemple, les routes, rivières et ports¹¹¹¹ et, dans le cadre de la politique d'aliénation menée par l'État, n'offre à la vente parmi les biens de cette catégorie que ceux qui, d'après notre traduction, ont « *perdu leurs fonctions* »¹¹¹², c'est-à-dire qui ne sont plus utilisés par le public en général. L'article 18 du « *National Property Act* » japonais proscribit de toute façon, sauf loi contraire, l'aliénation, la location ou le démembrement des « *administrative properties* »¹¹¹³. Il est aussi remarquable que l'article 38 du même texte excepte du recensement obligatoire de toutes les « *national properties* », toutes les « *public properties* » autres que les parcs publics et places publiques, c'est-à-dire notamment les routes et les rivières¹¹¹⁴.

2. La relativisation de l'aptitude des voies publiques à l'appropriation privée en droit comparé

473. Il est bien connu que le droit administratif allemand développe l'inaliénabilité que promut René Capitant, celle de l'affectation plutôt que celle du bien : la « chose publique », celle affectée à l'intérêt général, peut appartenir à des particuliers dès lors que l'affectation reste garantie¹¹¹⁵. Toutefois, cette aptitude à l'appropriation des biens affectés à l'utilité publique doit recevoir deux bémols lorsqu'elle s'applique aux voies publiques.

¹¹¹⁰ Citons pêle-mêle, énumérés au chapitre 5 de la dite loi, les ressources minérales, les forêts, les montagnes, les prairies, les plantes, les animaux sauvages, les ondes hertziennes, les voies ferrées, les reliques culturelles. Voir BIN (L.), *La protection de la propriété en Chine*, préf. M. Delmas-Marty, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011, pp. 151 s.

¹¹¹¹ Ministry of Finance, *What do you know about National Properties ?*, novembre 2013

¹¹¹² *Ibid.*, p. 12.

¹¹¹³ National Property Information Office (Financial Bureau, Ministry of finance), *The Japanese national property system and current conditions*, Rapport de mars 2011, p. 4.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹¹¹⁵ FORSTHOFF (E.), *Traité de droit administratif allemand*, trad. M. Fromont, Bruxelles : Bruylant, 1969, pp. 548 à 551 : « *La chose publique n'est pas purement et simplement une chose hors commerce, comme l'était*

474. D'abord, certaines voies publiques continuent à échapper à l'appropriation privée. C'est notamment le cas des rivages de la mer¹¹¹⁶ ; c'est également le cas, en vertu de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, des anciennes voies navigables du Reich (art. 89) et de ses anciennes autoroutes et routes (art. 90). À propos des routes, d'ailleurs, les études sur le sujet mentionnent la volonté des pouvoirs publics allemands d'éviter le plus possible qu'elles soient appropriées par des particuliers¹¹¹⁷. En 2009, Ulrich Stelkens rapporte ainsi que « *la mise à disposition d'une infrastructure routière suffisante a toujours été considérée comme une mission essentielle de l'État et des collectivités locales (...) Aujourd'hui - dans la plupart des cas - la collectivité publique responsable de la route en détient aussi la propriété privée, ce qui permet au législateur de concentrer l'organisation de l'utilisation de la route entre les mains d'une autorité administrative* »¹¹¹⁸.

475. Ensuite, la propriété privée semble en droit allemand moins marquée par l'absoluité qui caractérise la conception romaine. Jean-Philippe Brouant et Axel Novak relèvent à cet égard que l'aptitude à l'appropriation privée des biens affectés à l'utilité publique s'explique par la dimension sociale qui frappe la propriété privée allemande : « *La Cour constitutionnelle fédérale a en effet une conception résolument moderne du droit de propriété, qui diffère de nos conceptions romanistes. De par la constitution, le droit de propriété doit obligatoirement*

la res publica du droit romain. Elle demeure l'objet d'un droit de propriété privée. Elle n'échappe pas complètement à l'emprise du droit civil. L'affectation de droit public a simplement priorité absolue sur les droits et obligations résultant du droit de propriété privée. Cela veut dire que le pouvoir de disposer de la chose publique, tel qu'il est défini par le Code civil, ne peut s'exercer que dans la mesure où cela ne porte pas préjudice à l'affectation de la chose. Souvent l'intérêt public n'exclut pas automatiquement toute utilisation privative de la chose (récolte de l'herbe et des fruits dans des parcs publics ou sur les routes). Les choses publiques peuvent donc faire l'objet de relations de droit privé. De même, le droit de propriété est susceptible d'être transféré ». Voir également KARADGÉ-ISKROW (N.), « Nature juridique des choses publiques », *RDP* 1930, pp. 672 à 674 ; BROUANT (J.-P.) et NOVAK (A.), « Les propriétés publiques immobilières en droit allemand », *Rev. adm.* juillet-août 1993, pp. 370 s. ; CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés, op. cit.*, pp. 149 s. ; DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER (O.), *La justification actuelle de la distinction entre domaine public et domaine privé, op. cit.*, pp. 357 s.

¹¹¹⁶ BROUANT (J.-P.), NOVAK (A.), *Les propriétés publiques immobilières en droit français et allemand*, *Revue administrative* juillet-août 1993, p. 370 : Les biens publics « sont ainsi soumis au droit de propriété publique (à condition que la propriété privée ne soit pas exclue formellement comme c'est le cas, par exemple, pour les rivages de la mer) ».

¹¹¹⁷ *Ibid.*, p. 373 : « Les lois récentes en matière de voirie tentent d'éviter la détention par des propriétaires privés en prévoyant qu'elles appartiennent à la personne publique responsable de leur construction et de leur entretien ».

¹¹¹⁸ STELKENS (U.), « Le régime des biens publics en droit allemand », compte rendu d'une table ronde organisée le 15 mai 2009 par La Chaire « Mutations de l'Action Publique et du Droit Public » de l'Institut d'Études Politiques de Paris sur le thème « *Le régime des biens publics en droit comparé* », pp. 15 et 16 (document disponible sur le site internet de l'IEP de Paris, voir bibliographie pour l'adresse).

avoir une dimension sociale (article 14 de la Loi fondamentale : "La propriété oblige. Son usage doit en même temps contribuer au bien commun"). Cet aspect est important, notamment en ce qui concerne la possibilité de créer des biens publics qui appartiennent à des personnes privées. Dans la mesure où la propriété publique est constitutionnellement restreinte par des considérations sociales, la "servitude d'utilité publique" peut être imposée à tout propriétaire »¹¹¹⁹. La même remarque vaut pour le droit de propriété néerlandais, calqué sur ce point sur le droit de propriété allemand¹¹²⁰.

476. Préférence dans les faits pour une appropriation par l'administration et caractère non individualiste du droit de propriété : ce sont ces deux mêmes considérations qui permettent de nuancer la célèbre formule de Jèze à propos des routes, « la preuve qu'on peut les acheter, c'est qu'en Angleterre on les achète »¹¹²¹. Ce point de vue fut pourtant appuyé par Karadgé-Iskrow, signalant qu' « en Angleterre, le droit de propriété sur les chemins moyens destinés à l'usage du public reste à leurs anciens propriétaires. On présume qu'ils appartiennent jusqu'à leur milieu, aux riverains (...) Si un chemin appartient aux riverains, ils gardent entièrement leur droit de propriété ; ils peuvent l'exercer en tant que cela ne gêne pas l'usage de tous »¹¹²². Bien plus tôt, Franqueville rapportait que « les routes appartiennent soit aux paroisses, soit à des compagnies, soit à des particuliers »¹¹²³ ; mais il notait aussi dans le même temps que « les propriétés de la couronne forment ce que l'on appelle en France le domaine public. On range dans cette catégorie : les fleuves, rivières navigables, rivages, quais, ports, havres, rades, forteresses, etc. »¹¹²⁴, comme si ces biens ne pouvaient appartenir à des particuliers. Karadgé-Iskrow, sans exclure la possibilité de leur appropriation privée, relève le maintien d'une spécificité de certaines voies publiques aquatiques : ainsi note-t-il que sur les rivages et les limans de la mer et sur les fleuves « jusqu'au point où on sent encore le flux et le reflux de la mer (...) on présume jusqu'à preuve du contraire, que le droit de propriété appartient à la couronne et que le public a le droit de navigation et de pêche »¹¹²⁵. Il existe donc, pour ces biens, une présomption de non appropriation privée, à défaut d'une

¹¹¹⁹ BROUANT (J.-P.), NOVAK (A.), *Les propriétés publiques immobilières en droit français et allemand*, art. cit., p. 371.

¹¹²⁰ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, op. cit., pp. 151 et 152.

¹¹²¹ Cité par Hervé de Gaudemar, in *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 322.

¹¹²² KARADGÉ-ISKROW (N.), « Nature juridique des choses publiques », art. cit., p. 670.

¹¹²³ DE FRANQUEVILLE (C.), *Les Institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre*, 2^{ème} éd., Paris : L. Hachette, 1864, p. 325.

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ KARADGÉ-ISKROW (N.), *Nature juridique des choses publiques*, art. cit. p. 671.

appropriation publique garantie. Le site internet du « Crown Estate », l'administration qui gère les biens de la Couronne, révèle en outre que les rivages de la mer sont dans les faits la propriété de la Couronne et des administrations locales¹¹²⁶.

477. Par ailleurs, et comme en Allemagne, la conception de la propriété des immeubles (« *real property* ») est bien moins absolutiste et exclusiviste que celle héritée du droit romain, puisque « *aucun homme n'est en droit le propriétaire souverain de terres. Il peut seulement "hold and estate them", c'est à dire disposer de la condition économique et sociale qui lui confèrent les caractéristiques de sa "tenue" ou "saisine", valant possession ou simple détention, qu'il tient d'un seigneur, qui le tient lui-même du roi* »¹¹²⁷. Même si le titulaire sur la terre d'un « *estate of freehold* »¹¹²⁸ exerce concrètement une maîtrise totale sur celle-ci, elle reste fondamentalement propriété de la reine, à la manière d'un domaine éminent. Franqueville note cette subsistance d'une forme de féodalité : « *Bien que la société anglaise ne soit plus féodale, la terre l'est encore aujourd'hui. Le souverain est considéré comme ayant, sur toutes les terres, un droit de suzeraineté, et les propriétaires lui doivent toujours "allegiance"* »¹¹²⁹. Or, ce défaut d'exclusivité dans la conception d'une propriété privée intimement liée au pouvoir royal justifie cette aptitude des voies publiques à supporter plus facilement une appropriation privée, qui n'en est fondamentalement pas une. D'ailleurs, le propriétaire supporte du fait même de la loi le passage du public sur son fond. Ainsi, sur les chemins traversant des fonds privés, le roi dispose d'un droit de passage dont il fait profiter son peuple¹¹³⁰. Ce droit de passage, dit « *public right of way* »¹¹³¹, est encore renforcé par la maxime « *once a highway, always a highway* », qui en interdit la prescription. Cette propriété privée d'une nature différente facilite probablement l'appropriation privée des voies publiques. Du reste, dans les faits, les « *gating orders* » par lesquels les municipalités

¹¹²⁶ « *The Crown Estate manages around half of the foreshore around the UK coastline, although a good deal of this is leased to third parties such as local authorities and Natural England. The remainder is owned or managed by bodies such as the Duchies of Lancaster and Cornwall, local authorities, statutory bodies and government departments* » (voir lien vers FAQ du « Crown Estate » en fin de bibliographie).

¹¹²⁷ LATOURNERIE (M.-A.), *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 2004, pp. 72 et 73.

¹¹²⁸ Qui consiste en le droit le plus absolu sur la terre. Voir PAPANDRÉOU-DETERVILLE (M.-F.), *Le droit anglais des biens*, préf. G. Samuel, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, pp. 143 s.

¹¹²⁹ DE FRANQUEVILLE (C.), *Les Institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 323.

¹¹³⁰ KARADGÉ-ISKROW (N.), « *Nature juridique des choses publiques* », *art. cit.* p. 671.

¹¹³¹ PAPANDRÉOU-DETERVILLE (M.-F.), *Le droit anglais des biens*, *op.cit.*, p. 150.

décident, pour des raisons de sécurité, de réserver aux résidents l'accès physique à des rues pourtant propriétés municipales sont l'objet d'une très vive contestation¹¹³².

478. Des observations similaires peuvent encore être formulées à l'égard du droit néerlandais qui, s'il autorise en principe la compatibilité entre voies publiques et appropriation privée¹¹³³, offre un statut particulier à certaines de ces voies. Ainsi, en vertu des articles 25 à 28 du livre 5 du Code civil néerlandais, le fond de la mer territoriale, le lit des cours d'eau navigables et les plages sont « *présumées* » être la propriété de l'État ; les autres immeubles librement accessibles aux publics sont présumés être la propriété de l'entité publique qui les entretient. Par ailleurs, la non-exclusivité de la conception du droit de propriété est visible dans les articles 21 et 22 du même livre. Le premier consacre le droit du public d'utiliser l'espace aérien et le tréfonds du sol d'un propriétaire privé pourvu que ce soit à une hauteur ou à une profondeur qui fait que ce dernier n'a aucun intérêt à s'y opposer ; le second autorise tout un chacun à traverser le terrain d'autrui pourvu qu'il n'y commette aucun dégât et n'y crée aucune nuisance, sauf si ce terrain est clôturé ou qu'une inscription indique clairement l'interdiction d'y pénétrer sans autorisation.

§ 2. Les effets de la qualité de voie publique sur l'appropriation

La qualité de voie publique produit sur l'appropriation des effets importants. Nous distinguerons ces effets selon la nature de la propriété support de la voie publique. Lorsque la voie est domaniale, sa qualité de voie publique aboutit au maintien de l'appropriation publique grâce à une domanialité publique automatique (A). Lorsque l'assise est privée, le statut de voie publique qu'elle acquiert ou présente dès son origine peut, dans certaines hypothèses, aboutir à l'anéantissement de l'appropriation privée au profit d'une appropriation publique (B).

¹¹³² Voir LAKEHAL (L.), « La fermeture municipale des rues publiques à Londres : le cas des *Gating Orders* à Camden », *Géocarrefour* vol. 83/2, 2008, pp. 135 et 136.

¹¹³³ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, pp. 151 et 152.

A. Les effets de la qualité de voie publique sur les biens domaniaux : le maintien de l'appropriation publique par la domanialité publique

L'entrée automatique des voies publiques domaniales dans le domaine public résulte de la simple application du critère de l'affectation à l'usage direct du public (1). Il existe certes des cas particuliers dans lesquels la qualité de la voie publique domaniale n'emporte pas incorporation dans le domaine public. Ils ne sont toutefois pas révélateurs d'une protection organique inférieure (2).

1. L'entrée automatique des voies publiques domaniales dans le domaine public en vertu du critère de l'affectation à l'usage direct du public

479. Ainsi que nous l'avons vu, l'article 538 du Code civil ne faisait figurer, dans sa liste exemplative, que des voies publiques. Pour le législateur révolutionnaire qui inspira cette disposition, « *ces biens sont et doivent demeurer propriétés de la Nation en tant qu'ils sont pour l'essentiel des biens dont l'existence et les besoins de la vie collective nécessitent que l'usage soit commun à tous* »¹¹³⁴. Dispensées ainsi d'une analyse de leur qualité de « *portion du territoire insusceptible de propriété privée* », applicable aux choses non énumérées, ces voies publiques entraient aisément dans le domaine public. L'imprécision de cette dernière formule conduisit pourtant le juge à élaborer un nouveau critère, celui de l'affectation à l'usage direct du public. Mais ce critère fut précisément façonné au regard des caractéristiques mêmes des biens déjà énumérés, c'est à dire des voies publiques (a). En ce sens, les voies publiques constituent un domaine fondamental. Par ailleurs, ce critère d'identification du domaine public fut longtemps le seul. Le critère de l'affectation à un service public ne survint que dans un second temps, et se trouva de surcroît limité par l'addition d'une condition supplémentaire, celle de l'aménagement spécial, qui ne s'imposa pas vraiment aux biens affectés à l'usage direct du public (b).

¹¹³⁴ QUIOT (C.), « Considérations sur une curiosité juridique : l'existence en droit français d'un domaine privé des personnes publiques », in *Les métamorphoses du droit* (mélanges J.-M. Rainaud), L'Harmattan, 2009, pp. 346 et 347.

a. Un critère façonné au regard des caractéristiques des voies publiques

480. Les auteurs du XIX^{ème} siècle, nous l'avons vu, forcèrent l'interprétation de l'article 538 du Code civil pour intégrer dans le domaine public les biens qui leur semblaient devoir s'y trouver absolument, notamment les rues¹¹³⁵. Ils furent toutefois aidés en cela par une jurisprudence éparse débutée dans les années 1820 et qui, à défaut de reconnaître la domanialité publique de la voirie communale, en admettait la spécificité. Par exemple, en 1824, la Cour de Grenoble reconnut à la commune de Meyzieu la propriété d'une place publique, ce qui n'avait en soi rien d'étonnant, les communes apparaissant alors comme des associations privées. Mais le juge greffa à cette propriété une spécificité : « *La commune n'en jouit point à titre singulier (ut singuli), mais à titre universel (ut universi) (...) Tant que cet état de choses dure, il ne peut être question de servitude de passage pour un des habitants de la commune, tous étant censés en jouir comme propriétaires indivis* »¹¹³⁶. En 1826, la Cour de Colmar estima qu'« *en droit, c'est une grave erreur que de prétendre que l'on puisse acquérir une servitude sur un chemin public, ou sur un fossé dépendant du domaine public, de manière à empêcher la ville, propriétaire de la rue ou du fossé, d'en changer la direction et la destination* »¹¹³⁷. Par un arrêt du 13 février 1828 relatif à la même affaire, la Cour de cassation elle-même décida, par une position de principe, qu'« *une rue est une propriété publique, hors du commerce, qui n'appartient à personne, sur laquelle, par conséquent, personne ne peut acquérir aucun droit de propriété* »¹¹³⁸. La jurisprudence, qui plaçait alors simplement la voirie communale dans une situation juridique spéciale, ne commença à se référer à la domanialité publique de façon systématique qu'au début du XX^{ème} siècle, où elle admit la domanialité publique¹¹³⁹ puis l'appropriation publique¹¹⁴⁰ des voies appartenant aux personnes publiques.

¹¹³⁵ D'ailleurs, Hauriou lui-même, malgré son critère très englobant de l'utilité publique, déployait son raisonnement à partir d'une « *liste minima des dépendances du domaine public admise par tout le monde* », incluant les voies publiques : « *elle contient les rivages de la mer, les ports, havres et rades, les étangs salés, les canaux de navigation, les fleuves navigables, les routes, chemins, rues et places publiques, les voies ferrées avec leurs bâtiments d'exploitation, les murets, remparts, fossés des places de guerre, les églises ; on est obligé pratiquement de tenir compte de cette liste et il faudra que la formule adoptée pour la définition de la dépendance du domaine public convienne également à tous ces éléments* » (*Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris : Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1900, p. 617).

¹¹³⁶ Cour de Cassation, 15 juillet 1824, *Vachon c/ Commune de Meyzieu*, *Jurisprudence générale du royaume*, Tome 12, 1830, p. 10.

¹¹³⁷ Cour d'appel de Colmar, 28 mars 1826, *Recueil de Jurisprudence générale du Royaume*, année 1828, p. 129.

¹¹³⁸ Cass. req., 13 février 1828, *Recueil de Jurisprudence générale du Royaume*, année 1828, p. 130.

¹¹³⁹ Voir par exemple Cass. req., 22 octobre 1900, *DP* 1093, I, p. 117 : « *Les impasses, les ruelles et les rues des villes font, comme les autres voies publiques qui ne sont pas dans le commerce, partie de leur domaine public municipal* ».

481. La formulation d'un critère plus général et dépassant les écueils de la formulation « *insusceptibles de propriété privée* » est souvent située par les auteurs à 1935. S'il faut reconnaître à l'arrêt Marécar le fait d'avoir clairement formulé le critère, il convient toutefois de souligner que celui-ci avait été largement préparé non seulement par la doctrine, mais plus encore par la jurisprudence, à propos des meubles. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Lyon de 1894, les juges s'exprimaient ainsi : « *Considérant que l'énumération des dépendances du domaine public faite par les articles 538 et 540 du Code civil n'est point limitative mais énonciative ; qu'elle doit être complétée par un criterium recherchée dans un caractère commun à toutes les choses énumérées par la loi ; considérant que ce caractère distinctif de la domanialité privée réside dans l'affectation d'une chose à l'usage direct, immédiat du public* »¹¹⁴¹. C'est donc au regard notamment des caractéristiques des voies publiques, qui composaient la liste de l'article 538, que fut façonné ce critère.

b. L'affectation à l'usage direct du public, critère suffisant

482. La consécration par l'arrêt *Société Le Béton*¹¹⁴² d'une domanialité publique des immeubles affectés à un service public aurait pu priver de leur spécificité les biens affectés à l'usage direct du public. Il n'en fut rien : soucieux de ne pas étendre le lourd régime de la domanialité publique à des immeubles banals dont la seule spécificité était d'accueillir des services administratifs, le juge administratif assortit l'affectation à un service public d'une condition supplémentaire, celle de l'aménagement spécial. L'idée, parfaitement défendable, s'inscrivait dans la droite ligne des écrits de Waline : seuls devaient être conservés les biens que l'on ne pouvait que difficilement retrouver dans le commerce des particuliers, précisément parce qu'ils étaient « spécialement » aménagés. Le sort de ce critère additionnel est bien connu : son indéfinition et la facilité avec laquelle les juges l'admirent (en témoigne l'exemple célèbre de la chaîne « régulant » la circulation sur l'allée des Alyscamps¹¹⁴³) la reléguèrent au rang de simple « *clause de style* »¹¹⁴⁴.

¹¹⁴⁰ CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris c/ Compagnie du chemin de fer d'Orléans*, rec. *Lebon* p. 271.

¹¹⁴¹ Cour d'appel de Lyon, 10 juillet 1894, s. 1895, II, p. 185, note Saleilles.

¹¹⁴² CE, ass., 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, rec. *Lebon* p. 375 ; *AJDA* 1956, p. 472, concl. Long et p. 488, chron. Fournier et Braibant.

¹¹⁴³ CE, ass., 11 mai 1959, *Sieur Dauphin*, rec. *Lebon* p. 294, *D.* 1959, p. 314, concl. Mayras ; *ADJA* 1959, I, 113, chron. Combarnous et Galabert ; *AJDA* 1959, II, p. 228, note Dufau ; *GDDAB* n° 6, obs. Melleray.

¹¹⁴⁴ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 514.

483. Il faut toutefois concéder que l'exigence de l'aménagement spécial ne fut pas l'apanage des seules affectations à un service public : dès 1960 et la jurisprudence Berthier¹¹⁴⁵, l'exigence fut étendue aux biens affectés à l'usage direct du public. Cette extension fut toutefois très critiquée car dépourvue de sens. Les biens affectés à l'usage direct du public figurant dans le domaine naturel sont en effet par définition non aménagés ; quant à ceux figurant dans le domaine artificiel, comme la voirie routière, ils sont, au contraire, par définition aménagés pour recevoir l'usage direct du public¹¹⁴⁶. Observant que le commissaire du gouvernement lui-même, dans ses conclusions sur l'arrêt Berthier, admettait la rareté voire l'impossibilité d'une affectation à l'usage direct du public sans aménagement sous-jacent, Pierre Sandevor s'interrogeait à juste titre sur la nécessité de conserver l'utilisation du critère supplémentaire pour les biens affectés à l'usage du public et d'« *alourdir la jurisprudence avec des modèles inutiles* »¹¹⁴⁷. Le rivage de la mer et les fleuves ne sont pas aménagés ; les voies terrestres sont à l'évidence aménagées¹¹⁴⁸ : or, si l'aménagement spécial est certain, le juge ne le relève pas¹¹⁴⁹. C'est ainsi qu'il ignora dans les jurisprudences suivantes la condition pour les voies, et se contenta d'en constater l'affectation à la circulation générale¹¹⁵⁰ pour en établir la domanialité publique. Si l'aménagement spécial fut relégué au rang de simple clause de style pour les deux types d'affectation, ce fut donc pour des raisons différentes : parce qu'il était indéfini dans le cas de l'affectation à un service public ; parce qu'il était hors de propos

¹¹⁴⁵ CE, 22 avril 1960, *Berthier*, rec. p. 264 ; *ADJA* 1960 p. 78, note Combarous et Galabert ; *RDP* 1960, p. 1223, concl. Henry.

¹¹⁴⁶ LAVIALLE (C.), « Que reste-t-il de la jurisprudence Le Béton ? », *AJDA* 2010, p. 536.

¹¹⁴⁷ SANDEVOIR (P.), « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », *AJDA* 1966, p. 99. L'auteur notait qu'« à côté des biens affectés à l'usage du public et incorporés de ce seul fait au domaine public, à côté des biens affectés à un service public et aménagés à cet effet, la jurisprudence Berthier vient instituer une troisième catégorie de biens du domaine public : les biens affectés à l'usage du public mais qui néanmoins ne sont incorporés au domaine public que dans la mesure où ils ont fait l'objet d'un aménagement spécial en vue de leur utilisation par le public. Si l'on tient compte de la terminologie actuelle de la jurisprudence, les biens qui sont affectés à l'usage du public et que le Conseil d'État incorpore de ce seul fait au domaine public sont ceux qui sont affectés à la "circulation générale" et qui par suite méritent la dénomination de "voies publiques" ». On notera encore la place à part qu'occupent les biens affectés à la circulation générale.

¹¹⁴⁸ LENOIR (Y.), « Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs », Paris : Sirey, 1966, p. 61 : « *L'appropriation spéciale aux exigences de cette affectation à l'usage du public existe presque toujours pour les biens auxquels on reconnaît une telle affectation : naturellement ou artificiellement ils sont aptes à la remplir. Le chemin est créé par le passage coutumier, la route est construite ; le fleuve est naturellement navigable ou canalisé, le rivage est naturellement un lieu de passage, la rade constitue un abri naturel, le port est un havre artificiel...* ».

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 158 : « *La démarche du Conseil d'État semble être la suivante : ou bien l'aménagement spécial est certain, ce qui est le cas des voies ouvertes à la circulation, et il ne juge pas nécessaire de le relever tout en l'exigeant implicitement. Ou bien l'existence de cet aménagement n'est pas absolument sûre et alors il le recherche* ».

¹¹⁵⁰ CE, 14 juin 1972, *Elkoubi*, rec. *Lebon* p. 346.

dans le cas de l'affectation à l'usage direct du public. La meilleure preuve de la non pertinence d'un aménagement pour caractériser la domanialité publique de biens affectés à l'usage direct du public se trouve dans la codification opérée par le CGPPP : si, poursuivant l'œuvre de réduction du champ de la domanialité publique, il grève l'affectation à un service public d'une condition d'aménagement désormais « indispensable », il n'exige aucun aménagement pour les biens affectés à l'usage direct du public.

2. Des cas particuliers non révélateurs d'une protection organique inférieure

Il arrive que le statut de voie publique d'un bien domanial n'emporte pas automatiquement sa domanialité publique, et donc son inaliénabilité (a). En outre, la voirie routière bénéficie d'une facilité pour sa sortie du domaine public puisque la validité de leur déclassement n'exige pas de désaffectation préalable : elle peut donc être, pendant un temps, une voie publique figurant dans le domaine privé (b). Toutefois, ces hypothèses s'expliquent par des considérations pratiques, historiques ou financières et ne heurtent pas réellement la protection organique des voies publiques concernées.

a. L'existence de voies publiques domaniales n'entrant pas automatiquement dans le domaine public

484. L'hypothèse concerne d'abord les chemins ruraux. L'élaboration du critère de l'affectation à l'utilité publique n'empêcha pas le législateur de classer certains biens, y compris des voies publiques, dans le domaine privé. Tel fut le cas des chemins ruraux, rangés dans le domaine privé par l'ordonnance du 7 janvier 1959. Mais la domanialité privée de ces chemins, qui a toujours cours, n'emporte pas pour autant leur cessibilité, du moins tant que persiste leur affectation. Ces chemins échappent à certaines règles du domaine public (notamment, et c'est probablement ce qui justifie leur domanialité privée, l'obligation d'entretien), mais non à l'inaliénabilité. Comme les voies de communication relevant du domaine public, les chemins ruraux doivent être désaffectés pour être aliénés, et ainsi ne plus être des voies publiques. Dès lors, la protection organique que constitue l'appropriation publique n'est pas entamée pour cette catégorie de biens.

485. L'hypothèse concerne ensuite les voies fluviales. Elle impose d'abord d'infinies précautions sémantiques, car le CGPPP use d'un raccourci trompeur en qualifiant de « cours d'eau domaniaux » non ceux qui appartiennent aux personnes publiques, mais ceux qui, en plus d'appartenir aux personnes publiques, sont classés dans leur domaine public fluvial¹¹⁵¹. Il existe donc en droit trois catégories de cours d'eau : ces cours d'eau domaniaux, qui relèvent du domaine public ; les cours d'eau non domaniaux mais qui appartiennent à une personne publique et qui, on l'aura deviné, relèvent de son domaine privé ; les cours d'eau en propriété privée. Ce qui fait qu'un cours d'eau ou un canal appartient au domaine public, c'est son classement dans le domaine public fluvial, prononcé par arrêté préfectoral¹¹⁵², « *pour un motif d'intérêt général relatif à la navigation, à l'alimentation en eau des voies navigables, aux besoins en eau de l'agriculture et de l'industrie, à l'alimentation des population ou à la protection contre les inondations* »¹¹⁵³. Si l'on voit bien que la navigation joue le premier rôle dans ce classement, il faut bien concéder que l'exigence de ce dernier implique qu'il peut exister des cours d'eau et des canaux appartenant à des personnes publiques qui, quoique navigables, ne sont pas classés dans le domaine public et ne sont pas, par conséquent, inaliénables. Le fait qu'un fleuve non navigable le devienne n'implique donc pas son incorporation au domaine public, et son lit resterait aliénable.

486. Toutefois, en l'absence de jurisprudence sur ce point, cette solution apparaît discutable pour plusieurs raisons, et d'abord parce qu'historiquement, c'était bien la navigabilité ou la flottabilité qui constituaient les critères fondant à eux seuls la domanialité publique des fleuves et rivières¹¹⁵⁴. Le classement comme critère de la domanialité publique ne remonte qu'à l'article 128 de la loi du 8 avril 1910¹¹⁵⁵. Or, le but de ce critère de classement n'était pas d'exclure certains cours d'eau navigables et flottables, mais de permettre l'inclusion d'autres cours d'eau présentant un intérêt autre que la navigation. D'ailleurs, dans sa version initiale (celle de 1956), l'article 1^{er} du Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure incluait dans ce domaine les fleuves et les rivières navigables. L'article 2 du même Code n'évoquait pas de classement, et prévoyait simplement que les parties navigables et flottables

¹¹⁵¹ Art. L. 2111-8 du CGPPP.

¹¹⁵² Art. R. 2111-15 et R. 2111-16 du CGPPP.

¹¹⁵³ Art. L. 2111-12 du CGPPP.

¹¹⁵⁴ Art. 538 du Code civil. Le principe était déjà présent dans l'ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts (titre 27, article 41).

¹¹⁵⁵ Loi du 8 avril 1910 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1910, *JORF* du 10 avril 1910, p. 3157 (art. 128).

étaient déterminées par décret. Il fallait donc bien un acte, mais relevant d'une logique différente de celle du classement : il ne s'agissait pas de « choisir » le domaine public fluvial, mais d'identifier les caractéristiques obligeant à l'inclusion du cours d'eau dans le domaine public fluvial. La loi du 16 décembre 1964¹¹⁵⁶ modifia ensuite l'article 1^{er} pour que puissent être également inclus dans le domaine public « *les cours d'eau et lacs ainsi que leurs dérivations classés dans le domaine public selon la procédure fixée à l'article 2-1 en vue d'assurer l'alimentation en eau des voies navigables, les besoins en eau de l'agriculture et de l'industrie, l'alimentation des populations ou la protection contre les inondations* ». Le « classement » ne concernait alors que ces nouvelles hypothèses. Le trouble ne survint finalement qu'avec la loi de 2003, qui modifia l'article 2-1 du Code du domaine public fluvial, évoquant désormais « *le classement d'un cours d'eau, d'une section de cours d'eau, d'un canal, lac ou plan d'eau dans le domaine public fluvial de l'État pour l'un des motifs énumérés à l'article 1^{er}* » et imposant alors ce classement quel que fût le motif, navigation ou autre. C'est ce dispositif que reprit l'article L. 2111-12 du CGPPP, créant donc cette possibilité de cours d'eau et canaux appartenant à des personnes publiques mais non classés dans le domaine public fluvial. Au-delà de cet aspect historique qui rend la solution improbable, on peut émettre des doutes quant à son acceptation par le juge administratif. D'une part, et même si l'on ne peut émettre que des conjectures, on imagine mal le juge accepter que l'administration puisse déclasser un cours d'eau ou un canal lui appartenant et toujours navigable ou utile à la navigation¹¹⁵⁷. D'autre part, il reste possible de croire que le juge administratif annulerait le refus du préfet de classer dans le domaine public un cours d'eau ou un canal appartenant à une personne publique et navigable.

b. Le cas des voies routières en cours de fermeture

487. L'on aurait tôt fait de croire que les facilités procédurales pour la sortie du domaine public de la voirie routière déjà mentionnées¹¹⁵⁸ révèlent une protection juridique amoindrie

¹¹⁵⁶ Loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, *JORF* du 18 décembre 1964, p. 11258 (art. 29).

¹¹⁵⁷ Nous avons déjà évoqué dans la Partie 1 l'opinion des commentateurs du CGPPP : « *Les règles applicables en matière de sortie des biens du domaine public artificiel (désaffectation et déclassement) témoignent d'un esprit protecteur, avec à la clef cette idée qu'il est plus difficile pour un bien de sortir du domaine public que d'y être incorporé ; or on ne voit pas quelle raison pourrait militer pour une solution contraire s'agissant du domaine public fluvial* ». Code général de la propriété des personnes publiques, commenté sous la direction de Philippe Yolka, LexisNexis, 2014, p. 339.

¹¹⁵⁸ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

de cette catégorie majeure de voies publiques. Et, effectivement, la dispense du déclassement ou de la désaffectation pour cette voirie peut laisser penser qu'il s'agit d'une catégorie de voies qu'il est plus aisé de faire sortir du domaine public et, par conséquent, de rendre aliénables. Ce point de vue doit être fortement nuancé.

488. Concernant d'abord la première hypothèse, celle dans laquelle le propriétaire public peut se dispenser d'un déclassement, nous avons déjà observé qu'il ne s'agissait que de jurisprudences anciennes, probablement désormais incompatibles avec l'article L. 2141-1 du CGPPP¹¹⁵⁹. Surtout, elle ne concerne que des « délaissés de voirie », c'est-à-dire des routes abandonnées. De fait, il ne s'agit donc plus de voies publiques.

489. À propos de la seconde hypothèse, celle qui autorise le déclassement d'éléments de la voirie routière alors même qu'ils demeurent affectés à l'utilité publique, deux observations doivent être formulées. D'abord, il ne s'agit que d'une exception à la chronologie de la sortie du domaine public : le bien est toujours affecté, mais il a vocation à être désaffecté. Le juge estime en effet que, dans le cas de la voirie routière - et seulement dans ce cas -, « *une décision de déclassement porte par elle-même désaffectation* »¹¹⁶⁰. Dès lors, la voie est « en attente » d'une désaffectation de fait, et l'on peut imaginer que le refus opposé par l'administration de désaffecter un élément de voirie routière déclassé de longue date serait annulé par le juge administratif. Par ailleurs, et surtout, cette dérogation révèle la place fondamentale qu'occupe la voirie routière dans la vie en société : elle est en effet la conséquence de la difficulté de désaffecter brutalement une voie. Rappelons à cet égard le propos de Gilles Pellissier, au sujet de cette voirie : « *Il est difficile d'empêcher tout usage de fait par le public. L'exigence stricte d'une désaffectation de fait aurait pour conséquence de rendre impossible toute gestion de ces biens* »¹¹⁶¹. Par conséquent, cette exception qui n'est que temporaire ne résulte pas d'une mésestime pour ces voies, qui ne mériteraient pas une protection juridique maximisée, mais des impasses auxquelles pourrait conduire leur soumission à la procédure de droit commun.

¹¹⁵⁹ Voir en ce sens FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2011, p. 216.

¹¹⁶⁰ CAA Marseille, 6 mai 2014, *M. B... D...*, req. n° 12MA01889. Posant le principe : CE, 9 juillet 1997, *Association de défense de la forêt de Caboche*, req. n° 168852.

¹¹⁶¹ PELLISSIER (G.), « Pas de déclassement d'un bien sans désaffectation de fait », note sous CAA Versailles, 23 mars 2006, *Commune du Chesnay*, Collectivités territoriales Intercommunalités n° 5, mai 2006, comm. 80.

B. Les effets de la qualité de voie publique sur les biens privés : l'anéantissement occasionnel de l'appropriation privée

Lorsqu'une voie publique appartient au domaine, elle rentre en principe dans le domaine public et a vocation à rester hors de la propriété privée. Mais l'influence du statut de voie publique sur la propriété ne s'arrête pas là : lorsqu'un terrain privé devient voie publique, le propriétaire risque de perdre son droit de propriété au profit de la collectivité, et ce sans bénéficier des garanties de la procédure d'expropriation. Cet anéantissement de la propriété privée concerne d'abord le riverain, lorsque s'élargit la voie publique (1) ; mais, plus étonnant, elle peut également concerner le propriétaire d'une voie terrestre ouverte à la circulation publique, et ce avec l'assentiment du Conseil constitutionnel (2).

1. L'anéantissement de l'appropriation privée par l'élargissement de la voie publique

Cet élargissement de la voie publique peut résulter d'un phénomène naturel (a) comme d'une décision administrative (b). Dans les deux cas, il a pour effet de mettre fin, même temporairement, à la propriété privée des riverains.

a. L'élargissement résultant d'un phénomène naturel : le cas des voies aquatiques

490. La formule employée par l'Ordonnance de la Marine frappait déjà d'une certaine fatalité la transformation d'un terrain privé en rivage de la mer du fait de la montée des eaux : tout ce que la mer couvrait et découvrait jusqu'au plus haut flot de mars était « *réputé* » rivage de la mer. C'est encore le cas aujourd'hui : lorsque la mer recouvre définitivement des terrains privés qui échappaient jusqu'alors à son emprise, ceux-ci perdent leur caractère de propriété privée pour rentrer dans le domaine public. L'anéantissement de la propriété privée par la submersion de la parcelle est d'autant plus inéluctable que le propriétaire ne saurait valablement y opposer un droit fondé en titre. Ainsi, le fait que la parcelle submergée ait été acquise lors de la vente des biens nationaux ou avant l'édit de Moulins n'empêche pas son entrée dans le domaine public maritime. Le Conseil d'État l'a clairement affirmé : « *L'irrévocabilité de la vente des biens nationaux cesse de faire obstacle à la délimitation administrative, lorsque les parties du domaine public comprises dans ces ventes n'ont été*

atteintes par la domanialité publique qu'après leur aliénation par la Nation »¹¹⁶². Ce n'est que lorsque la parcelle était déjà submergée au moment de son acquisition que son appropriation privée peut persister¹¹⁶³. Il faut donc que l'administration ait consciemment cédé une parcelle de mer à une époque où elle le pouvait légalement pour que le propriétaire conserve son droit. L'hypothèse est toutefois rendue rarissime par le fait que les titres avancés sont presque toujours trop imprécis pour démontrer une quelconque propriété sur la mer¹¹⁶⁴. La règle vaut aussi pour le domaine public fluvial naturel, où l'élévation du niveau maximal du cours avant son débordement (appelé le *plenissimum flumen*) présente les mêmes effets sur les riverains que celle du plus haut flot de l'année¹¹⁶⁵.

491. La mise en échec de la propriété privée sur un terrain submergé est d'autant plus marquée que, sauf si la montée des eaux résulte de travaux réalisés par l'administration, le riverain lésé n'est pas indemnisé. Dans ce cas, le droit de propriété ne constitue même plus un droit à une valeur. Plus qu'une « *expropriation inavouée* »¹¹⁶⁶ qui supposerait au moins une indemnité, il s'agit là d'un transfert gratuit que peine à justifier le caractère faussement naturel de la domanialité publique ainsi acquise¹¹⁶⁷, très contestable au regard de l'article 1^{er} du protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, protégeant le droit de chacun au respect de ses biens¹¹⁶⁸. Il reste que la persistance d'une telle possibilité montre au moins une croyance du législateur et des

¹¹⁶² CE, 29 novembre 1978, *Bessière*, rec. *Lebon* p. 478 ; *JCP G* 1980, II 19374, note Rézenthel et Caubert.

¹¹⁶³ L'interprétation *a contrario* de l'arrêt *Bessière* semble confirmée par des jurisprudences récentes. Dans un arrêt du 10 novembre 2009 (req. n° 09NT00379), la Cour administrative d'appel de Nantes estime que « *les particuliers justifiant de titres de propriété résultant d'aliénations antérieures à l'édit de Moulins de 1566 sont en droit de revendiquer la propriété de biens qui auraient normalement dû faire partie du domaine public maritime* » ; dans un arrêt du 3 février 2012 (req. n° 11NT02540), la même juridiction admet la possibilité d'une appropriation privée de parcelles submergées, en se fondant sur un titre de propriété datant de 1542, qui incluait déjà des terrains recouverts par la mer.

¹¹⁶⁴ Voir en ce sens RÉZENTHEL (R.), note sous CE, 9 mars 1984, *Ministre du Budget c/ Compagnie des salins du midi et des salines de l'est*, *D.* 1984, p. 480.

¹¹⁶⁵ ARZUL (G.), « *Domaine public fluvial. - Consistance et délimitation* », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 43), § 29.

¹¹⁶⁶ FOULQUIER (N.), « *La délimitation du domaine public maritime : l'expropriation inavouée* », note sous CE, 13 juillet 2011, *SNC Defour et compagnie*, *AJDA* 2011, p. 2086.

¹¹⁶⁷ Pour confirmer la constitutionnalité de l'article L. 2111-4, le Conseil constitutionnel indique notamment que « *le législateur a confirmé un critère physique et objectif indépendant de la volonté de la puissance publique* ». (Cons. constit., 24 mai 2013, *SCI Pascal et autre*, n° 2013-316 QPC, cons. 6). L'argument est extrêmement critiquable : ainsi que le relève Norbert Foulquier, « *que la puissance publique ne souffle pas sur les vagues pour les gonfler et les pousser vers les propriétés privées, évidemment ! Mais c'est bien le législateur qui a décidé d'attacher des conséquences juridiques au niveau atteint par la mer !* ». FOULQUIER (N.), « *Le domaine public maritime naturel. La soi-disant évidence de la nature* », note sous Cons. constit., 24 mai 2013, n° 2013-316 QPC, *AJDA* 2013, p. 2260.

¹¹⁶⁸ Voir en ce sens FOULQUIER (N.), « *Le domaine public maritime naturel. La soi-disant évidence de la nature* », note précitée ; FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 193.

juridictions en une incompatibilité absolue entre la qualité de rivage de la mer et la propriété privée, qui ne cède que face à des droits fondés en titre portant sur des terrains déjà submergés et manifestant la volonté du législateur de l'époque de céder une parcelle de mer.

b. L'élargissement résultant d'une décision administrative : l'alignement

492. L'élargissement de la voirie routière au travers d'un plan d'alignement permet à l'administration d'acquérir les bandes de parcelles riveraines désirées en passant par une procédure « *sommaire et peu coûteuse* »¹¹⁶⁹ plutôt que par celle, beaucoup plus lourde, de l'expropriation. Cela dit, les effets de l'élargissement par le plan d'alignement ne sont pas les mêmes selon que le terrain riverain est nu ou bâti. Si le terrain est nu, ainsi qu'en dispose aujourd'hui l'article L. 112-2 du Code de la voirie routière, « *la publication d'un plan d'alignement attribue de plein droit à la collectivité propriétaire de la voie publique le sol des propriétés non bâties dans les limites qu'il détermine* ». En revanche, si le terrain est clos ou bâti, il sera alors frappé d'une servitude de reculement¹¹⁷⁰ qui interdit à son propriétaire d'édifier toute nouvelle construction ou de procéder à des travaux confortatifs sur les bâtiments inclus dans le nouveau tracé. Lorsque par l'effet du temps le bâtiment ou le mur de clôture sera détruit (au besoin, lorsque l'immeuble menacera ruine, suite à un arrêté de péril), la personne publique deviendra propriétaire du terrain. Contrairement à l'hypothèse d'un gain de mer ou à celle de l'élévation du *plenissimum flumen*, il y a cette fois-ci indemnisation du propriétaire lésé, fixée et payée comme en matière d'expropriation à défaut d'accord amiable¹¹⁷¹. Aucun riverain n'est donc privé de sa propriété sans indemnité. Il n'empêche qu'il existe au détriment des riverains certaines différences sensibles par rapport à une véritable procédure d'expropriation. Pendant longtemps, la servitude de reculement ne fit l'objet d'aucune indemnisation. Lorsque le bâtiment était enfin détruit, l'indemnité versée ne correspondait qu'à la valeur du terrain nu. La servitude de reculement ne donne lieu à une indemnisation que depuis une décision rendue par le Conseil constitutionnel en 2011¹¹⁷² ; mais ce dernier maintient que l'alignement, de façon générale, ne consiste pas en une

¹¹⁶⁹ GUILLE (E.), *L'alignement des voies publiques et privées*, Paris : L. Rodstein, 1938, p. 10.

¹¹⁷⁰ Extrêmement ancienne, cette servitude figurait déjà dans un édit décembre 1607 : « *Défendons à notredit Grand Voyer, ou ses Commis, de permettre qu'il soit fait aucunes saillies, avances & pans de bois es riies, aux bâtiments neufs, & même à ceux où il y en a à présent de construits les réédifier, ni faire ouvrages qui les puissent conforter, conserver et soutenir* »

¹¹⁷¹ Art. L. 112-2 alinéa 3 du Code de la voirie routière.

¹¹⁷² Cons. constit., 2 décembre 2011, *Consorts D.*, n° 2011-201 QPC.

privation de propriété entrant dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789, en se fondant sur le fait que l'atteinte à la propriété privée, dans le cadre de cette procédure, ne résulte que de « *rectifications mineures* » et ne permet pas « *d'importants élargissements* ». Or, comme le note Norbert Foulquier, « *pas plus que dans ses décisions précédentes, le Conseil constitutionnel n'emporte la conviction. L'article 17 de la déclaration (...) ne réserve pas sa protection aux atteintes "importantes" au droit de propriété. Le Conseil se permet donc de réécrire cette disposition si emblématique de la Révolution de 1789* »¹¹⁷³, quand dans le même temps le juge civil sanctionne même les empiètements les plus faibles¹¹⁷⁴. Par ailleurs, concernant l'indemnisation de la servitude de reculement, le juge constitutionnel n'en n'impose le versement qu'en même temps que celle au titre de la dépossession du terrain devenu nu¹¹⁷⁵. Or, la durée potentiellement très longue de la servitude de reculement relativise l'aptitude du propriétaire lésé à profiter de l'indemnisation : pour Jean-François Joye, « *on peut regretter que l'indemnité vienne de toute façon très tardivement. De plus, le fait que la servitude n'ait pas de durée limitée semble peu admissible au regard de la durée de vie humaine. Pour un bien frappé de la servitude de reculement, il reviendrait aux ayants droit de réclamer l'indemnité, tandis que le ou les propriétaires précédents n'auraient pas du être indemnisés faute d'avoir été en vie au jour du transfert de propriété quand l'immeuble sera démoli* »¹¹⁷⁶.

493. Cette limitation du droit de propriété des riverains résultant de la procédure d'alignement paraît caractéristique d'un recul de la propriété privée lorsqu'est en jeu la voie publique. Analysant le déséquilibre de l'opposition entre le riverain et l'administration dans le cadre de l'alignement, Edmond Guille le justifiait, à juste titre, par le fait que « *la puissance publique n'est pas une institution conventionnelle, mais un aboutissement historique ; les*

¹¹⁷³ FOULQUIER (N.), *La compatibilité de la procédure d'alignement avec la Constitution : au prix de combien de réserves d'interprétation ?*, note sous Cons. constit., 2 décembre 2011, n° 2011-201 QPC, AJDA 2012, p. 489.

¹¹⁷⁴ *Ibid.* Voir aussi JOYE (J.-F.), « Voirie routière. - Alignement », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 56), § 2 : « *Le Conseil n'a pas vu dans le régime de l'alignement un procédé d'expropriation ou de privation du droit de propriété mais simplement une limitation de l'exercice du droit de propriété. Cette qualification, qui traduit une vision pour le moins réductrice de l'atteinte au droit de propriété, n'emporte pas l'adhésion s'agissant du plan d'alignement puisque celui-ci permet bien d'amputer de manière autoritaire une partie de la surface d'une propriété, fut-elle minime, destinée à permettre l'alignement des voies* ».

¹¹⁷⁵ « *Considérant que (...) la servitude impose ainsi au propriétaire de supporter la dégradation progressive de l'immeuble bâti pendant une durée indéterminée ; que la jouissance de l'immeuble bâti par le propriétaire est limitée par cette interdiction ; que, dans ces conditions, l'atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété serait disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi si l'indemnité due à l'occasion du transfert de propriété ne réparait pas également le préjudice subi du fait de la servitude de reculement* » (décision précitée).

¹¹⁷⁶ JOYE (J.-F.), « Voirie routière. - Alignement », *JCl. précité*, § 54.

individus lui sont soumis non par un acte d'adhésion volontaire, mais par l'inéluctable loi de la nécessité sociale. Il s'agit donc d'un attribut de la souveraineté, dont la légitimité est incontestable quand il satisfait à la double condition d'être prévu par la législation et d'avoir pour but un mieux-être social »¹¹⁷⁷.

2. L'anéantissement de l'appropriation privée par le constat de la qualité de voie publique

Contrairement à la situation précédente, cette hypothèse ne concerne pas une menace d'élargissement de la voie publique. Cette fois-ci, la voie appartient à un propriétaire privé, que l'administration dépossède précisément en raison du caractère public de celle-ci.

494. N'importe quel particulier propriétaire d'une voie de circulation traversant sa propriété peut parfaitement décider d'y laisser s'écouler la circulation générale, ne serait-ce qu'au terme d'un calcul financier¹¹⁷⁸. L'accès au public n'est pas sans conséquence sur la situation juridique du bien : ouverte au public, la voie acquiert le statut d'ouvrage public¹¹⁷⁹ et est soumise à la police de la circulation exercée par l'autorité administrative, qui prend les mesures nécessaires pour garantir sécurité, tranquillité et salubrité publiques¹¹⁸⁰ ; mais l'ouverture de la voie au public n'emporte pas son appropriation publique. S'il y a bien formation d'une voie publique, celle-ci est en sursis : le propriétaire conserve son consentement à l'ouverture de la voie. Il est le seul à pouvoir autoriser le passage du public (cette autorisation prenant la plupart du temps la forme d'une « tolérance », d'un « laissez-passer »), et peut à tout moment revenir sur cet accès et décider d'interdire le passage au public, sans que l'autorité administrative ne puisse s'y opposer.

495. Mais certaines voies sont amenées à rejoindre la propriété publique sans indemnisation. L'article L. 162-5 du Code de la voirie routière reprend en effet un curieux

¹¹⁷⁷ GUILLE (E.), *L'alignement des voies publiques et privées*, op. cit., p. 13.

¹¹⁷⁸ Les mécanismes d'exclusion des tiers étant parfois plus onéreux que l'acceptation de la circulation du public. Voir sur ce point SALIN (P.), *Libéralisme*, Paris : Odile Jacob, 2000, p. 263.

¹¹⁷⁹ Voir par exemple, pour un énoncé sans équivoque, CAA Marseille, 8 janvier 2008, *Association libre du domaine d'Alzone*, req. n° 05MA03341 : « la circonstance que cette voie serait ouverte à la circulation générale est seulement susceptible de conférer à ladite voie la nature d'un ouvrage public ».

¹¹⁸⁰ Pour de plus amples développements, voir MÉNÉY (Y.), « L'ouverture au public des voies privées urbaines », *AJDA* 1971, p. 18.

dispositif, initié par la loi du 29 juin 1965¹¹⁸¹ : la possibilité d'un transfert dans le domaine public communal des voies privées ouvertes à la circulation publique dans des ensembles d'habitations. L'article L. 318-3 du Code de l'urbanisme précise les conditions de cette incorporation : l'auteur en est le conseil municipal par délibération ou, en cas de refus d'un propriétaire, le préfet par arrêté ; surtout, ce transfert d'office, au prix d'une contradiction très étonnante avec l'article 17 de la DDHC, s'effectue sans indemnité. Cette absence est justifiée par la décharge, au profit du propriétaire privé, de l'obligation parfois lourde d'entretien qu'implique le transfert. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel ne trouva rien à redire : « *Considérant (...) qu'un tel transfert est conditionné, sous le contrôle du juge administratif, par l'ouverture à la circulation générale de ces voies, laquelle résulte de la volonté exclusive de leur propriétaire d'accepter l'usage public de son bien et de renoncer par là à son usage purement privé ; que le législateur a entendu tirer les conséquences en permettant à l'autorité administrative de conférer à ces voies privées ouvertes à la circulation publique un statut juridique conforme à leur usage ; que ce transfert libère les propriétaires de toute obligation et met à la charge de la collectivité publique l'intégralité de leur entretien, de leur conservation et de leur éventuel aménagement ; qu'au demeurant, le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où le transfert de propriété entraînerait pour le propriétaire une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* »¹¹⁸². Cette décision peut être critiquée en ce qu'elle repose sur deux présupposés pourtant loin d'être systématiquement acquis : celui que le propriétaire, en laissant circuler le public, consent à renoncer définitivement à un usage exclusif ; celui, surtout, que l'appropriation publique est forcément plus avantageuse pour lui, alors même que la voie peut ne nécessiter que de faibles dépenses d'entretien, et qu'avec l'entrée dans le domaine public apparaît le risque pour les immeubles riverains d'être un jour frappés d'une servitude de reculement¹¹⁸³. La décision est toutefois remarquable à un tout autre titre que celui des brèches qu'elle ouvre dans l'absoluité du droit de propriété : le juge relie l'appropriation à l'affectation, en estimant que la propriété publique des voies ouvertes à la circulation du public est un « *statut juridique conforme à leur usage* ». Pour Norbert Foulquier, l'indication suggère « *que tous les biens affectés à l'usage direct du*

¹¹⁸¹ Loi n° 65-503 du 29 juin 1965 relative à certains déclassements, classements et transferts de propriété de dépendances domaniales et de voies privées, *JORF* du 1^{er} juillet 1965, p. 5483 (art. 4).

¹¹⁸² Cons. constit., 6 octobre 2010, *Époux A.*, n° 2010-43 QPC (cons. 4).

¹¹⁸³ FOULQUIER (N.), « La conformité peu convaincante à la Constitution de l'incorporation d'office des voies privées ouvertes à la circulation publique », note sous Cons. constit., 6 octobre 2010, n° 2010-43 QPC, *RDI* 2010, p. 613.

public, voire à un service public (la différence est souvent artificielle), devraient d'une part appartenir à une personne publique et d'autre part relever du régime de la domanialité publique. N'est-ce pas la même juridiction qui n'a rien trouvé à redire à la privatisation des Aéroports de Paris ou d'Électricité de France ? »¹¹⁸⁴. Mais l'on peut aussi considérer que le Conseil constitutionnel tire précisément les conséquences de la différence entre l'affectation à la circulation publique et les autres affectations : si l'appropriation privée convient aux biens affectés à un service public, au point qu'il ait parfaitement accepté la privatisation des biens utiles à de tels services¹¹⁸⁵, les voies affectées à la circulation publique semblent jouir d'un statut différent. Catherine Logéat avait déjà noté dans sa thèse la « préférence »¹¹⁸⁶, par les personnes publiques, de la propriété publique pour les biens affectés à l'usage direct du public. Le Conseil constitutionnel évoque pour les biens affectés à la circulation une véritable « conformité » entre cette affectation et l'appropriation publique. C'est admettre que la propriété privée n'est pas le statut normal de biens affectés à la circulation publique. C'est aussi, peut-être, fonder constitutionnellement le maintien de la propriété publique des voies publiques. C'est enfin, en un sens, ressusciter l'idée d'une appropriation publique par nature : le Conseil constitutionnel reconnaît que la nature d'une voie affectée à la circulation publique est d'échapper à la propriété privée.

Conclusion du chapitre

L'idée de voies publiques rétives à l'appropriation privée était extrêmement présente chez les anciens auteurs et conditionna les dispositions de l'article 22 de la loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 et de l'article 538 du Code civil, excluant de cette appropriation privée une liste de biens principalement constituée de voies publiques. En outre, il n'exista jamais et n'existe toujours pas de conception doctrinale de la domanialité publique, si restrictive soit-elle, qui exclut de son champ d'application les voies publiques. Aujourd'hui encore, ces voies publiques sont les biens que le droit domanial considère comme

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ Voir *supra.*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹¹⁸⁶ LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, préf. J. Petit, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011, p. 289 : « Les affectations de biens privés à l'usage du public sont effectivement limitées. L'exercice des libertés publiques liées à l'affectation à l'usage du public serait mieux garanti par l'appropriation publique ce qui a pour conséquence que la personne publique préfère être propriétaire de ce type de biens ».

inaliénables, en raison d'une domanialité publique plus aisée à obtenir, dispensée de l'exigence d'un aménagement quelconque. Cette contrariété presque « naturelle » entre les voies publiques et l'appropriation privée explique que soient autant malmenées les propriétés privées riveraines dans le cas de l'élargissement des voies publiques, fut-ce par une décision d'alignement ; elle est surtout magistralement illustrée par l'argument du Conseil constitutionnel, qui qualifie l'appropriation publique des voies desservant les habitations dans les lotissements de « *statut juridique conforme à leur usage* ». On ne saurait mieux dire que l'appropriation privée d'une voie publique est une anomalie.

Chapitre 2

La protection fonctionnelle maximale des voies publiques

La supériorité de la protection juridique des voies publiques ne résulte pas simplement du rejet récurrent de leur appropriation privée. Même en laissant de côté la question de l'appropriation, on constate rapidement que de nombreuses autres règles protègent l'usage public des voies domaniales.

496. Certaines de ces règles ne méritent pas ici une étude approfondie. Il s'agit, en premier lieu, de l'obligation d'entretien du domaine public. L'obligation générale d'entretien du domaine public, qui peine à s'affirmer¹¹⁸⁷. Seules certaines dépendances sont protégées au cas par cas. Ce sont souvent des voies publiques, mais toutes ne sont pas protégées. Ainsi, si la voirie communale¹¹⁸⁸, la voirie départementale¹¹⁸⁹ et le domaine public fluvial¹¹⁹⁰ doivent être entretenus, aucun texte n'impose une obligation similaire pour le domaine public maritime naturel¹¹⁹¹. Du reste, ces obligations sectorielles concernent aussi des biens qui ne sont pas des voies publiques : figurent également dans les dépenses obligatoires des communes (art. L. 2321-2 du CGCT) l'entretien de l'hôtel de ville ou encore des cimetières.

497. Autre règle fonctionnelle qu'il est inutile de développer à ce stade : le droit d'accès aux voies publiques, qui se concrétise par le droit d'accès du riverain au domaine public

¹¹⁸⁷ LAVIALLE (C.), *Droit administratif des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1996, p. 102.

¹¹⁸⁸ Les « dépenses d'entretien des voies communales » constituent, d'après l'article L. 2321-2 du CGCT, une dépense obligatoire.

¹¹⁸⁹ Art. L. 131-2 al. 2 du Code de la voirie routière : « Les dépenses relatives à la construction, à l'aménagement et à l'entretien des routes départementales sont à la charge du département ».

¹¹⁹⁰ Art. L. 2124-11 du CGPPP : « L'entretien (...) des cours d'eau domaniaux et de leurs dépendances est à la charge de la personne publique propriétaire du domaine public fluvial ».

¹¹⁹¹ Seul l'article L. 2224-17 du CGCT, d'après lequel « l'obligation générale d'entretien à laquelle sont soumis les propriétaires et affectataires du domaine public comporte celle d'éliminer ou de faire éliminer les déchets qui s'y trouvent » pourrait fonder une obligation générale d'entretien. Mais, ainsi que le relève Christian Lavalie (*op. cit.*, p. 103), ce principe « est général dans sa formulation mais pour dans le cadre d'une législation particulière [l'article est issu de la loi du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux] il est difficile de le considérer comme posant un principe en la matière ». Le ferait-il, au surplus, qu'il excèderait alors largement le champ des voies publiques.

routier, par le droit du propriétaire qui serait privé d'accès à la voie publique de passer par le fonds voisin, ou encore par les servitudes administratives légales que supportent les riverains des domaines publics maritime et fluvial. Il n'est toutefois pas pertinent d'y voir des illustrations d'une protection fonctionnelle maximale, qui distinguerait les voies publiques d'autres catégories de biens. Ces droits d'accès résultent en effet simplement d'une configuration géographique de l'espace, déterminée par les voies publiques. L'on ne peut par conséquent être surpris d'entendre que ces droits d'accès ne concernent pas les autres biens que les voies publiques, tels ceux affectés à un service public, tout simplement parce que leur nature ne s'y prête pas. Que le riverain du domaine public routier ait accès à la route n'étonnera pas ; que le voisin d'une école ne puisse ouvrir un accès direct dans la cour de celle-ci n'étonnera pas plus. L'impossibilité d'ouvrir un accès direct résulte simplement du fait qu'il n'a pas lieu d'être. Dès lors, les facilités d'accès aux voies publiques ne sauraient véritablement témoigner d'une protection fonctionnelle supérieure.

Deux autres protections, en revanche, marquent davantage une protection fonctionnelle particulièrement prégnante pour les voies publiques, et ce selon un rapport différent avec le public : soit elles protègent les voies publiques *contre* les agissements du public, par le biais des contraventions de voirie (Section 1) ; soit elles protègent les voies publiques directement *pour* le public, en assurant leur gratuité (Section 2).

Section 1. La protection fonctionnelle des voies publiques contre les agissements du public : les contraventions de voirie

L'intégrité et l'affectation de certains biens du domaine public sont protégées par une police spéciale et des règles de poursuite et de répression exorbitantes du droit pénal : il s'agit du régime applicable à des infractions dénommées « contraventions de voirie ». Nous comprenons sous cette appellation générale les deux types de contraventions : les contraventions de grande voirie et les contraventions de voirie routière¹¹⁹². L'exorbitance de

¹¹⁹² Bien que la doctrine emploie généralement l'expression « contravention de voirie » pour désigner les seules contraventions de voirie routière, la possibilité d'employer cette expression à titre générique pour regrouper les « contraventions de grande voirie » et les « contraventions de voirie routière » est permise par le régime du bail emphytéotique administratif. L'article 13 de la loi du 5 janvier 1988, repris par l'article L. 1311-2 du CGCT, prohibe ce bail sur les biens intégrés « *dans le champ d'application de la contravention de voirie* ». Interrogé sur

la poursuite et de la répression des contraventions de voirie fait que leur auteur sera plus sûrement sanctionné que l'auteur d'une simple contravention de voirie routière de police (§ 2). Or, les voies publiques sont toutes incluses dans le champ de la contravention de voirie (§ 1).

§ 1. L'inclusion des voies publiques dans le champ de la contravention de voirie

Il convient d'abord de relever que l'intérêt de l'instauration d'une répression spéciale des contraventions de voirie réside dans l'importance supérieure des dépendances qui lui sont soumises (A). Or, si le champ d'application des contraventions de voirie excède les voies publiques et s'applique également à des biens affectés à des services publics, il les intègre toutes (B).

A. La limitation du champ d'application des contraventions de voirie aux dépendances considérées comme les plus importantes

498. La logique générale du champ d'application des contraventions de voirie semble être la protection de la circulation. Il suffit pour s'en convaincre d'observer les catégories de dépendances énumérées par le CGPPP au titre de la contravention de grande voirie : domaine public maritime, domaine public fluvial, mais aussi domaine public ferroviaire et domaine public aéronautique. Proches de la logique même de la circulation, les installations de télécommunication étaient également, jusqu'en 1996, protégées par ce régime spécifique. Quant aux contraventions de voirie routière, leur dénomination dispense d'insister sur le fait qu'elles protègent la circulation. Certaines catégories de biens, toutefois, bénéficient de la protection des contraventions de voirie sans avoir de lien avec la circulation, ni même avec la communication : ainsi en est-il du domaine public militaire, et de certains espaces naturels.

la consistance de ce champ d'application, le ministre chargé des collectivités locales mentionnait la voirie routière, mais aussi le domaine public fluvial et aéroportuaire (Rép. min. n° 2837, *JOAN Q* du 26 juin 1989, p. 2921 ; voir également, dans le même sens, l'opinion des commentateurs du CGPPP publié en 2014 aux éditions Dalloz, p. 206). Le terme de « voirie », dans cette acception, inclut autant la « voirie routière » que la « grande voirie ». Une solution contraire permettrait d'ailleurs aux collectivités territoriales d'accorder des droits réels sur leur domaine public naturel (en l'occurrence fluvial), ce qui serait illogique au regard de la prohibition de ces droits sur le domaine public naturel de l'État. L'on observera au surplus que le CGPPP, qui oppose la « contravention de grande voirie » à la « contravention de voirie routière », n'évoque jamais de « contravention de voirie » sans épithète.

499. Par conséquent, de très nombreux biens du domaine public, y compris des biens affectés à l'usage direct du public, ne sont pas protégés par ce droit exorbitant du droit pénal. La jurisprudence l'affirme depuis longtemps : c'est le cas pour les cimetières¹¹⁹³ et les édifices du culte¹¹⁹⁴ ; c'est surtout le cas pour les bâtiments administratifs¹¹⁹⁵, qui constituent l'essentiel des dépendances domaniales affectées à un service public.

500. L'on perçoit ici, une fois de plus la différence de traitement entre les biens affectés à l'usage direct du public et ceux affectés à un service public : l'essentiel des biens affectés à l'usage direct du public sont protégés par la police spéciale de conservation ; l'essentiel des biens affectés à un service public sont exclus de cette protection. Il faut toutefois se garder de croire que ces dernières dépendances ne bénéficient d'aucune protection pénale renforcée. L'article 322-1 du Code pénal punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende, sauf dommage léger, toute destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui. Mais l'article 322-3 porte cette peine à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque, entre autres cas, le bien endommagé est destiné à l'utilité ou à la décoration publique, et appartient à une personne publique ou chargée d'une mission publique. L'affectation à l'utilité publique est ainsi l'un des critères fondant l'aggravation des sanctions pénales. D'autres biens sont spécifiquement protégés par des dispositions pénales : ainsi, si le vol est en principe puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende¹¹⁹⁶, la peine est plus que doublée lorsqu'il porte sur un bien culturel du domaine public mobilier¹¹⁹⁷.

501. Cela dit, bien que les sanctions des dégradations soient plus importantes, ces biens ne sont pas protégés par le régime des contraventions de voirie, qui implique des spécificités procédurales défavorables au contrevenant. Duverger explique la logique de ce déséquilibre par le fait que certains biens affectés à l'usage du public sont, par la fréquentation libre qu'ils

¹¹⁹³ CE, 6 février 1914, *Dame Barbarin*, rec. *Lebon*, p. 157.

¹¹⁹⁴ CE, 4 août 1916, *Abbé Prud'hommeau*, rec. *Lebon*, p. 354.

¹¹⁹⁵ CE, 9 janvier 1935, *Sieur Voortmann*, rec. *Lebon*, p. 22.

¹¹⁹⁶ Art. 311-3 du Code pénal.

¹¹⁹⁷ Art. 311-4-2 3° du Code pénal. Pour d'autres exemples de biens faisant l'objet d'une protection pénale spécifique, voir YOLKA (P.), « Le couteau de Lichtenberg. Remarques sur la protection pénale du domaine public », *AJDA* 2009, p. 2341.

supposent, plus vulnérables aux risques de dégradation ou d'occupation illicite¹¹⁹⁸. Néanmoins, si l'argument semble valable pour des dépendances telles que la route, les fleuves et la mer, il ne permet pas d'expliquer que soient également protégés les domaines publics ferroviaires, aéronautiques et militaires, qui ne semblent pas plus facilement accessibles que les locaux d'une école ou d'une mairie. L'opinion de Gilbert Maroger est plus convaincante : « *En définitive, la protection pénale s'applique à certains biens affectés à l'usage public, considérés comme particulièrement menacés et dont l'intégrité apparaît particulièrement nécessaire à sauvegarder* »¹¹⁹⁹. Outre l'affectation à l'usage public et la vulnérabilité déjà présentes dans la pensée de Duverger, Maroger apporte un troisième élément, hélas difficile à évaluer objectivement : l'importance du bien, qui justifie la nécessité particulière d'en sauvegarder l'intégrité.

502. L'ancienneté des mesures réprimant la dégradation des voies publiques rend difficile la détermination de la motivation des législateurs. Il semble toutefois que ce soit effectivement l'« importance » particulière de ces biens qui ait justifié une protection pénale spécifique. Ce lien entre « importance » et régime pénal spécifique est visible dès la première page d'un long commentaire sur l'Ordonnance des eaux et forêts d'août 1669 : « *On a toujours regardé la conservation des bois du Royaume, ainsi que l'entretien & la police des rivières, comme des choses de la dernière importance dans le Gouvernement (...) Il était donc de la dernière importance que nos Rois, toujours occupés de ce qui peut contribuer au bien de leurs Sujets, apportassent leur attention pour la conservation de ces riches présents de la Providence. D'un autre côté, la navigation des rivières, & l'usage facile des grands chemins, étant des choses nécessaires dans la société, pour l'avantage du commerce, & pour procurer aux hommes les divers secours dont ils ont besoin, c'est aussi avec raison que les Souverains ont porté leur attention vers cette partie intéressante du Gouvernement* »¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁸ DUVERGER (M.), *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Bordeaux : E. Castera, 1940, pp. 254 et 255 : « *Il n'y a pas lieu (...) d'appliquer aux biens affectés aux services les règles de la domanialité publique à l'égard des tiers, à cause du but spécial de ces règles (...) Il en est de même du régime des contraventions de voirie, qui s'explique par le fait que les autorités administratives ne peuvent pas exercer une surveillance permanente sur toutes les parcelles des biens affectés à l'usage de tous, qui se trouvent en contact direct avec le public. Il faut donc prendre des précautions particulières pour que les usagers ne puissent pas se livrer à des dégradations ou déprédations. Mais les biens affectés aux services sont soumis à la main des autorités administratives, et le public n'en use que sous leur contrôle. Un régime répressif spécial est donc inutile à leur égard* ».

¹¹⁹⁹ MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. Capitant, Paris : Sirey, 1942, p. 240.

¹²⁰⁰ JOUSSE (D.), *Commentaire sur l'Ordonnance des Eaux et Forêts du mois d'Août 1669*, Paris : Debrure, 1772, pp. ix et x.

503. Bien plus tard, c'est encore l'importance du bien qui, d'après l'exposé des motifs de la loi du 15 juillet 1845, justifia la soumission des chemins de fer au régime de la grande voirie : « À toute époque, on a compris que l'intérêt général de la circulation devait être défendu contre les entreprises de l'intérêt privé par des moyens de répression aussi prompts qu'efficaces. De là (...) est né le régime de la grande voirie pour les grandes routes, pour les canaux et pour les rivières. Aucune atteinte ne peut être portée à ces **parties importantes du domaine public**, qu'elle ne puisse être réprimée à l'instant même et punie par des peines sévères. Si les chemins de fer diffèrent des routes et des voies navigables par le mode de locomotion, ils ont cependant la même destination publique ; ils servent, comme les routes de terre et les voies navigables, au transport des personnes et des marchandises ; et comme leur principal avantage réside dans la régularité et surtout la promptitude du service et que le moindre accident causé à ces voies nouvelles peut engendrer les plus fatales conséquences, il est plus nécessaire encore de les protéger par une législation qui confère à l'autorité une action vive et rapide. Tel est le but (...) du projet de loi »¹²⁰¹.

504. C'est également la simple considération de l'importance du bien qui justifia l'inclusion dans le champ des contraventions de voirie des dépendances non affectées à la circulation. La protection s'impose d'autant plus que cette importance n'est pas immédiatement perceptible. Retraçant l'historique de la protection du domaine militaire, Constant Bertout relève combien le caractère latent de son utilité put entraîner des abus : « La conservation du domaine militaire a toujours été très difficile à assurer, surtout en raison du grand nombre des délits commis, parfois aussi à cause de la mollesse des tribunaux dans la répression. En ce qui concerne plus spécialement les remparts et les terrains qui en dépendent, le peuple, qui n'en voit pas l'utilité immédiate et qui ne comprend pas bien la nécessité de conserver aux talus, glacis et autres ouvrages en terre leurs formes défensives, s'ingénie à tromper la surveillance des agents du génie et à envahir la zone de fortification : ce qui est à l'État n'est-il pas à tout le monde ? On respectera une route, parce que l'utilité de la route est actuelle : on ne respectera pas des talus et des glacis parce que leur utilité est incertaine, éloignée, et ne se démontre pas d'elle-même »¹²⁰². Plus récemment, la loi du 14

¹²⁰¹ Recueil Duvergier, exposé des motifs de la loi du 15 juillet 1845, Tome 45, p. 281.

¹²⁰² BERTOUT (C.), *Le domaine militaire*, Paris : A. Rousseau, 1909, p. 711.

avril 2006¹²⁰³ étendit le régime de la contravention de grande voirie au domaine public relevant du Conservatoire de l'espace littoral ou des rivages lacustres¹²⁰⁴, et au domaine public inclus dans des parcs naturels marins¹²⁰⁵, des parcs nationaux¹²⁰⁶ ou des réserves naturelles¹²⁰⁷. Là encore cette soumission au régime des contraventions de grande voirie fait écho aux biens irremplaçables de Waline, en accordant une protection particulière à des biens exceptionnels et d'une utilité qualifiée. La qualité de « parc national » est attribuée, d'après l'article L. 331-1 du Code de l'environnement, aux espaces dont « *la conservation (...) présente un intérêt spécial, et qu'il importe de préserver ce milieu contre tout effet de dégradation naturelle et de le soustraire à toute intervention artificielle susceptible d'en altérer l'aspect, la composition et l'évolution* ». L'un des rapports parlementaires préalables à l'adoption de la loi de 2006 justifie d'ailleurs la nécessité de soumettre ces espaces à une protection pénale renforcée par le fait que « *le dispositif pénal applicable aux parcs nationaux (...) n'est plus adapté à l'exigence de protection d'un milieu exceptionnel* »¹²⁰⁸.

B. Les voies publiques, principale composante du champ d'application des contraventions de voirie

Les deux types de contraventions de voirie protègent des voies publiques : les contraventions de grande voirie sanctionnent, entre autres, les atteintes aux voies publiques maritimes et fluviales (1) ; la contravention de voirie routière protège exclusivement les dépendances du domaine public routier (2).

¹²⁰³ Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux, *JORF* du 15 avril 2006, p. 5682.

¹²⁰⁴ Art. L. 322-10-4 du Code de l'environnement.

¹²⁰⁵ Art. L. 334-7 du Code de l'environnement.

¹²⁰⁶ Art. L. 331-19-1 du Code de l'environnement.

¹²⁰⁷ Art. L. 332-22-1 du Code de l'environnement.

¹²⁰⁸ GIRAN (J.-P.), *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement, et du territoire sur le projet de loi relatif aux parcs nationaux et aux parcs naturels marins*, Rapport n° 2687 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 22 novembre 2005, p. 76.

1. La protection des voies publiques maritimes et fluviales

a. La protection des voies publiques maritimes

505. Cette protection est ancienne. L'ordonnance de la Marine d'août 1681 faisait déjà « *défense à toutes personnes de bâtir sur les rivages de la mer, d'y planter aucuns pieux, ni faire aucuns ouvrages qui puissent porter préjudice à la navigation, à peine de démolition des ouvrages, de confiscation des matériaux et d'amende arbitraire* »¹²⁰⁹, et interdisait « *de bâtir ci-après sur les grèves de la mer aucuns parcs, dans la construction desquels il entre bois ou pierres, à peine de 300 livres d'amende et de démolition des parcs à leurs frais* ». Lorsque la loi du 29 floréal an X, confirmée par un décret de 16 décembre 1811, attribua aux conseils de préfecture la compétence en matière de contraventions de grande voirie, elle omit de ranger dans ces dernières les atteintes aux dépendances du domaine public maritime. L'oubli fut corrigé par un décret du 10 avril 1812, dont l'article unique étendait l'application du décret de 1811 « *aux canaux, rivières navigables, ports maritimes de commerce et travaux à la mer* ». Par la suite, le Code des ports maritimes créa de nouvelles infractions de grandes voirie. Le CGPPP, dans une section « *Contraventions de grande voirie* », comprend un paragraphe dédié au domaine public maritime. Une disposition générale, celle de l'article L. 2132-3¹²¹⁰, reprend la structure de l'interdiction figurant dans l'ordonnance de la Marine.

506. Il est également à noter que, même si la procédure se déroule cette fois devant le juge judiciaire, l'article R. 160-33 du Code de l'urbanisme prévoit des sanctions pénales à l'encontre du propriétaire riverain du domaine public maritime qui ne respecterait pas les obligations que lui imposent les servitudes longitudinale et transversale¹²¹¹. En revanche, l'article 6 de la loi du 27 novembre 1987¹²¹² maintient dans le champ de la grande voirie la répression des atteintes aux servitudes assurant le champ de vue des centres de surveillance de la navigation et la perception visuelle et l'identification des amers, des feux et des phares.

¹²⁰⁹ Ordonnance d'août 1681, Livre IV, Titre VII, art. 2.

¹²¹⁰ « Nul ne peut bâtir sur le domaine public maritime ou y réaliser quelque aménagement ou quelque ouvrage que ce soit sous peine de leur démolition, de confiscation des matériaux et d'amende ».

¹²¹¹ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹²¹² Loi n° 87-954 du 27 novembre 1987 relative à la visibilité des amers, des feux et des phares et au champ de vue des centres de surveillances de la navigation maritime, *JORF* du 28 novembre 1997, p. 13887.

b. La protection des voies publiques fluviales

507. Le cumul de l'action en répression et de l'action en réparation, caractéristique de la contravention de voirie, était déjà présent dans le régime de protection qu'accordait aux cours d'eau navigables le droit romain. Un interdit prohibitif sanctionnait en effet le fait de faire quoi que ce soit sur le cours d'eau ou sa rive qui pût nuire à sa navigation¹²¹³. Un interdit restitutoire visait, quant à lui, à la réparation du dommage causé¹²¹⁴.

508. Sous l'Ancien Régime, l'Ordonnance des eaux et forêts d'août 1669 punit d'amende l'extraction de matériaux des rivières navigables et flottables, l'épanchement d'ordures et la construction d'ouvrages « nuisibles au cours de l'eau »¹²¹⁵, et le détournement ou l'altération du cours¹²¹⁶. La liste des infractions fut encore alourdie par un arrêt du conseil du Roi du 24 juin 1777¹²¹⁷. Les fleuves et rivières navigables furent ensuite placés sous le régime de la grande voirie par la loi du 29 floréal an X. Les interdictions de l'Ancien Régime inspirèrent l'essentiel des interdictions édictées par la police de conservation du domaine public fluvial dans le Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure. Aujourd'hui encore, le CGPPP condamne à des amendes allant de 150 à 12 000 euros les auteurs d'infractions déjà poursuivies sous l'empire de l'ordonnance de 1669, telles que la construction d'« ouvrages quelconques susceptibles de nuire à l'écoulement des eaux »¹²¹⁸ ou le jet de « matières insalubres »¹²¹⁹.

509. Outre le domaine public fluvial, les servitudes administratives qui lui sont reliées sont également placées sous le régime de la grande voirie : l'article L. 2132-16 du CGPPP sanctionne d'une amende le propriétaire qui ne respecte pas la servitude de halage ou de

¹²¹³ Dig. 43, 12, 1 : « L'édit du préteur est conçu ainsi : "Je défends qu'on fasse aucun ouvrage sur une rivière ou sur ses rives, ni qu'on n'y avance rien qui détériore ou qui puisse détériorer la navigation ou la rade" », trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.) in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, Tome 6, Metz : Behmert et Lamort ; Paris : Rondonneau, 1803-1805 1805, p. 456

¹²¹⁴ Dig. 43, 12, 1, 19 et 20 : « Le préteur ajoute : "J'obligerai à remettre en état ce qui aura été détérioré par des ouvrages faits dans une rivière publique ou sur la rive, ou par ce qu'on aura tenu avancé sur cette rivière ou sur la rive, et qui aura nui à la rade ou à la navigation. L'interdit dont on a parlé plus haut est prohibitif, celui-ci, qui appartient à la même cause, est restitutoire, trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.), in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, op. cit., p. 459.

¹²¹⁵ Art. 42 du Titre XXVII de l'Ordonnance des eaux et forêts d'août 1669.

¹²¹⁶ Art. 44 du Titre XXVII de l'Ordonnance des eaux et forêts d'août 1669.

¹²¹⁷ RAVINET (T.), *Code des ponts et chaussées et des mines*, Tome 1, Paris : Carilian-Goeury, 1829, pp. 54 s.

¹²¹⁸ Art. L. 2132-6 du CGPPP.

¹²¹⁹ Art. L. 2132-7 1° du CGPPP.

marchepied que lui impose sa riveraineté d'un cours d'eau domanial¹²²⁰ ; l'article L. 2132-17 réprime la violation des servitudes d'inondation. De façon générale, et sans que soit distinguée l'appropriation publique de l'appropriation privée, l'article L. 2132-10 du Code interdit les dégradations non seulement du domaine public fluvial, mais aussi des chemins de halage. L'ordonnance de 1669 punissait déjà d'une amende les propriétaires riverains des cours d'eau navigables ne respectant pas les servitudes de halage et de marchepied¹²²¹.

2. La protection du domaine public routier

a. Une préoccupation ancienne

510. Bien que les règles du droit romain relatives à la protection de l'intégrité des voies terrestres semblent ne nous être parvenues que de façon très parcellaire, l'on note déjà un premier hétéroclisme : le droit romain accordait certaines protections spécifiques à la voirie rurale. Ulpien rapporte l'existence d'une interdiction « *qu'on fasse aucun ouvrage dans les chemins publics qui visent à leur nuire* »¹²²² et détaille la nature des détériorations sanctionnables¹²²³. Toutefois, il n'envisage comme sanction que la réparation du dommage causé¹²²⁴. Cette protection ne visait que les voies rurales. Ce n'est pas pour autant que le droit romain négligeait la protection de l'intégrité de la voirie urbaine : la protection de cette voirie semble avoir figuré dans l'interdit plus général de porter atteinte à un lieu public¹²²⁵. Par ailleurs, dans une étude du XIX^{ème} siècle, Louis Coste relève que l'absence d'interdits spécifiques à la voirie urbaine n'empêchait pas sa protection réelle : les édiles curules à Rome et les édiles municipaux dans les villes de province « *prenaient toutes les mesures nécessaires*

¹²²⁰ Art. L. 2131-2. Sur ces servitudes, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹²²¹ Art. 7 du Titre XXVIII de l de l'Ordonnance des eaux et forêts d'août 1669.

¹²²² Dig. 43, 8, 2, 20, trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.), in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, op. cit., p. 448. Sur l'application de cet interdit aux seuls chemins ruraux, voir Dig. 43, 8, 2, 24.

¹²²³ Dig. 43, 8, 2, § 32 : « *Un chemin est censé détérioré quand il devient moins propre à l'usage que les voyageurs en doivent faire en y marchant ou en y conduisant des voitures ; par exemple si d'aplani il devient montueux, si de doux il devient rude, de large étroit, de sec boueux* », trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.), op. cit., p. 450.

¹²²⁴ Dig. 40, 8, 2, § 43 : « *Le préteur dit, que vous rétablissiez. On est censé rétablir les choses quand on remet en leur premier état : ce qui se fait en ôtant ce qu'on a mis, ou en remettant ce qu'on a ôté en certains cas à ses propres frais. Car si celui contre qui on intente l'interdit a fait lui-même l'ouvrage, ou l'a fait faire par un autre, ou a approuvé celui qui l'a fait pour lui, il doit remettre les choses en état à ses frais* », trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.), op. cit., p. 452.

¹²²⁵ BEUF (L.), *Droit romain. Les voies de communication. Droit français. Les chemins de fer d'intérêt local*, Paris : L. Larose et Forcel, 1885, pp. 41 s.

pour assurer la sécurité publique et le bon entretien des voies de communication. Ils avaient imposé aux habitants des villes une foule de charges ou plutôt de prohibitions spéciales (...) Ils ne devaient tolérer dans les rues aucune construction, ni aucune fouille à ciel ouvert ou fermé. Le contrevenant, si c'était un esclave, était battu de verges, si c'était un homme libre, était condamné à l'amende. Dans tous les cas, ce qui avait été fait devait être détruit »¹²²⁶.

511. Cette dualité de la punition et de la réparation comme sanctions d'une atteinte à la voirie terrestre se retrouvait encore sous le Haut Moyen Âge. L'on trouve en effet, dès l'époque franque, des textes épars visant à assurer la protection de l'affectation et de l'intégrité des chemins. La loi salique elle-même comprenait un titre XXXIII traitant « *des obstacles apportés à la libre circulation sur les routes* », dont les dispositions sanctionnaient d'amendes « *celui qui se sera opposé au passage d'un homme, ou aura embarrassé sa marche* », ou encore « *celui qui aura clos le chemin qui conduit au moulin* »¹²²⁷. Plus spécifiquement, la loi des Wisigoths interdisait toute obstruction à la circulation sur les chemins habituellement utilisés par le prince¹²²⁸. Plus tard, un capitulaire de Dagobert proscrivait toute construction sur la chaussée et sanctionnait les contrevenants d'une amende et de l'obligation de réparer¹²²⁹. Isambert mentionne également l'existence d'un capitulaire de Charlemagne donné en 813, sanctionnant d'une amende celui qui ferme la voie publique¹²³⁰. La réglementation des chemins semble avoir été une priorité de la monarchie du Moyen-Âge, mais elle eut davantage pour objet leur entretien (par le biais, notamment, des corvées¹²³¹) que la répression des atteintes à l'intégrité ou à leur fonction.

512. Quelques mesures importantes pour la protection des voies routières furent prises au XVIII^{ème} siècle, notamment par une déclaration royale du 14 novembre 1724 qui, pour limiter la dégradation des routes, restreignit le nombre de chevaux par attelage¹²³², et par une ordonnance du 4 août 1731 qui défendit de façon générale d'enlever les pavés et autres

¹²²⁶ COSTE (L.), *Droit romain des voies publiques et privées et des servitudes de passage*, Lyon : J. Gallet, 1880, pp. 52 et 53.

¹²²⁷ trad. PEYRÉ (J.-F.-A.), in *Lois des francs, contenant la loi salique et la loi*, Paris : Firmin Didot, 1828, pp. 113 et 114.

¹²²⁸ ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie*, Tome 1, Paris : Constantin, Lecointe et Durey, 1825, p. 9.

¹²²⁹ GUILLE (E.), *L'alignement des voies publiques et privées*, Paris : L. Rodstein, 1938, p. 19.

¹²³⁰ ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie*, *op. cit.*, p. 11.

¹²³¹ ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie*, *op. cit.*, pp. 24 s.

¹²³² VIGNON (E.-J.-M.), *Études historiques sur l'administration des voies publiques en France*, Tome 2, Paris : Dunod, 1862, pp. 47 et 48.

matériaux des routes, et interdit aux paysans de combler les fossés ou d'encombrer les chemins de fumiers ou de toutes autres choses¹²³³.

513. La Révolution ne mit pas fin à l'éclatement de la protection des voies routières¹²³⁴ : l'article 15 de la loi des 19 et 22 juillet 1791, relative à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, sanctionnait d'amende et de réparation « *ceux qui embarrasseront ou dégraderont les voies publiques* » ; le titre 2 de la loi rurale des 28 septembre et 6 octobre 1791 réprimait et obligeait à réparation celui qui avait dégradé les chemins ruraux et vicinaux (art. 40 et 43) ou les arbres qui les bordaient (art. 43). Le Code pénal de 1810 reprit en substance ces dispositions : l'article 471 sanctionnait d'amende « *ceux qui auront embarrassé la voie publique, en y déposant ou y laissant, sans nécessité, des matériaux ou des choses quelconques qui empêchent ou diminuent la liberté ou la sûreté du passage* » ainsi que, de façon plus générale, « *ceux qui auront négligé ou refusé d'exécuter les règlements ou arrêtés concernant la petite voirie* » ; l'article 479, quant à lui, réprimait uniquement les dégradations en sanctionnant « *ceux qui auront dégradé ou détérioré, de quelque manière que ce soit, les chemins publics* », et « *ceux qui (...) auront enlevé des chemins publics, les gazons, terres ou pierres, ou qui dans les lieux appartenant aux communes auraient enlevé les terres ou matériaux* ». Bien que le régime des poursuites différât selon la nature de la voie en cause, ces deux articles étaient applicables à la voirie urbaine comme aux voiries vicinale et rurale¹²³⁵. Quant aux routes nationales et départementales, encore comprises dans le champ de la « grande voirie », elles continuèrent à être protégées par les interdictions de l'Ancien Régime¹²³⁶. C'est ainsi que l'ordonnance du 4 août 1731 continua à être visée par la jurisprudence du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème} siècle¹²³⁷. La loi du 30 mai 1851 relative à la police du roulage créa simplement de nouvelles contraventions, dont l'une était relative à la dégradation : l'article 9 sanctionnait d'une amende et d'une obligation de réparer le conducteur d'une voiture qui par sa faute, sa négligence ou son imprudence avait causé un dommage quelconque à une route ou l'une de ses dépendances.

¹²³³ ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie, op. cit.*, p. 43.

¹²³⁴ Pour un aperçu de cet éclatement, voir BONNARD (R.), *Des contraventions de grande voirie*, Bordeaux : Y. Cadoret, 1904, pp. 26 à 29. L'auteur parle à juste titre d'une législation « *confuse et touffue* ».

¹²³⁵ COURCELLE (L.) *Traité de la voirie*, Paris : Berger-Levrault & C^{ie}, 1900, pp. 214 à 216, 225 et 228

¹²³⁶ La loi des 19 et 22 juillet 1791 disposant, en l'article 29 de son Titre I, que « *sont également confirmés provisoirement les réglemens qui subsistent touchant la voirie* »

¹²³⁷ Voir, à titre d'exemples : CE, 13 janvier 1853, *Rouvier*, rec. *Lebon*, p. 137 ; CE, 28 janvier 1887, *Lhomme*, rec. *Lebon* p. 99 ; CE, 13 décembre 1901, *Maldémé*, rec. *Lebon* p. 886.

514. Ce n'est que tardivement que furent finalement réunis en un seul texte la plupart des faits répréhensibles susceptibles de constituer une contravention de voirie routière : l'article 1^{er} du décret du 27 décembre 1958¹²³⁸ énuméra tous les actes « *punis d'une amende de 6.000 à 36.000 F* », parmi lesquels se retrouvèrent les atteintes à l'intégrité, occupations illicites ou dépôts de substances insalubres. Cette liste des infractions, précisée par un décret de 1964¹²³⁹ fut maintenue en l'état lors de sa codification, en 1989, à l'article R. 116-2 du Code de la voirie routière¹²⁴⁰.

b. L'objet de la protection des contraventions de voirie routière

515. L'article L. 111-1 du Code de la voirie routière donne une définition du domaine public routier (« *l'ensemble des biens du domaine public de l'État, des départements et des communes affectés aux besoins de la circulation terrestre, à l'exception des voies ferrées* ») auquel correspond le champ d'application des contraventions de voirie routière. Sont ainsi protégées les autoroutes, les routes nationales et départementales, les dépendances de la voirie communale telles que les rues, les chemins et les places¹²⁴¹, auxquelles il faut rajouter les accessoires tels que les feux de signalisation ou les lampadaires¹²⁴²

516. C'est parce qu'elles ne sont pas affectées aux besoins de la circulation terrestre, mais seulement à l'agrément des personnes qui les utilisent, que les promenades publiques sont exclues du champ de ces contraventions¹²⁴³. Cette exclusion est toutefois contestable dans la mesure où, si le juge entend protéger la circulation et non le simple agrément, l'on comprend

¹²³⁸ Décret n° 58-1354 du 27 décembre 1958 relatif à la répression de certaines infractions à la conservation du domaine public routier, *JORF* du 29 décembre 1958, p. 11970.

¹²³⁹ Décret n° 64-262 du 14 mars 1964 relatif aux caractéristiques techniques, aux alignements, à la conservation et à la surveillance des voies communales, *JORF* 22 mars 1964, p. 2643 (art. 16 et 17). Ces dispositions détaillent les faits répréhensibles. À titre d'exemple, l'article 16 interdit « *de mutiler les arbres plantés sur ces voies* » ou « *de labourer ou de cultiver le sol dans les emprises de ces voies et de leurs dépendances* ». Elles furent abrogées et non reprises par le décret de 1989, instaurant le Code de la voirie routière.

¹²⁴⁰ Décret n°89-631 du 4 septembre 1989 relatif au code de la voirie routière, *JORF* du 8 septembre 1989, p. 11382.

¹²⁴¹ Cass. crim., 5 octobre 1961, *Bull. crim.* 1961, n° 388.

¹²⁴² Pour plus d'exemples, voir BRARD (Y.), « Contraventions de voirie routière », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. 66), § 13.

¹²⁴³ CAA Paris, 1^{er} février 2007, *M. X. c/ Ville de Paris*, req. n° 06PA02338. Dans cette décision, le juge administratif exclut on ne peut plus clairement les promenades du champ d'application des contraventions de voirie routière : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment des plans produits par la Ville de Paris, que le manège de M. X est installé non sur le trottoir du quai Branly mais sur le mail Branly, qui constitue un espace vert et une promenade pour piétons, appartenant au domaine public non viaire de la Ville de Paris ; que, dès lors, l'occupation sans titre de cette dépendance domaniale n'est pas constitutive d'une contravention de voirie routière* »

mal qu'il étende par ailleurs le champ d'application de la contravention de voirie routière aux accessoires les plus dispensables de ces voies, tels que les bacs à fleurs¹²⁴⁴ ou les colonnes publicitaires¹²⁴⁵. Ces jurisprudences étant anciennes, peut-être ne s'agit-il là que d'une rémanence du caractère autrefois suffisant du lien physique pour fonder le caractère de bien « accessoire » au domaine public.

517. Plus gênant pour notre propos, les chemins ruraux, alors même qu'ils sont, malgré leur domanialité privée légale, affectés à la circulation¹²⁴⁶, ne sont pas soumis au régime de la contravention de voirie routière. Il convient d'y voir une exception à la protection juridique supérieure des voies publiques, justifiée par la logique même de l'exclusion de la domanialité publique de ces chemins. Ainsi que le relève Christian Lavalie, l'exclusion, par une ordonnance de 1959¹²⁴⁷ de la domanialité publique des chemins ruraux tint notamment à des considérations financières¹²⁴⁸ : le législateur était soucieux d'éviter aux communes l'obligation d'entretenir ces chemins. Puisque les communes sont donc dispensées d'entretenir leurs chemins ruraux, il serait injuste d'appliquer au responsable de leur dégradation le régime strict des contraventions de voirie routière, d'autant plus qu'il serait difficile de mesurer la part de la dégradation résultant de l'action du contrevenant et celle résultant de l'absence d'entretien. Du reste, les chemins ruraux ne sont pas privés de toute protection puisqu'une infraction à la police de leur conservation reste passible d'une contravention de police et d'une action en réparation¹²⁴⁹.

518. Quant aux infractions constitutives d'une contravention de voirie routière, elles sont énumérées pour l'essentiel par l'article R. 116-2 du Code de la voirie routière. Les sept infractions figurant sous l'article consistent soit en une atteinte à l'affectation de la voie à la circulation, soit en une atteinte à son intégrité. Sont donc réprimées de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe les occupations illicites, les dépôts de toute nature, le fait de répandre sur la voie des substances incommodes, le vol de matériaux entreposés

¹²⁴⁴ TC, 19 avril 1982, *Ville de La-Roche-sur-Yon*, *Dr. adm.* 1982, comm. 183.

¹²⁴⁵ CE, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, rec. *Lebon* p. 162 ; *RDP* 1956, p. 575, concl. Long.

¹²⁴⁶ Ainsi que le reconnaît l'article L. 161-1 du Code de la voirie routière : « *Les chemins ruraux appartiennent au domaine privé de la commune. Ils sont affectés à la circulation publique (...)* ».

¹²⁴⁷ Ordonnance n° 59-115 du 7 janvier 1959 relative à la voirie des collectivités locales, *JORF* du 7 janvier 1959, p. 634.

¹²⁴⁸ LAVIALLE (C.), « La fin des chemins ruraux ? », in *Mélanges offerts à Pierre Montané de la Roque*, Tome 1, Presses IEP Toulouse, 1986, p. 452.

¹²⁴⁹ LAVIALLE (C.), « Domaine privé - Chemins ruraux », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 48), §§ 120, 121 et 124.

sur la voie pour les besoins de cette dernière, l'exécution de travaux non autorisés (par exemple, l'aménagement d'un accès), l'établissement de plantations trop proches de la limite du domaine public routier et, plus généralement, tout acte de nature à porter atteinte à l'intégrité de ce domaine¹²⁵⁰. À côté de l'article R. 116-2 du Code de la voirie routière, il faut noter l'existence dans le même Code d'un article L. 114-5 qui soumet au régime de la contravention de voirie routière l'atteinte portée au plan de dégagement, document qui établit les servitudes de visibilité imposées aux propriétés riveraines ou voisines des voies publiques situées à proximité de croisements, virages ou points dangereux ou incommodes pour la circulation.

§ 2. La spécificité de la répression des contraventions de voirie

L'atteinte à l'intégrité ou à l'affectation d'un bien inclus dans le champ d'application des contraventions de voirie n'a pas les mêmes conséquences juridiques que la même atteinte sur des biens exclus de ce champ. La situation du contrevenant de voirie sera, à bien des égards, plus inconfortable que celle de l'auteur d'atteintes à d'autres biens. Le juge compétent pour réprimer ces atteintes est certes différent selon l'objet de la contravention de voirie ; mais cette dualité de la compétence juridictionnelle (A) n'empêche pas une unité dans la sévérité (B).

A. L'attribution à une juridiction spéciale de la compétence pour réprimer les contraventions de voirie

Dire que le contentieux pour réprimer les contraventions de voirie relève d'une juridiction spéciale peut sembler à tout le moins étonnant, dans la mesure où l'évolution historique de l'attribution du contentieux (1) aboutit en 1926 à la compétence du juge judiciaire pour les atteintes au domaine public routier. En réalité, certains éléments laissent penser que cette compétence judiciaire n'est que le résultat d'un souci de simplification (2), imposant une exception à une compétence qui aurait dû être administrative.

¹²⁵⁰ Pour de nombreux exemples de chacune de ces infractions, voir BRARD (Y.), « Contraventions de voirie routière », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 66), §§ 75 à 87 ; LE ROUX (M.), « Contraventions de voirie », *JCl. Administratif* (fasc. n° 170), §§ 186 et 187.

1. L'évolution historique de l'attribution du contentieux

Du Moyen Âge jusqu'à aujourd'hui, l'évolution de l'attribution du contentieux pour réprimer les contraventions de voirie a consisté en une succession de trois phases : une phase totalement administrative (a), une phase totalement judiciaire (b) et une phase de compétence partagée (c).

a. La phase de juridiction spéciale

La phase totalement administrative s'étendit du Moyen Âge à la Révolution. Le contentieux fut néanmoins dispersé entre plusieurs autorités, en fonction de l'objet de la protection.

519. Concernant les dégâts causés aux dépendances maritimes, leur répression fut très tôt confiée à un juge spécial. Ainsi que le rapporte Valin, « *dès qu'il y a eu un Amiral en France, il y a eu des Juges d'Amirauté, pour connoître privativement à tous autres Juges, des causes maritimes, tant au criminel qu'au civil, & entre quelques personnes que ce fût. C'est ce que prouvent toutes les anciennes Ordonnances, à la tête desquelles ont peut mettre la Transaction du 30 août 1377* »¹²⁵¹. Ces juges d'Amirauté furent d'abord des lieutenants de l'Amiral de France, charge créée en 1327, avant que leur fonction ne devînt un office en 1554, ce qui fit d'eux des officiers royaux autant que des officiers de l'Amiral¹²⁵². Leur compétence couvrait tous les conflits intéressant de près où de loin la mer, tant le commerce que les dégradations, ce qui invite à parler d'une compétence *rationae loci*¹²⁵³. Elle fut pourtant suffisamment contestée pour devoir être précisée à la fin du XVII^{ème} siècle. L'ordonnance de 1681 manquait en effet quelque peu de clarté à ce sujet puisque l'une de ses dispositions semblait restreindre la compétence de ces juges « *aux Quays, Digue, Jettées, Palissades & autres Ouvrages faits contre la violence de la Mer ; & veilleront à ce que les Ports & Rades soient conservés dans leur profondeur & netteté* »¹²⁵⁴, c'est-à-dire au domaine artificiel. Un arrêt du Conseil du Roi du 31 décembre 1686, à propos du port de Dunkerque, confirmait que les officiers de l'Amirauté connaissaient « *toutes les matières tant civiles, que criminelles &*

¹²⁵¹ VALIN (R.-J.), *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la Marine du mois d'août 1681*, Tome 1, La Rochelle : Jérôme Legier, P. Mesnier, 1760, p. 105.

¹²⁵² *Ibid.*, p. 105.

¹²⁵³ BONNARD (R.), *Des contraventions de grande voirie*, Bordeaux : Y. Cadoret, 1904, p. 11.

¹²⁵⁴ Article 7 du Titre II du Livre Premier de l'Ordonnance de la Marine de 1681.

de police, concernant la marine, navigation & commerce maritime, circonstances & dépendances, & de tous cas arrivés ou à arriver sur la mer, quais, ports, grèves, eaux, rivières ou canaux & rivages, tant que le flot de Mars peut s'étendre »¹²⁵⁵. Cette compétence fut encore réaffirmée par des lettres patentes du 31 janvier 1694¹²⁵⁶.

520. Après avoir été exercée par les baillis et les sénéchaux, la compétence pour réprimer les atteintes aux fleuves et rivières navigables et flottables fut progressivement confiée, au fil du XIV^{ème} siècle et suite à de nombreux conflits de compétence, à la juridiction spéciale des « Maîtres des eaux et forêts ». L'article 3 du Titre I de l'Ordonnance des eaux et forêts de 1669 confirma cette compétence pour « *toutes actions concernant les entreprises ou prétentions sur les rivières navigables et flottables, tant pour raison de la navigation & flottage, que de droits de pêche, de passage, de pontonnage, & autres (...)* ». La distinction faite entre les cours d'eau navigables ou flottables et les autres cours d'eau, dont le contentieux restait confié aux juridictions seigneuriales¹²⁵⁷, manifestait déjà la relation entre protection renforcée et circulation.

521. Quoique spéciales, ces deux autorités s'inscrivaient dans un système juridictionnel, leurs décisions pouvant être annulées par les parlements. Tel n'était pas le cas des autorités chargées de la répression des dommages causés aux voies terrestres, exclusivement administratives et dont les décisions ne pouvaient être révoquées que par le Conseil du Roi. Comme pour les eaux et forêts, cette compétence fut contestée, d'abord entre les juridictions royales et les juridictions seigneuriales, avant qu'une ordonnance du 20 octobre 1508 ne tentât de la confier à l'administration des trésoriers de France. Mais la désorganisation de cette institution et la persistance de la contestation de leur compétence contentieuse par les baillis et sénéchaux d'une part¹²⁵⁸, par des « agents voyers » d'autre part¹²⁵⁹, aboutit à une « *anarchie*

¹²⁵⁵ VALIN (R.-J.), *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la Marine du mois d'août 1681*, op. cit., p. 125.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 126.

¹²⁵⁷ JOUSSE (D.), *Commentaire sur l'Ordonnance des Eaux et Forêts du mois d'Août 1669*, Paris : Debrure, 1772, p. 10.

¹²⁵⁸ BONNARD (R.), *Des contraventions de grande voirie*, op. cit., p. 15.

¹²⁵⁹ L'existence de ces agents voyers, intervenant sur la voirie urbaine, est attestée par le préambule d'un édit de mai 1599 : « *Nos prédécesseurs rois, considérant les entreprises et usurpations qui se font sur les voies et rues publiques des villes, au grand préjudice du public et l'incommodité des passants, pour faire cesser telles voies, avaient fait plusieurs édits contentant le règlement qu'ils avaient connu être nécessaire pour l'observation d'iceux, établis en notre ville de Paris, capitale de ce royaume, un voyer ayant, entre autres choses, le pouvoir d'avoir l'œil auxdites voies et passages, les conserver en leurs espaces, grandeurs et largeurs, visiter les bâtiments étant sur les rues et voies, aligner les bâtiments nouveaux, et toutes autres fonctions qui en dépendent, chose grandement importante et une des principales de la police ; Et depuis a été créé en aucunes autres villes*

générale »¹²⁶⁰, où « rien ne stimulait l'apathie ou ne mettait obstacle aux connivences de ces voyers, et les règlements étaient livrés à un entier abandon »¹²⁶¹. La fonction de grand voyer de France, créée par Henri IV à la faveur d'un édit de 1599, ne fit que brouiller un peu plus encore les compétences. À l'origine, cette institution n'exerçait que des missions d'urbanisme et d'aménagement du territoire ; un édit de 1607 y ajouta toutefois la compétence pour réprimer les atteintes au domaine public, par des amendes allant jusqu'à 10 livres. C'est ainsi qu'« une grande confusion continua à subsister dans cette juridiction. Souvent plusieurs seigneurs, magistrats ou officiers y prétendaient concurremment dans les mêmes localités, et il en résultait de nombreux conflits »¹²⁶². Finalement, un édit de 1626 supprima la fonction de grand voyer de France, et un autre édit d'avril 1627 attribua la juridiction contentieuse de la voirie aux trésoriers de France¹²⁶³, qui la conservèrent jusqu'à ce qu'un édit du 18 novembre 1781, préfigurant la distinction entre grande et petite voirie, circonscrivît cette compétence aux routes royales et rendit aux seigneurs et aux villes le contentieux des voiries rurale et urbaine¹²⁶⁴.

b. La phase judiciaire

522. Suite à la suppression de ces différentes autorités dès le début de la Révolution, la loi des 7 et 11 septembre 1790 unifia le contentieux des atteintes à la voirie, en le confiant entièrement au juge judiciaire. Mais à croire, ainsi que le note Jean-Jacques Chevallier, que

des offices de voyers avec pareille autorité qui a fait cesser les usurpations dont usaient les communautés et particuliers ès édifices, ès bâtiments et alignement des rues, maisons et autres choses très nécessaires ». Cité par VIGNON (E.-J.-M.), *Études historiques sur l'administration des voies publiques en France*, Tome 1 (partie « Pièces justificatives »), Paris : Dunod, 1862, p. 85.

¹²⁶⁰ VIGNON (E.-J.-M.), *Études historiques sur l'administration des voies publiques en France aux dix-septième et dix-huitième siècles*, Tome 1, Paris : Dunod, 1862, p. 50

¹²⁶¹ *Ibid.*

¹²⁶² *Id.*, p. 52.

¹²⁶³ Édit d'avril 1662 portant attribution du domaine et de la voirie à chaque bureau des présidents-trésoriers généraux de France : « Avons attribué et attribuons à chacun des bureaux de nos présidents et trésoriers généraux de France, ès fins et limites de leurs généralités, la juridiction en première instance de ladite voirie, circonstances et dépendances d'icelle ; et ce ès villes et lieux dépendants de nos justices royales, pour juger et décider tous procès et différends qui seront mus et intentés, tant pour raison d'icelle voirie que dépendances ». Cité par VIGNON (E.-J.-M.), *Études historiques sur l'administration des voies publiques en France aux dix-septième et dix-huitième siècles*, op. cit., Tome 1 (partie « Pièces justificatives »), p. 99.

¹²⁶⁴ CHEVALLIER (J.-J.), *La compétence juridictionnelle en matière de contraventions de voirie*, Nancy : Impr. nancéienne, 1925, pp. 13 et 14. Il faut aussi noter que, par des édits circonstanciés, la monarchie confia en certains lieux aux intendants royaux la compétence contentieuse relative à la voirie terrestre ou fluviale, normalement attribuée aux trésoriers ou aux maîtres des eaux et forêts. Ainsi en est-il, par exemple, d'un arrêt du Conseil du 13 janvier 1733 relatif à la navigation sur les rivières de la généralité d'Auch et du département de Pau. Pour de multiples exemples, voir BONNARD (R.), *Les contraventions de grande voirie*, op. cit., pp. 19 à 23.

les contraventions de voirie portent en elles le germe du conflit de compétence, la répartition des compétences au sein même de la juridiction judiciaire ne se fit pas sans quelques heurts. La simplicité qu'aurait dû permettre l'unification du contentieux fut perturbée par une répartition délicate des conflits entre tribunaux de police et tribunaux correctionnels : d'après une jurisprudence très instable, les premiers n'exercèrent leur compétence que pour statuer sur les dégradations (et non les usurpations) causées à la voirie urbaine. Tout le reste du contentieux fut confié aux tribunaux correctionnels¹²⁶⁵.

c. La phase de compétence partagée

523. Le partage de compétences fut entamé par un arrêté du 19 ventôse an VI, qui rendit à l'administration le contentieux du domaine public fluvial. Peu après, l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII réserva aux Conseils de préfecture nouvellement créés les « *difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie* », sans pour autant préciser cette dernière notion. La loi du 29 floréal an X pallia cette absence en disposant en son article 1^{er} que « *les contraventions en matière de grande voirie, telles qu'anticipations, dépôts de fumiers ou d'autres objets, et toutes espèces de détériorations commises sur les grandes routes, sur les arbres qui les bordent, sur les fossés, ouvrages d'art et matériaux destinés à leur entretien, sur les canaux, fleuves et rivières navigables, leurs chemins de halage, francs bords, fossés et ouvrages d'art, seront constatées, réprimées et poursuivies par voie administrative* ». La catégorie « grande voirie » fut encore enrichie des rues de Paris par un décret du 27 octobre 1808, puis du domaine public maritime à la faveur d'un décret du 16 décembre 1811. Que restait-il au juge judiciaire ? Puisque la loi du 29 floréal an X confiait à son homologue administratif les contraventions « *en matière de grande voirie* », il ne conservait que ce qui n'entraînait pas dans cette matière, c'est-à-dire la « petite voirie », composée de la voirie terrestre la moins large et la moins stratégiquement importante pour l'État : chemins ruraux, chemins vicinaux, et voirie urbaine à l'exception de celle de Paris. Pendant longtemps, la compétence du juge judiciaire ne s'enrichit pas, les nouvelles infrastructures de réseau (chemins de fer, lignes télégraphiques) étant, au fil de leur création, incluses dans la grande voirie. Ce n'est qu'à la faveur d'un décret-loi du 28 décembre 1926 que le champ de compétence du juge judiciaire s'accrut, absorbant tous les contentieux relatifs à l'atteinte du domaine public

¹²⁶⁵ CHEVALLIER (J.-J.), *La compétence juridictionnelle en matière de contraventions de voirie*, op. cit., p. 18.

routier. Suivant ce modèle, qui persiste à l'heure actuelle, la scission entre grande et petite voirie devint celle entre grande voirie et voirie routière.

2. Une compétence du juge judiciaire fondée sur des raisons d'opportunité

La compétence judiciaire pour la petite voirie n'est en réalité que la conséquence d'un contretemps historique (a). Le fait qu'elle ait par la suite été étendue à l'ensemble du domaine public routier résulte d'une volonté de simplifier le contentieux (b).

a. La compétence judiciaire pour la petite voirie, contretemps historique

524. Lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi du 29 floréal an X, celle-là même qui fixait le champ d'une grande voirie dont le contentieux venait d'être attribué aux conseils de préfecture par la loi du 28 pluviôse an VIII, Régnaud de Saint-Jean-d'Angély louait les avantages d'un retour à la compétence administrative : « *Toutes les contraventions aux règlements relatifs à la dégradation des canaux, des routes, des plantations et ouvrages d'art qui les bordent, se sont multipliés avec excès. Les poursuites en sont rares, peu actives, et rarement poussées jusqu'à la condamnation des délinquants. Cette espèce de silence de l'administration, d'inaction de la justice, a encouragé les empiètements, les dégradations, la destruction des arbres, le comblement des fossés (...) Il est temps (...) de rendre à la police conservatrice une action sure, prompte, sévère. Il faut conséquemment que l'administration chargée de faire et de conserver, puisse poursuivre, atteindre, frapper ceux qui détruisent, altèrent le produit de ses travaux, édifiés souvent à grand prix. Il faut que, sans aller devant les tribunaux de police correctionnelle, auxquels la connaissance de ces délits est attribuée, ils soient réprimés par l'administration même, revêtue à cet effet d'un nouveau pouvoir, réclamé pour elle par les circonstances et même par les principes* »¹²⁶⁶. La compétence contentieuse administrative semblait ainsi gouvernée par l'idée d'une plus grande efficacité, que l'orateur s'abstenait toutefois de démontrer¹²⁶⁷. Jean-Jacques Chevallier, cherchant à

¹²⁶⁶ Cité dans GOUJON (L.-J.-M.), *Recueil complet et suivi des Lois, Arrêtés et Instructions relatifs à l'administration forestière*, Ans X et XI (1802 et 1803), Paris : Arthus Bertrand, 1809, pp. 120 et 121.

¹²⁶⁷ D'ailleurs, plus d'un siècle plus tard, l'efficacité spécifique au juge administratif n'était plus une certitude. Dans les motifs d'un projet de loi de 1923 visant à enrichir les attributions du juge judiciaire en matière de petite voirie, il était ainsi dit que « *cette solution est d'autant plus logique qu'il n'apparaît pas que les voies publiques classées dans la petite voirie aient été jusqu'à présent moins bien protégées par les tribunaux judiciaires que les dépendances de la grande voirie par la juridiction administrative* ». Cette dernière affirmation suscita toutefois

expliquer ce transfert de compétence au juge administratif, ne put émettre que des conjectures : « *avant la Révolution, toute cette matière relevait de fonctionnaires administratifs ou de juridictions administratives : était-ce donc l'absence d'esprits administratifs, de sollicitude de l'administration pour sa chose, qui rendait infructueuse la justice nouvelle, purement judiciaire ? Il est probable que ces raisons d'ordre différent, et d'autres encore qui nous échappent, se combinent pour expliquer ce fait* »¹²⁶⁸.

525. Mais à supposer même que les juridictions administratives fussent effectivement plus efficaces pour réprimer les atteintes au domaine public, pourquoi ne pas leur avoir confié également le contentieux des atteintes à la petite voirie ? Le fait que l'administration soit privée de son privilège de juridiction lorsqu'était en cause la petite voirie laissait sous-entendre que la protection de cette dernière était moins impérieuse. Toutefois, l'examen de la motivation du législateur révolutionnaire révèle que la compétence résiduelle du juge judiciaire semble n'avoir été que le résultat d'un contretemps historique. C'est ce qui ressort de la fin de l'exposé des motifs de la loi du 29 floréal an X : à propos de l'attribution aux conseils de préfecture de la compétence pour réprimer les atteintes à la grande voirie, Régnaud de Saint-Jean-d'Angély explique que le Gouvernement « *avait conçu le dessein de l'étendre davantage, de l'appliquer à la voirie urbaine ; mais au milieu de tant de travaux qui se sont pressés, il a été forcé à regret de retarder l'exécution de plusieurs vues utiles, et de s'attacher aux plus pressantes* »¹²⁶⁹. Le contentieux des dommages à la voirie urbaine devait donc échoir à la juridiction administrative, compétence qui aurait probablement dû concerner également les voies rurales et vicinales. Ce n'est qu'en raison d'un contretemps que se maintint, à l'endroit de ces voies, la compétence judiciaire.

b. La compétence judiciaire pour le domaine public routier, résultat d'une recherche de simplification

526. Qu'est-ce qui justifia le maintien de cette compétence judiciaire et, plus encore, son extension, par le décret-loi du 28 décembre 1926, à l'ensemble du domaine public routier ?

le scepticisme de la doctrine. Voir par exemple GUILLOIS (A.), « Les contraventions de grande voirie », *RDP* 1923, p. 305 : « *Ne sait-on pas que les tribunaux judiciaires ont parfois, dans la répression des contraventions de voirie, sanctionné de rigueurs inutiles les infractions commises ?* ».

¹²⁶⁸ CHEVALLIER (J.-J.), *La compétence juridictionnelle en matière de contraventions de voirie, op. cit.*, p. 19.

¹²⁶⁹ Cité dans GOUJON (L.-J.-M.), *Recueil complet et suivi des Lois, Arrêtés et Instructions relatifs à l'administration forestière, op. cit.*, p. 121.

Outre le contretemps historique, un autre argument se trouve dans la simplification des procédures. En effet, certains faits sont constitutifs à la fois d'une contravention de police réprimée par le Code pénal, et d'une contravention de voirie réprimée par un texte spécial. Par exemple, le fait de déposer des déchets sur la voie publique porte atteinte à l'article R. 632-1 du Code pénal, proscrivant de tels dépôts « *en lieu public* », mais aussi à l'article R. 116-2 4°, sanctionnant ceux qui auraient répandu « *sur les voies publiques des substances susceptibles de nuire à la salubrité et à la sécurité publique ou d'incommoder le public* ». De la même manière, le fait d'entraver la libre circulation sur la voie publique porte atteinte à l'article R. 664-2 du Code pénal comme à l'article R. 116-2 3° du Code de la voirie routière¹²⁷⁰. Le fait de doter le juge judiciaire de la compétence pour poursuivre les atteintes à la conservation du domaine public routier est par conséquent facteur de simplicité. D'après Yves Brard, la généralisation de la compétence du juge judiciaire pour la conservation de tout le domaine public routier tient précisément à un « *souci de simplification* »¹²⁷¹, afin d'éviter le déclenchement de deux instances devant deux juges différents¹²⁷².

527. Mais l'argument est très discutable, dans la mesure où l'atteinte au domaine public non routier peut elle aussi être constitutive à la fois d'une contravention de police et d'une contravention de grande voirie ; en raison de la non application de la règle *non bis in idem*, deux instances parallèles pourront alors être entamées pour les mêmes faits, l'une devant le juge pénal pour la contravention de police, l'autre devant le juge administratif pour la contravention de grande voirie¹²⁷³. Dès lors, pourquoi seul le domaine public routier bénéficierait-il de cette simplification ?

¹²⁷⁰ Pour un exemple jurisprudentiel, voir Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-80254 : la pose d'un câble au travers d'une voie du domaine public routier constitue tout à la fois une entrave à la circulation sur une voie publique et un empiètement sur le domaine public routier.

¹²⁷¹ BRARD (Y.), « Contraventions de voirie routière », *JCL. Propriétés publiques* (fasc. n° 66), § 73.

¹²⁷² Ce souci de simplification du contentieux relatif au domaine public routier aboutit d'ailleurs au façonnement, au profit du juge judiciaire, d'un véritable bloc de compétences qui trouva son point d'orgue dans l'arrêt *Morelli* rendu par le Tribunal des conflits le 25 avril 1994 (rec. *Lebon* p. 595). Dans cet arrêt le juge des conflits attribuait au juge judiciaire la connaissance de l'action en réparation des dommages causés au domaine public routier, même dans l'hypothèse où le dommage avait été causé à l'occasion de la réalisation d'un travail public, sans même s'assurer de la constitution d'une contravention de voirie routière. Cette jurisprudence est aujourd'hui révoquée (TC, 24 avril 2006, *Société Bouygues Bâtiments*, req. n° C3493 ; *AJDA* 2006, p. 1364, note Landais et Lenica).

¹²⁷³ CE, 13 juin 1964, *Guégan*, rec. *Lebon* p. 334 ; *RDP* 1965, p. 85, note Waline. En l'occurrence, il s'agissait d'enlèvement sans autorisation de sable sur le rivage de la mer, contrevenant tant à l'ordonnance d'août 1681 sur la Marine (contravention de grande voirie) qu'à un décret du 9 janvier 1852 sur l'exercice de la pêche côtière (contravention de police). Par ailleurs, l'article L. 2132-28 du CGPPP est le meilleur témoin de l'existence de telles situations, puisqu'il vise précisément à limiter à un certain seuil le cumul de l'amende infligée pour la contravention de grande voirie avec l'amende infligée au titre de la contravention de police.

528. La solution se trouve pour partie dans le propos de Christian Lavalie. Il note d'abord que l'attribution initiale au juge judiciaire de la seule petite voirie laissait entendre que « *les atteintes dans ce cas mettaient en cause davantage l'ordre public de la cité que la protection matérielle de la voie* »¹²⁷⁴, mais estime cette distinction « *mal fondée car la finalité d'ordre public est la même dans les deux cas. Il n'y a pas une spécificité de l'ordre public municipal au regard de l'ordre public national puisque celui-là au contraire, a servi de modèle pour définir les buts de la police administrative générale* »¹²⁷⁵. Cela dit, si l'auteur critique l'ancien partage du contentieux de la voirie, il se montre favorable à son unification au profit du juge judiciaire : « *Il existe un réel particularisme de la police de la voirie routière, compte tenu des modalités de son usage qui génère un type commun d'infractions proches de celles de police (...) L'utilisation spécifique qui en est faite par le public, sa fonction décisive de communication sociale et de support premier de la liberté de circulation justifient un traitement autre que celui qui s'applique par exemple aux usages des domaines maritime, fluvial ou même ferroviaire* »¹²⁷⁶. C'est dans ce dernier argument que se trouve la clé de compréhension de la compétence du juge judiciaire. La spécificité du domaine public routier par rapport aux autres domaines est qu'il est la voie de circulation la plus utilisée, la plus immédiate, précisément structurée pour offrir un lieu de circulation distinct de l'espace privé. Il est à ce titre le premier support des relations sociales et, de fait, le domaine public le plus fréquenté. Il en résulte nécessairement une fréquence supérieure des infractions commises, qui rend beaucoup moins tolérable que pour les domaines publics maritime et fluvial la perspective de deux instances parallèles ou successives. La compétence judiciaire pour les contraventions de voirie routière ne révèle donc aucunement une importance moindre du domaine public routier. Elle est simplement la conséquence d'une volonté d'éviter la multiplication des juges saisis pour une même infraction.

B. Un régime des poursuites plus sévère pour le contrevenant

La meilleure preuve de l'importance égale de la grande voirie et de la voirie routière est encore la sévérité commune de leur répression : les règles exorbitantes du droit privé que

¹²⁷⁴ LAVIALLE (C.), « Droit domanial et droit pénal : le contentieux des contraventions de voirie routière », note sous CE, 12 novembre 2011, *Commune de Plonéour-Lanvern*, RFDA 2012, p. 250.

¹²⁷⁵ *Ibid.*

¹²⁷⁶ *Id.*

sont l'obligation de déclencher les poursuites (1), la possibilité d'un cumul de sanctions (2) et l'imprescriptibilité de l'action en réparation (3) sont en effet tout autant applicables aux contraventions de voirie routière qu'aux contraventions de grande voirie.

1. L'obligation de déclencher les poursuites

Contrairement à la procédure pénale ordinaire qui confie au ministère public le pouvoir d'apprécier l'opportunité de déclencher les poursuites (b), l'administration saisie d'un procès-verbal de contravention de voirie est tenue de saisir à son tour l'autorité juridictionnelle en vue de la poursuite du contrevenant, que l'infraction ait été commise sur la grande voirie ou sur la voirie routière (a).

a. Une obligation applicable à la grande voirie comme à la voirie routière

529. Pour les contraventions de grande voirie, la jurisprudence administrative fut d'abord hésitante¹²⁷⁷ avant de se montrer limpide dans un arrêt de 1979 : « *Considérant que les autorités chargées de la police et de la conservation du domaine public maritime sont tenues, par application des principes régissant la domanialité publique, de veiller à l'utilisation normale des rivages de la mer et d'exercer à cet effet les pouvoirs qu'elles tiennent de la législation en vigueur, y compris celui de saisir le juge des contraventions de grande voirie, pour faire cesser les occupations sans titre et enlever les obstacles créés de manière illicite, qui s'opposent à l'exercice, par le public, de son droit à l'usage du domaine maritime ; que, si l'obligation ainsi faite à ces autorités trouve sa limite dans les autres intérêts généraux dont elles ont la charge et, notamment, dans les nécessités de l'ordre public, elles ne sauraient légalement s'y soustraire, en revanche, pour des raisons de simple convenance administrative* »¹²⁷⁸. Les conclusions du commissaire du gouvernement Bacquet révèlent plusieurs justifications à cette obligation sans fondement textuel. La première justification est

¹²⁷⁷ CE, 3 mai 1963, *Ministre des Travaux publics c/ Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, RDP 1963, p. 1174, note Waline. Le juge indique dans cet arrêt que l'administration n'est tenue de déclencher les poursuites que si un texte le lui impose. Voir sur ce point PERRET (J.-M.), *Les contraventions de grande voirie*, PUF, coll. Que sais-je ? (n° 2894), 1994, pp. 53 et 54 ; LANNES (J.), *Les contraventions de grande voirie*, Éditions de l'actualité juridique, 1971, pp. 113 à 115.

¹²⁷⁸ CE, sect., 23 février 1979, *Ministre de l'Équipement c/ Association des amis des chemins de ronde*, req. n° 04467 ; AJDA 1979, p. 83, note Dutheillet de Lamothe et Robineau ; JCP G 1980, II 19329, note Davignon ; RDP 1979, p. 1157, note Waline.

spécifique au domaine naturel, et tient à sa vulnérabilité particulière¹²⁷⁹. Elle n'est pas retenue par le juge, qui ne distingue pas, dans sa décision, les domaines publics naturel et artificiel. L'autre justification couvre l'ensemble du domaine public et tient à la tradition de rigueur qui imprègne la domanialité publique¹²⁸⁰. C'est cette justification qui est vraisemblablement retenue par le juge, lorsqu'il vise, faute de texte, « *les principes régissant la domanialité publique* » ; mais il faut y ajouter une dernière justification qui pourrait avoir pesé dans le choix des juges : celle de la nature hybride de la contravention de voirie fondant en une seule instance l'action publique qui vise à punir, et l'action civile (ou « domaniale »¹²⁸¹) qui vise à réparer les dégâts. Si l'on peut admettre que l'administration puisse se dispenser de demander une punition, comme peut le faire le ministère public dans le procès pénal, l'on comprendrait moins qu'elle refuse de réclamer le rétablissement de la situation antérieure à l'infraction¹²⁸², sachant que les deux actions sont solidaires l'une de l'autre¹²⁸³. Ajoutons que le Conseil d'État reconnaît de nombreux pouvoirs aux juges administratifs, qui contribuent à aggraver encore la situation du contrevenant : par exemple, la qualification inexacte des faits n'empêche pas le juge de les requalifier à l'appui d'un autre texte¹²⁸⁴.

¹²⁷⁹ Ce domaine est en effet « *directement affecté en principe à l'usage du public [et] à la fois beaucoup plus vulnérable et moins attentivement protégé. C'est bien pourquoi les simples citoyens et les associations intéressées en sont devenus, à notre époque, les surveillants les plus pointilleux ; mais ils ne peuvent que signaler ce qu'ils voient. Or on comprendrait mal que l'administration persiste à ignorer les authentiques contraventions qu'on lui dénonce, surtout quand il est fait obstacle à l'exercice par le public du droit que lui reconnaît la jurisprudence d'utiliser normalement le domaine maritime* » (concl. sous CE, 23 février 1979, *Ministre de l'Équipement c/ Association des amis des chemins de ronde*, rec. Lebon p. 81).

¹²⁸⁰ « *Le régime très ancien, très particulier et très rigoureux de la domanialité publique est en effet dominé par l'idée que le domaine est inaliénable et que l'administration doit toujours exercer des pouvoirs très étendus pour en garantir l'intégrité. Elle a dans ce domaine une véritable obligation de résultat, et la procédure de répression des contraventions de grande voirie est précisément à sa disposition pour y parvenir. Il serait peu admissible que, sauf dans les cas où elle peut faire état des nécessités de l'ordre public, l'autorité compétente gardienne du domaine mobilier se refuse à mettre en œuvre cette procédure lorsqu'une contravention est commise et portée à sa connaissance* » (concl. précitées, rec. Lebon, p. 80).

¹²⁸¹ Voir AUBY (J.-M.), « L'action domaniale », *AJDA* 1983, p. 507.

¹²⁸² « *Ajoutons que la procédure de répression des contraventions de grande voirie présente des caractéristiques particulières qui n'invitent pas à reconnaître à l'administration le même pouvoir discrétionnaire qu'en matière d'engagement de poursuites pénales proprement dites. Cette procédure, bien qu'elle puisse conduire à des condamnations à amende, n'a pas uniquement, ni nécessairement, et surtout pas essentiellement une finalité pénale : elle est manifestement dominée par l'idée de restitution ou de réparation du domaine. "Il s'agit bien plus de protéger l'intégrité du domaine que de punir le coupable", souligne dans son cours le président Nicolai (T.I., p. 102). Les considérations d'opportunité qui peuvent légitimement jouer un rôle important en ce qui concerne les poursuites pénales ne peuvent donc pas tenir ici une place aussi grande* » (concl. précitées, rec. Lebon, 81.)

¹²⁸³ CE, 22 mars 1978, *Secrétaire d'État aux PTT c./ Di Lena* ; *AJDA* mai 1979, I, p. 84 et II, p. 96.

¹²⁸⁴ Pour une liste exhaustive de ces obligations du juge qui jouent en défaveur du contrevenant, voir KOUÉVI (A.), « L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie », *AJDA* 2000, p. 396.

530. Cette obligation de déclencher les poursuites, initialement formulée pour les contraventions de grande voirie, fut étendue aux contraventions de voirie routière. Les articles L. 116-4 et L. 116-5 du Code de la voirie routière ouvrent à des autorités administratives¹²⁸⁵ la possibilité de déclencher les poursuites en lieu et place du ministère public. Cette possibilité s'était logiquement mue en obligation à la faveur d'un arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille en 1998¹²⁸⁶. Un doute fut pourtant brièvement instillé par le Conseil d'État dans un arrêt du début de l'année 2011¹²⁸⁷, avant qu'un nouvel arrêt, quelques mois plus tard, ne confirmât clairement l'obligation en reprenant la même formule et les mêmes limites que celles figurant dans l'arrêt de 1979¹²⁸⁸. La doctrine se félicita de cet alignement des deux régimes, car « aucune raison satisfaisante ne justifiait d'appliquer un principe d'opportunité des poursuites à la voirie et une obligation de poursuivre aux autres dépendances domaniales »¹²⁸⁹. Pour Christian Laviaille, la dispense de cette obligation pour le domaine public routier aurait conduit à considérer ce dernier comme « moins noble »¹²⁹⁰ que les dépendances relevant de la grande voirie ; or, « cela ne peut être, compte tenu d'abord de son ancienneté puisqu'il est visé dans l'article 538 du Code civil (...) et de son importance pratique pour le public, auquel il permet de circuler et d'exercer notamment sa liberté d'aller et de venir »¹²⁹¹.

b. Une obligation exorbitante du droit pénal

531. L'obligation de déclencher les poursuites distingue du droit pénal le régime des contraventions de voirie. L'article 40 du Code de procédure pénale permet en effet au

¹²⁸⁵ En l'occurrence le « directeur départemental de l'équipement ou le chef du service technique intéressé ». (art. L. 116-4 du Code de la voirie routière). L'article L. 116-5 ajoute que « lorsque les infractions concernent la voirie nationale, les fonctions de ministère public près le tribunal de police peuvent être remplies par le directeur départemental de l'équipement ou par l'agent désigné par lui ». Ces formules ne tiennent pas compte de l'évolution des structures administratives, qui évoquent maintenant une « Direction départementale des territoires ». Voir BRARD (Y.), « Contraventions de voirie routière », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 66), § 52.

¹²⁸⁶ CAA Marseille, 23 juillet 1998, *Paravisini*, req. n° 97MA01853.

¹²⁸⁷ CE, 17 janvier 2011, *Commune de Clavans en Haut-Oisans*, req. n° 312310 ; *JCP A* 2011, n° 2096, note Yolka ; *AJDA* 2011, p. 1162, note Le Roux ; *AJCT* 2011, p. 195, obs. Péchillon : « Le maire **peut**, le cas échéant à la suite d'une mise en demeure de le démolir non suivie d'effet, faire dresser procès-verbal d'une contravention de voirie afin de mettre l'autorité judiciaire en mesure d'ordonner la démolition ».

¹²⁸⁸ CE, 12 novembre 2011, *Commune de Plonéour-Lanvern*, req. n° 311941 ; *RFDA* 2012, p.249, note Laviaille ; *AJDA* 2012, p. 551, note Ach.

¹²⁸⁹ ACH (N.), « L'office du juge administratif dans le contentieux des contraventions de voirie routière », note sous CE, 12 novembre 2011, *Commune de Plonéour-Lanvern*, *AJDA* 2012, p. 555.

¹²⁹⁰ LAVIALLE (C.), « Droit domanial et droit pénal : le contentieux des contraventions de voirie routière », note sous CE, 12 novembre 2011, *Commune de Plonéour-Lanvern*, *RFDA* 2012, p. 253.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 254.

procureur de la République d'apprécier librement la suite à donner aux plaintes et dénonciations qu'il reçoit et, par conséquent, d'éventuellement classer sans suite la procédure pour des raisons de pure opportunité¹²⁹², telles que l'absence de gravité de l'infraction. Certes, il faut bien concéder que l'arrêt *Association des amis des chemins de ronde* lui-même instaurait immédiatement une limite importante à l'obligation qu'il posait, puisque celle-ci cédait devant les autres intérêts généraux (notamment l'ordre public) que l'administration avait en charge¹²⁹³. Mais le spectre de l'intérêt général, quoique la notion en soit indéfinie, semble *a priori* beaucoup moins large que celui de l'opportunité. Le juge administratif en exclut d'ailleurs la simple « *convenance administrative* »¹²⁹⁴, susceptible de figurer comme critère de l'opportunité. Surtout, en vertu de l'article 40-3 du Code de procédure pénale, la décision de classement sans suite prise par le procureur de la République ne peut être contestée par la personne ayant dénoncé les faits que dans le cadre d'un recours hiérarchique. La Cour de cassation interdit en effet aux juridictions répressives de remettre en cause ce choix¹²⁹⁵. Dans le cadre des infractions classiques, c'est donc toujours une autorité exécutive, et non un juge, qui décide *in fine* de l'opportunité des poursuites. Rien de tel dans les procédures de contravention de voirie, puisque le juge administratif peut toujours annuler le refus de l'autorité administrative d'engager les poursuites.

2. La possibilité d'un cumul de sanctions

532. L'absence d'une confusion des peines en cas de concours d'infractions et la possibilité d'être condamné pour chaque fait en cas de contraventions successives ne sont pas propres aux contraventions de voirie : l'article 132-7 du Code pénal dispose en effet que « *les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles et avec celles encourues ou prononcées*

¹²⁹² Sauf lorsque l'identité et le domicile de l'auteur désigné de l'infraction sont connus et qu'il n'existe aucun obstacle légal aux poursuites, auquel cas le classement sans suite devra être justifié, d'après l'article 40-1 du Code de procédure pénale, par « *les circonstances particulières liées à la commission des faits* ».

¹²⁹³ CE, 6 février 1981, *Comité de défense des sites de La Forêt-Fouesnant*, req. n° 18153, *Dr. adm.* 1981, n° 80 : l'administration, pour refuser d'engager des poursuites à l'encontre d'une entreprise occupant illicitement le domaine public maritime, peut valablement se fonder sur les inconvénients d'ordre économique et sur les répercussions d'ordre social que provoquerait l'arrêt de l'activité. Voir aussi CE, 30 septembre 2005, *Henri X...* req. n° 263442 : dans le cadre des suites juridiques données au naufrage du pétrolier Erika, est estimé comme un motif d'intérêt général à même de dispenser l'administration de l'obligation des poursuites la préservation de la coopération avec la société Total pour assurer le traitement des conséquences du naufrage. La société Total avait en effet rapidement pris en charge une grande partie du nettoyage du domaine public maritime touché par la marée noire.

¹²⁹⁴ CE, 30 septembre 2005, *Henri X...* req. n° 263442.

¹²⁹⁵ Cass. crim., 21 mai 1979 ; *Bull. crim.* 1979, n° 178.

pour des crimes ou délits en concours ». Ainsi, le pilote d'un chaland qui dégrade un pont en raison d'un tirant d'air trop important encourt deux condamnations, pour deux faits différents : le non respect la réglementation sur la taille, et la dégradation du pont¹²⁹⁶. La même règle vaut pour les contraventions de voirie routière¹²⁹⁷.

533. La véritable spécificité des contraventions de voirie du point de vue du cumul des sanctions tient à la non application du principe *non bis in idem*. Ce principe classique du droit pénal, constamment réaffirmé par la Cour de cassation, signifie « *qu'un même fait ne peut donner lieu, contre le même prévenu, à deux actions pénales distinctes* »¹²⁹⁸. Ainsi, la personne qui commet un seul et unique fait passible de deux qualifications pénales ne peut être condamnée qu'à l'un de ces deux titres. Il fut un temps où le juge administratif semblait tirer les conséquences de ce principe, en ne condamnant qu'à la réparation le contrevenant de grande voirie déjà condamné à une amende par le juge judiciaire, au titre de la contravention de police également constituée par le fait reproché¹²⁹⁹. Néanmoins, dans un arrêt *Guégan* de 1964¹³⁰⁰ puis dans un arrêt *Dame Bottichio* de 1967¹³⁰¹, le juge administratif s'arrogea le droit d'ajouter une deuxième amende, écartant purement et simplement le principe *non bis in idem*. Le juge judiciaire accepte pareillement de condamner plusieurs fois le contrevenant de voirie routière : celui qui réalise un travail sur le domaine public routier est passible d'une contravention de police parce qu'il entrave la circulation et d'une contravention de voirie routière parce qu'il empiète sur la voie¹³⁰².

534. Signalons toutefois qu'en matière de contraventions de grande voirie, le Code général de la propriété des personnes publiques, tout en maintenant la possibilité d'un cumul des amendes, adoucit quelque peu la situation du contrevenant : l'article L. 2132-28 dispose que

¹²⁹⁶ CE, 27 février 1918, *Compagnie l'Union normande et autres*, rec. *Lebon* p. 200.

¹²⁹⁷ Cass. crim., 15 juin 1999, n° 98-87260 à 98-87271 : un stationnement illicite constaté plusieurs fois est passible d'autant de contraventions de voirie routière qu'il y a de procès verbaux dressés (en l'occurrence, douze verbalisations !).

¹²⁹⁸ Cass. crim., 9 mai 1961, *Bull. crim.* 1961, n° 241.

¹²⁹⁹ CE, 7 février 1867, *Angot*, rec. *Lebon*, p. 158.

¹³⁰⁰ CE, 13 juin 1964, *Guégan*, rec. *Lebon* p. 334 ; *RDP* 1965, p. 85, note Waline : « *ni la décision du juge du tribunal de police fixant le montant d'une amende de composition (...) ni même le paiement de cette amende par le contrevenant, ne font obstacle à ce que la juridiction administrative prononce, en raison du même fait, une condamnation à une amende pour contravention de grande voirie* ».

¹³⁰¹ CE, 13 décembre 1967, *Dame Bottichio*, rec. *Lebon* p. 492 : une première condamnation à une amende par le tribunal correctionnel pour des faits relatés dans un procès-verbal « *ne pouvait faire obstacle à ce que la juridiction administrative prononçât, à raison des mêmes faits mais pour une infraction différente, en l'espèce pour contravention au Code des voies navigables, une nouvelle condamnation* ».

¹³⁰² Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-80254.

lorsque deux amendes sont cumulables, le montant des deux ne saurait dépasser le montant de la plus élevée des amendes encourues. Ainsi, une dégradation du domaine public fluvial, même si elle est également une contravention de police, ne peut entraîner un montant cumulé des amendes supérieur à 12 000 euros¹³⁰³.

3. L'imprescriptibilité de l'action en réparation

535. L'article 9 du Code de procédure pénale prévoit qu'en matière de contraventions, la prescription de l'action publique est d'une année révolue. Les contraventions de voirie ne dérogent pas à cette règle ; en revanche, conséquence de l'imprescriptibilité du domaine public, l'action en réparation des dommages causés audit domaine ne se prescrit pas. Cette règle, ancienne, est communément déduite de l'imprescriptibilité du domaine public. La nécessité de réparer les atteintes au domaine public de circulation quel que soit le temps écoulé était déjà visible dans l'article 356 de l'ordonnance de Blois de 1579, imposant le rétablissement de la largeur des grands chemins, « *nonobstant toutes usurpations par quelque laps de temps qu'elles puissent avoir été faites* ». Ainsi, la prescription de l'action publique n'éteint-elle jamais l'action civile.

536. Le lien entre le principe général d'imprescriptibilité du domaine public et l'imprescriptibilité de l'action en réparation figure clairement dans la jurisprudence administrative, tant pour les usurpations¹³⁰⁴ que pour les dégradations¹³⁰⁵ du domaine public. Preuve supplémentaire de la prégnance du souci de réparer : en cas de décès du contrevenant, l'obligation de réparer se transmet même à ses ayants droit, quand bien-même ceux-ci auraient renoncé à la succession, sauf renonciation intervenue avant la notification du procès-verbal¹³⁰⁶. Cette jurisprudence, ainsi que le note Norbert Foulquier, est peut être

¹³⁰³ Art. L. 2132-5 s. du CGPPP.

¹³⁰⁴ CE, 26 décembre 1890, *Sieur Van Cronenburg*, rec. Lebon, p. 1012 : « *Si, aux termes de l'art. 640 du Code d'instruction criminelle, il n'y avait lieu, dans l'espèce, à raison du temps écoulé entre la construction dudit balcon et la rédaction du procès-verbal de contravention, de condamner le sieur Van Cronenburg à l'amende, le cons. de préf. devait, à raison de l'imprescriptibilité du domaine public, ordonner la démolition du balcon dont il s'agit* ».

¹³⁰⁵ CE, 22 décembre 1965, *Commune de Thyl*, rec. Lebon, p. 703 ; *AJDA* 1966, II, p. 23, note Laporte : « *la prescription de l'action répressive en vertu des dispositions combinées des articles 7 et 9 du Code de procédure pénale, ne s'applique pas, en raison de l'imprescriptibilité du domaine public, à la réparation des dommages causés audit domaine* ».

¹³⁰⁶ CE, 8 juillet 1927, *Demarez*, rec. Lebon, p. 771.

excessivement protectrice du domaine public au détriment des droits individuels¹³⁰⁷. Seule heurte finalement cette imprescriptibilité de l'action en réparation la prescription quadriennale que les personnes publiques contrevenantes peuvent valablement opposer

537. Quant au juge judiciaire pour ce qui concerne le domaine public routier, l'article 3 du décret du 28 décembre 1926 disposait déjà que « *les auteurs ou les personnes civilement responsables seront condamnés, quel que soit le temps écoulé depuis le fait constitutif de contravention, à la réparation du dommage causé, à la restitution du sol usurpé ou à l'enlèvement des ouvrages faits* ». L'article L. 116-6 du Code de la voirie routière dispose très simplement que « *l'action en réparation de l'atteinte portée au domaine public routier, notamment celle tendant à l'enlèvement des ouvrages faits, est imprescriptible* ».

538. Notons toutefois qu'il n'est pas certain que cette imprescriptibilité de l'action en réparation ne vaille que pour les biens inclus dans le champ d'application des contraventions de voirie. Si la quasi-totalité des auteurs évoquent l'imprescriptibilité de l'action en réparation en opposition à la prescriptibilité de l'action publique¹³⁰⁸, comme si elle n'avait de sens que dans le cas d'une contravention de voirie, il ne faut pas oublier que l'imprescriptibilité concerne, d'après l'article L. 3111-1 du CGPPP, l'ensemble du domaine public. L'action en réparation de la dégradation d'un bâtiment administratif relevant du domaine public, fondée sur le seul article 1382 du Code civil¹³⁰⁹, pourrait ainsi être considérée comme imprescriptible. À notre connaissance, les juges judiciaires n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la question.

¹³⁰⁷ FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 231, note 102.

¹³⁰⁸ Notons toutefois que Norbert Foulquier l'évoque comme une « protection complémentaire » à la contravention de grande voirie, et non comme un élément inhérent à cette contravention. Voir FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, manuel p. 230., n° 566.

¹³⁰⁹ Affirmant la compétence du juge judiciaire pour statuer sur la réparation de dégâts causés à des dépendances non incluses dans le champ de la contravention de voirie, voir TC, 6 juin 2011, *Société Fraikin Assets*, req. n° C3799 ; CAA Bordeaux, 3 février 2014, *Association La Vie du Voyage*, req. n° 12BX01928.

Section 2. La protection fonctionnelle des voies publiques en faveur du public : la gratuité de l'usage collectif des voies publiques

L'accès aux voies publiques est encore favorisé par sa gratuité. Deux précisions liminaires s'imposent quant au champ d'application de ce principe, parfois contesté par la doctrine.

539. D'abord, à supposer qu'existe un principe de gratuité de l'utilisation collective du domaine public, il ne saurait s'appliquer qu'aux biens affectés à l'usage direct du public. Il n'y a pas lieu de s'interroger sur la gratuité des services publics, furent-ils administratifs. L'assemblée du contentieux du Conseil d'État a en effet très expressément affirmé dans un arrêt de 1996 l'inexistence d'un quelconque principe de gratuité¹³¹⁰, qui ne peut pas non plus se déduire des lois du service public¹³¹¹. Ceci étant acté, la difficulté de cette section sera surtout de démontrer que les biens affectés à l'usage direct du public sont régis, eux, par un principe supra-réglementaire de gratuité de leur utilisation collective.

540. Ensuite, si le débat sur l'existence d'un principe ne peut effectivement concerner que les dépendances affectées à l'usage direct du public, il tend à se cristalliser sur les biens de circulation, ignorant de fait les autres biens affectés à l'usage direct du public (fontaines et lavoirs publics, cimetière, édifices du culte...). Nous le verrons, la jurisprudence administrative, au titre de la gratuité, n'a jamais visé que les « *voies publiques ouvertes à la circulation générale* »¹³¹² ; elle n'a en revanche jamais affirmé la gratuité de l'ensemble des biens affectés à l'utilité publique¹³¹³. La doctrine tend pareillement à recentrer le débat relatif à la gratuité de l'usage du domaine public sur les voies publiques. Yves Gaudemet note que « *revient avec constance l'idée de limiter la gratuité aux seules voies publiques* »¹³¹⁴ ;

¹³¹⁰ CE, ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*, req. n° 168702 ; *AJDA* 1997, p. 189, note Maisl ; *RFDA* 1996, p. 115, note Denis-Linton : « *Considérant (...) qu'aucun principe général du droit, ni aucune disposition législative ne font obstacle à ce que les services rendus par l'INSEE énumérés à l'article 1^{er} du décret attaqué fassent l'objet d'une rémunération ; que le moyen tiré de la violation d'un" principe de gratuité du service public administratif" ne peut en tout état de cause être que rejeté* ».

¹³¹¹ HERTZOG (R.), « Le prix du service public », *ADJA* 1997, n° spécial, pp. 56 et 57.

¹³¹² CE, 2 octobre 1985, *Jeissou*, req. n° 23254, *AJDA* 1986, II, p. 38, concl. Jeanneney.

¹³¹³ PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public*, Thèse Dijon, 1998, p. 129.

¹³¹⁴ GAUDEMET (Y.), « La gratuité du domaine public » in *Études de finances publiques*, (mélanges P.-M. Gaudemet), *Economica*, 1984, p. 1027.

Catherine Teitgen-Colly, avant même l'intervention du Conseil d'État, recherchait l'existence d'un « *principe de gratuité de la circulation* »¹³¹⁵, et non de l'utilisation de tous les biens affectés à l'usage direct du public ; Christian Lavalie, dans son argumentation en faveur d'un principe de gratuité, évoque essentiellement les biens affectés à la circulation¹³¹⁶ ; Nathalie Bettio, enfin, n'évoque que les conséquences sur la circulation lorsqu'elle dénonce l'absence, dans le CGPPP, d'un principe clair et général de gratuité de l'utilisation collective du domaine public¹³¹⁷.

Bref, les réflexions sur la gratuité du domaine public portent essentiellement sur les voies publiques. L'analyse des textes et débats législatifs, et en particulier ceux relatifs aux hypothèses d'onérosité conduit à attribuer à la gratuité de l'usage collectif des voies publiques le statut de principe supra-réglementaire (§ 1). Si le législateur peut donc passer outre cette gratuité, il semble parfois se soumettre à une sorte de « principe politique » de gratuité induit par une conscience collective et qui, sans les interdire, produit certains effets sur le régime juridique de ces hypothèses d'onérosité (§ 2).

§ 1. La gratuité de l'usage collectif des voies publiques, principe supra-réglementaire

Nous avons vu que la voirie routière jouissait d'un statut particulier du point de vue de la police de sa conservation, parce qu'elle est le mode de circulation le plus basique et, en principe, le premier emprunté par quiconque quitte une propriété privée. Ces considérations justifient également, en corrélation avec la liberté d'aller et de venir, que la gratuité soit la plus forte sur le domaine public routier. Malgré le très grand nombre d'exceptions qu'elle reçoit, la gratuité de la circulation sur les voies publiques terrestres est érigée par le juge en véritable principe, quand elle n'est pas directement consacrée par le législateur. Une loi est

¹³¹⁵ TEITGEN-COLLY (C.), « Le principe de gratuité de la circulation », *RDP* 1982, p. 1081.

¹³¹⁶ LAVIALLE (C.), « La gratuité du domaine public », in *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 200 : « *C'est la fonction spécifique du domaine public justement d'offrir au public des lieux de sociabilité, des voies de communication, des facultés d'accès à des choses communes comme les rues, la mer, les fleuves, rivières et lacs navigables* ».

¹³¹⁷ BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Lavalie, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, pp. 534 et 535 : « *Aucun principe général de gratuité n'a été imposé par les textes pour l'utilisation collective conforme des dépendances du domaine public affectées à l'usage direct du public (...) Certes, il paraît impensable, au regard de la liberté d'aller et venir, que le caractère payant de l'utilisation par exemple pour l'accès aux voies publiques se généralise* ».

donc nécessaire pour fonder l'onérosité de l'usage collectif des voies publiques terrestres (A). Faute d'une jurisprudence comparable, on ne peut se montrer aussi affirmatif à propos des voies publiques aquatiques ; il importe toutefois de noter que, dans les faits, le recours à la loi est systématique pour fonder les hypothèses d'onérosité (B).

A. Le recours nécessaire à la loi pour fonder l'onérosité de l'usage collectif des voies publiques terrestres

La plage est à notre connaissance la seule voie publique dont l'accès est nécessairement gratuit en vertu de la loi (1). Il n'en demeure pas moins qu'une loi reste nécessaire pour fonder l'onérosité de l'usage collectif des voies publiques routières (2).

1. Le cas de la plage : l'exemple unique d'un principe de gratuité législatif

541. La plage constitue la seule dépendance dont la gratuité de l'accès est expressément prévue par le CGPPP, qui renvoie immédiatement au Code de l'environnement le soin de protéger cette gratuité. L'article L. 2124-4 dispose en effet que « *l'accès des piétons aux plages et leur usage libre et gratuit par le public sont régis par les dispositions de l'article 321-9 du Code de l'environnement* ». Cet article est composé de quatre alinéas. Le premier pose le principe de la liberté d'accès aux plages pour les piétons, sauf pour certains motifs de sécurité, de défense nationale ou de protection de l'environnement. Le deuxième, dans une déclaration de principe, indique que « *l'usage libre et gratuit par le public constitue la destination fondamentale des plages au même titre que leur affectation aux activités de pêche et de culture marine* ». Les mots sont forts : la référence à la « *destination fondamentale* » manifeste le caractère irrémédiable (voire inné) de cette affectation au public. Le troisième alinéa, en interdisant sur les plages, sauf cas particuliers, la circulation des véhicules terrestres à moteur, insiste bien sur le fait que seuls les piétons sont destinataires de cette liberté. Enfin, le quatrième alinéa concilie les droits des piétons avec la possibilité de concéder les plages à des occupants privés, en imposant que ces concessions « *préservent la libre circulation sur la plage et le libre usage par le public d'un espace d'une largeur significative tout le long de la mer* ». La fin de cet alinéa est importante : elle montre que l'intérêt de la libre circulation sur la plage, au-delà de la jouissance du sable ou des galets, reste avant tout l'accès

subséquent au rivage de la mer¹³¹⁸ grâce à cet espace d'une largeur significative. Cette disposition fut précisée par un décret de 2006¹³¹⁹ insistant lui aussi sur l'importance du rivage, puisqu'il oblige à laisser libre de tout équipement et installation non seulement 80 % de la surface de chaque plage, mais aussi 80 % de la longueur du rivage¹³²⁰ : « *Il s'agit d'éviter que les activités concédées n'occupent, par exemple, tout le linéaire du rivage, ce qui serait parfaitement imaginable si elles étaient cantonnées sur une étroite bande le long du rivage : la libre circulation sur la plage serait préservée, mais pas le libre usage d'un espace d'une largeur significative tout le long de la mer* »¹³²¹. Que la plage soit concédée ou non, le déplacement piéton sur sa surface reste gratuit¹³²², comme celui sur le rivage de la mer puis sur le sol et sous-sol de la mer territoriale.

2. Le cas des voies publiques routières : la nécessité d'une exception législative à la gratuité

Le fait que les hypothèses d'onérosité de l'usage collectif du domaine public routier soient si nombreuses conduisit certains auteurs à nier l'existence de tout principe de gratuité. Pourtant, si nombreuses soient-elles, ces hypothèses découlent toutes d'une loi, ce qui permet de croire en l'existence d'un principe à valeur supra-réglementaire¹³²³ (a). Les nouvelles hypothèses législatives d'onérosité et la jurisprudence récente permettent par ailleurs de nier

¹³¹⁸ À moins que la plage elle-même ne soit le rivage de la mer. Malgré son indéfinition juridique, la plage peut consister en plusieurs des dépendances du domaine public maritime, parmi lesquelles les rivages de la mer, et les lais et les relais. Voir MAUGÜÉ (C.), « La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages », *AJDA* 2006, p. 1497: « *Les plages font partie du domaine public maritime naturel de l'État soit parce qu'elles correspondent au rivage de la mer (...), soit parce qu'il s'agit des lais et relais de la mer (...) - on rappellera que les lais sont des terrains formés par des alluvions déposées sur le rivage et qui émergent au-dessus du plus haut flot alors que les relais sont des terrains que la mer laisse à découvert en se retirant et qui ne sont plus recouverts par le plus haut flot -, soit parce qu'il s'agit de terrains soustraits artificiellement à l'action du flot* ».

¹³¹⁹ Décret n° 2006-608 du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage, *JORF* du 28 mai 2006, p. 7981. Les dispositions de ce décret ont été reprises aux articles R. 2124-13 s. du Code général de la propriété des personnes publiques.

¹³²⁰ Ces pourcentages sont ramenés à 50 % sur les plages artificielles (art. R. 2124-16 du CGPPP).

¹³²¹ MAUGÜÉ (C.), « La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages », *AJDA* 2006, p. 1501.

¹³²² Il faut toutefois noter l'existence d'une hésitation du public à circuler sur les plages privées, en particulier sur les plages méditerranéennes. Voir en ce sens Conseil général de l'environnement et du développement durable et Inspection générale de l'administration, Rapport de mission de janvier 2009, La Documentation française, p. 22 : il est noté, à propos des difficultés d'application du décret relatif aux concessions de plage, que « *la circulation est fortement découragée par la matérialisation des limites des lots de plage, sans même parler du libre usage qui relèverait de la provocation à certains endroits "privés" de la plage* ».

¹³²³ Voir notamment, pour une argumentation en faveur de la valeur législative de la gratuité de circulation sur le domaine public routier, PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public, op. cit.*, pp. 117 et 118.

l'existence d'un principe d'onérosité de l'utilisation du domaine public, qui serait tiré de l'article L. 2125-1 du CGPPP (b).

a. La formation d'un principe supra-réglementaire

542. En instaurant le péage autoroutier, le législateur reconnaissait clairement qu'il dérogeait à un principe de gratuité, puisque l'article 4 de la loi du 18 avril 1955 fixait d'abord le principe de la gratuité de l'usage des autoroutes. Ce n'était que dans des « *cas exceptionnels* » qu'un péage pouvait être instauré. Les débats parlementaires relatifs à cette loi virent d'ailleurs proclamés toute une série de principes à la juridicité pour le moins douteuse : ainsi, pour s'opposer au « *principe du péage* », le député Louis Sibué invoquait « *le principe même du paiement par l'usager, sous forme d'impôts directs et d'impôts indirects, de l'entretien et de l'amélioration du réseau routier - il s'agit d'un principe d'intérêt général* »¹³²⁴ ; pour le sénateur Antoine Courrière, tout aussi hostile au péage, « *l'un des principes de la Révolution avait été de donner à chacun la possibilité de passer librement, et sans payer, sur les routes et les ponts [et] il appartient à l'État, comme son devoir essentiel, de donner à chacun les possibilités de circuler sans payer sur toutes les routes et sur tous les ponts de France* »¹³²⁵.

543. La possibilité, en vertu de l'article 1 de la loi du 12 juillet 1979¹³²⁶, de construire des ouvrages d'art dont l'usage est soumis à redevance est conçue par l'article lui-même comme une « *dérogation à la loi du 30 juillet 1880* », qui ne peut être instituée qu'« *à titre exceptionnel* ». Les débats parlementaires témoignèrent encore de la croyance en un principe de gratuité : le rapporteur de la commission des affaires économiques et du Plan devant le Sénat, Charles Beaupetit, affirma par exemple que la commission donnait une valeur législative au principe de la gratuité de la circulation¹³²⁷. Le législateur de 1880 semblait déjà voir en la gratuité des voies publiques la réalisation de « principes » qu'il peinait, il est vrai, à déterminer. L'on peut en effet lire, dans l'un des rapports ayant précédé l'adoption de la loi du 30 juillet 1880 supprimant pour l'avenir les ponts à péages, qu'« *il importe aujourd'hui de*

¹³²⁴ Séance du 9 juillet 1954, *JO Débats parlementaires Assemblée nationale* du 10 juillet 1954, p. 3401.

¹³²⁵ Séance du jeudi 26 août 1954, *JO Débats parlementaires Conseil de la République* du 27 août 1954, p. 1685.

¹³²⁶ Loi n° 79-591 du 12 juillet 1979 relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, *JORF* du 13 juillet 1979, p. 1822.

¹³²⁷ Séance du 16 mai 1979, *JO Débats parlementaires Sénat* du 17 mai 1979, p. 1294.

délivrer la circulation de cette entrave, et d'en revenir le plus tôt possible aux principes généraux, qui veulent que la voie publique soit libre et gratuite sur tout son parcours »¹³²⁸. Dès lors, il n'est guère étonnant qu'à l'appui de leur saisine du Conseil constitutionnel, les députés invoquassent la « *consécration solennelle de la gratuité de la circulation routière* » opérée par la loi de 1880. Comme pour les autoroutes, les débats parlementaires furent l'occasion de voir émerger toute une série d'étranges principes¹³²⁹.

544. Ces deux exemples sont les plus emblématiques car ils constituent les hypothèses les plus fréquentes du paiement d'un péage, que les lois présentent explicitement comme des exceptions¹³³⁰. Mais l'on pourrait également inclure dans les hypothèses d'onérosité des prélèvements qui se présentent davantage comme des taxes. Même si son montant n'était pas proportionné à l'usage réel du domaine public, la taxe différentielle sur les véhicules à moteur (plus connue sous le nom de « vignette automobile »)¹³³¹ restait en rapport avec la circulation dans la mesure où l'administration fiscale ne contraignait pas à son paiement les propriétaires de véhicules inutilisés¹³³². La même remarque vaut pour la taxe spéciale sur certains véhicules routiers (dite « taxe à l'essieu »)¹³³³, exigible, d'après l'article 284 *bis* du Code des douanes, à la « *mise en circulation* » des véhicules concernés¹³³⁴. L'on pourrait aisément considérer ces

¹³²⁸ Rapport de M. de la Porte devant la Chambre des députés à la séance du 13 mai 1880, Annexe n° 2608 ; *JORF* du 28 mai 1880, p. 5780.

¹³²⁹ On découvre ainsi le « *principe fondamental de la gratuité de la circulation sur les routes* », le « *principe selon lequel l'État doit permettre la libre circulation des personnes et des biens sur l'ensemble du territoire national et assurer la garantie de l'utilisation du réseau national* » (Séance du 16 mai 1979, *JO Débats parlementaires Sénat* du 17 mai 1979, pp. 1294 et 1299), le « *principe de la gratuité de la circulation sur les routes départementales et nationales* », le « *principe de la gratuité de l'usage normal du domaine public routier* », le « *principe de la gratuité de l'usage du réseau routier* », ou encore le « *principe de la libre circulation sur le territoire national* » (1^{ère} séance du 6 juin 1979, *JO Débats parlementaires Assemblée nationale* du 7 juin 1979, pp. 4703, 4708 et 4711).

¹³³⁰ Signalons aussi l'existence de deux dérogations législatives ratifiant des conventions impliquant le financement d'ouvrages d'art au moyen de péages : la loi n° 51-558 du 17 mai 1951 (*JORF* du 18 mai 1951, p. 5131) ratifia la convention par laquelle l'État concédait à la chambre de commerce du Havre, « *avec le droit de percevoir des péages* » la construction et l'exploitation du pont de Tancarville ; la loi n° 57-506 du 17 avril 1957 (*JORF* du 20 avril 1957, p. 4164) autorisa la ratification d'une convention entre la France et l'Italie pour la construction du tunnel sous le mont Blanc, impliquant là encore le versement d'un péage.

¹³³¹ Instaurée par l'article 1^{er} de la loi n° 56-639 du 30 juin 1956 portant institution d'un Fonds national de solidarité (*JORF* du 1^{er} juillet 1956, p. 6070), et supprimée depuis la loi de finances pour 2006.

¹³³² Doc. de base 7M2131, Exigibilité de la taxe : « *Bien que la taxe frappe la possession d'un véhicule et non son utilisation, il n'est pas insisté pour le paiement de la taxe si le véhicule est inutilisé pendant une période entière d'imposition* ».

¹³³³ Instaurée par l'article 16 de la loi de finances pour 1968 (loi n° 67-1114 du 21 décembre 1967, *JORF* du 22 décembre 1967, p. 12467).

¹³³⁴ Robert Hertzog note à propos de cette taxe qu'elle « *est malgré son régime nettement fiscal bel et bien due pour l'usage de la voie publique et son taux est calculé en vue d'en faire, au moins au niveau des calculs économétriques, la contrepartie d'un service.* (in *Recherches sur la gratuité et la non-gratuité des services publics*, Thèse Strasbourg, 1972, p. 392)..

deux prélèvements comme une nouvelle atteinte à la gratuité de l'usage du domaine public routier dans la mesure où c'est cet usage qui en provoque l'exigibilité. Il reste que ces droits, non proportionnels au temps passé sur la voie ou à la distance parcourue, ne peuvent s'analyser que comme des taxes. Dès lors, le recours à la loi pour leur instauration n'est pas démonstratif de l'existence d'un principe supra-réglementaire de gratuité de circulation sur le domaine public routier, dans la mesure où leur caractère fiscal, imposait de toute façon, en vertu de l'article 34 de la Constitution, l'intervention du législateur. On se bornera donc à constater que, de façon générale, la circulation sur le domaine public routier ne peut être onéreuse si le législateur ne le permet pas.

545. Christian Lavalie, érigeant la gratuité de la circulation en principe général du droit, note que le recours systématique à la loi pour instaurer des péages « *montre (...) bien qu'avait été perçue l'existence d'un obstacle juridique à une intervention simplement réglementaire (...) Seule la référence à une règle plus générale, à un principe, peut expliquer le détournement législatif afin d'éviter de prendre le risque d'une annulation contentieuse* »¹³³⁵. Bien qu'il lui refusât toute valeur constitutionnelle¹³³⁶, le juge constitutionnel ne nia pas, en 1979, l'existence d'un principe de gratuité de la circulation routière. En 1985, le Conseil d'État usa d'un *obiter dictum* pour relever que le versement d'un péage prévu par la loi constituait une « *dérogation exceptionnelle au principe de l'usage gratuit des voies publiques ouvertes à la circulation générale* »¹³³⁷. Il fit application de ce principe quelques années plus tard en décidant qu'un péage perçu à l'occasion de la circulation des véhicules sur une route départementale était tout simplement « *dépourvu de base légale* »¹³³⁸.

b. L'absence d'un principe d'onérosité de l'usage collectif du domaine public

546. L'on pourrait opposer à ce principe supra-réglementaire de gratuité la survenance du CGPPP, dont l'article L. 2125-1, avant de prévoir quelques dérogations, dispose que « *toute occupation ou utilisation du domaine public (...) donne lieu au paiement d'une redevance* ».

¹³³⁵ LAVIALLE (C.), « La gratuité du domaine public », in *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 206 ; - contra : GAUDEMET (Y.), « La gratuité du domaine public » in *Études de finances publiques*, (mélanges P.-M. Gaudemet), Economica, 1984, p. 1023.

¹³³⁶ Cons. constit., 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107 DC.

¹³³⁷ CE, 2 octobre 1985, *Jeissou*, req. n° 23254, *AJDA* 1986, II, p. 38, concl. Jeanneney.

¹³³⁸ CE, 22 février 1991, *Commune de Bagnères-de-Luchon*, req. n°90381.

L'article ne faisant pas de distinction entre l'utilisation collective et privative, il est possible, à première vue, d'en déduire l'onérosité de principe des utilisations collectives¹³³⁹. Dès lors, la logique serait renversée : le principe serait celui de l'onérosité ; l'exception, la gratuité, prévue par la loi pour les plages (art. L. 2124-4 du CGPPP) ou pour les voies publiques routières (art. L. 122-4 et L. 153-1 du Code de la voirie routière).

Néanmoins, il nous semble qu'il s'agit d'une rédaction maladroite, qui ne vise en réalité que les occupations privatives du domaine public¹³⁴⁰. Cette impression est doublement confirmée par le droit positif ultérieur.

547. D'abord, l'instauration de la possibilité d'expérimenter des péages urbains a, comme les précédentes hypothèses d'onérosité de l'usage collectif du domaine public, nécessité une disposition législative. L'article 65 de la loi du 12 juillet 2010¹³⁴¹, codifié à l'article 1609 *quater* A du Code général des impôts, permet dans certaines grandes agglomérations « *une tarification des déplacements effectués au moyen de véhicules terrestres à moteur, dénommée "péage urbain"* ». La mission « Péage urbain », dans un rapport de 2009 analysant l'opportunité de l'instauration de tels péages, fondait la nécessité de recourir au législateur, entre autres raisons, par le fait qu'« *il est communément admis que l'usage "normal" du domaine public routier est, en France, en principe gratuit* »¹³⁴². Il ressort également des débats parlementaires que cette loi était indispensable à permettre de telles expérimentations¹³⁴³, ce qui sous-tend qu'en l'absence de loi de telles mesures étaient

¹³³⁹ C'est la position défendue par Norbert Foulquier, qui estime que la gratuité, pour s'imposer, doit être prévue par une loi dérogeant à ce principe et évoque une « *obligation de paiement de l'utilisation du domaine public* ». (*Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 288).

¹³⁴⁰ C'est l'opinion de Nathalie Bettio, pour qui « *Il paraît impensable, au regard de la liberté d'aller et venir, que le caractère payant de l'utilisation par exemple pour l'accès aux places publiques ou aux voies publiques se généralise. Ces mesures seraient immédiatement sanctionnées par le juge administratif* » (*La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Lavalie, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, p. 535). Voir également sur ce point LOHÉAC-DERBOULLE (P.), « Les redevances domaniales depuis l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques, une obscure clarté », *RFDA* 2013, p. 1143.

¹³⁴¹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JORF* du 13 juillet 2010, p. 12905.

¹³⁴² Centre d'analyses stratégiques, *Péage urbain : principes pour une loi*, Rapports et documents n° 17, 2009, p. 136 (Annexe 6).

¹³⁴³ Le rapporteur du projet de loi au Sénat Louis Nègre, indiquait ainsi, pour montrer qu'il ne s'agissait que d'ouvrir une possibilité aux communes, qu'il lui semblait « *envisageable que des personnes responsables et raisonnables choisissent d'étudier tranquillement de telles mesures, au travers des expérimentations (...) quitte à les abandonner si cela se révèle nécessaire* » (Séance du mardi 15 septembre 2009, *JO Débats parlementaires Sénat* du 16 septembre 2009, p. 7469)

impossibles. Précisons que la mesure n'a pour l'instant guère connu de succès, l'expérimentation s'étant réduite à de simples études de faisabilité¹³⁴⁴.

548. Ensuite, dans un arrêt du 31 mars 2014¹³⁴⁵, le Conseil d'État semble réduire aux utilisations privatives la portée de l'article L. 2125-3 du CGPPP. Statuant sur une délibération municipale par laquelle la commune d'Avignon avait instauré une redevance d'utilisation du domaine public pour tous les distributeurs automatiques bancaires installés en façade de bâtiment et accessibles directement depuis le domaine public, ainsi que pour tous les commerces exerçant leur activité au travers de vitrines ou de comptoirs ouvrant sur le domaine public, il indique plusieurs éléments extrêmement importants. D'abord, il lie la nécessité de l'autorisation à une occupation privative : « *L'occupation ou l'utilisation du domaine public n'est soumise à la délivrance d'une autorisation que lorsqu'elle constitue un usage privatif de ce domaine public* ». Il décide ensuite, et c'est le plus important, que la redevance prévue à l'article L. 2125-1 du Code ne concerne que les hypothèses d'autorisation privative : « *la redevance d'occupation ou d'utilisation du domaine public constitue la contrepartie du droit d'occupation ou d'utilisation privative ainsi accordé* ». Il en déduit enfin que « *l'occupation ou l'utilisation du domaine public dans les limites ne dépassant pas le droit d'usage appartenant à tous, qui n'est soumise à la délivrance d'aucune autorisation, ne peut, par suite, être assujettie au paiement d'une redevance* ». Le juge administratif confirme par conséquent que sans utilisation privative, il n'y a pas besoin d'une autorisation, et que sans autorisation, la redevance n'a pas lieu d'être. Il consacre ainsi un principe de gratuité de l'utilisation du domaine public qui « *ne dépasse pas le droit d'usage appartenant à tous* ». Ce droit d'usage, en l'occurrence, concerne le stationnement des piétons devant les banques ou commerces que la commune souhaitait soumettre à la redevance. Il paraît difficile de ne pas y inclure la circulation sur les voies publiques, y compris, lorsqu'elle est permise, dans des véhicules motorisés.

¹³⁴⁴ MOLINER-DUBOST (M.), « Air. - Action sur les émissions. Instruments sectoriels et politiques intégrés », *JCl. Environnement et développement durable* (fasc. n° 3350), § 50. Voir aussi, à propos de ces péages, MORITZ (M.), « L'instauration expérimentale des péages urbains (difficultés juridiques autour d'une nouveauté écologique », *BJCL* 2009, n° 11, p. 738 ; FOURMON (A.), « Transport de mobilité durables : l'expérimentation en matière de péage urbain », *Gaz. Pal.*, 27 mars 2010, n° 86, p. 25 ; AUBY (J.-B.), « Le péage urbain », *Dr. adm.* n° 11, novembre 2011, repère 10.

¹³⁴⁵ CE, 31 mars 2014, *Commune d'Avignon*, req. n° 362140 ; *RTD Com.* 2014, p. 333, note Orsoni ; *JCP A* 2014, n° 2236, note Lohéac-Derboulle ; *Dr. adm.* 2014, comm. 37, note Giacuzzo.

B. Le recours systématique à la loi pour autoriser l'onérosité de l'usage collectif des voies publiques aquatiques

Contrairement à celle des voies routières, la gratuité des voies publiques aquatiques ne peut se réclamer d'aucune jurisprudence qui, telle celle de 1985, serait susceptible de fonder leur gratuité. Toutefois, lorsque l'on regarde le régime de la circulation et du stationnement sur ces voies, l'on se rend rapidement compte que les hypothèses d'onérosité sont encore et toujours prévues par la loi. C'est le cas pour la circulation et le stationnement sur les voies publiques maritimes (1), comme sur les voies publiques fluviales (2).

1. L'onérosité législative de la circulation et du stationnement sur les voies publiques maritimes

549. La gratuité de la circulation à bord d'un véhicule sur le domaine public maritime varie selon la taille et la puissance du véhicule. Les véhicules nautiques de plaisance ou de sport les plus petits et les moins puissants¹³⁴⁶ ne paient aucun droit particulier. Pour eux, la gratuité est donc totale. En revanche, d'après l'article 218 du Code des douanes, les navires de taille plus importante doivent obligatoirement faire l'objet d'une « francisation ». Or, dès lors qu'un tel navire est francisé, l'article 223 du même Code impose à son propriétaire le paiement, chaque année, d'un « *droit de francisation et de navigation* ». L'on aurait de bonnes raisons de considérer que ce droit de francisation n'est pas une contrepartie au droit de circuler en mer. D'abord, le calcul du droit de francisation ne tient pas compte, même de manière forfaitaire, d'une distance parcourue ou du temps passé à circuler : le fait générateur du droit est simplement la propriété du navire francisé au 1^{er} janvier de l'année considérée, indépendamment de l'utilisation effective du bateau¹³⁴⁷. Ensuite, l'article 217 du Code des douanes laisse entendre que la contrepartie de la francisation et des droits afférents se trouve ailleurs que dans la circulation : il dispose en effet que « *la francisation confère au navire le droit de porter le pavillon de la République française avec les avantages qui s'y attachent* », avantages qui sont principalement d'ordre sécuritaire. Toutefois, le lien entre ce droit de francisation et la circulation en mer apparaît de façon au moins indirecte à deux égards.

¹³⁴⁶ D'après les critères fixés par l'article 218 du Code des douanes, ces véhicules les moins importants sont « *les navires et bateaux de plaisance ou de sport d'une longueur de coque inférieure à sept mètres et dont la puissance administrative des moteurs est inférieure à 22 CV et les véhicules nautiques à moteur dont la puissance réelle des moteurs est inférieure à 90 kW* ».

¹³⁴⁷ Rép. min. n° 22171, *JOAN Q* du 21 octobre 2008, p. 9088

D'abord, l'article 218 du Code des douanes impose à chaque navire français d'avoir à son bord son acte de francisation « *dès lors qu'il prend la mer* ». Surtout, le propriétaire d'un bateau qui ne vogue jamais sur la mer et se limite aux eaux portuaires et à la navigation intérieure peut ne pas en demander la francisation, ce qui le dispensera alors du paiement de tout droit annuel¹³⁴⁸. Quelle que soit l'analyse que l'on retient de ce droit de francisation, il importe simplement pour notre propos d'en constater l'origine législative.

550. La gratuité du stationnement en mer est elle aussi limitée par des dispositions législatives. Le stationnement peut être payant dans les ports maritimes. L'article L. 5321-1 du Code des transports est parfaitement clair : « *Un droit de port peut être perçu dans les ports maritimes relevant de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs groupements, à raison des opérations commerciales ou des séjours des navires qui y sont effectués* ». Le faible nombre de places portuaires et la volonté d'éviter l'atteinte aux espaces littoraux par la multiplication des ports de plaisance incitent toutefois les pouvoirs publics à mettre en place des « *zones de mouillages et d'équipement légers* », consistant en général en un alignement de corps-morts¹³⁴⁹ placés au large la côte, auxquels peuvent s'amarrer les navires. Reprenant les dispositions de l'article 28 de la loi Littoral, l'article L. 2124-5 du CGPPP permet à l'État d'accorder aux autres personnes publiques ou même à des personnes privées une autorisation d'occupation temporaire du domaine public maritime en vue de « *l'aménagement, l'organisation et la gestion de zones de mouillages et d'équipement léger* » ; l'article L. 341-9 du Code du tourisme permet au bénéficiaire de l'autorisation de percevoir sur les usagers « *une redevance pour services rendus* ». Le stationnement dans une zone aménagée, port ou zone de corps-mort, peut donc toujours être onéreux en vertu de la loi. Il n'en va pas de même lorsque le navire jette son ancre en dehors d'une telle zone. La jurisprudence, quoiqu'incertaine, tend à imposer la gratuité lorsque l'occupation est de courte durée. Dans le cas contraire, le juge estime que cette occupation est assimilée à une occupation privative et qu'elle nécessite, en vertu de la loi, le paiement d'une redevance. C'est le cas dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes, où le juge considère qu'un stationnement à l'ancre d'une durée de 15 jours est déjà constitutif d'une occupation privative, et que le requérant

¹³⁴⁸ Le propriétaire d'un bateau déjà francisé peut également mettre fin à ce statut, en demandant sa radiation d'une liste détenue par le service des douanes, puis solliciter l'immatriculation en « eaux intérieures ». Cette possibilité et cette procédure sont détaillées sur le site internet du service des douanes (voir lien en fin de bibliographie).

¹³⁴⁹ Ces corps-morts sont des objets lourds (par exemple une dalle en béton) immergés et reliés par une chaîne à une bouée, à laquelle s'amarrèrent les bateaux.

« ne saurait se prévaloir d'un droit d'usage réservé au stationnement de très courte durée »¹³⁵⁰. Cette formule est ambiguë : elle peut d'abord signifier qu'il n'existe aucun droit d'usage réservé au stationnement de très courte durée ; elle peut aussi signifier qu'un tel droit existe, sans que le requérant, stationné depuis trop longtemps, ne puisse valablement s'en prévaloir. Un examen de la pratique confirme plutôt la seconde interprétation : les plaisanciers peuvent jeter l'ancre où bon leur semble, dès lors que ce mode de stationnement ne leur est pas interdit¹³⁵¹, mais l'administration réagit rapidement lorsqu'elle juge excessive la durée du stationnement, qu'elle considère alors comme une authentique occupation privative. La gratuité n'est donc que temporaire, et doit également être relativisée par le fait que les espaces dont la configuration (exposition au vent, profondeur) permet un mouillage par ancre tendent à se raréfier, l'État les réservant de plus en plus à l'aménagement des zones de mouillages et d'équipement légers.

2. L'onérosité législative de la circulation et du stationnement sur les voies publiques fluviales

551. Les exceptions à la gratuité de la circulation sur le domaine public fluvial sont tout autant législatives que celles à la circulation sur les domaines publics routier et maritime. Néanmoins, elles ont une portée beaucoup plus étendue, car c'est l'utilisation collective de l'ensemble du domaine public fluvial qui est susceptible d'onérosité, par le prélèvement de péages fluviaux. La succession d'abolitions et de rétablissements de ces péages depuis la Révolution révèle un questionnement permanent sur leur opportunité¹³⁵². Ils n'échappèrent bien sûr pas à l'abolition généralisée des péages par la loi du 25 août 1792. Après quelques rétablissements parcellaires sous l'effet de lois spéciales¹³⁵³ ils réapparurent finalement avec la loi du 30 floréal an X¹³⁵⁴, et persistèrent jusqu'à être supprimés par l'article 3 de la loi de

¹³⁵⁰ CAA Nantes, 30 septembre 2011, *M. X.*, req. n° 10NT00819.

¹³⁵¹ Le mouillage par ancre est ainsi exclu de certaines zones définies par arrêtés préfectoraux, pour des raisons relevant en général de la sécurité publique ou de la protection de l'environnement (l'ancre présentant le risque d'abimer les fonds marins).

¹³⁵² Il faut dire qu'ils symbolisèrent sous l'Ancien Régime tous les excès du système de péage en général. Metaxia Martsoukou rapporte que rien que sur la Loire, on comptait en 1567 plus d'une centaine de péages entre Nantes et Roanne (in *La gratuité du domaine public*, Thèse Paris II, 2004, p. 29). Autre exemple : sur la Saône, un droit devait être payé tous les 8 kilomètres (*ibid.*, p. 43).

¹³⁵³ Voir DIEULOUARD (H.), *Théorie des cours d'eau*, Paris : H. Plon, 1864, p. 104.

¹³⁵⁴ Art. 1^{er} de la loi du 30 floréal an X : « Il sera perçu, dans toute l'étendue de la République, sur les fleuves et rivières navigables, un droit de navigation intérieure (...) Ce droit sera aussi établi sur les canaux navigables qui n'y ont point encore été assujettis, et sur ceux où la perception des anciennes taxes serait actuellement suspendue ».

finances pour 1880¹³⁵⁵. Enfin, l'article 1^{er} de la loi du 9 avril 1953¹³⁵⁶ disposa qu' « *en vue d'augmenter les dotations que l'État consacre à l'amélioration et à la modernisation des voies navigables, l'office national de la navigation est autorisé à percevoir des taxes sur l'ensemble du réseau de navigation intérieure ou sur certaines voies ou sections de voies faisant partie de ce réseau* ». Cette disposition fut codifiée, en 1956, à l'article 217 du Code du domaine public fluvial et de la navigation antérieure. La disposition fut précisée par l'article 124 de la loi de finances pour 1991¹³⁵⁷, elle-même reprise en substance par l'article L. 4412-1 du Code des transports : « *Les transporteurs de marchandises ou de personnes et les propriétaires de bateaux de plaisance d'une longueur supérieure à 5 mètres ou dotés d'un moteur d'une puissance égale ou supérieure à 9,9 chevaux sont assujettis, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, à des péages perçus au profit de Voies navigables de France lorsqu'ils naviguent sur le domaine public qui lui est confié, à l'exception des parties internationales du Rhin et de la Moselle. Le montant de ces péages est fixé par l'établissement* ». Cette possibilité de percevoir des péages, encore et toujours d'origine législative, est étendue par les articles suivants aux concessionnaires des dépendances du domaine public fluvial étatique, aux grands ports et ports autonomes maritimes, ainsi qu'aux collectivités territoriales et à leurs groupements. Toutefois, malgré sa dénomination (le Code des transports évoque des « péages fluviaux »), ce droit, dont doivent s'acquitter transporteurs et plaisanciers, se présente moins comme un péage du type autoroutier, c'est à dire réglé en un point de passage précis, que comme l'acquittement d'un droit temporaire de circulation : l'utilisateur paie un droit qui, certifié par une vignette, lui permet de naviguer librement sur le réseau pendant une durée déterminée¹³⁵⁸.

552. Contrairement au droit de francisation, l'onérosité est ici directement reliée à la circulation ; contrairement au domaine public routier, cette onérosité varie non pas en fonction de la dépendance empruntée, mais du véhicule utilisé. Seuls les véhicules qui réunissent deux conditions peuvent circuler gratuitement sur le domaine public fluvial : être

¹³⁵⁵ « *Seront supprimés, à partir du 1^{er} octobre 1880, les droits établis sur la navigation intérieure* ». La suppression sera finalement avancée au début de l'année 1880 par la loi du 19 février de la même année.

¹³⁵⁶ Loi n° 53-301 du 9 avril 1953 augmentant, par la perception de taxes sur les transports par la navigation intérieure, les dotations de l'État à l'amélioration et à la modernisation des voies navigables, *JORF* du 10 avril 1953, p. 3373.

¹³⁵⁷ Loi n° 90-1168 du 29 décembre 1990 de finances pour 1991, *JORF* du 30 décembre 1990, p. 16367.

¹³⁵⁸ Le Code des transports permet de fonder ces péages sur autre chose que la distance parcourue. En particulier, l'article R. 4412-4 dispose que ces péages « *peuvent être établis sous la forme de forfaits calculés selon la durée, la période d'utilisation du réseau, la portion du réseau empruntée et les caractéristiques du bateau* ».

mus à force humaine ou dotés d'un moteur peu puissant ; mesurer moins de 5 mètres de long. Il s'agit concrètement de barques, de pédalos et de petits hors-bords. L'utilisateur d'une péniche ne dispose par conséquent d'aucun moyen pour circuler gratuitement sur le domaine public fluvial.

553. Quant au stationnement, sa gratuité est tout aussi limitée que sur le domaine public maritime, même si le fondement juridique de l'onérosité est encore plus confus. Dans les ports, d'abord, les seules normes concernant les droits perçus par le stationnement sont d'origine réglementaire. L'article R. 4323-1 du Code des transports ne prévoit ce « *droit d'équipement des ports de plaisance* » que pour le stationnement des navires de commerce ; les navires de plaisance semblent *a priori* curieusement dispensés de tout droit de stationnement portuaire, sauf si le port est situé sur le Rhin ou la Moselle¹³⁵⁹. Toutefois, comme en matière de stationnement maritime, le juge administratif place les stationnements fluviaux de longue durée (qu'ils soient portuaires ou non) sous l'empire de l'article L. 2125-1 du CGPPP, d'après lequel l'occupation ou l'utilisation du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance¹³⁶⁰. C'est donc encore une fois la loi qui autorise l'onérosité pour le stationnement de longue durée, dans les ports fluviaux comme en dehors. Qu'en est-il des stationnements de courte durée ? S'ils semblent être gratuits en dehors des ports, la pratique révèle que le stationnement même d'un jour dans un port peut donner lieu à redevance. Bien qu'aucune loi, il faut le concéder, ne fonde cette possibilité, il est possible de la légitimer par un autre biais, celle de la contrepartie de l'usage d'un service public, en l'occurrence portuaire.

§ 2. La gratuité de l'usage collectif des voies publiques, principe politique

Le fait que la gratuité de cet usage collectif soit un principe politique fort (A) ne peut être négligé, car il est directement à l'origine d'un embarras du législateur et du juge administratif pour justifier les hypothèses d'onérosité (B).

¹³⁵⁹ Art. R. 4323-37 du Code des transports.

¹³⁶⁰ CAA Paris, 28 juin 2012, *M. et Mme A...*, req. n° 11PA03792.

A. Les dimensions multiples de la gratuité de l'usage collectif des voies publiques

L'interdiction de créer des péages n'est pas qu'un principe juridique auquel est soumis l'administration. Historiquement, la fonction de la remise en cause des péages fut avant tout économique (1). Héritage révolutionnaire, la gratuité de la circulation est aujourd'hui conçue comme un principe politique fort, le péage heurtant une gratuité acquise dans la « *conscience collective* »¹³⁶¹ des français (2).

1. La fonction initialement économique de la remise en cause des péages

554. C'est moins la liberté d'aller et venir que des considérations économiques qui présidèrent à la lente remise en cause des péages¹³⁶², multipliés à l'époque franque. Si Charlemagne et Saint-Louis tentèrent timidement de limiter l'augmentation du nombre et du montant des péages perçus par les particuliers en prescrivant leur retour à « *leur ancien état* »¹³⁶³, c'est surtout sous l'influence des doctrines mercantilistes, en pleine expansion dès le XVI^{ème} siècle, que furent adoptés les actes libérant les routes. L'ordonnance de Blois de 1579 établit une distinction entre le roi et les autres péagistes : alors que la possession d'un péage depuis dix ans était suffisante à légitimer la perception du péage par le roi, les autres péagistes devaient présenter un titre de concession ou justifier d'une possession immémoriale ; surtout, la création de nouveaux péages était désormais interdite. Ces dispositions furent réitérées par un arrêt du Conseil du roi de 1661, prescrivant une grande enquête sur les péages existants et obligeant là encore les péagistes à présenter leurs titres, puis par une déclaration royale du 31 janvier 1663 qui interdit de nouveau, sauf lettres patentes du roi, la création de nouveaux péages. Bien que cette déclaration se limite à répéter une interdiction déjà ancienne, l'exposé de ses motifs en sa préface témoigne du lien intime avec une doctrine économique libérale : elle présente la restriction des péages « *comme un des*

¹³⁶¹ L'expression est employée dans sa thèse par Arnaud Pélissier (*La gratuité du domaine public*, Thèse Dijon, 1998, p. 50).

¹³⁶² Pour un retracement complet de l'évolution des péages routiers, voir PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public*, *op. cit.*, pp. 32 s. ; MARTSOUKOU (M.), *La gratuité du domaine public*, Thèse Paris II, 2004, pp. 27 s.

¹³⁶³ ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie*, Tome 1, Paris : Constantin, Lecointe et Durey, 1825, pp. 11 et 17. L'auteur en déduit d'ailleurs, à propos de l'action de Saint-Louis, qui tente d'exempter les marchands de péage, « *que les seigneurs levaient ces péages à titre d'impôt, plutôt qu'à titre d'indemnité de passage ; autrement la prétention eut été insoutenable* » (p. 17).

principaux moyens de rendre notre état florissant, et apporter l'abondance de toutes choses à nos sujets » par le « rétablissement du commerce ». Les motifs de l'arrêt du 15 août 1779, qui réclama aux péagistes la présentation de leurs titres en vue de leur rachat, sont encore plus limpides : « *Sa majesté a fortement à cœur de délivrer la nation de ces nombreux péages établis à la fois, & sur les grandes routes, & sur les rivières navigables. Elle est instruite que cette perception arrête & fatigue le commerce, que n'étant point réglée par des tarifs uniformes, leur complication & leur diversité exigeoient une véritable étude de la part des marchands & des voituriers ; que cependant des difficultés s'élevoient sans cesse, & qu'il étoit même une infinité de petites vexations que l'administration générale la plus attentive ne pouvoit ni surveiller ni punir ; que tous ces droits enfin, nés, pour la plupart, des malheurs & de la confusion des anciens temps, formoient autant d'obstacles à la facilité des échanges, ce puissant encouragement de l'agriculture & de l'industrie* ».

2. Une gratuité des voies publiques acquise dans la conscience collective

555. Tous ces péages ne survécurent pas à l'abolition, par le droit intermédiaire, de tous les privilèges seigneuriaux. L'article 13 du titre II d'un décret des 15 et 28 mars 1790 relatif aux droits féodaux supprima sans indemnité les péages¹³⁶⁴, exceptant (déjà !) les droits de péages consentis en échange de la réalisation d'ouvrages d'art. L'exception fut maintenue par l'article 7 d'un décret des 25 et 28 août 1792 puis supprimée, sous la Convention, par l'article 1^{er} d'un décret du 17 juillet 1793. Seuls furent ensuite rétablis, pour les routes et par la loi du 14 floréal an X, la possibilité d'établir des ponts à péages. Ils furent finalement rachetés et interdits pour l'avenir par la loi du 30 juillet 1880. Parce que l'anéantissement des péages est une œuvre de la Révolution française, la gratuité « *plonge ses racines dans la conscience collective des français* »¹³⁶⁵. Ainsi que le relève Catherine Teitgen-Colly, « *de toute évidence, et de façon très concrète, la suppression des péages est au cœur de la revendication révolutionnaire de la liberté d'aller et venir ; tout comme le principe de libre circulation des marchandises, et partant l'abrogation des droits l'entravant au passage des routes, est contenue dans l'affirmation du principe de la liberté du commerce par la loi des 2-17 mars*

¹³⁶⁴ « *Les droits de péage (...) et tous autres droits de ce genre, ou qui en seraient représentatifs, de quelque nature qu'ils soient et sous quelque dénomination qu'ils puissent être perçus, par terre ou par eau, soit en matière, soit en argent, sont supprimés sans indemnité ; en conséquence, les possesseurs desdits droits sont déchargés des prestations pécuniaires et autres obligations auxquelles ils pouvaient être assujettis pour raison de ces droits* ».

¹³⁶⁵ PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public*, op. cit., p. 50.

1791. *La circulation pour être libre doit être gratuite. Telle est l'idée essentielle qui vaut à la Révolution* »¹³⁶⁶. C'est même la « démocratie » qui appuie parfois la gratuité dans le discours politique : lors des débats relatifs au péage autoroutier, le sénateur Auguste Pinton, bien que favorable à ce péage, estimait toutefois « *certain que s'il s'agit de voies de communication obligées, de routes ou de ponts qui sont depuis longtemps incorporés au système de voirie nationale, départementale ou locale et destinés à la totalité des usagers, financés sous forme d'impôts par la totalité de ces usagers, l'idée d'un péage est, en effet, absolument antidémocratique et, pour tout dire, impensable* »¹³⁶⁷.

556. À ce sentiment d'un acquis révolutionnaire, il faut rajouter celui d'une pratique immémoriale : même au Moyen Âge, toute la voirie n'était pas payante. La multiplication des péages n'empêcha pas la sauvegarde de la gratuité sur la petite voirie. Isambert rapporte que dans les campagnes, les destinataires des péages n'étaient pas les habitants dans leurs déplacements quotidiens : « *Ces péages étaient un moyen de lever de l'argent, non pas sur les paysans, qui n'en avaient pas, et auxquels, par droit de vicinalité, des exemptions étaient toujours accordées, mais sur les marchands forains* »¹³⁶⁸. Et même dans les villes, aux endroits où le péage aurait pu être matériellement envisageable (quais, ponts, accès aux halles des marchés...), les seigneurs qui tentèrent d'en imposer furent contraints de renoncer, face à la puissance de l'habitude de la gratuité¹³⁶⁹.

557. Pour ces deux raisons, il est toujours politiquement difficile pour les pouvoirs publics de justifier l'instauration de nouveaux péages. Cette aversion du public pour les péages conduit encore au rejet, en France, de certains projets de péages urbains. Traitant dans sa thèse de l'acceptation sociale du péage, Arnaud Pélissier note que « *dès lors que l'institution d'un péage n'apparaît pas justifiée, se manifeste un rejet d'ordre économique, social et politique. Il s'est déjà exprimé en matière de péages urbains, conduisant les pouvoirs publics à reculer sur plusieurs dossiers. En témoignent les boycotts spectaculaires du boulevard périphérique nord de Lyon et du péage de l'A64 à Toulouse, mais aussi, plus anciennement, l'épisode dit des "villes-mendiantes" (en 1913-1914, une trentaine de municipalités, principalement du Midi de la France, décidèrent pour des raisons financières de faire*

¹³⁶⁶ TEITGEN-COLLY (C.), « Le principe de gratuité de la circulation », *RDP* 1982, p. 1088.

¹³⁶⁷ Séance du jeudi 26 août 1954, *JO Débats parlementaires Conseil de la République* du 27 août 1954, p. 1681.

¹³⁶⁸ ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie*, op. cit., p. 14.

¹³⁶⁹ MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, Paris : L. Larose, 1902, p. 107.

acquitter un droit aux automobilistes à l'entrée de leurs villes. Ces décisions suscitèrent un véritable tollé, et le journal L'auto appela avec succès au boycott de ces villes par les automobilistes. Le gouvernement désavouera ces municipalités) »¹³⁷⁰. Il est donc essentiel pour le législateur ou le juge d'assurer l'acceptation du péage en justifiant sa perception, soit par la nature anormale du service rendu, soit par l'affectation spéciale des deniers perçus.

B. La justification malaisée des hypothèses d'onérosité

La circulation sur les voies publiques est donc, à des degrés divers, fréquemment payante. Si l'on peut pourtant s'autoriser à évoquer l'existence, sur ces voies, d'un principe de gratuité du domaine public, c'est non seulement parce que les hypothèses d'onérosité sont dans la quasi-totalité des cas prévues par la loi, mais aussi parce que l'on ressent un véritable embarras chez le juge et chez le législateur pour justifier ces hypothèses. Quelquefois, l'usage du bien par le public est requalifié (1) ; plus fréquemment, l'affectation spéciale des produits est invoquée, comme pour légitimer leur perception (2).

1. La requalification contestable de l'usage du bien par le public

La requalification de l'usage que le public fait du domaine, même douteuse, permet de légitimer la perception de droits. Il est d'abord possible de requalifier l'objet même de l'usage, de quitter l'« usage direct » pour basculer dans l'« usage d'un service public » auquel le bien est affecté (a). Il est également possible de requalifier la nature de l'usage qui, de normal, devient anormal (b), ce qui justifie également la perception d'une redevance

a. La requalification douteuse de l'usage du bien en usage du service public

558. Cette requalification de l'usage direct d'un bien en usage du service public auquel le bien serait affecté fut soutenue, en premier, pour l'usage des autoroutes. Le juge des conflits, en estimant d'abord, en 1965, que les péages payés par les usagers avaient « *le caractère d'une taxe dont le versement ne [faisait] naître aucun lien contractuel entre eux et le concessionnaire* »¹³⁷¹, excluait l'idée que l'usager des autoroutes pût être celui d'un service

¹³⁷⁰ PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public*, op. cit., pp. 359 et 360.

¹³⁷¹ TC, 28 juin 1965, *Demoiselle Ruban*, rec. Lebon p. 816, D. n° 1966 p. 380, note Colin.

public. Mais le Conseil d'État, dans un arrêt de 1977, changea radicalement cette conception fiscale du péage, non seulement en identifiant la contrepartie, mais surtout en exigeant sa proportionnalité au service fourni : « *Considérant qu'il résulte de la loi du 18 avril 1955 et des conventions de concession conclues pour son application que, d'une part (...) les sociétés concessionnaires perçoivent les péages pour rembourser ou rémunérer les capitaux investis dans la construction et assurer l'entretien et l'exploitation de l'autoroute, et que, d'autre part, les tarifs (...) correspondent, dans la limite d'un tarif maximum, à la contrepartie du service rendu aux usagers et qui consiste dans la commodité, la rapidité, la sécurité et l'économie éventuelle de parcours ; qu'ainsi, lesdits péages qui sont réclamés à des usagers, en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé et les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public, trouvent leur contrepartie directe dans les prestations fournies par le service et dans l'utilisation de l'ouvrage et doivent, par suite (...), être regardés, non pas comme des recettes fiscales, mais comme le prix d'une opération* »¹³⁷².

559. L'intérêt de cette requalification n'était pas, en 1977, d'instaurer l'onérosité des autoroutes puisque celle-ci était de toute façon prévue par la loi de 1955. Mais elle a pu inspirer le législateur, convaincu de l'existence, en tout cas dans l'imaginaire collectif, d'un principe de gratuité de l'usage des voies publiques¹³⁷³. Cette intermédiation d'un service public entre le bien et l'usager offre en effet une solution commode pour légitimer la perception de péages : ce n'est plus la circulation sur la voie publique qui est onéreuse, c'est l'utilisation du service public dont elle est le support. Dès lors, il n'est guère étonnant que le législateur de 1979, à propos des ponts à péage, préférât qualifier le droit prélevé de « *redevance* », et prît le soin de préciser qu'elle était justifiée par le « *service rendu aux usagers* ». Cette qualification fut validée par le Conseil d'État qui, alignant le régime des ponts à péages sur celui des autoroutes, indiqua que « *les péages acquittés par les usagers de ce pont présentent le caractère non de taxes mais de redevances pour services rendus* »¹³⁷⁴.

560. Ce statut de « *redevance* » dont le législateur et le juge dotent les péages doit cependant être relativisé, ne serait-ce qu'en raison, comme le souligne Christian Laviaille, de

¹³⁷² CE, 13 mai 1977, *Compagnie financière et industrielle*, rec. Lebon p. 219, D. 1978, p. 130, note Delvolvé.

¹³⁷³ Voir *supra* les nombreux principes énoncés par les parlementaires lors des débats législatifs.

¹³⁷⁴ CE, 2 octobre 1985, *Jeissou*, req. n° 23254, AJDA 1986, II, p. 38, concl. Jeanneney.

l'absence d'équivalence entre le prix à payer et le coût du « service »¹³⁷⁵. D'ailleurs, depuis la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales, l'article 153-1 du Code de la voirie routière relatif aux ouvrages d'art ne mentionne plus la possibilité d'instaurer une « redevance », mais uniquement un « péage ».

561. Cela dit, c'est surtout l'assimilation de l'usager des autoroutes ou d'un ouvrage d'art à un usager du service public qui paraît contestable, et ce même si le juge administratif a réaffirmé que la construction et l'exploitation d'une autoroute constituaient bien un service public¹³⁷⁶. À supposer même qu'il existe un « service public de la circulation », les autoroutes et les ouvrages d'art, conformément à une distinction établie par Duguit, en sont l'objet, et non l'« instrument ». En projetant sur les voies publiques l'analyse à laquelle procède Jean-Gabriel Sorbara à propos des meubles domaniaux culturels¹³⁷⁷, l'autoroute n'est pas « affectée » au service public : au mieux, elle « est » le service public. Par ailleurs, quoique payante, elle revêt bien la condition nécessaire selon Maroger à la détermination d'une affectation à l'usage direct du public, à savoir un accès général et continu. Cette question de la nature de l'usage d'une autoroute est particulièrement étudiée par Arnaud Pélissier dans sa thèse sur la gratuité du domaine public. L'auteur relève que les avantages qu'évoque le Conseil d'État dans l'arrêt de 1977 (commodité, rapidité, sécurité et économie éventuelle de parcours) pour justifier de l'existence d'un « service » tiennent d'abord aux caractéristiques physiques de la voie¹³⁷⁸. Or, il existe bien des tronçons de route qui, à double voie et non payants, ressemblent à s'y méprendre à des autoroutes, comme il existe des ouvrages d'art gratuits. L'on ne voit pas pourquoi celui qui circulerait sur un pont payant serait l'usager d'un service public, tandis que celui qui circulerait sur un pont gratuit serait l'usager direct du domaine public. Il y a là un changement de qualification que l'onérosité ne saurait fonder. Si la construction et l'exploitation d'une autoroute ou d'un ouvrage d'art constituent un service public, c'est peut-être simplement celui de « *suppléer au désengagement de l'État* »¹³⁷⁹. La notion de service public est donc utilisée à mauvais escient. Pour Christian Lavalie, il y a

¹³⁷⁵ LAVIALLE (C.), « La gratuité du domaine public », in *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 211.

¹³⁷⁶ TC, 20 novembre 2006, *Société ESCOTA*, req. n° 3659 ; *BJCP* n° 50, février 2007, p. 40, concl. Duplat, note Terneyre ; *AJDA* 2007, p. 849, note Chahid-Nourai et Champy.

¹³⁷⁷ SORBARA (J.-G.), « Le domaine public mobilier au regard du CGPPP », *AJDA* 2007, p. 623 : « *Les œuvres d'art n'ont pas à être affectées à la culture, elles sont la culture* ».

¹³⁷⁸ PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public*, op. cit., pp. 254 à 256.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, pp. 257 et 258.

même là une « *instrumentalisation* »¹³⁸⁰ de la notion, « *au besoin en dénaturant la notion traditionnelle de redevance pour échapper au domaine public et à la gratuité* »¹³⁸¹. Il reste que le fait de procéder à une requalification si contestable révèle bien un malaise face à l'idée de déroger à la gratuité de l'usage normal des voies publiques.

b. La requalification incertaine de l'usage normal en usage anormal

562. Cette hypothèse concerne uniquement le stationnement des véhicules sur ou le long des voies publiques. L'évolution de la perception de ce stationnement montre comment une requalification de l'usage permet de prélever des droits. Ce fut d'abord, pendant longtemps, le cas du stationnement des véhicules sur les voies publiques routières. La reconnaissance par les juridictions judiciaire puis administrative de la liberté de stationnement rendirent délicate la possibilité d'instaurer un stationnement payant. Pour légitimer l'onérosité, il fallut recourir à une norme prévue pour les usages anormaux : dans un arrêt de 1969¹³⁸², le Conseil d'État fonda cette possibilité sur l'article 99 du Code de l'administration communale¹³⁸³, autorisant le maire à donner, moyennant le paiement de droits, des « *permis de stationnement ou de dépôt temporaire sur la voie publique* ». Cette disposition avait pourtant été conçue pour les utilisations privatives permettant d'identifier un permissionnaire spécifique, telles que les terrasses de cafés ou les places réservées à certaines catégories de véhicule¹³⁸⁴. C'est pourquoi Christian Lavalie qualifia l'invocation de cet article de « *contournement artificiel* », constitutif d'une « *illustration supplémentaire du nominalisme juridique où les mots font les choses* »¹³⁸⁵. La loi SRU du 13 décembre 2000, loin de clarifier le fondement juridique du stationnement payant, ne fit que brouiller la répartition des compétences. Cette loi ajouta un article L. 2333-87 au CGCT, ouvrant aux conseils municipaux ou aux organes délibérants des établissements publics de coopération intercommunale ou aux syndicats mixtes compétents pour l'organisation des transports urbains la possibilité d'établir des « *redevances de*

¹³⁸⁰ LAVIALLE (C.), « La gratuité du domaine public », *art. cit.*, p. 212.

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² CE, 26 février 1969, *Fédération nationale des clubs automobiles de France*, rec. Lebon, p. 120.

¹³⁸³ Devenu aujourd'hui l'article L. 2213-6 du CGCT.

¹³⁸⁴ Voir MODERNE (F.), « Sur une institution juridiquement fragile : le stationnement payant », *Le Quotidien Juridique*, 15 octobre 1977, n° 112, p. 5 : « L'expression "permis de stationnement" concerne des occupations d'un autre genre que celles des automobiles en stationnement. Il s'agit des occupations "privatives" sous forme de "stationnement privatif", c'est à dire réservé à certaines catégories de véhicules tels que les taxis et les véhicules affectés au transport en commun. On ne peut dire que les automobilistes à la recherche d'un emplacement pour stationner entendent faire de la voie un tel usage, sauf abus de termes ».

¹³⁸⁵ LAVIALLE (C.), *La gratuité du domaine public*, *art. cit.*, p. 210.

stationnement » sur les voies relevant de leur compétence ; mais cette disposition dédoublait les compétences pour instaurer un stationnement payant, puisqu'elle maintint en l'état la rédaction de l'article L. 2213-6 du même Code et, par conséquent, la compétence du maire. L'article 63 de la loi du 27 janvier 2014 devrait changer les choses : à partir de 2016, l'article L. 2213-6 renverra, pour les « *modalités de tarif et la gestion matérielle du stationnement des véhicules sur la voie publique* », à l'article L. 2333-87. C'est désormais ce dernier article qui devrait constituer le seul fondement du stationnement payant¹³⁸⁶, l'article L. 2213-6 se focalisant sur les stationnements d'autres types.

563. Qu'en est-il du stationnement sur les voies aquatiques ? À propos du stationnement le long des voies publiques, Jean Dufau estimait que « *seuls devraient être considérés comme anormaux les stationnements qui se prolongent au-delà d'une certaine durée* »¹³⁸⁷. Cette solution, choisie par la jurisprudence pour le stationnement en mer ou sur le domaine public fluvial en dehors des ports, n'est toutefois pas idéale. Sur le domaine public fluvial, une jurisprudence constante décide que le stationnement d'un bateau durant plusieurs mois « *s'assimile à une occupation du domaine public et [nécessite], par suite, en application de l'article L. 28 (...) du Code du domaine de l'État, une autorisation de l'autorité compétente* »¹³⁸⁸. Mais l'indétermination de la durée à partir de laquelle un stationnement se mue en occupation privative est vectrice d'insécurité juridique : dans une autre décision, le juge a pu estimer que « *plusieurs semaines* »¹³⁸⁹ suffisaient à caractériser une telle occupation. L'insécurité juridique est surtout visible sur le domaine public maritime. À propos du stationnement dans une rade, la Cour administrative d'appel de Marseille estimait en 2007 que « *si l'amarrage des bateaux par ancre y est autorisé, ce ne peut être, sous peine de méconnaître les dispositions (...) de l'article L. 28 du code du domaine de l'État, qu'à titre tout à fait provisoire* »¹³⁹⁰. Se dégage là encore l'idée que si le stationnement n'est pas provisoire, il devient une occupation privative, susceptible de redevance. Mais se pose à nouveau la question de la notion de « provisoire », les juges de la Cour administrative d'appel

¹³⁸⁶ Voir DE GAUDEMAR (H.), « *La dépénalisation du stationnement payant des véhicules sur la voie publique* », *JCP A* 2014, n° 2055.

¹³⁸⁷ DUFAU (J.), « *Utilisation du domaine public routier dans un but de circulation* », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. 71), § 115. Voir aussi DUFAU (J.), « *Le régime juridique du stationnement des automobiles dans les agglomérations* », *AJDA* 1976, p. 496.

¹³⁸⁸ CAA Marseille, 18 décembre 2008, *M. Laurent X.*, req. n° 08MA01587. Dans le même sens, CAA Paris, 27 novembre 2008, *M. Marc X.*, req. n° 06PA02533 ; CAA Marseille, 8 janvier 2008, *M. Bernard X.*, req. n° 06MA00911 ; CAA Paris, 21 juin 2007, *Mme Catherine X.*, req. n° 07PA00462.

¹³⁸⁹ CAA Paris, 15 février 2007, *M. Vincent X. et M. Laurent Y.*, req. n° 04PA01040.

¹³⁹⁰ CAA Marseille, 15 janvier 2007, *M. Robert X.*, req. n° 05MA01201.

ayant sanctionné, dans un arrêt de 2007, un stationnement par ancre sans autorisation d'une durée de seulement 15 jours¹³⁹¹. Toujours est-il que le juge se réfère encore et toujours à une norme relative à l'autorisation privative d'occupation du domaine public pour traiter des stationnements de véhicules, ce qui, comme en matière de voirie routière, est contestable.

2. L'affectation des deniers perçus comme légitimation de la gratuité

564. Lorsqu'il crée une possibilité d'instaurer un péage, le législateur ne se contente pas d'en faire une simple dérogation au principe de gratuité. Il étaye systématiquement son argumentation : pour mieux légitimer une onérosité qu'il sait contestable et qui sera probablement contestée, il prend le soin de préciser l'affectation des deniers ainsi perçus. Ce phénomène est très ancien, puisque l'on en trouvait trace, sous l'Ancien Régime : les monarques légitimaient déjà les péages seigneuriaux par l'obligation, adressée à des seigneurs pourtant convaincus de détenir un « *droit féodal sans contrepartie* »¹³⁹², d'entretenir et de réparer la voie. L'article 282 de l'Ordonnance de Blois de 1579, qui interdisait la création de nouveaux péages, ajoutait que « *seront ceux, à qui lesdits droits de Péages appartiennent, tenus entretenir en bonnes & dûes réparations les Ponts, chemins & passages* ». Une déclaration royale du 31 janvier 1663, après avoir réitéré l'obligation¹³⁹³, ordonna aux Trésoriers de France la saisie du revenu des péages possédés par les seigneurs défaillants ; et c'est justement parce que ces péages n'étaient pas conçus comme des droits sans contrepartie que le préambule de l'arrêt du 15 août 1779 excepta de leur rachat ceux résultant de la construction d'ouvrages d'art sur les cours d'eau¹³⁹⁴. Mais la contrepartie du péage ne se limita pas toujours au seul financement de l'entretien et de la réparation des voies : Loyseau rapporte l'existence de très anciens arrêts du Parlement, selon lesquels les seigneurs, tenus de la sécurité du passage entre deux de leurs péages, étaient civilement responsables des vols qui

¹³⁹¹ CAA Nantes, 30 septembre 2011, M. X., req. n° 10NT00819.

¹³⁹² MARTSOUKOU (M.), *La gratuité du domaine public*, Thèse Paris II, 2004, p. 42.

¹³⁹³ Article XIV : « *Comme lesdits Péages ne sont établis, que pour l'entretien des Chemins, Ponts, Chaussées, enjoignons aux Propriétaires & Engagistes desdits Péages, d'entretenir les Ponts, Chaussées, & même les Chemins dans l'étendue de leurs Juridictions* ».

¹³⁹⁴ « *Sa majesté, pour ne pas étendre trop loin les remboursements qu'elle auroit à faire, ne comprend point, dans les péages qu'elle a dessein de supprimer, ceux établis sur les canaux ou sur les parties de rivières qui ne sont navigables que par des écluses ou d'autres ouvrages d'art, puisque ce sont des navigations, pour ainsi dire, acquises & conservées au prix d'une industrie, dont la rétribution, bien loin d'être un sacrifice onéreux pour le commerce, est la juste récompense d'une entreprise utile à l'État* ».

pouvaient s'y produire¹³⁹⁵. L'auteur ajoute, non sans un certain cynisme, que le retour d'un tel usage dissuaderait la formation et le maintien de ces péages¹³⁹⁶.

565. Aujourd'hui encore, le législateur qui instaure un droit de péage prend le soin de mentionner l'affectation des deniers perçus. C'est d'abord le cas lorsqu'est créée une nouvelle voie publique, particulièrement onéreuse : on n'est guère surpris que les péages sur les autoroutes servent à assurer, entre autres, « *l'exploitation et, éventuellement l'entretien et l'extension de l'autoroute, la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par les concessionnaires* »¹³⁹⁷. De même, sur les ouvrages d'art, le péage est perçu « *en vue d'assurer la couverture totale ou partielle des dépenses de toute nature liées soit à la construction, soit, lorsque ces missions font l'objet d'une convention de délégation de service public, à la construction, à l'exploitation et à l'entretien ou à l'exploitation et l'entretien de l'ouvrage d'art et de ses voies d'accès ou de dégagement* ». Il s'agit simplement ici des conditions de financement d'un ouvrage particulier.

566. En revanche, plus éloquent est le cas où l'espace de circulation existe déjà, et ne nécessite pas de travaux particuliers. Le législateur pourrait se contenter d'instaurer la perception de droits, dont le produit serait reversé au budget général du propriétaire ou gestionnaire public. Il choisit pourtant souvent de les affecter à des dépenses particulières, et en général liées à la circulation, comme si le financement de ces infrastructures devait nécessairement évoluer en vase clos.

567. Sur la voie publique, d'abord, le produit des péages urbains perçus dans le cadre de l'article 1609 *quater* A du Code général des impôts « *sert à financer les actions mentionnées au plan de déplacement urbain* ». Ensuite, même si aucune disposition législative ne prévoit l'affectation des produits de la « *taxe à l'essieu* » à l'entretien et la réparation des infrastructures routières, l'argument avancé par le Gouvernement fut la volonté de faire payer aux véhicules les plus lourds les réparations de l'usure et des dégâts que leur poids pouvait

¹³⁹⁵ LOYSEAU (C.), *Traité des seigneuries*, Paris : Abel L'Angelier, 1608, p. 221.

¹³⁹⁶ *Ibid.* : « *S'il plaisoit au Roy remettre en usage cet ancien droit, les seigneurs de France ne seroyent pas si prompts à prendre des péages, comme ils sont aujourd'huy partout, dont la marchandise, qui est un des nerfs de l'estat, & un des liens de la société civile, est tellement incommodée en quelques contrées, que les voituriers passent autant de temps à aller chercher les billettes par chacune parroisse, qu'à traverser pays* ».

¹³⁹⁷ Art. L. 122-4 du Code de la voirie routière

causer sur le revêtement des voies publiques¹³⁹⁸. Les parlementaires, notant l'absence d'affectation législative des sommes perçues et la disproportion des recettes prévues, largement supérieures aux dépenses occasionnées par le passage de ces véhicules, doutèrent de la volonté réelle du Gouvernement¹³⁹⁹. Mais justement, l'invocation d'un motif probablement fallacieux manifestait d'autant plus la très forte nécessité de justifier, fut-ce au prix d'un argumentaire bancal, une atteinte à la gratuité de l'usage des voies publiques. Plus d'actualité, la taxe poids-lourds (dite « écotaxe ») trouve son origine dans une directive européenne qui invitait déjà à affecter les droits perçus au développement des infrastructures routières¹⁴⁰⁰. Cette recommandation fut suivie par la loi du 3 août 2009¹⁴⁰¹, et, malgré les blocages auxquels se heurte son application en 2014, le financement des infrastructures reste, de l'avis d'un rapport parlementaire de la même année, « un objectif final de l'éco-redevance »¹⁴⁰². Enfin, si les produits de la taxe différentielle sur les véhicules (la « vignette automobile ») n'étaient pas destinés à des dépenses en matière de voirie, ils n'en restaient pas moins, eux aussi, affectés à une dépense spécifique supposée la légitimer : la loi de 1956 précisait qu'ils étaient perçus « pour assurer le financement du Fonds national de solidarité »¹⁴⁰³. D'une façon ou d'une autre, il faut donc justifier les restrictions à la gratuité de l'usage des voies publiques.

568. Le même phénomène d'affectation spéciale se rencontre sur la mer. Le produit des droits de port, si son affectation est fixée par voie réglementaire¹⁴⁰⁴, reste destiné à l'aménagement maritime : l'article R. 211-10 du Code des transports dispose que « le produit

¹³⁹⁸ Voir en ce sens par exemple l'intervention du Ministre des transports Jean Chamant à l'Assemblée nationale lors de la 2^{ème} séance du 17 octobre 1967 (*JO Débats parlementaires Assemblée nationale* du 18 octobre 1967, p. 3683).

¹³⁹⁹ Séance du 15 novembre 1967, *JO Débats parlementaires Sénat*, 16 novembre 1967, p. 1326.

¹⁴⁰⁰ Art. 9 de la directive 1999/62/CE du 17 juin 1999 relative à la taxation des poids lourds pour l'utilisation de certaines infrastructures: « Les États membres décident de l'utilisation des recettes provenant des droits perçus pour l'utilisation des infrastructures routières. Afin de permettre le développement du réseau dans son ensemble, les recettes provenant des droits devraient être destinées au secteur des transports et à l'optimisation du système de transports dans son ensemble »

¹⁴⁰¹ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *JORF* du 5 août 2009, p. 13031 : cette taxe « aura pour objet de financer les projets d'infrastructures de transport. À cet effet, le produit de cette taxation sera affecté chaque année à l'Agence de financement des infrastructures de transport de France pour la part du réseau routier national » (art. 11-VI).

¹⁴⁰² CHANTEGUET (J.-P.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la mission d'information sur l'écotaxe poids lourds*, Rapport d'information n° 1937 (Assemblée nationale, 14^{ème} législature), 14 mai 2014, p. 67.

¹⁴⁰³ Loi n° 56-639 du 30 juin 1956 portant institution d'un Fonds national de solidarité, *JORF* du 1^{er} juillet 1956, p. 6070 (art. 1).

¹⁴⁰⁴ Ceci en vertu de la loi elle-même, qui prévoit que « l'affectation du produit des droits de port est fixée par voie réglementaire » (art. L. 5321-2 du Code des transports)

des redevances d'équipement des ports de pêche et des ports de plaisance ne peut être utilisé qu'à des dépenses effectuées respectivement dans l'intérêt de la pêche ou de la plaisance et relatives à l'établissement, à l'amélioration ou au renouvellement et à l'entretien de tous les équipements du port et à l'amélioration des profondeurs de ses rades, passes, chenaux et bassins ». Concernant la circulation, l'article 224 du Code des douanes précise que le produit du droit annuel de navigation et de francisation est affecté, dans la limite d'un certain plafond, au Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres.

569. Quant aux voies publiques fluviales, le produit des péages fluviaux reçut, dès leur résurrection en 1953, une affectation spécifique : celle de remédier à l'état précaire et vétuste des cours d'eaux navigables¹⁴⁰⁵. L'article 1^{er} de la loi du 9 avril 1953, codifié en 1956 à l'article 217 du Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure, autorisa la perception de ce qu'il nommait des « taxes » uniquement « *en vue d'augmenter les dotations que l'État consacre à l'amélioration et à la modernisation des voies navigables* ». L'article suivant ajoutait que ces recettes, après déduction des frais de perception, étaient affectées « *soit au service d'emprunts contractés par l'office national de la navigation ; soit au service des allocations fournies par le même établissement, en vue de constituer des fonds de concours destinés à l'amélioration et à la modernisation du réseau de navigation intérieure* ». Si le passé est de rigueur dans la description de cette affectation, c'est parce que les articles L. 4412-1 et suivants du Code des transports n'en font plus mention. Cela dit, c'est au profit de Voies navigables de France que sont perçus les péages captés sur le réseau qui lui est confié. Or, les attributions de Voies navigables de France telles qu'elles sont énumérées par les articles L. 4311-1-1 et suivants du Code des transports ont bien sûr trait au domaine public fluvial. La recette fluviale est donc bien, dans ce cas, affectée à une dépense fluviale.

Conclusion du chapitre

Au-delà de leur appropriation publique, l'affectation des voies publiques apparaît très protégée. Certes, la police spéciale de conservation du domaine public inclut toutes les voies

¹⁴⁰⁵ Le constat ressort des débats parlementaires : voir Séance du 12 mars 1953, *JO Débats parlementaires Assemblée nationale* du 13 mars 1953, pp. 1828 s. Cette dégradation était telle que, selon les dires d'André Morice, alors ministre des transports, le Gouvernement n'eut aucun mal à emporter l'adhésion des professionnels du transport fluvial à l'instauration de ce droit (*ibid.*, p. 1832).

de communication, dont celles qui ne sont pas des voies publiques, faute d'utilisation autonome (domaines publics ferroviaire et aéroportuaire) ; certes, elle protège de rares éléments qui, tels que le domaine public militaire ou les espaces naturels, ne sont même pas des voies de communication. Mais l'histoire démontre que cette police fut créée spécialement pour les voies publiques, dont l'importance exige une protection supérieure à celle fournie par le droit civil et le droit pénal pour réprimer les atteintes qui peuvent leur être causées. Quant au principe de gratuité, il faut bien constater que seule une loi peut autoriser l'onérosité d'un bien du domaine public affecté à l'usage direct du public, ce qui n'est pas le cas pour les biens affectés à un service public. L'on observe par ailleurs un certain malaise politique avec ces hypothèses d'onérosité : la gratuité est tellement ancrée pour l'utilisation collective des biens affectés à l'usage direct du public, et en particulier pour les voies publiques, que le législateur affiche systématiquement la justification du paiement d'un droit, qui ne peut être le simple enrichissement des budgets publics.

Conclusion du titre

L'objet de ce titre, rappelons-le, était d'examiner la doctrine et le droit domanial pour détecter des biens ou une catégorie de biens faisant l'objet d'un niveau de protection particulièrement élevé. C'est le cas des voies publiques, qui concentrent l'essentiel des règles censées protéger leur affectation. Parmi ces règles, figure en premier lieu le rejet de l'appropriation privée, qui repose dès les auteurs de l'Ancien Régime sur une intuition : même à une époque où la propriété de type féodal rendait peut-être plus admissible le cumul des prérogatives perpétuelles sur un même bien, l'idée que les routes, les rues, le rivage de la mer, ou les fleuves navigables appartenaient « à tout le monde » en vertu de la nature ou de la Providence semblait déjà radicalement incompatible avec une appropriation privée. Le droit intermédiaire, que reprit l'article 538 du Code civil, ne fut finalement que la traduction juridique de cette intuition, que ne contestèrent jamais les auteurs recherchant des critères d'identification du domaine public plus restrictifs que la simple affectation à l'utilité publique. Les effets de cette intuition d'un lien indéfectible entre l'appropriation (ou la garde) publique et les voies publiques se font encore ressentir aujourd'hui, puisque les biens affectés à l'usage direct du public, constitués principalement des voies publiques, sont particulièrement faciles à intégrer dans le domaine public dès lors qu'ils appartiennent à une personne publique. Et, même lorsqu'exceptionnellement ces voies appartiennent à une personne privée, le Conseil constitutionnel se montre peu regardant sur le respect de la propriété privée, en autorisant la captation de ces voies par la personne publique sans recours à la procédure d'expropriation et, dans le cas des voies desservant les nouveaux lotissements, sans même une indemnité. Le lien entre voies publiques et appropriation publique est donc très fort dans la doctrine comme dans le droit.

Outre ce rejet de l'appropriation privée, conçu comme une protection organique, d'autres règles contribuent à protéger l'usage que fait le public de ces voies. Le régime des contraventions de voirie, constitué de règles exorbitantes du droit commun telles que l'imprescriptibilité de l'action en réparation, l'obligation de déclencher les poursuites ou la non application de la règle *non bis in idem*, fut créé pour les voies publiques et s'y applique toujours. Par ailleurs, parce que le libre usage des voies publiques par le public serait largement fictif si le propriétaire public pouvait en rendre l'accès payant, l'observation du

droit révèle que, contrairement aux biens affectés à un service public, les cas d'onérosité sont toujours prévus par le législateur et justifiés soit par la requalification de l'usage collectif en usage privatif ou en usage d'un service public, soit par l'affectation des droits perçus à des dépenses qu'il serait politiquement difficile de critiquer.

Toutefois, comme nous venons de le rappeler, la nécessité d'une appropriation publique (ou tout du moins d'une non-appropriation privée) résulte fondamentalement d'une « intuition » portée par les anciens auteurs qui, malgré la révérence qui leur est due, n'essayèrent jamais véritablement de l'expliquer autrement que par la nature ou par l'évidence. Il convient à présent de mettre cette évidence à l'épreuve pour s'assurer que ces choses qui jouissent d'une protection juridique supérieure sont réellement incompatibles avec la propriété privée, et que leur appropriation publique est vraiment nécessaire.

Titre 2

La nécessité d'une appropriation publique des voies publiques

Les développements du titre précédent nous ont permis de constater la protection juridique maximisée dont bénéficient les voies publiques. Le résultat nous fournit ainsi une hypothèse de travail : les voies publiques doivent rester appropriées par des personnes publiques. Cette hypothèse doit être désormais soumise à l'analyse et à l'expérience, pour déterminer si ces voies publiques doivent nécessairement demeurer appropriées par des personnes publiques. La réponse à cette question implique d'identifier une caractéristique spécifique aux voies publiques, qui ne se trouve pas dans leur régime juridique, et qui est susceptible de justifier l'exclusion de leur appropriation privée. Il s'agit donc de rechercher ce qui distingue intrinsèquement les voies publiques de tous les autres biens affectés à l'utilité publique. Cette spécificité peut être trouvée dans leur vocation à une affectation perpétuelle (Chapitre 1). La nécessité d'une appropriation publique des voies publiques est précisément la conséquence patrimoniale de cette spécificité (Chapitre 2).

Chapitre 1

La vocation des voies publiques à une affectation perpétuelle

570. Qu'entend-on par « affectation perpétuelle » des voies publiques ? À l'intuition comme à l'analyse, il apparaît que ce qui distingue fondamentalement les voies publiques de tous les autres biens, c'est la réunion de deux éléments : d'une part, leur très haute nécessité ; d'autre part, la difficulté de leur remplacement. « Essentielles », « irremplaçables » : l'analyse de Jèze croise celle de Waline. Le premier, rappelons-le, ne retenait dans le domaine public que les biens essentiels à des services publics essentiels¹⁴⁰⁶ ; le second n'y conservait que les « biens irremplaçables », ou en tout cas ceux difficiles à remplacer rapidement et à moindres frais¹⁴⁰⁷. Le défaut inévitable de ces deux critères est que chacun est passible d'interprétations et de gradations, certains biens apparaissant moins essentiels ou irremplaçables que d'autres. Dans la théorie de Jèze, quel niveau d'essentialité retenir pour mériter la domanialité publique ? La remarque est la même pour la théorie de Waline : un bien doit-il être unique et impossible à reproduire pour être qualifié d'irremplaçable, ou doit-il simplement être « cher » à reconstruire ? Malgré la subjectivité inhérente à ces deux critères, il nous semble que les voies publiques présentent une spécificité par rapport aux autres biens : elles sont tout à la fois particulièrement essentielles et particulièrement irremplaçables.

571. Une caserne, un navire de guerre, un avion de chasse, un aéroport militaire, une prison, une centrale électrique sont sans doute des biens essentiels à l'État, dont ils assurent la souveraineté et la pérennité ; ils ne sont pas pour autant irremplaçables. On imagine bien sûr que de tels biens ne sont pas remplaçables à moindres frais. Il nous paraît toutefois toujours plus aisé de déplacer une prison ou un aéroport militaire que de recréer un fleuve ou, plus incongru encore, un rivage de la mer. Même la route, pourtant dépendance artificielle, semble plus difficile à déplacer que le plus cher des bâtiments affecté à un service public. La raison

¹⁴⁰⁶ JÈZE (G.), « Conditions requises pour qu'une chose fasse partie du domaine public », note sous Cour d'assises de la Creuse, 29 avril 1910, *Chevillard et autres*, RDP 1911, p. 307.

¹⁴⁰⁷ WALINE (M.), *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines respectifs*, Paris : Jouve et C^{ie}, p. 45.

en est simple : les voies sont structurantes et ordonnent les regroupements sociétaux. Fermer une voie sur laquelle circule toujours le public emporte de graves inconvénients pour les riverains ; en créer une nouvelle implique de graves inconvénients pour la propriété privée, par la série d'expropriation que nécessite le nouveau tracé. L'opération n'est pas impossible, et c'est d'ailleurs pourquoi nous parlons de « vocation à la perpétuité de l'affectation » et non d' « affectation perpétuelle », mais elle est particulièrement difficile. Une route aujourd'hui affectée à la circulation a vocation à conserver cette affectation, parce que la route est essentielle et très difficilement remplaçable. Ce n'est pas le cas des autres biens, même ceux affectés aux services publics les plus liés à la souveraineté. Le bâtiment accueillant un palais de justice a-t-il vocation à conserver cette affectation à perpétuité ? Même en admettant que le palais de justice soit effectivement essentiel (on peut en douter : après tout, la légende enseigne que l'ombre d'un chêne suffit à rendre la justice), il est remplaçable : il peut être détruit et reconstruit ailleurs, sans inconvénients autre que financiers. Dès lors, l'on peut plus facilement admettre qu'il soit aliéné et repris à bail par l'État pour les besoins de la justice, car si l'acquéreur privé manifeste un jour son intention de récupérer pour son seul compte toutes les utilités du bâtiment, l'État disposera d'une solution de repli, fut-ce par la reconstruction d'un autre palais ailleurs. Tel n'est pas le cas des voies publiques, dont le rôle structurant rend inenvisageable toute solution alternative, tout déplacement. Ce caractère irremplaçable est encore illustré par le droit anglais, par le principe déjà entrevu « *once a highway, always a highway* »¹⁴⁰⁸.

572. Inversement, de nombreux biens culturels (monuments historiques, œuvres d'art) peuvent être qualifiés d'irremplaçables, mais ils ne sont pas essentiels : la chose est sans doute discutable si l'on invoque les théories de la nation, mais il nous semble plus facile d'envisager un État ou une société sans monument historique ou sans tableau de maître que sans routes. La même remarque vaut pour les voies ferrées : leur structure en réseau les rend peut-être aussi difficilement remplaçables que les routes¹⁴⁰⁹, mais elles ne sont pas aussi essentielles à l'État ou à la société que des voies publiques. La meilleure preuve en est que certains États ne

¹⁴⁰⁸ Le principe, rappelons-le, interdit définitivement à un particulier propriétaire d'une route de restreindre le passage du public sur son fonds lorsque ce passage préexiste à l'appropriation du terrain par ledit particulier.

¹⁴⁰⁹ Cela est toutefois discutable: le déplacement d'une route pose problème par la fermeture d'un tracé (inconvénients pour les riverains) et par la réouverture d'un autre (inconvénients pour les propriétaires expropriés) ; le déplacement d'une voie ferrée ne pose en revanche de difficultés que quant à la construction du nouveau tracé (inconvénient pour les propriétaires expropriés) mais non quant à la fermeture de l'ancien, faute de riverains disposant d'un accès direct.

sont équipés d'aucun réseau ferroviaire, mais disposent bien d'un réseau de voies publiques. C'est le cas d'États qui, tels que l'Islande, le Yémen, l'Oman ou la Papouasie Nouvelle-Guinée, sont pourtant loin d'être des micro-États. Dès lors que ces biens n'apparaissent pas vraiment essentiels et que l'on peut envisager s'en dispenser un jour, on peut difficilement parler pour eux d'affectation vouée à la perpétuité.

C'est ce double caractère des voies publiques, celui d'être essentielles (Section 1) et irremplaçables (Section 2) qui donne à leur affectation une vocation à la perpétuité, et qu'il convient à présent d'approfondir.

Section 1. Les voies publiques, biens essentiels

573. Une difficulté se présente d'emblée : comment déterminer quels biens sont plus essentiels que les autres ? La réponse suppose d'abord la détermination de l'objet : ces biens sont essentiels *à quoi* ? La sélection de cet objet implique une incoercible part d'arbitraire. Pour déterminer cet objet, il nous semble que la méthode la plus objective consiste à observer les éléments fondamentaux de l'existence humaine. La protohistoire nous enseigne que les choses les plus nécessaires à la survie de l'humain sont avant tout celles encore conçues comme des *res communes* (l'eau ou l'air). Ces choses étant de toute façon conçues comme insusceptibles d'appropriation, la question de leur appropriation publique ou privée n'a pas lieu de se poser. L'on trouverait également dans les *res nullius* certains biens essentiels à l'individu : le gibier et les poissons, par exemple, pourraient être considérés comme nécessaires à la survie de l'homme. Mais il s'agit là de biens consommables, la question de leur appropriation ne peut donc se poser que de façon très momentanée. Vient enfin tout simplement l'espace, indispensable à la survie de l'espèce. L'homme a besoin d'accéder à cet espace pour capter à son profit l'eau ou le gibier ; il en a également besoin pour entretenir les relations sociales qui, par l'échange de denrées ou de protection, contribueront à sa survie. Il s'agit d'un premier angle pour envisager la nécessité des voies publiques : elles sont nécessaires à l'émergence d'une sphère collective (§ 1), elle-même nécessaire à la survie de l'homme. Si l'homme est ici conçu dans une perspective holiste, son évolution vers l'individualisme validera encore la nécessité des voies publiques. Dans la Déclaration de

1789, la liberté est considérée comme le premier des droits « naturels et imprescriptibles ». Or, la liberté, pour prospérer, ne peut se dispenser de voies publiques (§ 2).

§ 1. Des voies publiques nécessaires à l'émergence d'une sphère collective

« Comment concevoir (...) que l'institution étatique puisse surgir sans que ne soit reconnue l'existence d'un espace public où prendront place des relations sociales ? »¹⁴¹⁰. Ainsi que le met en exergue Christian Lavalie, le lien entre État et société est avant tout tributaire de l'existence d'un espace public. Un examen historique révèle toutefois que cette corrélation concerne prioritairement l'espace public dédié à la circulation, c'est à dire les voies publiques. Le fait que les voies publiques soient nécessaires à l'existence de l'État (A), tant pour en assurer la pérennité que la légitimité, ne fait guère de doute. Mais l'on peut aller plus loin encore : les voies publiques sont nécessaires à l'institution étatique ; mais elles le sont aussi à toute société (B), y compris celles que l'on peinerait à qualifier d'État.

A. Des voies publiques nécessaires à l'existence de l'État

L'idée que les voies publiques puissent conditionner l'existence même de l'État est d'abord inspirée par un constat : celui d'une contemporanéité historique entre le développement des voies publiques et l'affirmation de l'institution étatique (1). Bien évidemment, parce que ce double développement implique une action humaine, il sera principalement question ici des voies publiques artificielles, et notamment de la voirie routière. Ce constat s'explique par la double utilité que les voies publiques revêtent pour l'État (2).

¹⁴¹⁰ LAVIALLE (C.), « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, p. 483.

1. La contemporanéité entre le développement des voies publiques et l'affirmation de l'État

Une étude historique révèle une certaine contemporanéité entre le soin apporté aux voies de communication, en particulier au réseau routier, et l'affirmation d'un État central puissant, en contrepoint de pouvoirs exercés localement.

574. À cet égard, l'œuvre des romains fut finalement moins de créer de toutes pièces un réseau routier que d'adapter le réseau existant à l'exercice d'un pouvoir centralisé. Les gaulois disposaient déjà d'un réseau, sinon de routes, au moins de pistes, mais qui présentait le défaut pour les romains d'être centré sur de multiples points : ainsi que le rapporte Paul-Marie Duval, « *ces routes gauloises (...) ne pouvaient former un réseau national car la Gaule était divisée en une centaine de peuples souvent rivaux, qui ne souffraient point d'administration commune. Ces routes étaient donc régionales, à l'échelle de la peuplade, dont le territoire était d'une superficie très variable. On peut raisonnablement supposer qu'elles rayonnaient à partir de l'oppidum central vers les postes frontières* »¹⁴¹¹. Selon Albert Grenier, l'Empire romain apporta ainsi à la Gaule « *une conception nouvelle de la route, une conception non plus provinciale, mais impériale. La grande route devait être voie d'empire, c'est à dire relier la capitale de l'Empire à la capitale de la province et cette capitale à tous les points du pays, ainsi qu'aux autres provinces du monde gréco-romain. Cette ampleur de vues est le propre de l'aigle romain. Pour Agrippa et Auguste, qui ont conçu le plan, il s'agissait donc d'abord d'établir des communications faciles et rapides entre Rome et la Gaule ; il s'agissait en second lieu de systématiser l'ancien réseau gaulois, de façon à le mettre en harmonie avec la nouvelle organisation politique et administrative du pays* »¹⁴¹². Cette centralisation du réseau, d'après l'historien, témoigne du fait qu' « *un réseau routier, c'est avant tout une conception politique. Celui de Rome avait pour objet de rattacher la Gaule à Rome, par l'intermédiaire de Lyon, la capitale romaine de la Gaule. Le réseau moderne exprime la centralisation française autour de Paris* »¹⁴¹³.

¹⁴¹¹ DUVAL (P.-M.), *Travaux sur la Gaule (1946-1986)*, Publications de l'École française de Rome (n° 116), 1989, p. 741.

¹⁴¹² GRENIER (A.), « Les voies romaines en Gaule, » in *Mélanges d'archéologie et d'histoire* (Tome 53), 1936, p. 12.

¹⁴¹³ *Ibid.*, p. 7.

575. Et précisément, dès la décadence de l'Empire romain et jusqu'au règne des rois francs inclus, le réseau routier ne constitua plus une priorité. Parallèlement aux démembrements du territoire, les voies romaines ne furent plus correctement entretenues pendant plusieurs siècles. Vignon estime à ce propos que « *la barbarie des vainqueurs et la misère des vaincus les font délaissier comme des instruments inutiles. On peut considérer d'ailleurs leur étendue et l'unité du système de leur établissement comme des motifs de plus d'abandon, au milieu des démembrements du territoire et de l'instabilité des dominations locales et éphémères qui se le disputent* »¹⁴¹⁴.

576. Mise à part la reine Brunehaut, qui aurait fait repaver les voies romaines dans le nord de la France¹⁴¹⁵, les souverains qui lancèrent des opérations de restauration du réseau routier furent souvent ceux que la postérité consacra comme les instigateurs de l'État. Ce fut le cas de Charlemagne qui, dans un capitulaire de 793, prescrivit le rétablissement des routes et des ponts par corvées¹⁴¹⁶. Isambert expliqua cette restauration par la volonté de l'empereur de se transporter d'un bout à l'autre de son empire¹⁴¹⁷. Dès lors, il n'est guère surprenant qu'avec le délitement de l'Empire carolingien et, *de facto*, du pouvoir central, le réseau routier fût à nouveau abandonné. Michel Ruche indique à ce titre que « *les pouvoirs politiques qui succédèrent à l'Empire carolingien en Gaule furent fragmentés en principautés territoriales. Une vision du réseau routier était désormais impossible* »¹⁴¹⁸; et le fait, poursuit l'historien, que Louis le Pieux acceptât la reconstruction des ponts par des personnes privées avec leurs propres fonds révéla précisément une certaine « *impuissance de l'État* »¹⁴¹⁹. Juristes et

¹⁴¹⁴ VIGNON (E.-J.-M.), *Études historiques sur l'administration des voies publiques en France*, Tome 1, Paris : Dunod, 1862, p. 1. Voir aussi, pour une description plus romancée, GUILLE (E.), *L'alignement des voies publiques et privées*, Paris : L. Rodstein, 1938, p. 18 : « *La décadence du Bas-Empire avait déjà donné le signal du délaissement du réseau routier ; les invasions barbares vinrent en parachever l'abandon. Qu'importait aux rudes guerriers de l'époque franque, habitués à se frayer un chemin à travers les forêts, l'existence de ces voies bonnes tout au plus pour des esclaves paresseux !* ».

¹⁴¹⁵ L'épisode est pour le moins contesté : en 1920, Camille Jullian, s'appuyant notamment sur les travaux de Nicolas Bergier, écrivait sans détour que « *de toutes manières, l'appellation de "chaussée Brunehaut" est une fantaisie d'érudite, de poète ou d'écolâtre, postérieure à la renaissance carolingienne, et sans le moindre rapport avec la réalité, la reine franque n'ayant jamais rien fait pour les routes* » (*Histoire de la Gaule*, Tome 5, 2^{ème} éd., Hachette, 1920-1926, p. 102, note 2).

¹⁴¹⁶ Voir, pour un extrait en latin dudit capitulaire, DE LA MARE (N.), *Continuation de traité de la police*, Tome 4, Paris : Jean-François Herissant, 1738, p. 493.

¹⁴¹⁷ ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie*, Tome 1, Paris : Constantin, Lecointe et Durey, 1825, p. 11 : « *Charlemagne s'occupait beaucoup des grandes routes ; comme il se transportait continuellement d'un bout à l'autre de son vaste empire, il en avait un très grand besoin : il employait à leur confection les peuples vaincus et ses armées ; il en faisait la dépense sur son trésor* ».

¹⁴¹⁸ ROUCHE (M.), *Le choc des cultures. Romanité, Germanité, Chrétienté durant le Haut Moyen Âge* (textes réunis par Jean Heuclin), Presses universitaires du Septentrion, coll. Histoire et Civilisations, 2003, p. 50.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*

historiens s'accordent sur le rapport entre la féodalité et le piteux état des voies dès la fin de l'Empire carolingien. Léon Aucoc, par exemple, rapporte que « *l'on arriva à cette situation qu'il y eut autant de gouvernements qu'il y avait de seigneurs plus ou moins puissants, c'est à dire, au bout du compte, qu'il n'y eut plus de gouvernement du tout (...) Tous ces petits potentats étaient sans cesse en guerre les uns contre les autres, et pendant qu'on se battait, il n'y avait plus d'agriculture, plus d'industrie, plus de commerce, plus de chemins. Les magnifiques voies romaines avaient été complètement négligées ; peu à peu la végétation les avait recouvertes, elles avaient disparu sous les forêts qu'elles traversaient autrefois (...) Les chemins qui subsistaient à cette époque, et qu'on avait tracés au hasard par suite du besoin qu'on avait encore de communiquer les uns avec les autres, étaient dans le plus fâcheux état. Pas de pierres, pas de pavés! c' était la terre nue ! A peu près praticable pendant l'été, quand il faisait beau temps, mais absolument impraticables pendant l'hiver, quand les pluies et la neige étaient venues les détremper, ces chemins étaient de véritables bourbiers* »¹⁴²⁰.

577. Il semble que le premier monarque qui tenta de reconstituer le réseau routier ainsi délaissé fût Philippe-Auguste. Célèbre pour avoir fait paver les rues de Paris¹⁴²¹, son règne marqua aussi le point de départ de la restauration et de l'accaparement des grands chemins par la royauté¹⁴²². Or, Philippe-Auguste est aussi - et surtout - connu pour avoir développé une administration royale et permis l'affirmation d'un pouvoir de niveau étatique face aux

¹⁴²⁰ AUCOC (L.), *Notions sur l'histoire des voies de communication en France*, Paris : L. Hachette, 1867, pp. 10 à 12. Voir aussi VIGNON (E.-J.-M.), *Études historiques sur l'administration des voies publiques*, op. cit., pp. 4 et 5 : « *L'anéantissement graduel du pouvoir central, l'usurpation des droits régaliens par les seigneurs féodaux qui se partageaient le royaume, l'état de guerre permanent d'une seigneurie à l'autre, l'anarchie universelle ont fait disparaître les relations communes, anéanti le commerce général et détruit ou laissé périr la viabilité des grands chemins (...) Bientôt, à l'exception des avenues de quelques châteaux et des chaussées aux abords de quelques villes, il ne reste guère que des voies locales, tracées comme au hasard par les pas du serf cultivateur et de ses bêtes de somme, les roues de ses chariots, et l'équipage du seigneur allant en guerre avec ses vassaux* ».

¹⁴²¹ Pavage qui s'étendit rapidement aux villes de province. Voir REVERDY (G.), *Histoire des routes de France*, PUF, coll. Que-sais-je (n° 2964), 1995, pp. 19 et 20.

¹⁴²² HOUDRY (J.), *Les problèmes financiers de la route française*, Paris : Maurice Lavergne, 1941, p. 13 : « *Ce n'est que sous Philippe-Auguste, le calme étant un peu revenu dans le pays, que l'on pensa à réparer les voies publiques. Les premiers travaux sérieux entrepris pour leur assurer quelque viabilité furent faits à Paris (...) Ces travaux se continuèrent peu à peu en province, où l'on répara tout d'abord les traversées des villes et les abords des ponts* » ; COSTE (L.), *Droit romain des voies publiques et privées et des servitudes de passage*, Lyon : J. Gallet, 1880, p. 4 : « *Avec le relèvement du pouvoir royal, sous Philippe Auguste, [les seigneurs] perdent la propriété des grandes routes alors existantes, et quand dans la suite des âges, de nouvelles voies de communication étaient confectionnées par les ordres du roi, celui-ci opérant au préjudice des seigneurs une véritable expropriation des terrains qui étaient nécessaires pour ce travail d'utilité publique* ». D'autres auteurs mentionnent également la création d'un corps de commissaires généraux chargés de s'assurer de l'entretien des chemins. Voir en ce sens COURCELLE (L.) *Traité de la voirie*, Paris : Berger-Levrault & C^{ie}, 1900, p. 156 ; BERNEDE (C.), *Des postes en général, et particulièrement en France*, Paris : Raynal, 1826, p. 22.

seigneurs¹⁴²³, en particulier par le déploiement de baillis rappelant, *mutatis mutandis*, les *missi dominici* de Charlemagne. Il est tentant, dès lors, de croire en un parallèle entre le développement du pouvoir et la création d'un réseau de voies publiques, ce que semble confirmer encore le droit pour le roi, mentionné par Philippe de Beaumanoir sous le règne de Saint-Louis, de forcer les seigneurs à entretenir les routes¹⁴²⁴.

578. Après une guerre de Cent ans qui interrompit tant l'affirmation de l'État que les efforts entrepris en matière de voirie, une première « *renaissance de la route* »¹⁴²⁵ résulta de la création, par Louis XI, de relais de postes. Ces relais, qui furent d'abord affectés au service de la royauté, structurèrent durablement le réseau routier¹⁴²⁶. François 1^{er} s'en servit par la suite pour parcourir son royaume dans le seul but de mieux le connaître¹⁴²⁷. Mais l'intervention royale quant à la route se limitait encore, à ce stade, aux grands chemins dont usait le roi : les routes transversales qui reliaient les villes et, *a fortiori*, les chemins vicinaux, restaient totalement ignorés de la royauté¹⁴²⁸.

579. L'impulsion d'Henri IV et de Sully fut de ce point de vue décisive et témoigne encore d'une corrélation entre l'affirmation de l'État et celle des voies : la nécessité de s'occuper de l'ensemble du réseau routier s'imposa « *au temps où Henri IV entreprit de restaurer l'État* »¹⁴²⁹, et se manifesta par la création en 1599 d'un office de grand voyer de France, confié à Sully, clarifiant les compétences en matière de police de la voirie. Mais ce dernier ne se contenta pas de ses attributions en matière de conservation, et présenta dès 1601 un « *projet d'estat général de la grande voyrie, ponts, pavés, chemins, chaussées et réparations de France, tant royales que provinciales* »¹⁴³⁰. En 1605, un arrêt du Conseil imposa un contrôle très scrupuleux de la bonne affectation des péages à l'entretien des voies¹⁴³¹. La royauté

¹⁴²³ BALDWIN (J.), *Philippe Auguste et son gouvernement : les fondations du pouvoir royal en France au Moyen Âge* (trad. B. Bonne), préf. J. Le Goff, Fayard, 1991 ; GALLAND (B.), *Philippe Auguste. Le bâtisseur du royaume*, Belin, coll. Portraits, 2014.

¹⁴²⁴ CAVAILLÈS (H.), *La route française. Son histoire. Sa fonction*, Armand Colin, 1946, p. 33.

¹⁴²⁵ REVERDY (G.), *Histoire des routes de France*, PUF, coll. Que-sais-je (n° 2964), 1995, p.23.

¹⁴²⁶ CAVAILLÈS (H.), *La route française. Son histoire. Sa fonction*, *op. cit.*, p. 42 : « *De Paris aux frontières les plus lointaines, déjà les lignes de relais dessinent le réseau étoilé des routes futures, expression de la centralisation française (...)* Sur le canevas dessiné par les relais de la poste s'édifiera peu à peu le réseau des routes royales ».

¹⁴²⁷ REVERDY (G.), *Histoire des routes de France*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴²⁸ CAVAILLÈS (H.), *La route française. Son histoire. Sa fonction*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁴²⁹ *Ibid.*, p. 47.

¹⁴³⁰ POIRSON (A.), *Histoire du règne de Henri IV*, 2^{ème} éd., Tome 3, Paris : Didier et C^{ie}, 1865, p. 357

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 355.

finança elle-même la réfection de nombreux chemins¹⁴³². Le relâchement de l'autorité royale après le règne d'Henri IV concorda avec la disparition de l'office de grand voyer de France et le retour d'une dégradation du réseau routier. Seules certaines routes continuèrent d'être entretenues par les autorités provinciales, en dehors de toute initiative et contrôle du pouvoir central¹⁴³³. L'époque du règne de Louis XIV fut aussi celle du retour, sous le ministère de Colbert, d'un très grand soin apporté à la circulation avec, comme réformes marquantes, la création d'une administration des ponts et chaussées et l'attribution de ressources régulières pour l'entretien des routes¹⁴³⁴, en particulier celles de la région parisienne¹⁴³⁵. Préoccupé par le développement du commerce, Colbert se souciait d'unir l'ensemble des voies publiques, expliquant que « *l'intention du roi est de faire travailler sans aucune discontinuation au rétablissement de tous les chemins publics et de rendre toutes les rivières de son royaume navigables, autant que la possibilité le pourra permettre* »¹⁴³⁶ et que « *les communications avec les villes maritimes et les ports de mer doivent toujours être mises au rang des principaux chemins* »¹⁴³⁷. La mort de Colbert freina ce développement et marqua le retour d'une phase de dégradation. Toutefois, elle ne dura que brièvement : le réseau routier, en même temps que le corps des ponts et chaussées, revinrent au centre de l'attention des ministres de Louis XV, et bénéficièrent particulièrement de l'action de Trudaine, alors intendant des finances¹⁴³⁸. La création et l'entretien des communications transversales, en revanche, restèrent encore (et pour longtemps) dévolus par des usages locaux aux communautés qu'elles traversaient. Ce n'est qu'à la faveur d'une loi sur les chemins vicinaux

¹⁴³² *Id.*, pp. 356 à 360 : « Dès que le rétablissement encore imparfait des finances permit à Henri de disposer de quelques fonds pour un autre usage que pour la pacification du royaume, il voulut que son gouvernement donnât l'exemple à tous les corps des sacrifices que l'on devait imposer, des efforts que l'on était tenu de faire pour établir et pour augmenter les voies de communication (...) Henri et Sully appliquèrent les ressources ainsi préparées par eux, et progressivement accrues jusqu'à la fin du règne, au rétablissement des anciennes voies de communication par terre, et à la création des voies nouvelles. Les contemporains nous apprennent que, dès l'année 1606, sept ans après les premières réformes introduites, après les premiers travaux ordonnés par le roi, dans la plus grande partie des provinces du royaume, les chemins publics "estoient rétablis au profit du trafic". La plupart avaient été déblayés ou percés de nouveau (...) Le gouvernement avait complété le bon état des chemins publics par les dépenses qu'il avait consacrées au solide établissement des chaussées et au pavage ».

¹⁴³³ REVERDY (G.), *Histoire des routes de France*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴³⁴ CAVAILLÈS (H.), *La route française. Son histoire. Sa fonction*, *op. cit.*, p. 54 : « Les subventions royales n'étaient pas chose nouvelle. Mais elles avaient toujours eu le caractère de contributions exceptionnelles. Avec Colbert elles se renouvelèrent régulièrement d'année en année et formèrent ce que l'on appela désormais "l'état du Roi des Ponts et Chaussées". À partir de 1668, les receveurs généraux durent verser régulièrement, mois par mois, entre les mains du trésorier général des Ponts et Chaussées, les fonds destinés à l'alimenter. Pour la première fois, la route disposait d'un budget régulier ».

¹⁴³⁵ *Ibid.*, pp. 56 s.

¹⁴³⁶ Cité par REVERDY (G.), *Histoire des routes de France*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁴³⁷ *Ibid.*, p. 37.

¹⁴³⁸ Voir sur ce point ARBELLOT (G.), « La grande mutation des routes de France au XVIII^e siècle », *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, 28^{ème} année, n° 3, 1973, pp. 765 s.

du 21 mai 1836 que fut fixé le régime financier de ces voies, partageant entre la commune et le département le financement de l'entretien¹⁴³⁹. Il reste toutefois difficile de nier l'existence d'un lien entre la route et l'affirmation de l'État en France. Henri Cavaillès estime à ce titre qu'à la veille de la Révolution française, « *la construction des voies publiques, telle qu'elle fut conçue et exécutée, acheva de cimenter l'unité nationale* »¹⁴⁴⁰. Ce lien plus précis entre la nation et la route ne semble d'ailleurs pas propre à la France : en Espagne, le réseau de routes royales, d'ailleurs calqué sur le modèle français¹⁴⁴¹, se développa essentiellement au XVIII^{ème} siècle, sous les règnes de Ferdinand VI et de Charles VIII¹⁴⁴², et coïncida ainsi avec l'affirmation d'une unité nationale espagnole, à tel point d'ailleurs que la route relevait à cette époque de l'« *honneur de la nation* »¹⁴⁴³ et que sa défense constituait « *une obligation civique et démonstration de patriotisme* »¹⁴⁴⁴.

2. La double utilité des voies publiques à l'État

« *L'État, tel que nous le concevons aujourd'hui, magistrature unique investie du soin de satisfaire aux besoins d'une société déterminé géographiquement, n'existait pas encore et ne devait pas, de longtemps, exister. La route était née avant lui. Bien plus, elle avait elle-même présidée à sa naissance. L'histoire nous enseigne que la plupart des États ont eu pour origine l'existence d'une voie de passage tracée par la nature, fréquentée par le commerce bien avant qu'il se fût constitué une société et un gouvernement (...) Mais, si la route est antérieure à l'État, l'État, né d'elle, tend, par un retour nécessaire, à l'utiliser pour ses besoins et, comme conséquence, à s'occuper d'elle* »¹⁴⁴⁵. Le propos introductif d'Henri Cavaillès illustre parfaitement la double relation qui unit l'État à la voie publique : l'État use de la voie publique pour ses besoins, et en particulier pour assurer son autorité (a) ; mais la conception de l'État est tellement liée à l'existence des voies publiques, que son existence est légitimée par celles-ci (b).

¹⁴³⁹ CAVAILLÈS (H.), *La route française. Son histoire. Sa fonction op. cit.*, p. 210.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 166.

¹⁴⁴¹ GALLAND-SEGUELA (M.), *Les ingénieurs militaires espagnols de 1710 à 1803. Étude prosopographique et sociale d'un corps d'élite*, Madrid : Casa de Velásquez, coll. Bibliothèque de la Casa de Velásquez, 2008, p. 232.

¹⁴⁴² *Ibid.*

¹⁴⁴³ AYMES (J.-R.), « La route espagnole sous le regard des Ilustrados : désolation et espérance », in *Les voies des Lumières. Le monde ibérique au XVIII^e siècle*, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, coll. Iberica, 1998, p. 46.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 47.

¹⁴⁴⁵ CAVAILLÈS (H.), *La route française. Son histoire. Sa fonction, op. cit.*, pp. 5 et 6.

a. Les voies, instrument d'exercice de l'autorité

580. Les voies constituent un outil indispensable au déploiement d'une autorité, quelle qu'elle soit. L'État lui-même ne disposerait que d'une souveraineté de façade si ses agents ne pouvaient la relayer en sillonnant le territoire grâce à des voies. Cette relation particulière entre les voies et la souveraineté n'apparaissait pas chez Bodin qui liait, au travers du prisme financier, la souveraineté à l'ensemble du domaine¹⁴⁴⁶. On trouve en revanche chez les physiocrates l'idée que seuls doivent être exceptés de l'aliénation du domaine les biens et droits en lien avec la souveraineté¹⁴⁴⁷. Aujourd'hui encore, on lit fréquemment dans la doctrine domaniale l'idée que la souveraineté de l'État nécessite l'existence de certains biens, parfois même leur appropriation publique. Or, deux catégories de biens reviennent constamment : ceux servant la défense, et ceux servant la circulation. Ce binôme était déjà visible chez Anatole des Glajeux, estimant que la détention par les particuliers de biens de défense et de circulation serait vectrice de la création d'un État dans l'État¹⁴⁴⁸. La doctrine contemporaine maintient ce lien entre la souveraineté d'une part, les voies de communication et les biens affectés à la défense d'autre part. C'est le cas de Philippe Yolka, qui postule d'ailleurs l'appropriation publique de ces biens : « *L'existence d'un territoire comme élément d'une entité souveraine suppose (...) que certaines de ses portions appartiennent à l'État ; car l'exercice de la souveraineté implique que ce dernier soit propriétaire d'un réseau de voies de communication et d'installations de défense* »¹⁴⁴⁹. Caroline Chamard-Heim estime qu'« à partir du moment où une société s'organise et un gouvernement se constitue, on se trouve

¹⁴⁴⁶ Ce lien est visible dans des formules bien connues : le domaine est « *le plus honneste & le plus seur moyen* » de produire des fonds, les finances étant « *les nerfs de la République* » : BODIN (J.), *Les six livres de la République*, 4^{ème} éd., Paris : Jacques du Puys, 1579, pp. 852 et 853

¹⁴⁴⁷ Voir DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 84 s.

¹⁴⁴⁸ DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 7 : « *L'idée de souveraineté est (...) tout à fait distincte de l'idée de propriété : les assimiler, c'est ériger le socialisme en doctrine, c'est briser la famille et les testaments ! Mais d'un autre côté, si l'État n'a que des droits incorporels sans aucune parcelle de terre, comment répondra-t-il à sa destination ? comment protégera-t-il les citoyens ? les remparts des villes, les rivières, les grands chemins seront-ils à la merci des particuliers qui entraveront les intérêts généraux de la nation, et créeront, comme on l'a vu souvent dans l'histoire, un État dans l'État ? Il y a donc une distinction à faire : elle résulte de la définition même de la propriété : "La propriété, a dit saint Thomas d'Aquin, est le droit qu'a un être sur les choses qui se rapportent à lui comme à sa fin". Or, n'y a-t-il pas des choses dont les particuliers ne peuvent disposer et qui se rapportent à l'État comme à leur fin, les chemins, les rivières, les remparts ; les vaisseaux, les armes ? Ces objets doivent être dans la main de l'État ; à vrai dire, il n'en est pas propriétaire, car ils échappent par leur nature même à la propriété, et l'État n'a sur eux qu'un pouvoir d'administration dans l'intérêt de tous les membres de la société ; mais ce droit, quel qu'il soit, découle naturellement de la souveraineté : les choses qui en font l'objet ne sont ni aliénables ni prescriptibles »*

¹⁴⁴⁹ YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. 569

nécessairement en présence d'intérêts communs auxquels il faut pourvoir et de besoins généraux que l'État ou l'autorité publique qui en tient lieu doit s'attacher à satisfaire, qu'il s'agisse de voies de communication, de défense ou d'approvisionnement. Le souverain ou le chef de la société doit donc impérativement disposer de biens et de revenus qui seront destinés à réaliser les missions qui sont les siennes »¹⁴⁵⁰. Pour Jean-Philippe Brouant, « *l'existence même d'un territoire en tant qu'élément nécessaire de l'existence d'un État souverain au regard du droit international implique que certaines parties du territoire appartiennent de façon suffisamment stable à des personnes morales de droit public dans un but de défense et de circulation* »¹⁴⁵¹. Marie-Aimée Latournerie explique cette relation entre les voies et la souveraineté : l'expression « physique » de la souveraineté implique que le souverain puisse « *dominer ce territoire en le parcourant physiquement ou en tout cas en se donnant les moyens de le parcourir et en l'organisant à partir d'un centre pour éviter que d'autres ne le dominent* »¹⁴⁵².

581. Les historiens mettent particulièrement en exergue l'utilité des voies à l'exercice de l'autorité, notamment visible sous l'Empire romain : ainsi que le rapportait Nicolas Bergier en 1622, « *l'une des principales causes qui a mis en œuvre tant de bras & de mains à paver des chemins par les provinces de l'Empire, est pour faciliter le passage & transport des armées d'un lieu à un autre, suivant la nécessité des affaires* »¹⁴⁵³. Léon Aucoc, dans le même sens, notait que « *ces chemins-là n'avaient pas été faits pour le bien-être du pays, en vue du développement de l'agriculture, de l'industrie et du commerce ; ils avaient été faits pour assurer la domination du peuple romain* »¹⁴⁵⁴. Plus récemment, Paul-Marie Duval rappelait que « *depuis les Perses, on savait que les bonnes routes [étaient] indispensables à la durée d'un empire comme à sa création (...) La construction des routes allait de pair avec la conquête des terres nouvelles, servait ensuite à leur pacification, enfin à leur mise en valeur. Il fallait (...) que d'un bout à l'autre du monde romain la route assurât la traversée des*

¹⁴⁵⁰ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 59.

¹⁴⁵¹ BROUANT (J.-P.), « *Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ?* », *LPA* 15 juillet 1994, n° 84, p. 23.

¹⁴⁵² LATOURNERIE (M.-A.), *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 2004, p. 32.

¹⁴⁵³ BERGIER (N.), *Histoire des grands chemins de l'Empire romain*, Paris : C. Morel, 1622, p. 635.

¹⁴⁵⁴ AUCOC (L.), *Notions sur l'histoire des voies de communication en France*, Paris : L. Hachette, 1867, p. 9.

provinces la plus rapide possible aux troupes, aux administrateurs et aux courriers »¹⁴⁵⁵. La vocation première des grands chemins à cette époque était de servir les intérêts de l'Empire, bien avant de servir ceux du public¹⁴⁵⁶. Signalons également la réflexion très intéressante de Lewis Mumford qui, sans viser particulièrement l'Empire romain, voit dans la volonté d'une collectivité publique de contrôler les voies de communication avoisinantes et nécessaires à sa survie une explication à l'évolution de la cité-État vers l'Empire¹⁴⁵⁷

582. La remarque est encore valable pour l'Empire carolingien et le royaume de Philippe-Auguste : à propos du premier, Michel Rouche lie clairement la réfection des routes à l'affirmation de l'État par l'envoi des *missi dominici* : « *Visiblement, le IX^{ème} siècle fut une époque de remise en ordre de l'ancien réseau routier romain (...) Cela est dû à une politique voulue par Charlemagne et ses successeurs qui répétèrent les mesures prises (...) La nécessité de la restauration du réseau routier était liée au succès d'une autre réforme, celle des missi dominici. Comment ces agents royaux auraient-ils pu être rapides et efficaces s'ils étaient entravés par des routes transformées en fondrières ?* »¹⁴⁵⁸.

583. Plus tard, au XVIII^{ème} siècle, la réfection des routes reliant la capitale aux provinces répondait là encore à des motifs d'autorité : « *Il fallait avant tout qu'à travers ce très vaste royaume de France les ordres du gouvernement puissent parvenir plus rapidement et plus*

¹⁴⁵⁵ DUVAL (P.-M.), *Travaux sur la Gaule (1946-1986)*, Publications de l'École française de Rome (n° 116), 1989, p. 743.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, pp. 752 et 753 : « *Ces routes étaient loin (...) d'avoir les fonctions variées de la route moderne. La voie gallo-romaine n'est pas une route de tourisme (...); ce n'est pas une route de pèlerinage (...) elle ne dessert pas les intérêts locaux, laissant ce soin à des chemins, à la rivière : c'est une étrangère, en ce sens, dans la vie des campagnes (...) La voie gallo-romaine est avant tout une route d'empire, une route d'État, une route publique et militaire (...) Faite pour les transferts officiels, militaires ou administratifs et postiers, elle est esclave de la rapidité dans son tracé comme dans sa construction. Elle met au service de l'État les mêmes qualités - mutatis mutandis - que l'autoroute met aujourd'hui au service des individus. Elle n'est pas liée à la vie du pays agricole ou à l'essor d'importantes collectivités. Seuls les échanges commerciaux, les transports de vivres et de matériaux qui l'empruntent, d'abord à la suite des armées, ensuite librement pendant la paix romaine, la mêlent à la vie économique du pays* ».

¹⁴⁵⁷ MUMFORD (L.), *La Cité à travers l'Histoire* (trad. Guy et Gérard Durand), Le Seuil, coll. Esprit « La cité prochaine », 1964, p. 96 : « *La pénurie des moyens de transport, ou le fait qu'une communauté voisine pouvait troubler ou interrompre le trafic fluvial ou maritime constituait une menace pour le développement, voire pour l'existence même de la cité. Les cités puissantes se sont donc toujours efforcées de reculer les limites des territoires qu'elles contrôlaient et d'anéantir les cités qui pourraient menacer leurs routes commerciales ; - "les artères vitales" devaient être à tout prix préservées. Ainsi s'expliquerait une évolution politique qui, de la cité, conduit à l'empire* ».

¹⁴⁵⁸ ROUCHE (M.), *Le choc des cultures. Romanité, Germanité, Chrétienté durant le Haut Moyen Âge* (textes réunis par Jean Heuclin), Presses universitaires du Septentrion, coll. Histoire et Civilisations, 2003, pp. 42 et 43.

sûrement jusqu'aux provinces éloignées »¹⁴⁵⁹. En Espagne également, le développement du réseau routier à partir de Madrid « obéissait surtout à une volonté centralisatrice, tout à la fois politique, militaire et économique, puisque, à l'évidence - bien que les textes contemporains ne soient pas là pour l'attester - la mise à disposition du pouvoir madrilène d'un réseau radial permet d'ouvrir ou d'accélérer la circulation des ordres, de la gazette royale, de l'armée (...) en direction des confins du pays, et, subsidiairement, d'assurer l'approvisionnement des Madrilènes et de faire parvenir jusqu'aux Castilles les produits en provenance des colonies et de la périphérie »¹⁴⁶⁰. Sur un plan plus symbolique, les places royales établies ou refaites sous le règne de Louis XIV visèrent à « exalter la ferveur monarchique »¹⁴⁶¹ et à « renforcer l'unité du royaume »¹⁴⁶² en portant en leur centre des statues du monarque triomphant.

584. La même fonction des routes se retrouve sous l'Empire napoléonien : l'œuvre de l'empereur tendait à un développement des routes inspiré « avant tout des besoins militaires et du dessein d'assurer au pays la conquête des marchés étrangers »¹⁴⁶³. Les routes internes, reliant les villes françaises entre elles, furent ainsi délaissées au bénéfice des routes reliant Paris aux frontières¹⁴⁶⁴.

585. L'autoroute entretient également un lien étroit avec la puissance publique. La construction des autoroutes nazies servit non seulement à la création d'emplois, mais aussi à la préparation de la guerre¹⁴⁶⁵. Comme le relève Édouard Bornecque dans une étude de 1939, les *autostradas* italiennes et les *autobahnen* allemandes constituèrent « un instrument réel de gouvernement : ainsi était créé par certains États un réseau de voies spécialement affecté au trafic automobile sur tout son parcours, et reliant entre elles, sur une très longue distance, les

¹⁴⁵⁹ ARBELLOT (G.), *La grande mutation des routes de France au XVIII^e siècle*, Annales Économies, Sociétés, Civilisations, 28^{ème} année, n° 3, 1973, pp. 766 et 767.

¹⁴⁶⁰ AYMES (J.-R.), « La route espagnole sous le regard des Ilustrados : désolation et espérance », in *Les voies des Lumières. Le monde ibérique au XVIII^e siècle*, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, coll. Iberica, 1998, p. 47.

¹⁴⁶¹ HAROUEL (J.-L.), *Histoire de l'urbanisme*, PUF, coll. Que-sais-je ? (n° 1892), 1981, p. 57.

¹⁴⁶² *Ibid.*, p. 58.

¹⁴⁶³ CAVAILLÈS (H.), *La route française. Son histoire. Sa fonction*, Armand Colin, 1946, p. 183.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 184.

¹⁴⁶⁵ BEREND (I.), *Histoire économique de l'Europe du XX^e siècle*, Bruxelles : De Boeck, coll. Ouvertures économiques, 1998, p. 108 ; SCHIRMANN (S.), « Le réarmement allemand : implications industrielles et sociales (1933-1939) », *Matériaux pour l'histoire de notre temps* n° 47 (« Historiens d'hier et industrialisation en Europe occidentale de 1880 à la fin des années 1960 »), 1997, p. 24.

circonscriptions administratives, dont ces voies ne pouvaient avoir pour résultat que d'augmenter la dépendance vis-à-vis du pouvoir central »¹⁴⁶⁶.

b. Les voies publiques, instrument de légitimation de l'État

586. Les voies dont nous venons de parler n'ont pas à être affectées au public pour remplir leur rôle d'instrument d'exercice de l'autorité de l'État. Cela dit, la nécessité et l'existence de voies publiques servent d'une autre façon l'institution étatique : elles en assoient la légitimité. La construction de voies publiques apparaît en effet, historiquement, comme l'une des principales missions de l'État.

587. Longtemps l'action royale en matière de voies publiques se limita à ordonner aux pouvoirs locaux la réfection des voies. Nous avons vu que les ministères de Sully puis de Colbert changèrent cela, puisque les travaux furent de plus en plus souvent pris en charge financièrement par la royauté. Certes, il s'agissait surtout de servir des intérêts militaires, en s'assurant que les routes fussent aptes à supporter sur la durée le très lourd matériel employé pour les guerres du XVI^{ème} siècle¹⁴⁶⁷. La construction de voies était, à ce titre, le complément naturel de la mission de défense traditionnellement dévolue à l'État. Mais la construction de voies « publiques », terrestres ou aquatiques, devint elle aussi une mission de l'État à mesure que progressaient les nouvelles théories économiques de l'époque. Henri Cavaillès met en exergue cette évolution, en relevant qu' « *au cours du XVI^e siècle, l'idée que l'on se faisait du gouvernement s'était modifiée et élargie. Sous l'influence de ceux que l'on commence à appeler les "économistes", les Bodin, les Laffemas, les Montchrétien, les théories mercantilistes tendent à lui imposer de nouveaux devoirs. Et tout d'abord celui de concourir à la prospérité générale, de réduire les achats à l'étranger et d'enrichir l'État. Or, quel outillage est plus nécessaire que celui des moyens de transport : ports de mer, voies navigables, chemins bien entretenus ? C'est sous l'empire de ces nécessités que le Roi et son ministre entreprirent d'améliorer la navigation sur les fleuves et qu'ils engagèrent, en 1605, le creusement du canal de Briare, première œuvre de grande envergure conçue pour des fins d'utilité publique. Ce sont les mêmes raisons qui les entraînèrent à s'attaquer à l'œuvre, plus*

¹⁴⁶⁶ BORNECQUE (É.), « Les autoroutes, nouvelle dépendance du domaine public », *RDP* 1939, p. 244.

¹⁴⁶⁷ CAVAILLÈS (H.), *La route française. Son histoire. Sa fonction*, op. cit., pp. 47 et 48. L'auteur estime d'ailleurs qu' « *il n'est pas indifférent à l'histoire de la route française que Sully, avant même d'être fait Grand Voyer de France, ait été Grand Maître de l'Artillerie* ».

urgente encore, de la route »¹⁴⁶⁸. Il s'agit là d'une mission fondamentale de l'État, ce qui explique qu'elle survécût sans peine, au XVIII^{ème} siècle, au libéralisme économique. Ce n'est d'ailleurs qu'après la diffusion de la conception interventionniste de l'État que les biens affectés à un service public purent entrer dans le domaine public¹⁴⁶⁹. Le niveau étatique présente par ailleurs certains avantages pour la cohésion du réseau : ainsi que le constatait, au XIX^{ème} siècle, l'ingénieur britannique Richard Lovell Edgeworth, « *il n'y a qu'un système général et unique de routes qui puisse réussir dans un même royaume. C'est en vain qu'une paroisse réparera ses chemins, si les paroisses attenantes négligent les leurs : car la négligence d'un seul bout de route rendra impassable tout le reste, à moins d'un attelage assez fort pour franchir le mauvais pas. Les routes transversales sont meilleures en France (...) parce qu'elles se trouvent sous la direction immédiate du gouvernement* »¹⁴⁷⁰.

588. Le fait que le réseau routier constitue une mission de l'État trouve sa concrétisation juridique dans l'arrêt *Société entreprise Peyrot*¹⁴⁷¹. Le juge des conflits affirme, dans un considérant célèbre que « *la construction des routes nationales (...) appartient par nature à l'État* ». Si, comme nous l'avons vu à propos de la domanialité publique¹⁴⁷², le fondement de la « nature » est toujours contestable et masque des motifs d'opportunité, il révèle malgré tout une intuition, en l'occurrence celle du caractère traditionnel de l'attribution de la construction des routes à l'État. Le juge administratif réaffirma plusieurs fois cette conviction¹⁴⁷³, se montrant même plus précis : dans une décision de 1988, le Conseil d'État estima que « *la conception, la mise en œuvre et l'amélioration d'un réseau cohérent de communications routières constituent l'une des missions de l'État* »¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 48.

¹⁴⁶⁹ BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Lavalie, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, p. 329 : « *L'État, ce Janus insaisissable, semblait devoir posséder en priorité les dépendances du domaine public qui constituent son corps, et au fur et à mesure que son intervention économique a évolué, passant du libéralisme à l'interventionnisme entre le début et la seconde moitié du XX^{ème} siècle, il s'est ainsi approprié après les dépendances affectées à l'usage direct du public, de nombreuses dépendances affectées à un service public et spécialement aménagées à cet effet* ».

¹⁴⁷⁰ EDGEWORTH (R.-L.), *Essai sur la construction des routes et des voiries* (trad. A. Ballyet), Paris : Anselin et Pochard, 1827, pp. 6 et 7.

¹⁴⁷¹ TC, 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot*, rec. p. 787 ; GAJA n° 84 ; RDP 1963, p. 776, concl. Lasry ; RDP 1964, p. 767, note Fabre et Morin ; JCP G 1963, II 13375, note Auby.

¹⁴⁷² Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁴⁷³ Pour ne citer que les décisions les plus récentes, dans lesquelles le juge englobe l'autoroute, voir par exemple CE, 23 décembre 2011, *Société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, req. n° 340348 ; CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, req. n° 332136.

¹⁴⁷⁴ CE, 18 novembre 1988, *Fédération nationale des travaux publics*, req. n° 72653.

B. Des voies publiques nécessaires à la formation d'une société

Cette nécessité apparaît dès la lecture des définitions que donne Le Littré du terme société : « *Réunion d'hommes ayant même origine, mêmes usages, mêmes lois* », « *communication, rapports, relations* », « *rapports qu'ont entre eux les habitants d'un pays, d'une ville* ». L'on perçoit bien à travers ces définitions que le lien qui détermine la société est celui entre des individus qui ne sont que les membres indifférenciés d'un public. Pour assurer cette relation entre les individus d'un même public, il faut des zones qui leur soient ouvertes de façon indifférenciée, ce qui est précisément le cas des voies publiques. En cela, les voies publiques sont indispensables aux relations sociales (1). Mais leur rôle dépasse celui de simple instrument : elles constituent une véritable réification du groupe social (2).

1. Des voies publiques nécessaires au lien social

589. Cette nécessité des voies publiques au lien social fait l'unanimité dans toutes les branches de la doctrine, qu'elle soit juridique, historique, sociologique ou urbanistique. Ce lien entre société et circulation est tellement intime que Guizot le décrit avec un certain lyrisme : « *La société humaine, cette société qu'on appelle un peuple, n'est pas une simple juxtaposition d'existences isolées et passagères (...) La vie sociale de chaque homme n'est point concentrée dans l'espace matériel qui en est le théâtre et dans le moment qui s'ensuit : elle se répand dans toutes les relations qu'il a contractées sur les différents points du territoire ; et non seulement dans celles qu'il a contractées, mais aussi dans celles qu'il peut contracter ou même concevoir ; elle embrasse non-seulement le présent, mais l'avenir, l'homme vit sur mille points où il n'habite pas, dans mille moments qui ne sont pas encore ; et si ce développement de sa vie lui est retranché, s'il est forcé de s'enfermer dans les étroites limites de son existence matérielle et actuelle, de s'isoler dans l'espace et le temps, la vie sociale est mutilée, la société n'est plus* »¹⁴⁷⁵. La possibilité d'évoluer dans l'espace est pour le groupe une question de survie: sécurité et nourriture sont tributaires des voies qui permettent d'aller et venir dans et hors du lieu de regroupement, qu'il s'agisse d'un hameau ou d'une mégapole. Le postulat physiocrate du « laissez-faire, laissez-passer » visait entre

¹⁴⁷⁵ GUIZOT (F.), *Cours d'Histoire moderne. Histoire de la civilisation en France, depuis la chute de l'Empire romain jusqu'en 1789*, Tome 1, Bruxelles : Louis Hauman et C^{ie}, 1835 pp. 252 et 253.

autres à faciliter le transport des denrées pour limiter les risques de disette¹⁴⁷⁶. Mais figure également, parmi les « *besoins primordiaux de la communauté* »¹⁴⁷⁷, celui de nouer un lien social. Pour l'historien de l'urbanisme Pierre Lavedan, « *le besoin de se réunir, de communiquer les uns avec les autres, disons le besoin social est après la sécurité et la nourriture, un besoin élémentaire de l'homme. Dans toutes les agglomérations, il faut un espace libre et public. Les motifs de rencontre sont multiples : religieux, politique, économique (marché), conversation, promenade, etc.* »¹⁴⁷⁸. À l'échelle de la ville, l'historien Maurice Garden met également en exergue le caractère pluridimensionnel du lien social créé par la rue, qu'il qualifie de lieu « *de toutes sortes de sociabilités qui sont directement liées à la circulation dans la ville* »¹⁴⁷⁹. Thierry Paquot mentionne les travaux du baron Haussmann et de l'urbaniste espagnol du XIX^{ème} siècle Ildefonso Cerdà, fondés sur l'existence d'un « homme social » : « *Cerdà considère que l' "homme social" se meut et se repose, aussi est-il attentif aux réseaux techniques et aux voies de circulation, donc aux rues (...) Haussmann (...) souscrit à l'idée que Cerdà (dont il ignore tout) se fait du citadin : un actif qui circule et qui se détend* »¹⁴⁸⁰. Actuellement, et sur un tout autre plan, les sociologues se questionnent sur la persistance du lien social dès lors que les communications, grâce aux nouvelles technologies, se dispensent de plus en plus d'un contact direct, comme si le véritable lien social pouvait n'avoir lieu que sur ou au moyen des voies publiques¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁶ BROUANT (J.-P.), « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *LPA* 15 juillet 1994, n° 84, p. 21.

¹⁴⁷⁷ C'est l'expression qu'emploie Raymond Saleilles pour désigner la fonction des biens qui appartiennent à l'État mais dont le but n'est pas de lui procurer des ressources. Voir SALEILLES (R.), *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris : Larose et Forcel, 1889, p. 106.

¹⁴⁷⁸ LAVEDAN (P.), HUGUENEY (J.), *L'Histoire de l'urbanisme. Antiquité*, 2^{ème} éd., Paris : Henri Laurens, 1966, p. 216.

¹⁴⁷⁹ GARDEN (M.), « Histoire de la rue », *Pouvoirs* n° 116 (« La rue »), p. 12. L'auteur précise sa pensée en distinguant le lien social né du hasard de la circulation de celui né du voisinage : « *Il faudrait évoquer tous les petits métiers d'autrefois, les crieurs, les cireurs, les porteurs (d'eau par exemple), les vendeurs plus ou moins à la sauvette de billets de loterie, de journaux, de brochures (...) et puis le monde interlope de la rue, les coupe-jarrets, les voleurs à la tire, les pickpockets de toute sorte qui volent le promeneur naïf arrivé de sa campagne ou de sa province. Mais la rue est un peu plus que cette promiscuité de hasard. Elle est aussi, et peut-être surtout, rencontre de proximité ; se retrouvent les habitants de mêmes immeubles, se croisent des emplois du temps involontaires, qui peuvent se transformer en rendez-vous plus ou moins complices. Dans les rues de la ville moderne se noue ainsi une complicité de voisinage, qui se ligue contre toutes les formes des agressions extérieures ou de l'autorité. Que les commissaires ou les agents de sûreté ne s'amuse pas à vouloir verbaliser telle ou telle infraction (au séjour, au code du travail), le cri de la rue aura tôt fait d'alerter le possible suspect, et la maréchaussée reste rarement maîtresse de la rue »*

¹⁴⁸⁰ PAQUOT (T.), *L'espace public*, La Découverte, coll. Repères, 2009, p. 78.

¹⁴⁸¹ MCPHERSON (M.), SMITH-LOVIN (L.), BRASHEARS (M.), « Social isolation in America : changes in core discussion networks over two decades », *American Sociological Review* juin 2006, n° 71, pp. 353 s.

590. La doctrine juridique connaît également l'intimité de ce lien : Domat, par exemple, estimait que les choses destinées aux usages communs, parmi lesquelles il rangeait bien-sûr les voies publiques, étaient d'un usage « *naturellement nécessaire dans la société* »¹⁴⁸². Bien plus tard, Proudhon rappelait en introduction de son traité consacré au domaine public la propension naturelle de l'homme à la vie en société¹⁴⁸³. André de Laubadère évoquait également une sibylline « *réalisation des relations territoriales* »¹⁴⁸⁴ comme destination de la voirie, qui ressemble fort à l'entretien d'un lien social. Chez les juristes contemporains, cet aspect sociétal du domaine public est fréquemment mis en exergue. Yves Brard qualifie ainsi les axes de communication d'« *élément fondamental des sociétés modernes* »¹⁴⁸⁵. Patrice Chrétien considère que « *la société civile présuppose l'existence de "lieux publics"* »¹⁴⁸⁶. Christian Lavialle, évoquant la liste originelle des biens du domaine public, celle figurant dans la loi de 1790 puis dans le Code civil, estime que celle-ci « *s'est naturellement imposée, ce furent ceux qui servent de support à la vie sociale, qui sont sa condition d'existence* »¹⁴⁸⁷. Nathalie Bettio qualifie les dépendances affectées à l'usage de tous de « *cœur de la vie sociale (...)* où se tissent spontanément les relations humaines, le dialogue, l'échange »¹⁴⁸⁸. Hervé de Gaudemar considère ces mêmes biens comme « *essentiels dans une société* »¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸² DOMAT (J.), *Le Droit public. Des lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome 4, Paris : Jean-Baptiste Coignard, Paris, 1697, p. 228.

¹⁴⁸³ PROUDHON (J.-B.), *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Tome 1, Dijon : Victor Lagier, 1833, pp. 19 et 20 : « *Et qu'on remarque bien que s'il est un fait constant dans le monde, c'est que la terre ne produisant pas spontanément de quoi nourrir ses habitants, il a fallu la cultiver pour en obtenir les produits nécessaires à leur subsistance ; or l'art de l'agriculture en entraîne une foule d'autres qui ne peuvent être exercés par les mêmes personnes : en sorte que les hommes, loin de pouvoir se passer les uns des autres, ne peuvent au contraire subsister que par la communication ou les échanges mutuels de leurs services réciproques et continuels* ». Puis, p. 24 : « *Tout dans l'homme le rappelle à vivre en société avec les autres hommes : le besoin de sa propre conservation, l'instinct qui le porte au plaisir, ses penchans les plus naturels, ses qualités les plus nobles, ses facultés les plus belles et ses passions les plus vives, sont autant d'anneaux de la chaîne par laquelle le Créateur l'a invinciblement attaché à la vie commune* »

¹⁴⁸⁴ DE LAUBADÈRE (A.), *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Paris : Recueil Sirey, 1935, p. 354.

¹⁴⁸⁵ BRARD (Y.), « *Contraventions de voirie routière* », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 66), § 1.

¹⁴⁸⁶ CHRÉTIEN (P.), *La distinction des domaines comme forme symbolique : recherches relatives au droit des biens publics*, Thèse Paris I, 1990, p. 67.

¹⁴⁸⁷ LAVIALLE (C.), « *Don et domaine public* », in *Le don en droit public* (dir. N. Jacquinet), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, 2012, p. 115. Voir aussi LAVIALLE (C.), « *Que reste-t-il de la jurisprudence Société Le Béton ?* », *RFDA* 2010, p. 534 : « *Les articles 538 et suivants (...) se contentent en ce sens de poser l'exister d'un domaine public et de le soustraire au régime de la propriété privée, comme si ce qui importait était avant tout d'affirmer qu'il y a des biens qui échappent à la logique des intérêts particuliers et dont la fonction est de contribuer à réaliser la vie sociale. C'est parce que l'homme est un animal politique, pour reprendre la formule d'Aristote, qu'il n'y a pas de collectivité sans biens qui ne soient directement destinés aux usages collectifs par lesquels elle se manifeste* ».

¹⁴⁸⁸ BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Lavialle, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, p. 460.

¹⁴⁸⁹ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 420.

591. Vectrices de lien social, les voies publiques le sont également de tous les liens accessoires, notamment économiques et religieux. L'on se souvient que ce furent des considérations économiques qui justifiaient le développement du réseau routier royal à l'époque de Colbert. À l'échelle de la ville, Maurice Garden relève que la rue constituait, jusqu'au début du XVII^{ème} siècle et l'action de Sully en matière d'alignement, le support privilégié des activités marchandes, sur laquelle étaient dressés les étalages. C'est précisément la volonté de la désencombrer qui présida souvent à la création de places spécialisées pour la réception périodique des marchés¹⁴⁹⁰. L'aspect religieux est également une forme du lien social (l'étymologie de « religion » renvoie au « lien ») qui, avec la défense du territoire, justifia au Moyen Âge l'essentiel des voyages à longue distance¹⁴⁹¹. La légende de l'Ordre des frères pontifes attribue, au XI^{ème} siècle, à une congrégation religieuse la construction de ponts sur les principaux fleuves, en vue de favoriser les voyages des pèlerins¹⁴⁹².

2. La réification du groupe social par les voies publiques

592. Plus que de servir le lien social, les voies publiques le réifient. Christian Laviolle remarque que « *ce n'est pas un hasard si l'Agora et le Forum sont les symboles des cités-États* »¹⁴⁹³. Mais, plus encore, ce n'est pas un hasard si l'*agora* désigne en grec ancien tout à la fois la place et l'assemblée qui s'y trouve¹⁴⁹⁴, ce qui confirme qu'il existe un lien ontologique entre le domaine public affecté à l'usage de tous et le « *public des citoyens* »¹⁴⁹⁵, et que « *le domaine public est d'une certaine façon la forme réifiée du public (...) et rend*

¹⁴⁹⁰ GARDEN (M.), « Histoire de la rue », *art. cit.*, pp. 10 et 11.

¹⁴⁹¹ FUSTIER (P.), *La route. Voies antiques - Chemins anciens - Chaussées modernes*, Paris : A. et J. Picard & C^{ie}, 1968, pp. 152 ; VERDON (J.), *Voyager au Moyen Âge*, éd. Perrin, coll. Tempus, 2007, pp. 256 s.

¹⁴⁹² COURCELLE (L.), *Traité de la voirie*, 1900 : *Ce n'était pas une œuvre facile, dans ce temps là, dans l'état de la science, que de bâtir des ponts sur de grands fleuves. Il se forma, au XI^{ème} siècle, une association de religieux qui avait pour objet de rendre ce grand service aux voyageurs et principalement aux pèlerins. Elle s'appelait l'Association des frères pontifes (pontife veut dire faiseur, constructeur de ponts). Pendant près de deux siècles, cette association a construit beaucoup de ponts dans diverses parties de la France. Il y en a qui subsistent encore, entre autres le fameux pont d'Avignon et le pont Saint-Esprit, tous les deux sur le Rhône* ». La réalité de cet ordre et de ses buts est aujourd'hui extrêmement contestée par les historiens. Voir notamment BOYER (M.-N.), *Medieval French bridges. A history*, Mediaeval Academy of America, 1976, p. 46 ; THOMASSET (C.), « Les ponts au Moyen-Âge » (introduction), in *Les ponts au Moyen Âge* (dir. D. James-Raoul et C. Thomasset), Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2006, p. 9.

¹⁴⁹³ LAVIALLE (C.), « Don et domaine public », *art. cit.*, p. 115.

¹⁴⁹⁴ PAQUOT (T.), *L'espace public, op. cit.*, p. 70 : « *L'endroit le plus caractéristique de la ville entendue comme polis ("Cité") est l'agora, dont le nom bien du verbe ageirein qui signifie "s'assembler", "se rassembler"* ».

¹⁴⁹⁵ LAVIALLE (C.), « Le domaine public : une catégorie juridique menacée ? », *RFDA* 1999, p. 580.

visible cette collective humaine »¹⁴⁹⁶. La personnification de la rue dans le discours politique (« *la rue doit s'exprimer mais ce n'est pas la rue qui gouverne* »¹⁴⁹⁷) ou encore sa dénomination fréquente par le nom de personnages historiques¹⁴⁹⁸ témoigne encore d'une fonction réificatrice assignée à la voie publique. L'isolation d'un public déterminé par les choses dont il use et qui détermine par la suite l'existence de la commune est particulièrement mise en exergue par Maurice Monteil, lorsqu'il examine le régime des choses publiques au Moyen Âge : « *On peut présumer d'une façon très plausible que, dans les villes, bien gérées en somme, et où l'esprit public était assez développé, l'usage de la généralité des habitants sur les choses publiques fut sauvegardé (...) Mais ce qu'il importe surtout de remarquer, dans cette période de reconstitution de la France, c'est ce fait que la notion d'un intérêt public se dégage ; car la conception de la domanialité publique suppose l'idée d'un ensemble d'habitants, sujets ou citoyens, d'un public ayant des droits relatifs aux choses publiques* »¹⁴⁹⁹. L'usage des choses publiques que Monteil, il est vrai, ne résume pas qu'aux voies publiques, permet donc l'émergence d'un intérêt public et contribue *in fine* à la formation de la collectivité publique.

593. La voie publique est peut-être également l'une des manifestations les plus immédiatement visibles du contrat social. Cette idée n'a pas été développée par les auteurs classiques du contrat social, étrangement peu loquaces sur les choses publiques¹⁵⁰⁰, mais sous une plume beaucoup moins exposée, celle de Paul-Charles Lorry, annotateur du traité de Lefèvre de la Planche : « *Quelle que soit l'origine d'un État & la constitution, en analysant cette constitution, on trouvera toujours une convention de la part des Membres qui le forment, par laquelle ils consentent à se dépouiller de tous avantages particuliers, pour les reverser dans le trésor commun de la société (...) Il y a un profit infini dans cette communication de toute sorte d'avantages, & dans cette contribution de tous les citoyens qui transportent tout ce que la Nature & la Providence leur ont donné dans le dépôt commun, d'où ensuite ces biens ressortent pour se répandre, mais avec règle & avec justice ; par les différens canaux*

¹⁴⁹⁶ LAVIALLE (C.), « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G* 1994, I 3766.

¹⁴⁹⁷ L'expression fut adressée en 2003 par le Premier ministre Jean-Pierre Raffarin aux manifestants défavorables à une réforme du système de retraites.

¹⁴⁹⁸ Sur le rapport entre ces dénominations et les valeurs sous-jacentes, voir KNAEBEL (G.), *La rue mémoire, écriture du politique*, Pouvoirs n° 116 (« La rue »), pp. 87 s.

¹⁴⁹⁹ MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, Paris : L. Larose, 1902, p. 120. L'auteur admet tout de même qu'il ne s'agit là que de supputations, dans la mesure où les chartes communes ne disent rien des choses publiques.

¹⁵⁰⁰ LAVIALLE (C.), « Don et domaine public », *op. cit.*, p. 114. Seul Hobbes évoque en des termes assez ambigus l'idée de biens exclus de la propriété privée, sans pour autant en décrire la teneur.

qui se trouvent établis, pour aller, sous la direction de celui ou de ceux auxquels la société a donné, à cet effet, sa délégation, porter la vie & l'action dans les différentes articulations de ce corps intellectuel qui forme la société (...) Ce dépôt commun où les citoyens versent tous leurs avantages personnels pour les reprendre ensuite, suivant les règles du droit de la Nation, forme la première idée de ce que l'on appelle Fisc ; son usage, dans la société, est celui du cœur dans le corps humain ; il est le principe de tout mouvement (...) Ce dépôt (...) est confié à l'administration du Roi, parce que c'est en lui que réside la puissance publique, parce qu'il est la loi animée, parce que tous les droits de la société sont transportés sur lui. Mais dans l'instant même où ce dépôt s'est formé, a commencé la distribution, & dans le même instant, les citoyens apportant leur contribution, ont reçu & remporté avec eux ce que la société leur donnoit, soit par forme de partage, soit comme renouveau d'un titre de propriété plus ancien (...) La première opération de cette distribution consiste à consacrer aux usages publics ce qu'on y juge nécessaire. Tout appartient à la société, tout est fait pour elle ; & ainsi dans ce qu'elle s'adjudge, elle ne fait que retenir ce qui est d'ailleurs à elle »¹⁵⁰¹.

L'utilisation quotidienne de la voie publique rappellerait ainsi à ses usagers la conclusion originelle du contrat social, partageant propriété publique et privée et classant dans la première les choses consacrées aux usages publics, parmi lesquelles les voies publiques. Ces dernières réifient donc ce contrat et, par conséquent, la société qu'il instaure.

§ 2. Des voies publiques nécessaires à la liberté

La voie publique est le support privilégié de nombreuses libertés ; support « privilégié », et non « exclusif », dans la mesure où la liberté d'aller et venir, par exemple, peut aussi s'exercer dans lieux affectés à l'usage de tous qui, tels que les jardins publics, ne sont pas des voies publiques. Il serait toutefois difficile d'offrir sa pleine effectivité à cette liberté si certains biens essentiellement voués à la circulation n'étaient pas mis à la disposition du public. Avant d'énumérer ces libertés et d'explicitier le rapport qu'elles entretiennent avec la voie publique (B), il convient de noter que l'affectation des biens à l'usage de tous qui, rappelons-le, concerne essentiellement des voies publiques, implique en elle-même la liberté (A).

¹⁵⁰¹ LORRY (P.-C.), in *Mémoires sur les matières domaniales ou Traité du domaine* (préface à l'ouvrage de Lefèvre de la Planche), Paris : Desaint & Saillant, Vincent 1764, pp. xxvii à xxxvii.

A. Le lien natif entre les biens affectés à l'usage de tous et la liberté

594. Le rapport entre liberté d'aller et venir et les biens affectés à l'usage de tous fut particulièrement mis en évidence par Jèze. Étudiant les prérogatives du public à l'égard du domaine public, il lui refuse tout « droit » mais lui reconnaît une « liberté » : « *Nous constatons que si les individus n'ont pas le pouvoir de s'approprier les choses du domaine public, ils ont incontestablement le pouvoir d'en user ; bien entendu, il s'agit des dépendances affectées à l'usage du public, telles que les routes, les fleuves, les canaux, le rivage de la mer, etc. Qu'ils aient ce pouvoir, la chose n'est pas douteuse. C'est justement parce que et pour que les individus se servent des routes, fleuves, canaux, rivages de la mer, etc., que ces choses ont été soumises à un régime juridique spécial ; ce régime est dominé tout entier par la préoccupation de faciliter aux individus l'usage de ces choses publiques (...) Ce prétendu droit ou pouvoir n'est pas autre chose que le pouvoir légal des individus de manifester leur libre activité (liberté de la personne, liberté du commerce et de l'industrie, etc.) sur les dépendances du domaine public : c'est le pouvoir de liberté individuelle sensu lato s'exerçant sur les choses publiques. En réalité, il n'y a donc pas de "droit" du public sur le domaine public : il y a des individus manifestant leur libre activité sur des dépendances du domaine public* »¹⁵⁰². Il explique son refus de reconnaissance d'un droit subjectif précisément parce que le pouvoir de se servir de ces choses conformément à leur destination émane du droit objectif : « *La liberté individuelle est un pouvoir légal, dont tous les éléments sont déterminés par la loi d'une manière générale, impersonnelle, permanente et essentiellement révocable ; ce n'est pas une situation juridique individuelle, subjective* »¹⁵⁰³. Dans un article ultérieur sur le même sujet, l'auteur persiste et ajoute qu'« *il est facile de voir que les individus n'ont, sur les routes et chemins publics, aucun "droit", aucun pouvoir juridique qui puisse être comparé de près ou de loin soit au "droit" ou pouvoir juridique de propriété privée, soit à ce que l'on appelle une "servitude"* »¹⁵⁰⁴. Trotabas porte la même idée, en indiquant que « *l'Usager juridiquement anonyme ne possède jamais un droit de créance ; sans pouvoir jamais se prévaloir d'un droit, il ne peut qu'invoquer le régime de légalité qui*

¹⁵⁰² JÈZE (G.), « Du "droit" des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément à leur destination », note sous CE, 15 avril 1910, *Société des automobiles Brasier*, RDP 1910, pp. 698 et 700.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, p. 706.

¹⁵⁰⁴ JÈZE (G.), « Nature juridique du droit du public sur les routes et chemins », note sous CE, 14 mai 1915, *Poincloux*, RDP 1915, p. 468.

reconnaît et définit une liberté individuelle ou organise un service public ; en un mot, il est essentiellement dans une "situation objective" »¹⁵⁰⁵.

595. L'usage normal du domaine public affecté à l'usage de tous était donc, pour ces auteurs, constitutif d'une liberté, non d'un droit. Mais cette opposition frontale entre droit et liberté n'est recevable qu'au prix d'une conception excessivement contractuelle des droits subjectifs. Pour justifier l'absence d'un droit, Jèze démontre surtout l'impossibilité d'assimiler la faculté de circuler librement à une servitude, comme si la notion de droit se résumait à des rapports contractuels. Or, et l'article 2 de la Déclaration de 1789 l'indique avec force, la liberté elle-même constitue avant tout un droit. D'après Maroger, postulant le « droit » des particuliers à bénéficier de l'affectation tant que dure celle-ci, les notions de droit subjectif et de liberté s'imbriquent par le fait que l'exercice d'une liberté publique procure à son bénéficiaire le droit subjectif d'exiger de l'État une abstention d'émettre des interdictions : « *le droit subjectif à l'usage commun constitue le procédé juridique qui rend effective la liberté de cet usage* »¹⁵⁰⁶. Le fait que l'usager soit dans une situation légale et non contractuelle n'interdit pas d'évoquer un droit subjectif¹⁵⁰⁷. Si, en outre, l'on s'en réfère à la lettre de la loi, le débat semble clos : l'article L. 2122-1 du CGPPP - et, avant lui, l'article L. 32 du le Code du domaine de l'État - interdit à quiconque d'utiliser sans autorisation le domaine public « *dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous* ».

¹⁵⁰⁵ TROTABAS (L.), *De l'utilisation du domaine public par les particuliers (essai de classification juridique)*, Grenoble : Allier, 1924, pp. 65 et 66.

¹⁵⁰⁶ MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. Capitant, Paris : Sirey, 1942, p. 363. Ce droit subjectif, ajoute l'auteur, peut même s'analyser en un droit réel malgré l'indétermination de la chose qui en est l'objet « *Si l'on définit le droit réel non pas comme un pouvoir exercé par un individu sur une chose en vertu d'un rapport immédiat entre cet individu et cette chose, mais suivant une définition désormais classique de Planiol, comme un rapport juridique entre des personnes, comportant une "obligation universelle passive" (...) de respecter le pouvoir d'une personne d'accomplir sur cette chose les actes qui font l'objet du droit, cette conception (...) permet seule de construire le droit réel comme un véritable droit subjectif (...) Dans cette conception, la détermination de la chose sur laquelle s'exerce le pouvoir du titulaire du droit n'est pas effectuée avec la même rigueur (...) On peut (...) admettre un droit réel s'exerçant sur une chose (...) non entièrement déterminée et simplement déterminable* » (pp. 366 s.). Voir aussi LENOIR (Y.), « Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs », Paris : Sirey, 1966, p. 193 : « *S'il y a une relation entre liberté et droit, ce droit réel est simplement la liberté de certaines personnes d'user d'un bien conformément à la destination qui lui a été attribuée* ».

¹⁵⁰⁷ Ce que confirme Norbert Foulquier, dans la définition qu'il propose du droit subjectif : *Un administré est titulaire d'un droit subjectif quand il remplit les conditions lui permettant d'être considéré comme bénéficiaire du pouvoir d'exiger - reconnu par une norme générale ou individuelle, ce sans être obligé d'utiliser ce pouvoir, dans un but personnel, socialement légitime -, un certain comportement de la part des personnes publiques - ce qui constitue l'objet de leur obligation -, afin de se procurer un certain avantage moral ou matériel que l'ordre juridique a, expressément ou implicitement, considéré comme licite* » (in *Les droits publics subjectifs des administrés - Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle* (préf. F. Moderne), Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, p. 405).

596. Toutefois, l'intervention de Jèze présente un intérêt dépassant le seul débat sur la nature des pouvoirs du public : à défaut de norme indiquant clairement la liberté d'usage de ce domaine, il fonde l'existence de ce pouvoir sur « *la destination même de la chose publique* », qui « *implique que les individus ont le pouvoir de faire certaines choses. Par exemple, il n'est pas besoin qu'un texte précis vienne dire que les individus ont le pouvoir de circuler sur les routes, à pied, à cheval, en voiture, à bicyclette (...)* La destination de la voie publique implique ces pouvoirs ; il n'est donc pas nécessaire, ni même utile, qu'un texte les énumère expressément »¹⁵⁰⁸. Cette référence à la « destination » des voies comme norme fondant la liberté d'usage montre combien cette liberté est profondément ancrée dans leur nature même.

597. Jèze reconnaissait donc, à tout le moins, une liberté sur le domaine public affecté à l'usage de tous. Or, d'après les écrits d'une doctrine plus récente, cette liberté est propre à cette affectation. Seul l'individu qui fait un usage normal d'un bien affecté à l'usage de tous exercerait un droit intitulé « liberté », et non les individus usant d'un bien affecté à un service public. De son étude des liens entre la liberté et la domanialité publique, Jacques Mourgeon exclut ainsi l'affectation à un service public : « *Impliquant et n'autorisant que l'utilisation du domaine par les seuls participants au fonctionnement et à l'exécution du service (agents et usagers du service), elle est, par elle-même, restrictive des libertés des tiers par rapport au service* »¹⁵⁰⁹. Pour Pierre Delvolvé, les prestations que le service public offre aux citoyens « *se rapportent plus à leurs droits qu'à leurs libertés* »¹⁵¹⁰. Yves Gaudemet émet même l'idée d'un remplacement de la catégorie « *dépendances domaniales affectées à l'usage direct du public* » par celle de « *dépendances affectées à l'exercice des libertés publiques* »¹⁵¹¹.

598. L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle révèle encore le lien entre les biens affectés à l'usage de tous et les libertés. Dans sa décision de 1994 relative aux droits réels, le Conseil constitutionnel ne vise comme norme de référence constitutionnelle que la continuité du service public, protégeant spécifiquement les biens affectés à un service public, et la

¹⁵⁰⁸ JÈZE (G.), « Du "droit" des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément à leur destination », note précitée, p. 703.

¹⁵⁰⁹ MOURGEON (J.), « De quelques rapports entre les libertés et la domanialité publique », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse : Université des sciences sociales de Toulouse, p. 608.

¹⁵¹⁰ DELVOLVÉ (P.), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 2.

¹⁵¹¹ GAUDEMET (Y.), « Libertés publiques et domaine public », in *Libertés* (mélanges J. Robert), Monchrestien, 1998, p. 134.

protection de la propriété tirée de l'article 17 de la Déclaration de 1789, protégeant l'ensemble des propriétés publiques. Aucune norme ne semble alors protéger spécifiquement les biens affectés à l'usage de tous¹⁵¹². Cette absence est ostensiblement corrigée dans une décision de 2003, par laquelle le Conseil constitutionnel ajoute aux deux premières normes « *les droits et libertés des personnes auxquelles il est affecté* ». Même si le Conseil ne précise pas que cette nouvelle norme s'applique exclusivement aux biens affectés à l'usage de tous, on ne peut s'empêcher de visualiser un élégant triptyque : une norme spécifique à chacune des deux franges du domaine public, chapeautées par une norme s'appliquant à l'ensemble du domaine¹⁵¹³.

B. Les libertés s'exerçant de façon privilégiée sur les voies publiques

Trois libertés trouvent en la voie publique un support privilégié : la liberté d'aller et venir (1), la liberté de manifester (2) et, à certains égards, la liberté du commerce et de l'industrie (3).

1. La liberté d'aller et venir

599. Pour la doctrine, cette liberté d'aller et venir « *correspond (...) à la première image que l'on peut se faire de l'homme libre, sans chaîne. Elle est en même temps la condition incontournable de l'exercice des autres libertés individuelles. Quel homme pourrait manifester dans la rue, exprimer ses opinions, exercer son droit de grève, vivre et nouer des relations avec ses semblables si lui était dénié le droit de se mouvoir à sa guise ?* »¹⁵¹⁴. Il s'agit d'une liberté fondamentale, non seulement parce qu'elle entre dans le champ d'application de l'article L. 512-2 du Code de justice administrative, mais en plus parce

¹⁵¹² Ce que regrettait Étienne Fatôme juste avant que le Conseil ne rende sa décision : « *Si le CC a clairement indiqué quelles exigences résultaient des règles et principes constitutionnels en ce qui concerne le régime juridique des biens affectés au service public, il n'a pas fait de même en revanche en ce qui concerne le régime juridique des biens affectés à l'usage du public. Ceci peut paraître d'autant plus surprenant que "l'enjeu constitutionnel" représenté par le régime juridique de ces biens est considérable dans la mesure où dans la quasi-totalité des hypothèses l'affectation à l'usage direct du public correspond en réalité à une affectation à l'exercice d'une ou plusieurs libertés publiques : liberté d'aller et de venir, liberté de communication, liberté d'expression, liberté du commerce et de l'industrie, etc.* » (« À propos des bases constitutionnelles du domaine public », *AJDA* 2003, p. 1196).

¹⁵¹³ Peu après la décision, Étienne Fatôme approuva donc l'apport de cette troisième norme dont il avait dénoncé l'absence quelques mois auparavant (« À propos des bases constitutionnelles du domaine public- suite », *AJDA* 2003, pp. 1404 s.).

¹⁵¹⁴ FAVOREU (L.) et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2012, p. 234.

qu'elle conditionne l'existence de nombreuses autres libertés, comme elle conditionne l'usage des services publics¹⁵¹⁵. Si elle ne figure clairement dans aucun texte de droit interne, le juge constitutionnel, lorsqu'il en donne le fondement¹⁵¹⁶, la tire de la liberté individuelle de l'article 66 de la Constitution¹⁵¹⁷, ou tout simplement du droit à la liberté prévu par l'article 2 de la Déclaration de 1789¹⁵¹⁸. Les normes de droit international, en revanche, garantissent de façon beaucoup plus claire ce qu'elles désignent en général comme le « droit de circuler librement »¹⁵¹⁹. C'est là le contenu de la liberté d'aller et de venir : ses destinataires peuvent se mouvoir à leur guise, à l'intérieur du territoire national mais aussi entre le territoire national et l'extérieur.

600. Indiquer que l'exercice de cette liberté, importante entre toutes, nécessite la mise à disposition de voies publiques, sur lesquelles chacun peut évoluer librement confine à un truisme sur lequel la doctrine évite logiquement de s'appesantir. Yves Gaudemet relève simplement que c'est « *la réflexion la plus commune* »¹⁵²⁰ que de tenir le domaine public comme le siège privilégié des libertés les plus fondamentales, et prend l'exemple de la « *voirie* » ou du « *passage public* » pour imaginer un déclassement que sanctionneraient les juridictions pour entrave à la liberté d'aller et venir¹⁵²¹. Jean-Philippe Brouant qualifie de manifestation de la liberté d'aller et venir « *la liberté de circuler sur les voies publiques* »¹⁵²². Le propos de Chahira Boutayeb concentre également, en quelques mots, toute l'évidence du lien qu'entretiennent les voies publiques avec la liberté d'aller et venir : « *Le droit de circuler*

¹⁵¹⁵ LATOURNERIE (M.-A.), *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 2004, p. 48 : « *Si des collections publiques d'œuvres d'art sont des meubles auxquels la loi du 4 janvier 2002 a aujourd'hui directement conféré le statut de dépendances du domaine public, c'est bien par la médiation de l'accès public au musée, lieu qui les contient, que se trouve réalisée l'affectation de ces propriétés publiques à l'usage du public* ». On pourrait rajouter que l'accès au musée se fait lui-même par la médiation des voies publiques.

¹⁵¹⁶ Ce qui n'est pas toujours le cas : dans la décision relative aux ponts à péages (n° 79-107 DC), le Conseil constitutionnel se contente de reconnaître valeur constitutionnelle à la liberté d'aller et venir, sans la rattacher à une quelconque norme.

¹⁵¹⁷ Voir par exemple Cons. constit., 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 92-307 DC (cons. 13).

¹⁵¹⁸ Voir par exemple Cons. constit., 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, n° 2003-467 DC, cons. 8.

¹⁵¹⁹ Voir par exemple l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, le Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et dans libertés fondamentales, ou encore l'article 3 du Traité sur l'Union européenne.

¹⁵²⁰ GAUDEMET (Y.), « Libertés publiques et domaine public », in *Libertés* (mélanges J. Robert), Monchrestien, 1998, p. 125.

¹⁵²¹ *Ibid.*, p. 133.

¹⁵²² BROUANT (J.-P.), « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *LPA* 15 juillet 1994, n° 84, p. 21.

librement repose sur une affectation qui caractérise naturellement le domaine public. Il s'agit d'une finalité des plus normales puisque les voies publiques terrestres ou navigables sont le cadre traditionnel de la liberté d'aller et venir. Ces dépendances se prêtent spontanément à un droit élémentaire, celui des usagers de circuler »¹⁵²³.

601. Le juge administratif n'attendit d'ailleurs pas la consécration constitutionnelle de cette liberté, en 1979, pour sanctionner les restrictions excessives à la circulation du public : dans un arrêt de 1927, le Conseil d'État estima comme dépourvue de base légale la mesure par laquelle un maire subordonnait à déclaration la circulation sur des chemins de montagne¹⁵²⁴. Si cette illégalité des mesures générales ou absolues d'interdiction de circulation vaut naturellement pour la voirie terrestre, elle vaut également pour les rivages de la mer : dans un arrêt de 1858, le Conseil d'État déduisit de la domanialité publique des rivages de la mer le fait que « *tout le monde a le droit d'y accéder librement* »¹⁵²⁵. Le législateur consacra également la liberté pour le public d'utiliser les plages, justifiée par le fait que cet usage constitue leur destination fondamentale¹⁵²⁶. Sur les voies navigables, même lorsqu'un concessionnaire est chargé de l'exploitation d'un service public de transport fluvial, les usagers privés demeurent libres, de ne pas l'utiliser¹⁵²⁷. Cette possibilité de privilégier l'« *assistance à soi-même* »¹⁵²⁸ ne semble en revanche pas valable sur les plans d'eau des ports : la navigation et les manœuvres ne sont libres que « *sous condition d'aptitude* »¹⁵²⁹, ce qui permet à l'administration d'imposer le pilotage par des pilotes professionnels ou par les agents d'un service public¹⁵³⁰. Mais si l'on ne peut nier là l'existence d'une restriction importante à la liberté de circulation, il faut bien souligner qu'elle n'est justifiée « *que pour des raisons techniques de sécurité, et, à condition encore que ces raisons soient impérieuses,*

¹⁵²³ BOUTAYEB (C.), « Liberté d'utilisation du domaine public et affectation domaniale », *RDJ* 2001, p. 229.

¹⁵²⁴ CE, 15 mai 1927, *Carrier*, rec. *Lebon* p. 539. De façon générale, la légalité d'une mesure de restriction de la circulation tient à son caractère relatif, dans le temps et dans l'espace. Pour de nombreuses jurisprudences sur ce point, voir DUFAU (J.), *Le domaine public*, 5^{ème} éd., Le Moniteur, 2001, pp. 322 à 339.

¹⁵²⁵ CE, 19 mai 1858, *Vernes*, rec. *Lebon* p. 399.

¹⁵²⁶ Art. L. 321-9 du Code de l'environnement.

¹⁵²⁷ CE, ass., 16 novembre 1957, *Société des grandes tuileries Perrusson*, rec. *Lebon* p. 440, *RDJ* 1957, p. 529, note Waline.

¹⁵²⁸ GODFRIN (P.), DEGOFFE (M.), *Droit administratif des biens*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Sirey Université, 2012, p. 163.

¹⁵²⁹ FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2013, p. 277.

¹⁵³⁰ CE, 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes*, rec. *Lebon* p. 407 ; *AJDA* 1972, p. 647, concl. Rougevin-Baville. Sur cette question, voir RÉZENTHEL (R.), « Le pilotage dans les eaux portuaires », *Droit maritime français* 1988, p. 355 ; FAU-NOUGARET (M.), « Liberté de navigation et responsabilité sur le domaine public fluvial », *AJDA* 2005, p. 1990.

c'est à dire qu'il soit impossible de faire autrement »¹⁵³¹, c'est à dire des raisons d'ordre public.

2. La liberté de manifester

602. « *Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation, est puni de un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* » : en plus de consacrer, par cet article 431-1 du nouveau Code pénal, la liberté de manifester en droit interne, le législateur éleva sa protection pénale au même rang que celle des libertés les plus fondamentales, telles que celle d'expression ou d'association. Le Conseil constitutionnel, en 1995, consacra la valeur constitutionnelle du « *droit d'expression collective des idées et des opinions* »¹⁵³² et, par conséquent, celle de la liberté de manifester¹⁵³³, sous réserve bien sûr que l'ordre public soit préservé, ce qui laisse en réalité une large marge d'appréciation à l'autorité administrative destinataire de la déclaration préalable. Précisons enfin que si la liberté de manifestation n'a pas à ce jour entraîné de suspension d'une interdiction dans le cadre du référé-liberté, c'est vraisemblablement davantage en raison du caractère non grave ou non manifestement illégal des interdictions soumises au juge que d'un refus d'attribuer à la liberté de manifester le statut de « liberté fondamentale »¹⁵³⁴

603. Or, cette liberté, comme celle d'aller et venir, nécessite des voies publiques pour prospérer. L'évidence est d'autant plus frappante que l'article L. 211-1 du Code de la sécurité

¹⁵³¹ GODFRIN (P.), DEGOFFE (M.), *Droit administratif des biens, op. cit.*, p. 163. Les auteurs s'appuient sur les conclusions du commissaire du gouvernement M. Rougevin-Baville sous l'arrêt *Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes* (préc.), selon lequel « *l'obligation de recourir dans tous les cas au service public ne peut être justifiée que pour des raisons techniques ou pour des raisons de sécurité et à condition qu'elles s'imposent avec une particulière vigueur (...) Chacun a le droit de faire du domaine un usage collectif conforme à sa destination sauf si la sécurité publique ou la conservation du domaine s'y oppose absolument* ».

¹⁵³² Cons. constit., 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, n° 94-352 DC, cons. 16.

¹⁵³³ PICARD (É.), « *Droit administratif (étude de jurisprudence)* », *JCP G* 1995, I 3837 : l'auteur y estime que le droit ainsi consacré « *n'est autre que le droit de manifestation* ». Voir aussi Rép. min. n° 20345, *JOAN Q* du 11 juillet 2013, p. 6163 : « *S'agissant des manifestations sur la voie publique, elles constituent une liberté fondamentale reconnue par le Conseil constitutionnel (...) qui se réfère au "droit d'expression collective des idées et des opinions"* ». Sur les tergiversations doctrinales relatives à l'existence et à la valeur de la liberté de manifestation préalablement à la décision de 1995, voir BOYER (A.), « *La liberté de manifestation en droit constitutionnel français* », *RFDC* n° 44, 2000, pp. 675 et 676.

¹⁵³⁴ CE, réf., 5 janvier 2007, *Ministre d'État, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Association « Solidarité des français »*, req. n° 300311 ; *AJDA* 2007, p. 601, note Pauvert.

intérieure, succédant à l'article 1^{er} du décret-loi du 23 octobre 1935¹⁵³⁵, dispose que « *sont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique* ». Bien que la « voie publique » ne soit pas, comme souvent, clairement définie (peut-on envisager une manifestation de bateliers sur un fleuve ou sur la mer territoriale¹⁵³⁶ ?), elle est le support exclusif de la manifestation qui, sur un autre lieu, devient « réunion »¹⁵³⁷. La manifestation se définit donc par sa localisation sur la voie publique.

604. On pourrait par ailleurs se demander si la voie publique n'est pas également le lieu de prédilection d'un autre droit qui, quoique d'une effectivité juridique plus incertaine¹⁵³⁸, reste qualifié par l'article 2 de la Déclaration de 1789 de naturel et imprescriptible : la résistance à l'oppression s'incarne en effet, dans la tradition historique française, par une contestation dans une « rue » que l'historienne Danielle Tartakowsky qualifie d'« *expression métonymique des insurrections, des révoltes et des révolutions* »¹⁵³⁹. Marcel-René Tercinet, dans le même sens, note que « *l'histoire révèle que la manifestation sur la voie publique, sur l'agora ou au forum, est l'un des moyens privilégiés par les citoyens pour affirmer leurs croyances, pour défendre leurs intérêts, voire pour renverser un régime politique* »¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁵ Décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public, *JORF* du 24 octobre 1935, p. 11203.

¹⁵³⁶ Si l'on ne peut émettre que des conjectures, souvenons-nous que la documentation administrative précise que les voies publiques visées par l'article L. 223-1. Code de la sécurité intérieure, relatif à la vidéosurveillance, incluent aussi les voies d'eau. Souvenons-nous également que la police municipale, qui vise à préserver l'ordre public sur les voies publiques (art. L. 2122-2 du CGCT), peut s'exercer sur les plages. Voir *supra*, introduction de la Partie 2.

¹⁵³⁷ Voir sur ce point TERCINET (M.-R.), « La liberté de manifestation en France », *RDP* 1979, p. 1010 ; FIALAIRE (J.), « Police des réunions et manifestations », *JCl. Administratif* (fasc. n° 210), § 2.

¹⁵³⁸ GROSBON (S.), « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : antilogie juridique et oxymore politique », in *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme* (dir. V. Champeil-Desplats et D. Lochak), Presses universitaires de Paris Ouest (livre numérique), 2008, pp. 139 s.

¹⁵³⁹ TARTAKOWSKY (D.), « Quand la rue fait l'Histoire », *Pouvoirs* n° 116 (« La rue »), p. 19. Voir aussi, dans la même revue, HAYAT (S.), « La République, la rue et l'urne » : « *La rue incarnant le Peuple tout entier, demandant la République, et se débarrassant du pouvoir légal au nom du droit* » (p. 31) ; « *La rue devient le lieu d'un rapport particulier au pouvoir : lieu de soutien au régime, mais aussi de surveillance et d'expression directe des revendications* » (p. 32).

¹⁵⁴⁰ TERCINET (M.-R.), « La liberté de manifestation en France », *art. cit.*, p. 1010.

3. La liberté du commerce et de l'industrie

605. D'abord affirmée par l'article 7 de la loi d'Allarde des 2 et 17 mars 1791¹⁵⁴¹, c'est au travers de la liberté d'entreprendre dont elle est classiquement l'une des composantes¹⁵⁴², que la liberté du commerce et de l'industrie fut érigée au rang suprême par le juge constitutionnel¹⁵⁴³ puis rangée dans les libertés fondamentales susceptibles de fonder un référé-liberté¹⁵⁴⁴.

606. Comme pour de nombreuses autres libertés (réunion, presse, culte...), la voie publique est un instrument indispensable à la liberté du commerce et de l'industrie, puisqu'elle permet le déplacement des marchandises et des prestataires de services. Si cette liberté n'est, de ce point de vue, qu'une déclinaison de la liberté d'aller et venir, il se peut toutefois qu'elle ait précédé cette dernière dans l'intention : « *On ne peut dissocier, indique Jean-Philippe Brouant, la liberté du commerce de la liberté de circulation qui a des origines économiques (...) En faisant adopter l'édit du 13 septembre 1774, qui pose le principe de la liberté de circulation en matière de commerce des grains, Turgot a établi les bases d'un régime libéral en matière de circulation* »¹⁵⁴⁵.

607. Mais plus qu'un instrument, la voie publique est parfois le support même d'une activité économique : l'article 1^{er} du décret du 31 juillet 1970¹⁵⁴⁶ définit la profession « ambulante » comme celle exercée, entre autres lieux, sur la voie publique. Encore faut-il distinguer, au sein de ces activités ambulantes, celles qui supposent une fixation à un endroit déterminé et qui transforment par conséquent l'opérateur en occupant privatif (par exemple, un vendeur de boissons en bordure de plage), de celles qui ne supposent qu'un arrêt momentané le temps de conclure la transaction - c'est le cas, fréquent en jurisprudence, du vendeur de glace et beignets qui déambule sur la plage, son panier dans les bras - : celles-là ne

¹⁵⁴¹ « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ».

¹⁵⁴² Voir sur ce point FAURE (B.), « *Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie* », *RFDA* 2004, p. 299.

¹⁵⁴³ Cons. constit., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, n° 81-132 DC (cons. 16).

¹⁵⁴⁴ CE, réf., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840.

¹⁵⁴⁵ BROUANT (J.-P.), « *Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ?* », *art. cit.*, p. 21.

¹⁵⁴⁶ Décret n° 70-708 du 31 juillet 1970 portant application du titre Ier et de certaines dispositions du titre II de la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, *JORF* du 7 août 1970, p. 7460.

peuvent être subordonnées à l'obtention d'un permis de stationnement¹⁵⁴⁷. Si, dans la première hypothèse, le Conseil d'État considère comme inopérante l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie pour contester un refus d'attribution de l'autorisation d'occupation privative requise¹⁵⁴⁸ (solution toutefois contestée par une partie de la doctrine¹⁵⁴⁹), il n'en va pas de même dans la seconde : c'est précisément à l'aune de la liberté du commerce et de l'industrie que le juge administratif sanctionne les régimes d'autorisation préalable pour exercer une activité totalement ambulante sur la voie publique¹⁵⁵⁰, les interdictions trop générales d'y exercer une telle activité¹⁵⁵¹ et les interdictions qui, même limitées, sont disproportionnées au regard des risques pour l'ordre public¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁷ CE, réf., 16 septembre 2002, *Société EURL La cour des miracles*, req. n° 250313 ; CE, 15 mars 1996, *Syndicat des artisans, fabricants de pizza non sédentaires Provence-Côte d'Azur*, req. n° 133080 : « Le versement d'un droit de stationnement ne peut pas être exigé des professionnels ambulants circulant sur les voies publiques en quête d'acheteurs lorsqu'ils se bornent à s'arrêter momentanément pour conclure une vente » ; voir également CAA Marseille, 9 avril 2013, *Commune de Lavandou*, req. n° 11MA02622, *JCP A* 2013, n° 2181, concl. Deliancourt.

¹⁵⁴⁸ CE, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens*, req. n° 348909 ; *Contrats-Marchés publics* 2012, comm. 258, note Ziani ; *JCP A*, n° 2012, note Pauliat ; *Dr. adm.* n° 11, novembre 2012, comm. 89, note Brenet : « La décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ».

¹⁵⁴⁹ JACQUINOT (N.), « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA* 2003, p. 658 ; LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « Autorisations d'occupation du domaine public et liberté du commerce et de l'industrie » note sous CE, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens*, *Contrats-Marchés publics* n° 8, Août 2012, repère 8 ; BRENET (F.), « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public » (note sous le même arrêt), *Droit administratif* n° 11, novembre 2012, comm. 89.

¹⁵⁵⁰ CE, ass., 21 juin 1951, *Sieur Daudignac*, rec. *Lebon* p. 362 ; *D.* 1951, concl. Gazier ; *GAJA*, n° 65 ; *GDDAB*, n° 46, obs. Melleray : le juge y décide que le maire « ne saurait, sans (...) porter atteinte à la liberté de l'industrie et du commerce garantie par la loi, subordonner l'exercice de ladite profession à la délivrance d'une autorisation ».

¹⁵⁵¹ CE, ass., 22 juin 1951, *Fédération nationale des photographes filmeurs*, rec. *Lebon* p. 363 ; *D.* 1951, concl. Gazier ; *GAJA*, n° 65 ; *GDDAB*, n° 46, obs. Melleray. Le juge admet les interdictions limitées d'un point de vue spatial ou temporel, mais annule les interdictions excessivement générales. Voir par exemple CE, 22 novembre 1989, *Ville de Cargèse*, req. n° 79857 : « Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'arrêté du 28 mai 1985 par lequel le maire de Cargèse a fixé les emplacements où les marchands ambulants étaient autorisés à exercer leur activité, a eu pour effet d'interdire au commerce non sédentaire la plupart des voies et des emplacements les plus favorables à ce type d'activité ; que, s'il appartenait au maire, en vertu des pouvoirs qu'il tient des dispositions de l'article L. 131-2 du code des communes, de réglementer l'activité des commerçants non sédentaires sur les voies publiques, notamment en interdisant, en cas de nécessité, une telle activité dans certaines rues, à certaines heures, ou à certaines saisons où la circulation est particulièrement difficile, ni ledit article, ni aucune autre disposition législative ne lui permettaient d'apporter une restriction à la liberté du commerce et de l'industrie aussi générale et permanente que celle prévue par l'arrêté contesté ». Voir aussi CE, 26 avril 1993, *Commune de Meribel-Les-Allues*, req. n° 101146.

¹⁵⁵² CAA Marseille, 9 avril 2013, *Commune de Lavandou*, req. n° 11MA02622 ; *JCP A* 2013, n° 2181, concl. Deliancourt.

Section 2. Les voies publiques, biens irremplaçables

La voie publique, même artificielle, est particulièrement difficile à remplacer par une autre voie publique. Cette difficulté ne résulte pas seulement du coût du déplacement d'une voie publique : elle résulte du caractère structurant de la voie et de la gêne insupportable qui peut en résulter pour les usagers. Les voies publiques sont en effet socialement structurantes (§ 1). L'aspect irremplaçable de ces voies, l'impossibilité de trouver d'autres solutions pour garantir leur accès trouve par ailleurs une illustration particulière dans le statut particulier auquel est soumis le propriétaire qui en est le riverain, au travers de droits d'accès (§ 2).

§ 1. Les voies publiques, biens structurants

L'histoire de l'urbanisme révèle que les voies publiques conditionnent grandement la structure des regroupements humains, et ce de deux façons : leur existence précède celle du regroupement, et guident alors le choix de son emplacement (A) ; une fois décidé cet emplacement, l'édification de la cité, lorsqu'elle est organisée et non spontanée, débute par le tracé de voies publiques (B).

A. Les voies publiques, génératrices de regroupements humains

608. La voie publique précéda fréquemment l'action humaine. Ainsi en fut-il bien sûr de la formation des mers, des plages et des cours d'eau navigables ; mais ainsi en fut-il également des premières pistes. Pierre Fustier explique leur formation par une double action, celle des forces naturelles et celle des animaux. La force naturelle résulte d'une érosion par le vent, empêchant en plaine la pérennisation d'une végétation arborescente, et une érosion par l'eau, sculptant à flanc de montagne des pistes praticables par l'homme ; la force animale permet, par le piétinement répété de troupeaux entre une place d'abreuvement et une place de repos, la formation d'un passage net¹⁵⁵³. C'est semble-t-il ces pistes que suivit l'homme pour trouver ce dont il avait besoin (eau, gibier, endroits propices à la culture) et qu'il améliora et

¹⁵⁵³ FUSTIER (P.), *La route. Voies antiques - Chemins anciens - Chaussées modernes*, Paris : A. et J. Picard & C^{ie}, 1968, pp. 9 à 16.

prolongea ensuite grâce au feu et à la hache, pour former un réseau primitif, « *substratum des voies de communication terrestres de l'Europe* »¹⁵⁵⁴.

609. La présence à l'état naturel ou quasi-naturel de ces voies joua un rôle décisif dans l'implantation des groupements humains sédentaires. De très nombreuses villes se formèrent ainsi sur des points du littoral propices à l'embarquement et la navigation maritimes : « *Estuaires à marée comme Londres ou New-York, anses abritées comme Marseille et Tokio. Dans ce cas c'est la mer, route universelle qui a déterminé la concentration humaine (...) Il est à remarquer que les capitales les plus peuplées du monde, New-York, Tokio et Londres, sont nées de la mer, ce qui prouve (...) que les routes maritimes jouent, de nos jours comme dans l'Antiquité, un rôle capital dans la civilisation* »¹⁵⁵⁵. Pareillement, l'implantation des groupes humains autour des fleuves et rivières était justifiée non seulement par la proximité d'une source d'eau utilisable pour la consommation et l'agriculture, mais également par la possibilité de circulation ainsi ouverte. C'est ce que relève Lewis Mumford, qualifiant de « *premier des grands moyens de transport* » les cours d'eau : « *Que les cités apparaissent et se développent dans les vallées, n'était pas un pur effet du hasard, et parallèlement au processus de la croissance des cités on voit intervenir les progrès de la navigation, - du premier radeau fait de troncs d'arbres ou de paquets de roseaux, jusqu'aux embarcations pourvues d'avirons et de voiles* »¹⁵⁵⁶. Ce constat est aussi celui de Pierre Fustier, qui signale que « *les villes importantes, pourvues de fortifications, se formèrent le long des fleuves aménagés par l'homme et, de préférence, au voisinage des confluents où les courants de navigation se rejoignent* »¹⁵⁵⁷

610. Quant au réseau terrestre primitif, ce dernier auteur relève qu'après avoir servi aux invasions et aux migrations, il joua comme les mers et fleuves un rôle dans le choix de l'implantation des villes et villages, lorsque l'homme se sédentarisa : « *La création de marchés, de bourgs et de places fortifiées nécessitent l'ouverture de rameaux de raccordement avec les pistes principales (...) Les mêmes voies qui servirent à l'invasion amèneront donc, dans les points fortifiés ou les bourgs, les armes et les outils de silex, de*

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 18.

¹⁵⁵⁵ FUSTIER (P.), *L'Homme et les routes. De l'énergie, de la matière, de la pensée*, Paris : A. et J. Picard & C^{ie}, 1972, p. 138.

¹⁵⁵⁶ MUMFORD (L.), *La Cité à travers l'Histoire* (trad. Guy et Gérard Durand), Le Seuil, coll. Esprit « La cité prochaine », 1964, p. 95.

¹⁵⁵⁷ FUSTIER (P.), *L'Homme et les routes op. cit.*, p. 134

bronze ou de fer, ou simplement les matières premières nécessaires à leur fabrication. Les bestiaux quitteront les régions de pâturage pour venir s'échanger dans les foires contre les grains ou les outils. De ce fait, le réseau primitif deviendra réseau de commerce et d'échange. Il se raccordera avec les fleuves navigables et les ports de mer fréquentés par les marchands venus de contrées lointaines »¹⁵⁵⁸. La route séparant ces villes et villages généra à son tour de nouveaux groupements¹⁵⁵⁹, parfois même sous forme de « cités linéaires », se réduisant à un alignement d'habitations le long d'une unique voie¹⁵⁶⁰. Plus tard, au Moyen Âge, le développement des villes se réalisa à partir d'un édifice central tel qu'un château ou un monastère, le long de chemins ou sentiers préexistants¹⁵⁶¹.

611. Pierre Lavedan, de façon plus générale, met en évidence deux points particulièrement stratégiques pour l'installation de nouveaux groupements : l'étape et la bifurcation. L'étape est le point situé sur la route à la distance parcourue en un jour de voyage depuis le bourg précédent. Ainsi note-t-il qu' « au Moyen Âge les bateliers accostent, le soir venu, après avoir fait environ 30 kilomètres et ce n'est pas un hasard si cette distance sépare les villes du cours moyen de la Meuse »¹⁵⁶². La bifurcation, quant à elle, est le point de rencontre entre deux voies de même nature ou de nature différente, qui impose souvent au voyageur l'arrêt pour changer de véhicule. L'historien multiplie les exemples : « *Intersections de deux routes de même nature, par exemple de deux cours d'eau ; ce sont les villes de confluent (Montereau, Lyon, Nevers) - rencontre de la voie fluviale et de la route maritime, ce sont les villes d'embouchure (Le Havre, Bordeaux, Saint-Nazaire) - bifurcation de deux voies ferrées (Vierzon, Capdenac). Intersections de routes de nature différente ; le cas le plus fréquent est celui de la rencontre de la route terrestre et du fleuve ; beaucoup de villes sont nées à l'endroit où la route franchissait un fleuve, parce qu'il y avait un pont ou un gué ou une île rendant la communication plus aisée d'une rive à l'autre : Paris, Melun, Rouen au passage de la Seine ; Amiens (en latin, Samarobriva, de Briva, pont) au passage de la Somme ; Londres, au point où la route romaine vers le Nord de l'Angleterre franchit la Tamise,*

¹⁵⁵⁸ FUSTIER (P.), *La route*, op. cit., p. 18.

¹⁵⁵⁹ FUSTIER (P.), *L'Homme et les routes...*, op. cit., p. 136.

¹⁵⁶⁰ LAVEDAN (P.), *Géographie des villes*, Gallimard, coll. Géographie humaine, 1959, pp. 95 et 122.

¹⁵⁶¹ HAROUEL (J.-L.), *Histoire de l'urbanisme*, PUF, coll. Que-sais-je ? (n° 1892), 1981, p. 29.

¹⁵⁶² LAVEDAN (P.), *Géographie des villes*, op. cit., p. 36.

etc. »¹⁵⁶³. Que la cité se localise en un point d'étape ou de bifurcation, il s'agit bien avant tout de points se situant sur des voies publiques.

B. Les voies publiques, éléments premiers dans la conception de la cité

612. L'existence d'un lieu spatialement bien distinct de la hutte ou de la maison et sur lequel tout un chacun peut évoluer apparaît comme une constante dans tous les regroupements humains. Dans ses esquisses de plans de villages néolithiques, l'historien de l'urbanisme Leonardo Benevolo fait clairement apparaître l'existence de « rues » et de « places » séparant les habitations¹⁵⁶⁴. Il n'y a, à vrai dire, que de très rares cas dans lesquels ces regroupements ne présentent pas de « voies » terrestres véritablement tracées. Dans les anciens villages africains, il n'y a pas de voies mais un espace central, qui suffit à la libre circulation de tous en raison du faible nombre d'habitations¹⁵⁶⁵ ; cet espace demeure voué à la libre circulation. Une autre exception est évoquée par Thierry Paquot : il s'agit, dans les civilisations anciennes du Yémen et de la vallée de l'Indus, d'établissements édifiés à flanc de montagne « *en forme de "village-muraille" dont les bâtiments mitoyens accèdent directement aux champs et dans lesquels on circule par les toits et des passages intérieurs* »¹⁵⁶⁶. Mais justement, les « toits » et « passages intérieurs » mentionnés jouent le rôle de voies publiques à l'aune, on l'imagine, d'une conception de la propriété totalement différente de celle héritée du droit romain et qui ignore en particulier l'accession. La structuration de l'habitat autour d'un axe semble d'ailleurs consubstantielle à la notion même d'urbanisme. Cherchant l'origine de la notion, les historiens de l'urbanisme se tournent vers la préhistoire égyptienne et évoquent l'un des plus anciens sites du néolithique, celui de Mérimdé, révélant un « *embryon d'ordre* »¹⁵⁶⁷ dans la disposition des huttes, réparties de part et d'autre « *d'une sorte de rue* »¹⁵⁶⁸. Pierre Lavedan, par ailleurs, qualifie la route d' « *élément le plus actif* »¹⁵⁶⁹ dans le tracé du plan d'une ville ou d'un village en ce qu'elle commande la formation d'autres voies : « *Tantôt c'est la grande route, qui pouvait préexister à la cité ; tantôt c'est une rue tracée pour des raisons de*

¹⁵⁶³ *Id.*, p. 37.

¹⁵⁶⁴ BENEVOLO (L.), *Histoire de la ville*, trad. C. Peyre, éd. Parenthèses, 1983, p.14. Voir également, pour de nombreux exemples de villages néolithiques structurés selon des axes, LAVEDAN (P.), HUGUENEY (J.), *L'Histoire de l'urbanisme. Antiquité*, 2^{ème} éd., Paris : Henri Laurens, 1966, pp. 266 s.

¹⁵⁶⁵ BENEVOLO (L.), *Histoire de la ville*, *op. cit.*, p. 16, fig. 14, 15 et 16.

¹⁵⁶⁶ PAQUOT (T.), *L'espace public*, La Découverte, coll. Repères, 2009, p. 68.

¹⁵⁶⁷ LAVEDAN (P.), HUGUENEY (J.), *L'Histoire de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*

¹⁵⁶⁹ LAVEDAN (P.), *Géographie des villes*, *op. cit.*, p. 95.

commodité ou d'esthétique et qui devient à son tour génératrice d'autres rues (...) L'action normale d'une route est de faire naître des voies qui lui sont perpendiculaires (transversales) et de les relier par des voies parallèles (longitudinales) (...) Fleuve et mer sont des lignes d'eau qui agissent à peu près comme la route, ligne de terre. Elles déterminent la naissance de voies parallèles et perpendiculaires à leur propre tracé, rectilignes s'il est rectiligne, s'infléchissant avec lui s'il devient sinueux »¹⁵⁷⁰. Par conséquent, on ne peut qu'acquiescer à la définition de la ville proposée par Thierry Paquot : « une ville est avant tout un ensemble organisé de voies »¹⁵⁷¹.

613. Cette primo-structuration de l'espace par les voies publiques rappelle les récits mythologiques de création de villes antiques. Selon le mythe de la création de Rome, Romulus divisa la terre en trois, pour en offrir une partie aux besoins du culte du roi, une aux curies, et une au peuple romain. Deux espaces furent toutefois réservés, dont un fut livré aux prêtres, et l'autre au public, pour former les *res publicae*¹⁵⁷². Pareille répartition avait déjà été opérée par Énée, aïeul de Romulus, lors de la fondation de Lavinium¹⁵⁷³. Ces mythes révèlent d'après Christian Lavalie que « le domaine immobilier public, replacé dans ce contexte originel, est (...) indissociable du processus de fondation de la cité et de la distribution des terres entre clans et familles d'un côté, peuple de l'autre, d'où naîtra l'opposition classique forum-domus, lieux publics et lieux privés »¹⁵⁷⁴.

614. Bien que ces récits tiennent plus de la légende que de l'histoire, ils font écho à une réalité, celle d'un rite de fondation des villes sous l'Antiquité romaine, pratiqué avec certitude à partir du IV^{ème} siècle avant notre ère¹⁵⁷⁵ mais vraisemblablement hérité des étrusques¹⁵⁷⁶ :

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*, pp. 95 et 97.

¹⁵⁷¹ PAQUOT (T.), *L'espace public*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁵⁷² Voir sur ce point DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859, p. 14 ; MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, Paris : L. Larose, 1902, p. 8 ; LAVIALLE (C.), « Don et domaine public », in *Le don en droit public* (dir. N. Jacquinet), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, 2012, p. 112.

¹⁵⁷³ LAVIALLE (C.), « Don et domaine public », *art. cit.*, p. 113.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 112.

¹⁵⁷⁵ Ce rite n'est chronologiquement établi qu'à partir de la fondation de l'ancienne ville d'Ostie, située à l'embouchure du Tibre, que les recherches archéologiques datent de 335 av. J.-C. Structurée par un *cardo* et un *decumanus*, elle constitue, d'après Pierre Lavedan et Jeanne Hugueney, « la plus ancienne expression certaine de l'urbanisme romain » (*L'Histoire de l'urbanisme*, *op. cit.*, p. 368). Rome est en effet porteuse de nombreuses incertitudes. La Voie Sacrée, toujours visible et qui traverse le *forum* d'est en ouest pourrait constituer le *decumanus*, mais l'existence du *cardo* est plus incertaine (*ibid.*, pp. 308 et 309). Voir également sur ce point GRIMAL (P.), *Les villes romaines*, 9^{ème} éd., PUF, coll. Que-sais-je ? (n° 657), 2011 ; BRIQUEL (D.), « Rome

après une phase religieuse, par laquelle l'aval des dieux à la construction était sollicité, intervenait la phase d'*orientatio* : il s'agissait de la détermination des deux principaux axes de la cité, qui se croisaient selon un angle droit. Le *cardo maximus* était l'axe nord-sud ; le *decumanus maximus* était l'axe est-ouest. À l'intersection de ces axes se trouvait en général le *forum*¹⁵⁷⁷ ; c'est dire que ce dernier constituait, même d'un point de vue spatial, le cœur de la vie publique. Les deux axes ainsi tracés étaient les médianes d'un quadrilatère, au contour ensuite creusé par le passage d'un sillon lors de la troisième phase, celle de la *limitatio*¹⁵⁷⁸. Ce n'est que dans un second temps qu'étaient tracées les rues parallèles et perpendiculaires au *cardo* et au *decumanus*, formant un plan orthogonal. Ce plan ne constituait toutefois qu'un idéal, non systématiquement réalisable. Les contraintes du relief interdisaient parfois au *cardo* et au *decumanus* de se croiser au centre de la ville, et dans les villes situées en bord de mer, le *forum* était souvent déporté à proximité du port. Il arrivait également, en territoire occupé, que la grande route déjà construite fit office de *cardo* ou de *decumanus*¹⁵⁷⁹. Cela n'empêchait pas la ville romaine d'être entièrement axée sur la voie publique.

§ 2. Une inaptitude des voies publiques au déplacement renforcée par les droits d'accès

La difficulté de remplacer les voies publiques fluviales et maritimes ne mérite pas d'être démontrée, tant elle est évidente. En revanche, qualifier la voirie d'irremplaçable peut porter davantage à discussion dans la mesure où rien ne semble interdire, matériellement, la fermeture d'une voie et la création d'une autre. On peut toutefois trouver deux arguments révélant la difficulté à remplacer des voies : d'une part, les « droits d'accès » au domaine public routier perturbent l'aptitude de ces voies à être déplacées (A) ; d'autre part, le partage contraint du droit d'accès au travers de la servitude légale de passage sur le fonds d'autrui est la conséquence de l'impossibilité de multiplier les voies d'accès : ce n'est pas le tracé des voies publiques qui s'adapte aux besoins de l'accès, mais bien la propriété qui est sacrifiée (B).

comme ville étrusque », in *Roma illustrata* (dir. p. Fleury et O. Desbordes), Presses universitaires de Caen, 2008, p. 63, spéc. p. 69 ; GRANDAZZI (A.), « La *Roma quadrata* : mythe ou réalité ? », in *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, n° 105-2, 1993, p. 493, spéc. p. 538.

¹⁵⁷⁶ LAVEDAN (P.), HUGUENEY (J.), *L'Histoire de l'urbanisme, op. cit.*, pp. 356 et 357.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 464.

¹⁵⁷⁸ HAROUEL (J.-L.), *Histoire de l'urbanisme, op. cit.*, pp. 14 et 15.

¹⁵⁷⁹ LAVEDAN (P.), HUGUENEY (J.), *L'Histoire de l'urbanisme..., op. cit.*, p. 359.

A. Un droit d'accès perturbant l'aptitude des voies publiques au déplacement

Les riverains du domaine public routier disposent d'un droit d'accès sur ce domaine (1), qui rend forcément délicat le changement du tracé (2).

1. Le droit d'accès au domaine public routier

Ce droit permet au riverain d'accéder, à travers le domaine public routier, à l'ensemble des voies publiques (a). La vigueur de ce droit est d'autant plus forte qu'il est fondé sur le droit de propriété (b).

a. Le droit d'accès au domaine public routier, vecteur d'accès aux voies publiques

615. Ce droit d'accès, spécifique au riverain¹⁵⁸⁰ du domaine public routier, figure avec le droit de vue et celui d'écoulement des eaux pluviales et ménagères dans les « aisances de voirie ». Ce droit lui permet d'abord, comme l'indique son nom, de créer une ouverture entre la voie et sa propriété¹⁵⁸¹, accessible à pied comme en véhicule, et ce même si la voie est piétonne¹⁵⁸². Ce droit implique également le droit de s'« arrêter » au sens de l'article R. 1 du Code de la route, c'est à dire d'immobiliser le véhicule le temps nécessaire à la descente ou la montée de voyageurs ou de marchandises¹⁵⁸³. La privation de ce droit d'accès (par exemple par le déclassement de la voie publique) donne lieu à l'indemnisation du riverain lésé¹⁵⁸⁴, à condition bien sûr qu'il ne dispose pas d'un accès sur une autre voie publique¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁰ Le Conseil d'État l'étend toutefois à « celui qui, sans être riverain d'une voie publique, ne peut accéder à son fond qu'en empruntant une voie publique » (CE, sect., 16 décembre 2005, *Mme Kostiuk et autres*, req. n° 268872).

¹⁵⁸¹ Voir par exemple CE, 16 juillet 1937, *Sieur Trivier*, rec. *Lebon* p. 703 ; CE, 26 juillet 1947, *Durand*, rec. *Lebon* p. 585. Pour de nombreuses jurisprudences, voir BASTID (P.), « Les aisances de voirie. Étude de doctrine et de jurisprudence », *RDP* 1930, p. 609 ; SINGER (J.), « Les droits d'accès et de vue des riverains des voies publiques », *AJDA* 1965, p. 260.

¹⁵⁸² CE, réf., 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, req. n° 347345 ; *AJDA* 2011, p. 1562, note Févrot ; *JCP A* 2011, n° 2167, note Moreau ; *RJEP* n° 687, juin 2011, comm. 31, note Chabrier.

¹⁵⁸³ CE, 11 décembre 1931, *Ligue pour la défense du commerce parisien, des usages de l'automobile et de la voie publique*, rec. *Lebon* p. 1100.

¹⁵⁸⁴ Cass. civ., 16 mai 1877, *Delaby*, *D.1877*, I, p. 431 ; CE, 17 décembre 1886, *Ville de Chaumont*, rec. *Lebon* p. 892 ; CE, 27 novembre 1974, *Sieur Amouzegh*, rec. p. 595 ; CE, 19 janvier 2001, *Département du Tarn-et-Garonne*, req. n° 297026.

¹⁵⁸⁵ CE, 5 mai 1995, *Plaquet*, req. n° 125197, *JurisData* n° 1995-045449.

616. Ce droit d'accès ne figure pas dans les textes ; tout au plus peut-on mentionner que les articles L. 122-2 et L. 151-3 du Code de la voirie routière, en refusant un droit d'accès aux propriétés riveraines des autoroutes et routes express, semble reconnaître *a contrario* l'existence d'un droit d'accès sur les autres dépendances du domaine public routier. La jurisprudence, de toute façon, ne se réfère pas à une quelconque législation pour garantir ce droit : dans l'arrêt *Sieur Trivier* de 1937, le juge se contentait d'invoquer le droit d'accès sur la voie publique sans en fournir le fondement. Plus récemment, le juge indiquait simplement que « *sauf dispositions législatives contraires, la qualité de riverain d'une voie publique confère à celui-ci le droit d'accéder à cette voie* »¹⁵⁸⁶. Mais si tous les arrêts visent ainsi la « voie publique », encore faut-il préciser que la notion est ici entendue de façon extrêmement étroite, bien plus, par exemple, qu'en matière de désenclavement : elle n'inclut que la voirie routière hors autoroutes et routes express¹⁵⁸⁷. Les jardins publics ou promenades sont par conséquent exclus du champ d'application de ce droit d'accès. Dans certaines circonstances, cette exclusion peut d'ailleurs placer les propriétaires riverains dans une situation délicate : le riverain qui bénéficiait d'une servitude de passage sur un terrain domanial en perd le bénéfice dès lors que le terrain est incorporé dans le domaine public à titre de promenade. Il bénéficie toutefois d'une indemnité et peut maintenir un accès piéton à sa propriété¹⁵⁸⁸. En revanche, les places, à moins qu'elles ne constituent en réalité des promenades¹⁵⁸⁹, peuvent être le support d'un droit d'accès. Quant aux chemins ruraux, si le Code rural et de la pêche maritime subordonne la création d'un accès à l'autorisation du maire¹⁵⁹⁰, il n'est pas certain que celui-ci puisse la refuser. Une réponse ministérielle assimile en effet les chemins ruraux, dans le cas des aisances de voirie, à des voies publiques¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁶ CE, 19 janvier 2001, *Département du Tarn-et-Garonne*, req. n° 297026.

¹⁵⁸⁷ La transformation d'une route nationale en de telles routes impliquant naturellement l'indemnisation du riverain désormais privé de son droit. Voir en ce sens CE, 30 juin 1976, *SARL Martinet et Dame Martinet*, rec. *Lebon* p. 345.

¹⁵⁸⁸ D'après l'analyse que fait J. Singer de l'arrêt *Berthier*, l'administration ne peut demander au riverain de supprimer la porte d'entrée donnant un accès piéton à sa propriété, « *car cette mesure n'était pas nécessaire pour assurer le respect de l'interdiction de la circulation de tous les véhicules sur ladite promenade, édictée par l'arrêté municipal* » (« Les droits d'accès et de vue des riverains des voies publiques », *AJDA* 1965, p. 261).

¹⁵⁸⁹ C'était précisément le cas dans l'arrêt *Berthier*. Le juge ne tient pas compte de l'appellation administrative de la zone (en l'occurrence « place ») pour privilégier la fonction qui lui a été dévolue. Ceci est particulièrement manifeste dans les conclusions du commissaire du gouvernement Henry (*RDP* 1960, p. 1223). Voir *supra*, Introduction de la Partie 2.

¹⁵⁹⁰ Art. D. 161-16 du Code rural et de la pêche maritime : « *Nul ne peut sans autorisation du maire (...) établir des accès à ces chemins* ».

¹⁵⁹¹ Rép. min. n° 51049, *JOAN Q* du 24 février 1992, p. 925 : « *Les aisances de voirie sont (...) accordées aux riverains des voies publiques. Dans ce cas précis, les chemins ruraux, biens qu'appartenant au domaine privé de la commune, paraissent être assimilés aux voies publiques. La circulaire du 18 décembre 1969, relative aux caractéristiques techniques, à l'emprise, à la conservation et à la surveillance des chemins ruraux reconnaît en*

617. Cela dit, le fait que la notion de voie publique soit si strictement entendue et limitée au domaine public routier n'empêche pas un accès général aux autres voies publiques : le propriétaire sort de son fonds grâce à son droit d'accès et peut alors rallier, s'il l'estime nécessaire, les autres voies publiques. Il le peut même d'autant plus facilement que la loi assure parfois l'accès entre la voirie routière et les autres voies publiques. Par exemple, l'article L. 160-6-1 du Code de l'urbanisme autorise l'administration à instaurer, sur les propriétés riveraines du domaine public maritime, une servitude de passage permettant au public le ralliement du rivage de la mer depuis la voirie publique ; l'article L. 341-7 du Code du tourisme impose que les bassins et plans d'eau destinés à l'accueil des navires de plaisance soient bordés d'un quai relié à la voie publique.

b. Une garantie fondée sur le droit de propriété

618. En écho au propos de Charles Comte, pour qui les ports, fleuves, chemins et autres biens du domaine public « *donnent à tous les autres biens une partie considérable de leur valeur* »¹⁵⁹² parce qu'ils permettent d'y entrer et d'en sortir, la garantie d'un accès à la voie publique au riverain du domaine public routier repose sur le droit de propriété.

619. Le fondement de ces droits d'accès fut pourtant l'objet de nombreux débats doctrinaux, au cours du XIX^{ème} siècle et jusqu'au début du XX^{ème} siècle.¹⁵⁹³ L'idée selon laquelle ils étaient des servitudes, grevant le domaine public au profit du riverain¹⁵⁹⁴, s'accommodait mal du pouvoir conservé par l'administration de supprimer la voie publique,

effet aux riverains de ces voies les droits d'accès et de vue, non prévus par les textes, car ceux-ci découlent de la publicité du chemin indépendamment de toute considération de domanialité (...) L'exercice des droits précités est toutefois subordonné à une autorisation du maire ».

¹⁵⁹² COMTE (C.), *Traité de la propriété*, Tome 1, Paris : Chamerot et Ducollet, 1834, p. 182 (cité par Hervé de Gaudemar, in *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 420).

¹⁵⁹³ Pour un panorama complet des doctrines en présence, voir MONSARRAT (G.), « Droit des riverains des voies publiques », *Revue générale d'administration* 1911, Tome 2 (mai à août), p. 257 ; BASTID (P.), « Les aisances de voirie. Étude de doctrine et de jurisprudence », *RDP* 1930, p. 609.

¹⁵⁹⁴ Soutenue par Aubry et Rau en 1839 : « *Il n'est pas indispensable pour l'établissement d'une servitude que l'héritage auquel on veut l'imposer soit susceptible de propriété privée. Les immeubles placés hors du commerce, à raison des usages publics auxquels ils sont affectés, n'en peuvent pas moins être grevés de toutes les servitudes compatibles avec ces mêmes usages (...) Ainsi les propriétaires de maisons adjacentes aux rues et places publiques jouissent à titre de servitude, et non simplement par tolérance, de tous les droits conformes à la destination de ces voies de communication* » (cité par Paul Bastid, in « Les aisances de voirie. Étude de doctrine et de jurisprudence », *art. cit.*, p. 619).

et de l'absence de véritable « charge » supportée par un fonds servant. On glissa donc naturellement vers la formule du droit *sui generis*¹⁵⁹⁵, issu d'une sorte de « *quasi-contrat formé entre les particuliers et la collectivité et qui crée des obligations réciproques entre les deux parties, parce que, si la riveraineté confère des avantages, elle impose aussi des charges au propriétaire* »¹⁵⁹⁶. Hauriou estimait qu' « *il se conclut réellement entre l'administration et le riverain qui bâtit une sorte d'accord consacré par la délivrance des alignements. Cette collaboration est évidente dans les rues des villes, car la rue ne se conçoit pas sans maisons. De là, très logiquement, si une opération de travaux publics vient supprimer les accès ou les vues des maisons en bordure la voie publique, un dommage, une indemnité due et un contentieux de pleine juridiction* »¹⁵⁹⁷. Jèze refuse quant à lui de reconnaître tout droit spécifique au riverain, et n'explique l'indemnisation que par les règles générales de la responsabilité administrative, imposant un dédommagement en cas de préjudice spécial¹⁵⁹⁸. L'anéantissement par le législateur du droit d'établir un accès sur les autoroutes et les routes express offrit finalement un fondement législatif *a contrario*.

620. Les remous dans l'établissement du fondement de ces droits d'accès tiennent encore une fois à la difficulté d'expliquer ce qui semble *a priori* évident. Parce que la voie publique est « destinée » à la circulation, il n'y eut jamais besoin d'énoncer clairement une règle pour garantir son accès à ses riverains. Ceci est manifeste dans de nombreux discours doctrinaux. Ainsi lit-on sous la plume d'Hauriou que « *la notion de voie publique est complexe, la voie est pour la circulation mais elle est aussi pour les accès, sans lesquels la circulation ne pourrait pas s'amorcer ; les maisons qui se bâtissent le long de la voie viennent donc coopérer à celle-ci en établissant des accès* »¹⁵⁹⁹. Pour Bastid, les aisances de voirie « *se rattachent directement à la destination même de la voie, qui est notamment de desservir les héritages riverains* »¹⁶⁰⁰. Berthélemy considère encore que les droits d'accès et de vue « *sont des*

¹⁵⁹⁵ Voir BASTID (P.), « Les aisances de voirie. Étude de doctrine et de jurisprudence », *art. cit.*, pp. 620 s.

¹⁵⁹⁶ MONSARRAT (G.), « Droit des riverains des voies publiques », *art. cit.*, p. 265.

¹⁵⁹⁷ HAURIUO (M.), *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris : Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1899, pp. 15 et 16.

¹⁵⁹⁸ JÈZE (G.), « Nature juridique du "droit" des riverains sur les dépendances du domaine public (rivage de la mer », note sous CE, 14 décembre 1921, *Préfet des Côtes-du-Nord*, RDP 1922, p. 91 : « *Les riverains d'une voie publique, du rivage de la mer, pour ce qu'on appelle le droit d'accès, de vue, d'égout, etc., ne sont que les usagers du service public. Ils n'ont pas de "droit" véritable, ni réel, ni personnel. Leur situation est celle de tous les usagers d'un service public. L'administration peut modifier le fonctionnement du service public, sans être tenue à indemnité, à moins qu'il n'y ait un dommage spécial au sens technique de cette expression* ».

¹⁵⁹⁹ HAURIUO (M.), *La gestion administrative*, *op. cit.*, pp. 15 et 16.

¹⁶⁰⁰ BASTID (P.), « Les aisances de voirie. Étude de doctrine et de jurisprudence », *art. cit.*, p. 609.

facultés dont tout le monde a également la jouissance, conformément à la destination naturelle des voies publiques »¹⁶⁰¹. Dans son rapport à la chambre des députés présenté au cours de la discussion précédant l'adoption de la loi du 24 mai 1842 sur l'aliénation des portions de routes nationales délaissées, Renouard expliquait, à propos du droit d'accès, que « *Du seul fait de l'existence de la route, il est résulté, par la force des choses, que l'emploi et la division des propriétés qu'elle borde ou qu'elle traverse ont été dirigés vers une destination appropriée à ce voisinage* »¹⁶⁰².

621. Le fondement juridique de ces droits spéciaux du riverain, au-delà de l'interprétation *a contrario* des articles L. 122-2 et L. 151-3 du Code de la voirie routière, fut finalement trouvé tout simplement dans le droit de propriété. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Ministre des travaux publics, des transports et du tourisme c/ Époux Tebaldini*¹⁶⁰³, Guy Braibant affirma que ce droit d'accès constituait « *en quelque sorte un accessoire du droit de propriété* ». L'idée fut finalement reprise au contentieux en 2001, lorsque le juge administratif, saisi d'un référé-liberté à l'encontre de travaux communaux ayant supprimé un accès, estima que « *le libre accès des riverains à la voie publique constitue un accessoire du droit de propriété, lequel a le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative* »¹⁶⁰⁴, opinion réitérée plusieurs fois depuis lors¹⁶⁰⁵ ; si le locataire semble également pouvoir bénéficier du droit d'accès¹⁶⁰⁶, c'est parce que ce dernier épouse l'ensemble des dimensions du droit de propriété, et permet audit locataire d'invoquer le droit d'usage attaché au bien¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰¹ BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris : Arthur Rousseau, 1913, p. 420.

¹⁶⁰² Recueil Duvergier, rapport d'Augustin-Charles Renouard sous la loi du 24 mai 1842, Tome 42, pp. 111 et 112.

¹⁶⁰³ CE, sect., 26 mai 1965, *Ministre des travaux publics, des transports et du tourisme c/ Époux Tebaldini*, rec. *Lebon* 1965, p. 305, concl. Braibant.

¹⁶⁰⁴ CE, réf., 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, req. n° 234226 ; *CJEG* 2002, p. 303, note Bon

¹⁶⁰⁵ CE, réf., 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, req. n° 347345 ; *AJDA* 2011, p. 1562, note Févrot ; *JCP A* 2011, n° 2167, note Moreau ; *RJEP* n° 687, juin 2011, comm. 31, note Chabrier ; CE, réf., 18 avril 2014, *Commune de Germond-Rouvre*, req. n° 377621.

¹⁶⁰⁶ CE, 30 juin 1976, *SARL Martinet frères et Dame Martinet*, rec. *Lebon* p. 345. Voir sur ce point MOREAU (J.), « Portée de la notion d'aisance de voirie », note sous CE, réf., 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, *JCP A* 2011, n° 2167.

¹⁶⁰⁷ FÉVROT (O.), « Le juge du référé-liberté protecteur des aisances de voirie », note sous CE, réf., 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, *AJDA* 2011, p. 1563.

2. Les conséquences du droit d'accès sur les changements de tracé de la voie

622. Cette nécessité de préserver l'accès des riverains rend plus difficile pour l'administration la fermeture des voies. Le juge administratif est attentif à ce que cette fermeture de la voie ne lèse pas excessivement les intérêts des propriétaires riverains. Ceux-ci peuvent formuler leurs observations et mettre en évidence leurs intérêts lors d'une l'enquête publique, exigée par le Code de la voirie routière « *lorsque l'opération [de déclassement] envisagée a pour conséquence de porter atteinte aux fonctions de desserte ou de circulation assurées par la voie* »¹⁶⁰⁸. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a ainsi pu décider, dans un arrêt de 2009¹⁶⁰⁹, que le déclassement d'une voie du domaine public routier ne devait pas provoquer une « *détérioration excessive des conditions de desserte des riverains concernés par ce déclassement* ». En l'occurrence, le déclassement contraignait les riverains à aménager « *à leurs frais (...) une voie en pente sur une longueur de vingt-cinq à trente mètres et selon des modalités nécessitant la démolition d'un mur* ». Le Conseil d'État ne sanctionne pas la désaffectation et le déclassement de voies publiques dès lors que « *la suppression partielle de ces voies publiques a été compensée par la réalisation d'une voie de remplacement à proximité ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la délibération attaquée aurait eu pour effet d'enclaver le quartier (...) desservi d'ailleurs par d'autres voies, ne saurait être accueilli* »¹⁶¹⁰. La jurisprudence étant très limitée sur ce sujet¹⁶¹¹, il est difficile de tirer des conclusions définitives ; on peut néanmoins imaginer que la nécessité de solliciter un désenclavement en raison de la fermeture d'une route, par les frais qu'impliquent la servitude de passage, serait elle aussi constitutive d'une détérioration excessive des conditions de desserte. Les débats relatifs à la loi du 24 mai 1842 relative aux délaissés de voirie mettent particulièrement en exergue la difficulté sociale à dévier une route et les conséquences à en tirer du point de vue de la propriété publique : « *Lorsque l'objet de la propriété est une route, l'État, propriétaire de ce sol et maître d'en disposer, n'a point, tant que le sol reste route, un exercice de la propriété aussi plein, aussi affranchi de conditions qu'un particulier l'a sur son champ (...) Personne n'élèvera la prétention que l'État, parce qu'il est propriétaire de la route, comme le peut un particulier sur son champ, et lorsque la conservation de la route n'y est pas intéressée, l'ouvrir ou la fermer à son gré ou à son caprice, en permettre l'accès à*

¹⁶⁰⁸ Art. L. 131-4 et art. L. 141-3 du Code de la voirie routière.

¹⁶⁰⁹ CAA Bordeaux, 5 mars 2009, *Commune de Peyrat-la-Nonière*, req. n° 07BX01150.

¹⁶¹⁰ CE, 24 février 1992, *M. et Mme Jean-Pierre et Annie X...*, req. n° 78141.

¹⁶¹¹ Preuve, peut-être, que ces voies sont si difficiles à déplacer que l'administration ne s'y risque que rarement.

telles personnes et l'interdire à telles autres. Les riverains d'une route en tirent des avantages plus immédiats que le reste du public, avantages que l'État, tout propriétaire qu'il est, n'est pas maître de leur refuser, si l'intérêt même de la route ne le commande point (...) Des maisons ont été construites, des chemins privés se sont ouverts ; des eaux ont reçu leurs cours. Il se peut que cet état soit fort ancien, et ait notablement affecté la valeur des propriétés (...) Cette ancienneté (...) se rencontrera dans les cas les plus fréquents (...) Or, plus les routes à rectifier sont anciennes, plus sont anciennes aussi les bases d'évaluation vénale et les appropriations de travaux qui se sont établies sur la foi de l'existence de ces routes. La perturbation est grave, elle est alarmante pour la société, lorsque les bases anciennes de la propriété sont bouleversées sans compensation ni ménagements »¹⁶¹². C'est pourquoi cette loi prévoit un dispositif repris par l'article L. 112-8 du Code de la voirie routière et étendu à l'ensemble du domaine public routier : les riverains des voies déclassées disposent d'une priorité pour acquérir les parcelles délaissées situées au droit de leur propriété, de sorte qu'il leur est toujours loisible d'assurer la desserte de leur fonds en faisant de cette voie une copropriété privée. Il est toutefois étonnant que la loi ne prévoit rien dans le cas où l'un des riverains aligné le long de la voie n'exercerait pas son droit de priorité. C'est encore dans les débats relatifs à la loi de 1842 que l'on trouve un semblant de justification : « À moins de circonstances bien extraordinaires, l'administration ne refusera pas à l'un des propriétaires riverains la préférence sur des tiers, lorsque l'autre propriétaire ne voudra pas acquérir »¹⁶¹³. En revanche, n'est pas envisagée l'hypothèse dans laquelle l'un des riverains accepterait l'achat de la part de voie délaissée, mais refuserait d'en laisser le passage à ses voisins. Cette situation donnerait probablement lieu à désenclavement. Nous pouvons toutefois supposer que l'hypothèse d'une route déclassée ne peut concerner que des voies desservant un nombre particulièrement limité de fonds, minimisant les risques d'un différend entre propriétaires. L'orateur précité s'en remettait d'ailleurs au bon sens de l'administration pour s'adapter à chaque cas : « Il y a lieu d'espérer que, dans le cas de suppression d'une rue ou d'une place publique, l'autorité compétente n'aliénera les terrains qu'en prenant toutes les précautions nécessaires pour que les intérêts des propriétaires ne soient pas lésés »¹⁶¹⁴.

¹⁶¹² Recueil Duvergier, rapport d'Augustin-Charles Renouard sous la loi du 24 mai 1842, Tome 42, pp. 111 et 112.

¹⁶¹³ *Ibid.*, p. 116.

¹⁶¹⁴ *Id.*, p. 113.

623. En outre, il faut remarquer que les riverains disposent d'un droit spécial d'acquisition des terrains libérés par un rétrécissement de la voie publique. Ces terrains libérés entrent dans le domaine privé du propriétaire de la voie. Deux possibilités s'offrent au propriétaire public : soit il vend le terrain délaissé et, en ce cas, l'article L. 112-8 du Code de la voirie routière, héritier en cela de l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807, prévoit au profit des riverains un droit de priorité pour l'acquisition du terrain libéré situé au droit de leur propriété ; soit il le maintient affecté à l'usage du public¹⁶¹⁵, auquel cas il doit bien sûr respecter le droit d'accès. Dans tous les cas, l'accès du riverain sur la voie publique est préservé. Des dispositions similaires s'appliquent au bénéficiaire du riverain des cours d'eau qui s'assèchent, même partiellement : le terrain asséché entre dans le domaine privé du propriétaire public, tenu de le céder au riverain qui en fait la demande dans un délai de trois mois à compter de la notification prévue par l'article 563 du Code civil. Le riverain, d'une façon ou d'une autre, conserve donc son accès direct au cours d'eau.

B. Le partage contraint du droit d'accès, manifestation du caractère irremplaçable des voies publiques

624. Le fait d'être le riverain d'une voie publique crée le risque de voir sa propriété démembrée par une servitude de passage¹⁶¹⁶. L'article 682 du Code civil dispose en effet que *« le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante, soit pour l'exploitation agricole, individuelle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation d'opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds, à charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner »*.

625. On le voit clairement à la lecture de cet article, l'accès à la « voie publique » est la raison d'être de cette servitude de passage. L'expression est entendue de façon large, puisque le juge judiciaire y inclut bien d'autres éléments que la seule voirie routière. Ainsi, les terrains domaniaux, furent-ils rangés dans le domaine privé, constituent une voie publique à même de refuser le désenclavement dès lors que la circulation y est tolérée. Surtout, sont incluses, dans

¹⁶¹⁵ Civ. 1^{ère}, 28 mai 1968, n° 66-10578.

¹⁶¹⁶ Pour un détail du champ d'application et des conditions de mise en œuvre de cette servitude, voir DJOUDI (J.), « Servitudes », *Répertoire de droit immobilier Dalloz*, §§ 304 s.; MÉMETEAU (G.) « Servitudes légales - Droit de passage », *JCl. Civil Code* (articles 682 à 685-1).

les voies publiques, les voies aquatiques. C'est d'abord le cas pour les cours d'eaux, qu'ils soient reconnus ou non comme étant navigables : un fonds riverain d'un cours d'eau n'est pas nécessairement considéré comme enclavé, d'abord parce qu'il se peut qu'un gué permette au propriétaire de le traverser et de rallier la voie publique, mais surtout parce que le cours d'eau lui-même peut constituer la voie publique. S'il peut être accédé au fonds par un accès facile et rapide en barque, le juge refusera d'admettre l'état d'enclave¹⁶¹⁷. De même, la mer est potentiellement constitutive d'une voie publique si elle constitue, comme c'est le cas en Polynésie française, un mode normal de communication¹⁶¹⁸. Il n'y a donc pas de refus de principe de considérer les voies aquatiques comme des voies publiques, parce que « *l'eau n'est pas un élément rebelle à l'homme, même non doué de facultés surnaturelles* »¹⁶¹⁹. Quelle que soit la voie publique concernée, l'idée directrice est toujours la même : ce n'est pas la voie publique qui bouge, mais la propriété privée riveraine qui est sacrifiée. Si la voie publique n'était pas une ressource rare et pouvait être créée et recréée, le désenclavement ne s'imposerait pas. En un sens, c'est ce dont témoigne le droit romain : si ce droit ne produisit aucune réglementation générale sur le désenclavement, c'est parce que la formation d'une voie d'accès était inhérente au découpage des fonds. La loi des XII tables imposait en effet à chaque propriétaire terrien de laisser en friche un liseré de quelques mètres de large courant autour de la parcelle, ce dont il résultait un habitat constitué comme un agglomérat d'îlots de propriétés privées¹⁶²⁰.

626. L'accès par le fonds riverain, précisons-le, doit être lui-même irremplaçable : l'obtention du droit de passage nécessite que le propriétaire du fonds enclavé ne dispose d'aucune autre solution pour y entrer et en sortir. Le juge judiciaire est tout à fait sensible à l'inexistence d'une solution alternative viable pour constater l'enclave : pour établir l'état

¹⁶¹⁷ CA Lyon, 18 mai 1989, *RTD civ.* 1989, p. 783, obs. Zénati.

¹⁶¹⁸ CA Papeete, 30 juin 2005, *JurisData* n° 2005-281350 (résumé) : « *C'est en vain que le propriétaire d'un fonds, situé en bordure du lagon et accessible par voie maritime, invoque l'état d'enclave de son terrain. En effet, une voie d'eau, comme une voie terrestre, peut être une voie publique. En l'espèce, cet accès maritime constitue une issue suffisante sur la voie publique. Depuis des temps immémoriaux, la voie maritime constitue le mode d'accès le plus utilisé pour pénétrer dans les terres. Ce type de véhicule s'est adapté à l'évolution et à la modernisation de la vie et le maire de la commune atteste que le bateau permet une évacuation sanitaire dans de bonnes conditions. Le bateau constitue le moyen normal de communication et est utilisé pour le transport scolaire. De plus, le lagon n'est pas la haute mer et est accessible par tous les temps, ce qui n'est pas forcément le cas de la route dont l'état dépend des précipitations* », cité par MÉMETEAU (G.), « Servitudes légales - Droit de passage », *JCl. précité*, § 56.

¹⁶¹⁹ ZÉNATI (F.), « Propriété et droits réels », note sous CA Lyon, 18 mai 1989, *RTD civ.* 1989, p. 783.

¹⁶²⁰ Notons d'ailleurs que lorsque cette précaution tomba en désuétude, les juristes romains considéraient la formation d'un droit de passage comme figurant implicitement dans l'acte de disposition de l'enclave. Voir sur ce point LANDREAU (D.), « L'enclave », *JCP G* 1963, I 1784.

d'enclave, il n'est pas forcément obligatoire que le fonds prétendument enclavé soit privé de tout accès ; il suffit que les accès existants ne soient pas suffisants. Ce caractère « suffisant » de l'accès est souverainement apprécié par le juge. Ainsi considère-t-il comme suffisant et donc insusceptible d'établir l'état d'enclave l'accès même en mauvais état¹⁶²¹ ou incommode¹⁶²², pourvu, en général, qu'il puisse supporter le passage d'une voiture¹⁶²³. En revanche, l'état d'enclave est constitué si l'accès à la voie publique nécessite des travaux ne dépendant pas de la volonté du propriétaire du fonds enclavé, ou des travaux « *hors de proportion avec la valeur du fonds* »¹⁶²⁴.

627. La logique même de la servitude de passage rappelle celle, *mutatis mutandis*, de la théorie des infrastructures essentielles, qui anime le droit de la concurrence¹⁶²⁵. Énoncée en premier lieu par la Cour Suprême américaine en 1912 dans l'affaire *Terminal Railroad*¹⁶²⁶ avant d'être reprise en droit de l'Union européenne puis en droit interne, elle contraint ceux qui détiennent une prérogative particulière d'accès sur une ressource qui ne peut être recréée par des moyens raisonnables à partager cette prérogative, moyennant dédommagement. L'absence d' « *alternative potentielle réaliste* »¹⁶²⁷ à la ressource, qui fonde l'applicabilité de la théorie, participe du caractère irremplaçable ou très difficilement remplaçable de cette ressource et justifie la possibilité pour les tiers d'y accéder, limitant ainsi le droit de son propriétaire. N'est-ce pas, finalement, la même logique qui prévaut pour les voies publiques ?

¹⁶²¹ Cass. req., 4 juin 1866, *DP* 1867, I, p. 10.

¹⁶²² Civ. 3ème., 24 juin 2008, n° 07-15944 ; *RDI* 2009, p. 107, note Gavin-Millan-Oosterlynck.

¹⁶²³ CA Douai, 13 septembre 2004, *JurisData* n° 2004-254221 (résumé) : « *S'il est posé comme principe que le terme "voie publique" s'applique aussi aux voies d'eau, la jurisprudence, en ce qui concerne les fonds destinés à l'habitation, considère que l'accès avec des véhicules automobiles correspond à l'usage normal de ce type de fonds. Il est juste de tenir compte des progrès techniques réalisés dans les modes de transport et l'on doit considérer que les conditions actuelles de vie supposent la possession d'un véhicule. Le juge doit, dans l'appréciation qu'il fait de l'état d'enclave et de la notion d'issue suffisante, intégrer le passage avec les moyens modernes de locomotion* ». Le juge adapte néanmoins son appréciation à la vocation du fonds. Pour une habitation dans un cadre bucolique, il peut considérer que l'accès en barque est suffisant et qu'ils n'est donc pas nécessaire de tourmenter le fonds voisin pour y ajouter un accès par voie de terre. En ce sens, Frédéric Zénati remarque que « *ce nécessaire esprit de nuance doit conduire à examiner la destination du fonds afin de s'assurer que son exploitation est compatible avec un transport par eau (...)* En la cause, les propriétés riveraines ne semblaient pas avoir d'autre affectation que l'habitation. L'accès de la demeure était incommode du fait de la nécessité d'un embarquement, mais ne devait sans doute pas manquer de charme. L'agrément eût été exclu s'il s'était agit d'une exploitation agricole ou industrielle nécessitant l'acheminement de moyens importants impossible à assurer par une simple partie de barque » (in « Propriété et droits réels », *RTD. civ.* 1989, p. 783).

¹⁶²⁴ Civ. 3ème, 7 novembre 1990, *Bull. civ.* 1990, III, n° 7.

¹⁶²⁵ Voir notamment sur ce point DEZOBRY (G.), *La théorie des infrastructures essentielles*, préf. J.-M. Thouvenin, LGDJ, coll. Thèses, 2009 ; CALMETTES (J.-F.), *La rareté en droit public*, préf. L. Rapp, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004, pp.127 s.

¹⁶²⁶ Cour suprême, *United States v. Terminal Railroad*, 224, US 33, 1912

¹⁶²⁷ CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97, rec. CJCE 1998, I, p. 7791, § 44.

Appliquons la théorie à rebours : les droits reconnus aux non riverains des voies publiques et la limitation subséquente du droit de propriété du riverain témoignent du caractère irremplaçable de la voie publique. Dévier et multiplier les voies publiques pour offrir un accès immédiat à chacun ne constitue pas une « alternative potentielle réaliste » : c'est cette impossibilité qui fonde le droit au désenclavement.

Conclusion du chapitre

S'il est une chose qui singularise l'affectation des voies publiques, c'est bien que celle-ci a vocation à la perpétuité, en raison de la réunion de deux caractères : elles sont à la fois essentielles et irremplaçables. Essentielles, elles le sont à de nombreux égards : pour l'État, d'abord, dont l'affirmation semble être allée de pair avec un réseau de voies publiques qu'il avait pour « mission » de développer ; pour la société ensuite, qui nécessite, pour se former et se maintenir, de lieux sur lesquels peut se nouer le lien social ; pour les libertés, enfin dont certaines, telles que la liberté d'aller et venir, présupposent l'existence de voies publiques. Irremplaçables, les voies publiques le sont d'abord parce qu'elles structurent au premier chef les regroupements sociaux : l'histoire de l'urbanisme souligne que les habitations s'établissent autour de la voie publique et parce qu'il y a la voie publique, et non l'inverse. Dès lors, la voie publique n'a pas à être déplacée. Plus pragmatiquement, parce qu'il est d'un point de vue urbanistique difficile de multiplier, de déplacer ou de ramifier les voies publiques pour que chacun y ait un accès direct, les propriétaires privés qui bénéficient d'un droit d'accès sur le domaine public routier sont tenus de le partager avec ceux qui n'en bénéficient pas, au travers de la servitude légale de passage.

Chapitre 2

Les implications patrimoniales de la vocation des voies publiques à une affectation perpétuelle

628. C'est, finalement, l'intérêt même d'un domaine public : le fait que certains biens apparaissent aussi indispensables à la vie et à l'institutionnalisation du groupe social appelle à un statut particulier qui consiste en la mise hors du champ de la propriété privée. Cette proposition peut sembler relever de l'évidence, elle fut pourtant contestée par une note de René Capitant entrée dans la postérité, celle sous l'arrêt *Commune de Barran*¹⁶²⁸. Ces réflexions sont bien connues, mais il importe de les rappeler à nouveau car, sous l'empire du dogme de la rétraction du domaine, elles pourraient offrir un fondement juridique à la disparition totale de ce dernier.

629. La théorie est très simple : la propriété des biens du domaine public n'est pas inaliénable ; seule l'est l'affectation. Dès lors, rien n'interdit à un propriétaire public de transmettre à un particulier la propriété des biens du domaine public, pourvu que l'acquéreur en maintienne l'affectation ; ce dernier pourra même à son tour transmettre la propriété, toujours à charge pour l'acquéreur suivant de maintenir l'affectation. Dans l'affaire *Commune de Barran*, une commune avait vendu à un particulier des stalles d'une église. Un amateur d'art avait attiré l'attention des autorités étatiques sur l'intérêt culturel que présentaient ces pièces ; ces autorités interdirent par conséquent au maire de livrer les stalles ainsi vendues. Saisi de cette interdiction, le Conseil d'État estima qu' « *en l'absence d'un décret mettant fin à cette affectation, celle-ci ne cesse pas, nonobstant la vente consentie par la commune ; Dès lors, c'est à bon droit que le préfet interdit l'enlèvement et enjoint au maire de veiller à leur conservation dans l'église* ». L'acquéreur restait donc propriétaire, mais de biens dont il ne pouvait disposer en l'absence de désaffectation. Cette situation inspira à René Capitant les

¹⁶²⁸ CAPITANT (R.), note sous CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, D. 1933, III, p.48

réflexions suivantes : « *La solution nous montre (...) qu'à vrai dire il n'y a plus, dans le domaine, de choses inaliénables ; il n'y a que des choses affectées. La notion d'inaliénabilité s'est changée en celle d'affectation, affectation qui ne touche pas d'ailleurs à la propriété des choses, mais seulement à leur utilisation. Ainsi les stalles de l'église de Barran ont pu être valablement vendues, mais, après comme avant, elles restent affectées à l'usage des fidèles (...)* L'affectation de l'objet subsiste, comme dit le Conseil d'État, nonobstant toute vente contraire. Si l'on veut encore parler d'inaliénabilité, que ce ne soit donc plus d'inaliénabilité de la chose, mais plutôt, de l'affectation. C'est l'affectation qui est inaliénable et irrévocable, sinon par une désaffectation prononcée dans les mêmes formes »¹⁶²⁹. Et l'auteur d'étendre considérablement la portée de cette solution : « *À cette théorie de l'affectation, qui a permis au Conseil d'État de trancher avec une si parfaite aisance l'affaire des stalles de l'église de Barran, nous sommes ainsi amenés à reconnaître une portée très large, qui dépasse infiniment le cadre de l'espèce. Elle nous semble, en effet, susceptible d'être appliquée dans tous les cas où la doctrine classique parlerait d'inaliénabilité, et c'est pourquoi nous pouvons dire qu'elle constitue la forme moderne et positive de l'inaliénabilité domaniale. Qu'il s'agisse d'églises, de routes, de voies ferrées, de rivières navigables, de bâtiments publics ou des tableaux de nos musées ; cessons de rechercher s'ils sont inaliénables, mais constatons plus simplement leur affectation, pour la faire respecter : cette affectation frappe d'inefficacité tout acte susceptible d'y faire obstacle. Partout où l'on disait inaliénabilité, disons affectation, et la magnifique limpidité de l'arrêt Commune de Barran s'étendra à tout la matière du domaine »¹⁶³⁰. Ce qui ne semble pourtant qu'un cas d'espèce est donc pour Capitant susceptible de s'étendre jusqu'aux voies publiques.*

630. Les travaux récents d'Hervé de Gaudemar invitent toutefois à tempérer les intentions de Capitant, dont certains des écrits antérieurs et postérieurs à la fameuse note de 1932 révèlent qu'il n'admettait pas forcément la possibilité d'une disparition totale du domaine. Écrit antérieur, d'abord : en 1930, dans sa copie d'agrégation sur le fondement juridique de l'inaliénabilité, il concède qu' « *un industriel moderne s'accommoderait de la propriété d'un fleuve ou même d'une rade, et se ferait fort d'user du droit de propriété qui lui serait reconnu jusqu'à en épuiser les dernières facultés et jusqu'à en abuser [ce qui est justement la raison*

¹⁶²⁹ *Ibid.*

¹⁶³⁰ *Id.*, pp. 48 et 49.

*pour laquelle on le lui refuse] »¹⁶³¹. N'est-ce pas là, quelque part, la reconnaissance du fait que la propriété privée est de nature à contrarier l'affectation et que c'est précisément pour cela qu'elle est refusée ? Écrit postérieur, ensuite : comme le relève encore Hervé de Gaudemar, Capitant se montre peut-être plus nuancé en 1942 dans la préface à la thèse de Gilbert Maroger¹⁶³², en ce que s'il maintient l'idée d'une inaliénabilité de l'affectation, il n'admet plus aussi frontalement l'aptitude pour une personne privée à être propriétaire de biens affectés à l'utilité publique : « *Il n'est donc pas incongru, conclut Hervé de Gaudemar, de penser que Capitant, tout en conservant l'assimilation de la domanialité publique à une servitude d'affectation et l'idée qu'un bien privé puisse être affecté à l'utilité publique, renonce en 1942 à considérer que la servitude d'affectation en tant que telle puisse grever une propriété privée* »¹⁶³³*

631. Il reste que l'on trouve encore, essaimée dans une doctrine plus contemporaine, l'idée que l'affectation publique n'implique peut-être pas obligatoirement la propriété publique¹⁶³⁴, même si leurs auteurs qualifient eux-mêmes ces pensées de fugaces. Ce fut notamment le cas de Jean-Marie Auby : « *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 (...) 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 d'État a failli le dire en 1932, et René Capitant l'avait compris ainsi (...) 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* »¹⁶³⁵. Bien qu'il

¹⁶³¹ Extrait cité et commenté par Hervé de Gaudemar, dans « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation de 1930 », *RFDA* 2007, p. 1298.

¹⁶³² MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. Capitant, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1942.

¹⁶³³ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 405.

¹⁶³⁴ Philippe Yolka explique la diffusion de ce phénomène par la souplesse associée à la propriété privée : « *Les réflexions sur la réduction quantitative de la propriété publique ont servi de marchepied à une interrogation plus radicale à la nécessité d'une telle propriété. Improductive et mal gérée, cette dernière pourrait être avantageusement remplacée par une propriété privée grevée d'affectation publique et figurant dans le patrimoine des particuliers (...) L'idée de dissocier ces deux éléments est apparue en contrepoint comme un gage de souplesse, permettant de conserver les avantages de la vision classique en évitant ses inconvénients* » (*La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. 481).

¹⁶³⁵ Intervention lors du colloque « Domaine public et activités économiques » de 1990. Voir *Actes du colloque « Domaine public et activités économiques », organisé les 20 et 21 septembre 1990 par la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et les CJEG*, n° hors-série des CJEG, octobre 1991, p. 141

réfléchisse plus à la souveraineté qu'à l'affectation, une idée comparable se retrouve dans une intervention de Jean-Philippe Brouant : « *L'existence même d'un territoire en tant qu'élément nécessaire de l'existence d'un État souverain au regard du droit international implique que certaines parties du territoire appartiennent de façon suffisamment stable à des personnes morales de droit public dans un but de défense et de circulation. La nécessité de fait est évidente. Implique-t-elle forcément une propriété de l'État sur ces biens ? La souveraineté implique certainement un contrôle sur ces biens, mais pas forcément une possession* »¹⁶³⁶. Même le législateur fut peut être sensible à cette théorie : dans les débats préalables à l'adoption de la loi relative aux aéroports¹⁶³⁷ (qui, rappelons-le, déclassa et cède la plupart des biens du domaine public de l'établissement public Aéroports de Paris à la société anonyme qui lui succède, moyennant un régime de substitution), on trouve l'interrogation du député Charles de Courson : « *Le service public est-il synonyme de propriété par une personne publique ? Là encore, la réponse est négative* »¹⁶³⁸.

632. De là, l'interrogation qui suit et dont la réponse sera l'objet du présent chapitre : la théorie de Capitant est-elle applicable à une affectation qui, telle celle des voies publiques, apparaît absolument inaliénable en raison de sa vocation à la perpétuité ? L'inaptitude souvent alléguée de l'appropriation privée à assumer une telle affectation repose en général sur un fondement organico-fonctionnel qui s'énonce comme suit : la fonction des voies publiques et des biens du domaine public en général (cause fonctionnelle) est incompatible avec la personnalité privée du propriétaire (cause organique). Or, il résulte de la jurisprudence récente de la Cour de cassation que l'on ne peut plus être sûr de l'incompatibilité entre la propriété privée et l'affectation perpétuelle des voies publiques. Si l'on ne peut conclure à un échec définitif du fondement organico-fonctionnel, au moins doit on constater son affaiblissement : l'incapacité alléguée de la propriété privée à supporter une affectation perpétuelle à l'utilité publique est des plus discutables (Section 1). Toutefois, la vocation des voies publiques à une affectation perpétuelle entraîne une autre conséquence : elle révèle un lien ontologique entre la collectivité publique et les voies publiques, lien qui commande une appropriation publique de ces voies (Section 2).

¹⁶³⁶ BROUANT (J.-P.), « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *LPA* 15 juillet 1994, n° 84, p. 23.

¹⁶³⁷ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, *JORF* du 21 avril 2005, p. 6969.

¹⁶³⁸ Séance du mercredi 9 mars 2005, *JO Débats parlementaires Assemblée nationale* du 10 mars 2005, p. 1853.

Section 1. L'incapacité discutable de la propriété privée à supporter une affectation perpétuelle à l'utilité publique

633. Si Capitant postula la légalité, devant le juge administratif, d'une aliénation de biens du domaine public avec maintien de l'affectation à l'utilité publique, il s'abstint en revanche d'analyser l'aptitude de la propriété privée à supporter effectivement une telle affectation¹⁶³⁹. C'est à cet examen qu'il convient de procéder. Waline critiqua la théorie de Capitant essentiellement à l'aune de l'injustice qu'elle représentait, dans l'affaire *Commune de Barran*, pour l'acheteur inconscient de l'inaliénabilité de l'affectation¹⁶⁴⁰. Mais comme le fit remarquer Duverger, cette critique ne rendait pas compte de l'hypothèse d'un acheteur consentant pleinement à l'affectation. L'auteur chercha alors un autre fondement, et le trouva en « *l'orientation du droit administratif français, qui ne veut pas laisser aux particuliers le soin de pourvoir ainsi aux intérêts du public est des services* »¹⁶⁴¹. Duverger fut à son tour critiqué par Maroger, qui répondit qu'il n'était pas question, dans la théorie de Capitant, d'abandonner à l'acquéreur privé la gestion de l'affectation du bien ; il s'agissait simplement de lui en laisser la propriété, à charge pour l'administration d'organiser ensuite cette affectation¹⁶⁴². Si la critique de Maroger nous semble fondée, elle ne résout toujours pas la

¹⁶³⁹ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, op. cit., n° 403.

¹⁶⁴⁰ WALINE (M.), note sous CE, 13 mai 1933, *Ville d'Avallon c/ Consorts Lepoux*, D. 1934, II, pp. 102 et 103 : « *Cet antiquaire a intérêt à savoir s'il est propriétaire ou non ; parce que, si la vente était nulle, il a droit à la répétition du prix qu'il a payé. La théorie de l'affectation est muette là-dessus, et c'est pourtant bien une question qui ne peut rester indéfiniment en suspens (...) Il paraît (...) difficile d'assimiler les effets de l'affectation à un vice de la chose, et surtout à un vice caché. De sorte que si l'on ne veut plus entendre parler d'inaliénabilité domaniale, on en arrive à dire que l'acheteur est bien propriétaire, alors que son droit de propriété est complètement vidé de tout contenu par les effets de l'affectation. Une vente qui ne peut transférer à l'acheteur ni le droit d'user, ni celui de jouir, ni celui de disposer, parce que tous trois sont paralysés par une affectation, mais qui est probablement régulière tout de même, voilà à quoi aboutit l'abandon de la vieille règle de l'inaliénabilité du domaine public* ».

¹⁶⁴¹ DUVERGER (M.), *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Bordeaux : E. Castéra, 1940, p. 328.

¹⁶⁴² MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, op. cit., pp. 320 à 322 : « *La conciliation de l'idée d'affectation et de l'idée de propriété privée, loin d'être inconcevable, s'accomplit chaque jour davantage dans notre droit public contemporain (...) L'argument tiré de la volonté de ne pas laisser à des particuliers le soin de "pourvoir" aux intérêts du public et des services (...) repose, à nos yeux, sur un malentendu (...) Si l'aliénation, faite en principe sous réserve du maintien de l'affectation, avait pour effet de porter atteinte aux tâches incombant aux organes administratifs chargés de "pourvoir aux intérêts du public et des services", cette aliénation devrait être considérée comme incompatible avec l'affectation (...) Si une route ou un pont, pour prendre l'exemple de M. Duverger, étaient vendus à un particulier, à charge par ce particulier, d'entretenir cette route ou ce pont, l'affectation serait compromise par là même, quelle que soit la volonté de ce particulier d'assurer par ses propres moyens la satisfaction du public ; car l'affectation d'un bien, il ne faut cesser de le répéter, n'est pas une simple notion de fait, définie par le fait de l'usage du public ; elle comporte une véritable organisation juridique déterminant l'application au bien considéré d'un régime administratif spécial. Toute attribution à un particulier du soin de pourvoir, à propos d'un bien affecté à l'usage du public,*

question de savoir si l'appropriation privée peut s'accommoder de l'affectation à l'utilité publique, en particulier celle à la libre circulation du public.

634. Hervé de Gaudemar apporte une réponse en relevant d'abord, à propos des affectations autoritaires à l'utilité publique, qu' « *on peut (...) considérer que la servitude qui consiste à affecter complètement un bien privé à la satisfaction de l'utilité publique est, selon la conception française héritée de 1789, une atteinte au respect du droit de propriété* »¹⁶⁴³. Mais il évoque immédiatement le cas de la servitude consentie : « *Il est possible d'envisager le cas du propriétaire privé qui, au lieu de subir l'institution d'une servitude administrative, la consentirait librement en décidant d'affecter le bien à l'utilité publique (...) Il n'y a pas, en effet, en soi d'antagonisme entre le bien privé et la satisfaction de l'utilité publique, la seule antinomie résidant dans la servitude d'affectation. En d'autres termes, le propriétaire privé peut décider d'assigner son bien au service de l'utilité publique (...) mais il ne peut le faire que dans un régime d'association dans lequel il conserve sa faculté de disposition. C'est le contrat et lui seul qui garantit le respect de l'affectation du bien. La démarche est volontaire et n'est pas irrévocable* »¹⁶⁴⁴. Ce dernier terme est fondamental : l'affectation d'une propriété privée à l'utilité publique devrait être révocable, sans quoi elle porterait atteinte au droit de propriété. Comment, dès lors, la concilier avec les voies publiques dont l'affectation a vocation à la perpétuité ? Ce serait là un argument fort en faveur de l'appropriation publique des voies publiques. Toutefois, le raisonnement est ébranlé par une évolution jurisprudentielle amorcée par Cour de cassation. Outre la compatibilité, acquise depuis longtemps, entre l'appropriation privée et l'affectation à l'utilité publique, qui n'a jamais réellement été mise en doute (§ 1), cette jurisprudence permet de croire désormais en une compatibilité entre l'appropriation privée et une affectation à l'utilité publique *irrévocable* (§ 2).

aux intérêts du public et des services, est donc, à notre avis, radicalement incompatible avec l'affectation du bien ».

¹⁶⁴³ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 393.

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*, n° 413.

§ 1. La compatibilité entre l'appropriation privée et l'affectation à l'utilité publique

635. C'est précisément l'incompatibilité alléguée entre la propriété privée et l'affectation à l'utilité publique qui conduisit les auteurs du XIX^{ème} siècle à récuser toute propriété du domaine public. La rhétorique proudhonienne est de ce point de vue bien connue : « *Le domaine de propriété est un domaine de profit immédiatement revenant à son maître ; tandis que le domaine public n'est, pour le gouvernement, qu'un domaine de protection, pour en garantir la jouissance à tous les individus qui peuvent en avoir besoin. Les actes que le maître fait sur son héritage sont, quant à leur but, totalement différents de ceux qu'exerce le gouvernement sur les fonds du domaine public. Le propriétaire ne cultive, n'entretient, ne répare ou n'améliore sa vigne que pour en jouir et profiter individuellement et à l'exclusion de tout autre ; tandis que le gouvernement établit, entretient et répare, dans l'intérêt de tous, les choses du domaine public* »¹⁶⁴⁵. La propriété est sous cet angle marquée par l'exclusivité qui en constitue l'une des caractéristiques fondamentales¹⁶⁴⁶. Mais cette exclusivité n'implique pas que les usages de la propriété par une personne privée soient obligatoirement égoïstes, profitant au seul propriétaire ou à son entourage. Les évolutions récentes de la notion d'ouvrage public, définitivement libérés du carcan organique¹⁶⁴⁷, en témoignent : les propriétés privées peuvent parfaitement être affectées à l'utilité publique (A). Cette affectation, fut-elle à la circulation autonome du public, est par ailleurs potentiellement compatible avec les exigences économiques du propriétaire (B). C'est dire que le terrain semble favorable à la théorie de Capitant.

¹⁶⁴⁵ PROUDHON (J.-B.), *Traité du domaine public*, Tome 1, Dijon : Victor Lagier, 1833, p. 269

¹⁶⁴⁶ ZÉNATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 314: « *Il ne fait aucun doute que le code Napoléon a, dans l'esprit de l'ensemble de ses dispositions, cristallisé une rupture majeure avec le régime des biens de l'ancien droit en confirmant l'abolition de la propriété confondue et plurale léguée par la féodalité. Il n'est plus possible, en raison d'une sévère réglementation des droits sur la chose d'autrui, d'instituer un régime de propriété divisée permettant à plusieurs personnes de se déclarer à des titres différents propriétaires d'une même chose. Le droit nouveau, par l'attachement constitutionnel à la propriété qui le caractérise, repose en entier sur l'idée d'exclusivité* ».

¹⁶⁴⁷ Voir en ce sens TC, 12 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France c/ Michel*, req. n° C3718 ; *JCP A* 2010, n° 2173, note Moreau ; *RFDA* 2010, p. 551, concl. Guyomar, note Melleray ; CE, ass., 29 avril 2010, *M. et Mme Béliгаud*, avis n° 323179 ; *AJDA* 2010, p. 1916, note Jeanneney ; *RDI* 2010, p. 390, note Févrot ; *RJEP* 2010, comm. 54, note Gaudemet ; *GDDAB*, n° 11, comm. Melleray.

A. Le dépassement par la propriété privée de l'intérêt du propriétaire

L'idée qu'un bien privé puisse servir l'usage public peut encore se réclamer de l'évolution du droit de propriété qui, quoique fondamentalement conçu comme absolu, reçoit dans son exercice un nombre de limitations toujours croissant et révélateur d'une socialisation de la propriété privée (1). L'existence de biens privés affectés à l'utilité publique et, plus spécifiquement, à la circulation du public le confirme (2).

1. La socialisation de la propriété privée

Cette socialisation de la propriété privée se traduit par l'admission de sa fonction sociale (a) et son caractère non absolu, inhérent à la définition donnée par l'article 544 du Code civil (b).

a. La reconnaissance d'une fonction sociale de la propriété privée

636. Cette fonction sociale découle avant tout des « externalités positives » de l'exercice du droit de propriété : il s'agit là des avantages pour la société qui émergent de l'usage même égoïste qu'un particulier peut faire de son bien. Hauriou et Duguit se retrouvent sur ce point, en se référant tous deux à l'exemple de la culture d'un champ : le premier estime que « *si un jour ou l'autre on s'aperçoit que la culture n'est plus assurée de façon suffisante, sans doute l'obligation juridique d'accomplir la fonction apparaît sous peine d'expropriation* »¹⁶⁴⁸ ; le second considère que la propriété « *n'est plus dans le droit moderne le droit intangible, absolu que l'homme détenteur de la richesse a sur elle. Elle est et elle doit être ; elle est la condition indispensable de la prospérité et de la grandeur des sociétés et les doctrines collectivistes sont un retour à la barbarie. Mais la propriété n'est pas un droit, elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est à dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir (...)* S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur

¹⁶⁴⁸ HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Paris : Sirey, 1910, p. 38.

destination »¹⁶⁴⁹. L'on retrouve une fois de plus le dogme physiocrate et la maxime attribuée à Quesnay, exigeant « *que le souverain et la nation ne perdent jamais de vue que la terre est l'unique source des richesses* »¹⁶⁵⁰. L'appropriation du bien implique par conséquent son usage pour contribuer à la prospérité générale. Ainsi que le relève Catherine Logéat, le bien est vecteur d'utilité sociale « *en ce qu'il constitue un élément de la vie en société (un immeuble présente une utilité sociale dans la mesure où il va servir au logement ; un champ a une utilité sociale dans la mesure où il va permettre l'exploitation de denrées ; une voiture a une utilité sociale dans la mesure où elle va permettre à son propriétaire de se déplacer...)* »¹⁶⁵¹. En 1975, le député Eugène Claudius-Petit proposait même l'officialisation de cette fonction sociale en ajoutant à l'article 544 un alinéa indiquant que « *la propriété est un droit dont l'usage doit contribuer au bien-être de la collectivité* »¹⁶⁵².

637. C'est d'ailleurs cette contribution de la propriété privée au bien être de la collectivité qui justifia initialement la servitude légale de passage, qu'autorise au profit d'un fonds enclavé l'article 682 du Code civil. L'instauration de cette servitude tint essentiellement à des considérations socioéconomiques, conformes à une idéologie physiocrate : « *Cette servitude, indiquaient les rédacteurs du Code civil, dérive tout à la fois de la nécessité et de la loi ; car l'intérêt général ne permet pas qu'il y ait des fonds mis hors du domaine des hommes, et frappé d'inertie, ou condamnés à l'inculture, parce qu'il faudra, pour y arriver, traverser l'héritage d'autrui* »¹⁶⁵³. Un auteur, développant cet argument, écrivit ainsi à la fin du XIX^{ème} siècle qu' « *un des premiers intérêts de l'État, c'est que des parties du territoire ne restent pas incultes, faute de voies de communication pour y parvenir. L'intérêt de la richesse publique y est engagé. Il y va aussi plus spécialement de l'intérêt des finances de l'État : l'impôt ne saurait être recouvré, ni même établi avec justice sur des fonds qui ne donneraient*

¹⁶⁴⁹ DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit public depuis le Code Napoléon*, Paris : Félix Alcan, 1912, p. 21.

¹⁶⁵⁰ Sur le dogme physiocrate de la productivité de la terre, voir STEINER (P.), « Le projet physiocratique : théorie de la propriété et lien social », *Revue économique*, vol. 38, n° 6, 1987, p. 1111.

¹⁶⁵¹ LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, préf. J. Petit, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011, pp. 45 et 46.

¹⁶⁵² PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, p. 271.

¹⁶⁵³ Intervention de Théophile Berlier devant le Corps législatif à la séance du 29 nivôse an XII (20 janvier 1804), in FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 11, Paris : Videcoq, 1836, p.311. Voir également SOLON (V.-H.), *Traité des servitudes réelles*, Paris : Videcoq, 1837, p. 261. L'auteur, pour justifier le droit de passage, ne s'en réfère qu'à l'exploitation agricole : « *Il est positif que si j'ai laissé passer quelqu'un sur mon bien, cette permission ne donne pas de droit ; et je puis, à volonté, m'opposer à ce qu'on en use à l'avenir (...)* Mais cette règle, quelque absolue qu'elle soit, devait recevoir une modification importante dans le cas où le passage serait nécessaire ; l'intérêt de l'agriculture (...) réclame hautement l'espèce de passage dont il est absolument nécessaire d'user pour exploiter un champ ».

*aucun produit, parce que l'absence de tout passage rendrait l'exploitation impossible aux propriétaires »*¹⁶⁵⁴.

638. La dimension sociale de la propriété trouve encore une illustration dans la réquisition administrative de logements « *vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés* »¹⁶⁵⁵ qui, dans une commune où « *sévit une crise du logement* »¹⁶⁵⁶, peut avoir lieu à l'initiative de l'État. Il s'agit bien, en l'occurrence, de s'assurer que les logements remplissent une fonction sociale : pour Hélène Pauliat, « *la propriété devient inutile, voire nuisible, les prérogatives du propriétaire sans objet et presque scandaleuses si le bien et le droit ne servent pas à l'intérêt de la société (...)* La propriété se dissout dans l'intérêt social ; la fonction dépasse très largement la notion, le propriétaire ne retrouve une certaine légitimité que s'il exerce son droit exactement dans la direction indiquée par l'intérêt de la société (...) Le propriétaire légitime utilise son droit, le met au service de la société, parce que l'utilisation est conforme, à un moment donné, aux exigences sociales, celles-ci n'étant par ailleurs aucunement discutables »¹⁶⁵⁷. La fonction sociale de la propriété privée s'illustre également dans la politique fiscale. Le but de la taxe sur les logements vacants est évidemment d'inciter à la mise desdits logements sur le marché locatif ; ce but est d'ailleurs pris en compte par le Conseil constitutionnel dans le contrôle qu'il exerce¹⁶⁵⁸. Également, la majoration de la valeur locative cadastrale des terrains constructibles dans les zones tendues, prévue par l'article 82 de la loi de finances pour 2013¹⁶⁵⁹, vise à éviter la « rétention foncière » pour accroître l'offre

¹⁶⁵⁴ BOULLIER (C.-P.-V.), *Droit romain des servitudes de passage. Droit français, étude sur les servitudes d'utilité publique en général*, Paris : A. Parent, 1873, p. 124. L'argument est encore repris par les auteurs actuels. Voir par exemple MALLAURIE (P.), AYNÈS (L.), *Les biens*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2010, p. 314 ; ATIAS (C.), « La nature mixte du désenclavement : titre légal et chose jugée », *Gaz. Pal.* 17 janvier 2013, n° 17, p. 5.

¹⁶⁵⁵ Art. L. 641-1 alinéa 1 du Code de la construction et de l'habitation.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, alinéa 3.

¹⁶⁵⁷ PAULIAT (H.), « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat du décès du droit de propriété ? », note sous Cons. constit., 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, n° 94-359 DC, D. 1995, p. 285.

¹⁶⁵⁸ Cons. constit., 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, décision n° 2012-662 DC : « *Considérant que l'objet de la taxation instituée par les dispositions de l'article 232 du code général des impôts est d'inciter les personnes redevables de cette taxe à mettre en location des logements susceptibles d'être loués ; qu'il résulte des principes constitutionnels d'égalité devant la loi et les charges publiques que la différence de traitement fiscal instaurée par cet article à l'égard des personnes redevables de cette taxe n'est conforme à la Constitution que si les critères d'assujettissement retenus sont en rapport direct avec l'objectif poursuivi ; que ladite taxation ne peut, dès lors, frapper que des logements habitables, vacants, et dont la vacance tient à la seule volonté de leur détenteur* » (cons. 135).

¹⁶⁵⁹ Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013, *JORF* du 30 décembre 2012 p. 20859.

de terrains¹⁶⁶⁰. Tel était également l'objectif de la suppression de l'application de l'abattement pour durée de détention dans le cadre du calcul des plus-values immobilières suite à la cession de terrains constructibles, abattement qui avait pour conséquence l'attente, par le propriétaire potentiellement vendeur, de la durée nécessaire à la suppression de la plus-value avant d'offrir son terrain sur le marché de l'immobilier¹⁶⁶¹. La suppression de cet abattement fut toutefois censurée par le Conseil constitutionnel, notamment en raison de la non-prise en compte de la dépréciation monétaire¹⁶⁶².

b. La non absoluté du droit de propriété

639. Avant même la survenance de l'article 17 de la DDHC puis du Code civil, consacrant une vision exclusiviste du droit de propriété, l'on trouve dans un dictionnaire établi par Denisart l'idée selon laquelle « *la propriété, en termes de droit, signifie le fonds, le domaine, la seigneurie de quelque chose dont on est maître absolu* »¹⁶⁶³. C'est dire que seul le propriétaire, à l'exclusion de tous les autres, peut disposer de son bien. Mais, un peu à l'image de la liberté, la définition que l'article 544 du Code civil propose de la propriété en inclut les limites ; la propriété est le droit de jouir et de 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* ». Or, on le sait, la propriété est toute relative à l'égard de la puissance publique, susceptible d'en réglementer l'usage ou de l'accaparer. Ce type d'hypothèses tend à se multiplier, à telle enseigne que Frédéric Zénati estime que « *les lois et règlements dont l'article 544 dispose qu'ils peuvent affecter la liberté d'exercice du droit de propriété n'ont cessé de croître sous l'effet des mutations économiques et sociales ; au point qu'on ait pu avoir l'impression que du statut d'exception ils étaient passés à l'état de principe. La propriété a bien souvent été présentée implicitement comme un espace résiduel d'initiative accordée à l'attributaire d'un bien obéré de réglementation* »¹⁶⁶⁴. Le Conseil constitutionnel, acceptant que le législateur

¹⁶⁶⁰ CARESCHE (C.), *Annexe n° 23 (Égalité des territoires, logement et ville) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2013 (n° 235)*, Rapport n° 251 (Assemblée nationale, 14^{ème} législature), 10 octobre 2012, p. 29.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁶⁶² Cons. constit., 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014*, req. n° 2013-685 DC (cons. 46).

¹⁶⁶³ DENISART (J.-B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Tome 4, Paris : Desaint, 9^{ème} éd., 1775, p. 47.

¹⁶⁶⁴ ZÉNATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 305. L'auteur relève toutefois que la propriété n'en ressort pas vraiment affaiblie : « *Si le législateur s'intéresse autant à la propriété, c'est que la place de cette dernière est de plus en plus importante dans la vie sociale. La réglementation de la propriété n'était et ne reste qu'un hommage à son expansion* ».

restreigne le droit de propriété, élabore sa propre échelle de gravité : le législateur, selon une formule consacrée, ne peut porter à la propriété une limitation présentant « *un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit s'en trouvent dénaturés* ». Ainsi, ne dénaturent pas la propriété la procédure de dessaisissement d'armes¹⁶⁶⁵, l'obligation de céder la mitoyenneté d'un mur ou d'une clôture¹⁶⁶⁶, l'extinction d'anciennes servitudes conventionnelles en l'absence d'une déclaration exigée par la loi¹⁶⁶⁷, l'interdiction, un jour par semaine et dans un but d'intérêt général, de chasser sur ses propres terres¹⁶⁶⁸, la réquisition administrative de logement¹⁶⁶⁹. De même, le Conseil estime qu'une « *gêne supportable* », telle que l'est le droit accordé à l'administration d'installer des antennes sur les toits pour assurer la diffusion par voie hertzienne, ne vide pas de son contenu le droit de propriété¹⁶⁷⁰. En revanche, un régime législatif d'autorisation préalable à la réalisation d'opérations de cession et ne précisant pas les motifs d'intérêt général sur lesquels l'administration peut fonder sa décision dénature le sens et la portée du droit de propriété¹⁶⁷¹. De même, l'interprétation *a contrario* d'une décision de 2011 invite à penser que le fait, pour le législateur, d'autoriser les gens du voyage à occuper un terrain sans droit ni titre dénaturerait le droit de propriété, nonobstant d'autres normes constitutionnelles telles que l'objectif du droit au logement¹⁶⁷². Il reste toutefois que, comme le note Catherine Logéat, « *cette notion de seuil à ne pas franchir pour ne pas commettre une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété démontre parfaitement que le juge constitutionnel consacre le droit de propriété comme un droit relatif. Pour un droit absolu, il ne peut être question de seuil, une simple restriction serait inconstitutionnelle (...)* Cet examen laisse une marge de manœuvre pour les interventions de la puissance publique (telles que les affectations à l'utilité publique) et illustre la relativité du droit de propriété »¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁵ Cons. constit., 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G.*, n° 2011-209 QPC (cons. 6).

¹⁶⁶⁶ Cons. constit., 12 novembre 2010, *M. Pierre B.*, n° 2010-60 QPC (cons. 6).

¹⁶⁶⁷ Cons. constit., 10 novembre 2011, *Mme Jeanette R., épouse D.*, n° 2011-193 QPC (cons. 7).

¹⁶⁶⁸ Cons. constit., 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, n° 2000-434 DC (cons. 24).

¹⁶⁶⁹ Cons. constit., 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, n° 98-403 DC (cons. 31).

¹⁶⁷⁰ Cons. constit., 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, n° 85-198 DC (cons. 9).

¹⁶⁷¹ Cons. constit., 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 96-373 DC (cons. 22).

¹⁶⁷² Cons. constit., 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres*, décision n° 2011-169 QPC.

¹⁶⁷³ LOGÉAT (C.), *Les biens publics affectés à l'utilité publique*, op. cit., p. 199.

2. L'existence de biens privés affectés à la circulation publique

640. Un simple bail conclu entre l'administration et un particulier est susceptible de faire naître l'affectation d'un bien privé à l'utilité publique. Ainsi en est-il notamment des bureaux, loués aux personnes publiques et qui servent l'accomplissement de leurs tâches administratives. On peut bien sûr évoquer également le cas des biens transférés aux opérateurs privés succédant aux établissements publics. Les biens d'Aéroport de Paris nécessaires au service public aéroportuaire sont des biens privés affectés à l'utilité publique. Focalisons-nous sur les voies publiques : ces voies peuvent être des biens privés, livrés à la libre circulation du public de façon volontaire (a) ou autoritaire (b).

a. L'affectation volontaire de biens privés à la circulation du public

641. C'est de cette hypothèse que procède le système envisagé par Capitant. Rien n'interdit à un propriétaire privé de laisser la circulation du public s'écouler librement sur une voie qui lui appartient. Cette tolérance produira toutefois des conséquences juridiques. La voie subira en effet très fortement l'influence du droit administratif, puisqu'elle sera notamment qualifiée d'ouvrage public¹⁶⁷⁴ et soumise au pouvoir de police du maire. En revanche, elle ne subira pas l'influence spécifique de la domanialité publique : le propriétaire privé sera toujours libre, sans aucune formalité préalable, de mettre fin à l'accès du public ou de céder son bien. Catherine Logéat remarque que « *l'affectation de son bien à la circulation du public par le propriétaire privé est alors créatrice d'obligations, non pas pour le propriétaire privé, mais pour l'autorité de police municipale qui a accepté l'ouverture de la voie : elle devra y exercer son pouvoir de police administrative* »¹⁶⁷⁵. L'introduction de l'une des rares contributions sur le sujet révèle toutefois une perception du caractère « anormal » de cette situation : « *Survivance anachronique d'un siècle et demi d'urbanisme désordonné ou conséquence d'une politique nouvelle en matière de lotissements, les voies privées manifestent le triomphe du droit de propriété ou les insuffisances de la collectivité* »¹⁶⁷⁶. Mais dès lors qu'un particulier peut consentir en fait au passage du public sur sa voie, on voit mal *a priori* pourquoi il ne le pourrait pas en droit, dans le cadre d'une convention pour l'acquisition d'une voie publique, cédée par une personne publique en recherche de financements. Là encore,

¹⁶⁷⁴ Voir par exemple CE, 30 novembre 1979, *Ville de Joëuf*, rec. Lebon, p. 909.

¹⁶⁷⁵ LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, op.cit., p. 290.

¹⁶⁷⁶ MÉNY (Y.), « L'ouverture au public des voies privées urbaines », *AJDA* 1971, p. 18.

l'état du droit semble propice à un accueil favorable de la théorie de René Capitant. Il permet en tout cas de conclure à une absence d'antinomie entre la propriété privée et l'affectation à l'utilité publique.

b. L'affectation autoritaire de biens privés à la circulation du public

L'hypothèse recouvre deux types de servitudes administratives, imposées aux propriétaires riverains des cours d'eau (i) et du rivage de la mer (ii).

i. Les servitudes administratives s'imposant aux riverains des cours d'eau domaniaux

642. Ces servitudes sont au nombre de deux. La servitude de halage ne concerne que les cours d'eau navigables, et oblige le propriétaire riverain à laisser libre d'arbres et de constructions une bande de terrain suffisamment large pour permettre la traction des bateaux par une force (par exemple celle de chevaux) évoluant sur la terre ferme. Longtemps réservée aux professionnels de la navigation, elle est aujourd'hui accessible aux piétons. La servitude de marchepied, quant à elle, oblige le propriétaire riverain d'un cours d'eau, navigable ou non, à laisser les piétons circuler sur une bande de terre de 3,25 mètres le long de la rive, si cette dernière n'est pas déjà grevée d'une servitude de halage.

643. La possibilité pour le public d'user des rives pour accéder aux cours d'eau nonobstant la propriété riveraine existait déjà en droit romain : ainsi lit-on dans le Digeste, rapporté par Gaius, que « *l'usage des bords des fleuves est public, suivant le droit des gens, comme celui des fleuves eux-mêmes : ainsi tout le monde peut y aborder avec des navires, attacher ses cordages aux arbres qui y naissent, y faire sécher des filets et les retirer de l'eau, y décharger des balots, comme il est permis de naviguer sur le fleuve ; mais la propriété en appartient à ceux qui ont des fonds de terre contigus : d'où il suit que les arbres qui y naissent, sont aussi à eux* »¹⁶⁷⁷. Une charte de 558, adoptée sous le règne de Childebert, obligea par ailleurs les riverains de la Seine entre le pont de la Cité et Sèvres à laisser un espace de quelques mètres au service de la pêche et du chargement et déchargement des navires¹⁶⁷⁸. En 1415, une

¹⁶⁷⁷ Dig. 1, 8, 5, trad. HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.), in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Tome 1, Metz : Behmert et Lamort ; Paris : Rondonneau 1803, p. 80.

¹⁶⁷⁸ PLOCQUE (A.), *Législation des eaux et de la navigation - Des cours d'eau navigables et flottables (partie I)*, Paris : A. Durand et Pedone Lauriel, 1873, p. 137.

ordonnance de Charles VI, réitérée par un édit de mai 1520, ordonna aux riverains de laisser libre, sous peine d'amende, un chemin de halage de 24 pieds de large¹⁶⁷⁹. L'article VII du titre XXVIII de l'Ordonnance des eaux et forêts de 1669 n'innova donc pas et ne fit que reprendre les dispositions antérieures, en énonçant que « *les propriétaires des héritages aboutissants aux rivières navigables, laisseront le long des bords vingt-quatre pieds ou moins de place en largeur pour chemin royal & trait des chevaux, sans qu'ils puissent planter arbres ny tenir closture ou haye plus près que trente pieds du costé que les bateaux se tirent, & dix pieds de l'autre bord ; à peine de cinq cens livres d'amende, confiscation des arbres, & d'estre les contrevenants contraints à réparer & remettre les chemins en estat à leurs frais* ». Les deux servitudes que l'on connaît aujourd'hui semblent figurer dans cette disposition. C'est en tout cas certain pour la servitude de halage. Les « dix pieds » sur l'autre bord pourraient quant à eux correspondre au « marchepied »¹⁶⁸⁰, mais son objet et ses destinataires restaient alors assez mal déterminés. Le Code civil ignore en revanche le halage, en mentionnant simplement, en son article 650, que les servitudes « *établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des cours d'eau domaniaux, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux* ». Dès lors, un débat se forma dans la doctrine du XIX^{ème} siècle pour distinguer halage et marchepied¹⁶⁸¹ ; mais quelle que fût l'interprétation retenue, l'accès du public aux cours d'eau navigables était, d'une façon ou d'une autre, assuré. Proudhon, par exemple, estime que le chemin de halage, qu'il ne distingue pas clairement de la servitude de marchepied¹⁶⁸², « *ne doit être usité que pour les faits qui se rapportent aux services que le public a le droit d'exercer sur le fleuve, lesquels services consistent principalement dans ce qui concerne l'usage et les aisances de la navigation* »¹⁶⁸³. Pour Isambert, au contraire, le chemin de vingt-quatre pieds ne sert qu'à la

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ C'est en tout cas l'opinion d'Alfred Plocque, qui estime que « *sur la rive où n'a pas lieu le halage des bateaux, les riverains doivent laisser un espace de dix pieds de largeur, qui servira aux mariniers lorsqu'ils sont obligés de mettre pied à terre ou de procéder à quelque manœuvre* » : PLOCQUE (A.), *Législation des eaux et de la navigation*, op. cit., p. 140.

¹⁶⁸¹ Pour une vue d'ensemble de toutes ces opinions, voir DE BROUCKERE (M.), TIELEMANS (F.), *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, Bruxelles : Weissenbruch, 1838, pp. 432 s. sur

¹⁶⁸² Le marchepied apparaît à Proudhon comme un chemin, et le halage comme une activité ; on rencontre ainsi plusieurs fois dans son traité l'expression « *chemins et marchepieds de halage* » (*Traité du domaine public*, Tome 3, Dijon : Victor Lagier, 1833, pp. 137 et 140). Il n'empêche qu'il reconnaît, lorsque la servitude de halage n'est pas exigée faute de navigabilité, la nécessité d'un « *simple trottoir ou marchepied à l'usage des ouvriers employés à la direction de la flotte* » sur les cours d'eau simplement flottables (*ibid.*, p. 131).

¹⁶⁸³ PROUDHON (J.-B.), *Traité du domaine public*, Tome 3, Dijon : Victor Lagier, 1833, p. 121. Le chemin sert même au chargement et déchargement : « *Le propriétaire du fonds doit souffrir sur ce chemin la circulation de toutes les voitures qui peuvent être employées à ce sujet soit pour amener dans les dépôts de relâche les*

traction des navires par une force évoluant sur la rive¹⁶⁸⁴ ; mais le libre accès du public aux cours d'eau reste préservé sur le bord opposé, puisque « *le marchepied de dix pieds comprenant tout ce qui est nécessaire pour l'usage des fleuves profite non pas seulement aux mariners, mais aux pêcheurs et aux particuliers qui veulent se baigner ou se laver, ou employer les eaux aux usages de la vie, en vertu du principe du droit romain : Riparum usus publicus* »¹⁶⁸⁵. Si les usages particuliers ainsi décrits se rapprochent davantage de l'agrément que de la circulation, ces servitudes étaient intimement liées à cette dernière. En témoigne le fait qu'elles ne s'appliquèrent qu'aux seuls cours d'eau navigables. C'est ce que confirmèrent l'article 1^{er} d'un décret du 22 janvier 1808 (art.1^{er}) puis l'article 46 de loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, que reprit dans sa rédaction d'origine l'article 15 du Code du domaine public fluvial : « *Les propriétaires riverains des fleuves navigables ou flottables sont tenus, dans l'intérêt du service de la navigation et partout où il existe un chemin de halage, de laisser le long des bords desdits fleuves et rivières (...) un espace de 7,80 mètres de largeur. Ils ne peuvent planter d'arbres ni se clore par haies ou autrement qu'à une distance de 9,75 mètres du côté où les bateaux se tirent et de 3,25 mètres sur le bord où il n'existe pas de chemin de halage* ». Le long des cours d'eau navigables, les propriétaires riverains devaient donc systématiquement laisser libre une bande de 3,25 mètres ; au surplus, ils pouvaient voir créé un chemin de halage, qui les obligeait alors à porter à 7,80 mètres la largeur de cette bande. En revanche, les propriétés riveraines des cours d'eau non navigables ou flottables n'étaient pas sujettes à ces servitudes.

644. Au regard de l'ancienneté de ces servitudes, ce n'est finalement que depuis une époque récente qu'elles sont déliées de la navigation. Concernant d'abord la servitude de marchepied, ce n'est que depuis une loi du 16 décembre 1964¹⁶⁸⁶ que la navigabilité du cours d'eau n'est plus exigée. Cette loi imposa la servitude de marchepied même aux cours d'eau domaniaux rayés de la nomenclature des voies navigables ou flottables, sur chacune de leurs rives. L'article L. 2131-2 du CGPPP reprit en substance le même dispositif.

marchandises et effets à charger sur les bateaux, soit pour vaquer aux déchargemens et enlever les effets jusque là transportés par eau » (*ibid.*, pp. 125 et 126).

¹⁶⁸⁴ ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie*, Tome 1, Paris : Constant, Lecointe et Durey, 1825, p. 182.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 184.

¹⁶⁸⁶ Loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, *JORF* du 18 décembre 1964, p. 11258 (art. 31).

645. Quant aux chemins de halage, la circulation sur l'eau fut longtemps leur unique raison d'être : en vertu d'un décret du 6 février 1932¹⁶⁸⁷, l'usage du chemin était en principe subordonné à une autorisation qui ne pouvait être délivrée qu'aux entrepreneurs de travaux publics travaillant pour le compte du service de la navigation ou aux entrepreneurs de services de traction. Un décret du 16 décembre 2008¹⁶⁸⁸ dispense clairement les piétons d'une telle autorisation, qui peuvent ainsi profiter du domaine public fluvial pour leur simple agrément.

ii. Les servitudes administratives s'imposant aux riverains du rivage de la mer

646. Pour assurer l'accès du public au rivage de la mer, deux servitudes complémentaires l'une de l'autre sont susceptibles de grever les propriétés qui en sont riveraines. La servitude de passage longitudinale, d'abord, figure à l'article L. 160-6 du Code de l'urbanisme¹⁶⁸⁹ et ressemble fortement à la servitude de marchepied sur les cours d'eau domaniaux : elle oblige les propriétaires riverains du rivage de la mer ou de lais et relais à laisser le long du rivage une bande de trois mètres de large, parfois appelée « sentier du littoral », destinée au passage des seuls piétons et qui leur ouvre l'accès à la mer. Longtemps dépourvu de tout fondement juridique¹⁶⁹⁰, ce sentier permettait à l'origine la circulation des agents de douane, surveillant la circulation à proximité des côtes pour déceler d'éventuels actes de contrebande. Plaidant pour l'existence de la servitude malgré l'absence de textes, le commissaire du gouvernement Cornudet invoquait notamment l'intérêt de la défense du territoire, celui du service des douanes et celui de la navigation et de la protection des navires en cas de sinistre¹⁶⁹¹.

647. Mais pour assurer l'accès des piétons à la mer par le biais de ces sentiers, encore faut-il leur assurer l'accès auxdits sentiers : c'est pourquoi l'article 5 de la loi Littoral de 1986¹⁶⁹² ajouta à cette servitude longitudinale une servitude transversale, aujourd'hui codifiée à

¹⁶⁸⁷ Décret du 6 février 1932 portant règlement général de police des voies de navigation intérieure, *JORF* du 16 février 1932, p. 1720 (art. 62).

¹⁶⁸⁸ Décret n° 2008-1321 du 16 décembre 2008 relatif à Voies navigables de France, au transport fluvial et au domaine public fluvial, *JORF* du 17 décembre 2008, p. 19220 (art. 33).

¹⁶⁸⁹ Codifiant l'article 52 de la loi n° 76-1285 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision (*JORF* du 1^{er} janvier 1977, p. 19).

¹⁶⁹⁰ Jean Dufau relève qu' « on rattache parfois cette servitude à une institution ancienne, le "sentier des douaniers", qui reconnaissait aux agents du service des douanes un droit de passage sur les propriétés riveraines de la mer. En réalité, "le sentier des douaniers", s'il a existé en fait, n'a jamais existé en droit » (*Le domaine public*, 5^{ème} éd. Le Moniteur, 2001, p. 240).

¹⁶⁹¹ CE, 24 janvier 1849, *Sieur Simon*, rec. *Lebon* p. 73.

¹⁶⁹² Loi n° 86-2 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral, *JORF* du 4 janvier 1986, p. 200.

l'article L. 160-6-1 du Code de l'urbanisme. Cette seconde servitude consiste en l'obligation pour les propriétaires riverains du domaine public maritime de laisser le public rallier le rivage de la mer depuis la voie routière. Contrairement à la servitude longitudinale, la servitude transversale n'est pas automatique ; selon les termes de l'article, elle « *peut être instituée* » si l'administration le juge nécessaire. Ce choix est par ailleurs encadré : par exemple, la servitude ne peut être instituée s'il existe un chemin d'accès transversal à moins de 500 mètres à vol d'oiseau ; par ailleurs, elle ne peut porter que sur des « *chemins privés d'usage collectif existants* », tels que ceux de lotissements : « *Ces précisions montrent d'une part, que l'hypothèse principale qui a été visée est celle des lotissements privés qui, notamment sur la côte d'Azur, sont un obstacle pour l'accès aux plages, d'autre part, que la portée pratique de cette servitude devrait rester limitée* »¹⁶⁹³.

B. La compatibilité de l'affectation à l'utilité publique avec l'intérêt économique du propriétaire privé

648. La théorie de Capitant a pu recevoir de nombreuses critiques purement juridiques que nous examinerons ultérieurement. L'on peut surtout se demander si elle est soutenable d'un point de vue économique. Cette question de l'équilibre économique de la rétraction du domaine appliquée aux voies publiques est avant tout celle de l'intérêt qu'aurait une personne privée à acquérir un bien dont elle ne pourrait se réserver l'usage. Berthélemy, profondément imprégné par l'idée d'une affectation naturelle, avait déjà estimé au début du XX^{ème} siècle que « *Personne n'aurait supposé qu'on pût avoir l'idée d'acheter une portion de la place publique, d'un port ou d'un fleuve* »¹⁶⁹⁴. Maroger formula plus tard des remarques similaires en visant la théorie de Capitant : « *Pour imaginer un droit de propriété des particuliers sur ces biens, il faudrait supposer que ces particuliers achètent ces biens, comme dans le cas des stalles de l'église de Barran. Or, on voit mal un particulier acheter une route, une place publique, un pont en laissant les biens à disposition du public, d'une part, des services publics, d'autre part, chargés de les entretenir. Non seulement, il serait invraisemblable qu'une collectivité publique eût l'idée de vendre un bien grevé d'une semblable affectation, mais encore il serait incroyable qu'un particulier pût songer à acquérir un droit purement théorique, qui ne prendrait une valeur qu'après la désaffectation du bien. Dans l'espèce*

¹⁶⁹³ COULOMBIE (H.), REDON (J.-P.), *Le droit du littoral*, Litec, 1992, p. 216.

¹⁶⁹⁴ BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris : A. Rousseau, 1913, p. 410.

Commune de Barran, le particulier n'avait acheté le bien en litige que parce qu'il ignorait que le bien dût être assujéti à une affectation perpétuelle (...) Si donc des biens, objet de propriété privée, devaient se trouver affectés à l'utilité publique, ce ne serait pas à la suite d'un transfert de propriété qui les ferait passer du patrimoine de l'Administration, dans un patrimoine particulier, mais à la suite de la création d'une affectation d'utilité publique à la charge d'un bien soumis et demeurant soumis, à un régime de propriété privée »¹⁶⁹⁵.

Il peut pourtant se trouver une bonne raison financière pour encourager un particulier à payer cher un bien dont l'affectation est perpétuelle : l'acquéreur est susceptible de tirer une rémunération du bien dont l'affectation est maintenue, rémunération provenant soit de l'administration (1), soit directement de l'utilisateur de la voie publique (2).

1. La captation d'une rémunération émanant de l'administration

649. Ce modèle de rémunération est le plus simple : les revenus de l'acquéreur ont pour origine un loyer versé par la personne publique, re-preneuse à bail de la voie publique qu'elle vient de vendre¹⁶⁹⁶. L'utilisateur des voies publiques ne ressentirait pas directement les conséquences de la transaction. C'est, finalement, ce que l'article L. 3211-1 prévoit à propos des bureaux. Une durée de bail prolongée assurerait à l'acquéreur-bailleur, sur un moyen ou long terme, un solde positif à son opération financière. D'ailleurs, la vocation de l'affectation à la perpétuité garantit une fructification durable du bien : nécessité des voies publiques oblige, l'acquéreur-bailleur serait pratiquement assuré, contrairement au marché locatif classique, de trouver un preneur permanent en la personne publique, et serait ainsi certain de ne pas demeurer une échéance sans que son bien ne lui rapporte quoi que ce soit. Le placement pourrait donc se révéler non seulement financièrement intéressant, mais aussi particulièrement sécurisant.

¹⁶⁹⁵ MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. Capitant, Paris : Sirey, 1942, pp. 318 et 319.

¹⁶⁹⁶ Sur la pratique et le régime des locations au profit des personnes publiques, voir CHAMARD-HEIM (C.), « Les personnes publiques locataires », *JCP A* 2012, n° 2139.

2. La captation d'une rémunération émanant des utilisateurs

Second mode de rémunération pour l'acquéreur privé : le versement d'un droit par l'usager. Ce modèle rappellerait alors *mutatis mutandis* celui de la délégation de service public¹⁶⁹⁷. Le montage juridique pourrait être le suivant : l'administration cède à une personne privée la voie publique, qui lui rétrocède immédiatement un droit d'usage dont elle peut faire profiter les administrés. En échange de cette rétrocession, l'acquéreur privé se réserve le droit de percevoir des droits de la part des usagers. Ce montage est rendu réalisable par la liberté contractuelle qui autorise depuis longtemps la transmission de droits réels *sui generis*¹⁶⁹⁸, dont le contenu est laissé à la discrétion des propriétaires insatisfaits des droits réels répertoriés par le Code civil¹⁶⁹⁹. L'inventivité de l'acquéreur privé est encore libérée par la possibilité de réclamer des revenus aux deux types d'utilisateurs, non seulement les utilisateurs privatifs (a), mais également les utilisateurs collectifs (b).

a. La possibilité de capter une rémunération émanant d'utilisateurs privatifs

650. Il n'est pas choquant que l'occupant privatif paie un droit pour l'usage qu'il fait de la voie publique ; c'est même une obligation pour le propriétaire public que d'exiger ce paiement¹⁷⁰⁰. Cette redevance peut se révéler intéressante pour l'acquéreur privé d'une voie publique, surtout sur deux types de voies : d'abord, les voies urbaines sur lesquelles se multiplient les utilisations privatives : l'opportunité financière d'acquérir une voie très passante, parsemée de terrasses de cafés et restaurants serait probablement très élevée, même

¹⁶⁹⁷ La comparaison se limite au mode de rémunération, puisque dans les délégations de service public, les biens nécessaires au service public sont des biens de retour et appartiennent donc dès leur construction à l'administration.

¹⁶⁹⁸ Cass. req., 13 février 1834, *Caquelard*, *GAJC* Tome 1, n° 65 : « *Les articles 544, 546 et 552 du Code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété mais ne sont pas prohibitifs. Ni ces articles, ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de la propriété est susceptible* ».

¹⁶⁹⁹ Ainsi que le note William Dross, la possibilité de consentir des droits réels *sui generis* est difficilement contestable ; ce qui l'est davantage, c'est l'aptitude à consentir ces droits réels à perpétuité. Voir DROSS (W.), *Une approche structurale de la propriété*, *RTD Civ.* 2012, p. 426 : « *Les arguments des partisans du numerus clausus, et parmi eux Demolombe, d'ordinaire si prolixe, sont singulièrement indigents : on se contente d'invoquer l'ordre public sans dire en quoi démembrer une utilité de la chose pour la conférer à un tiers le heurterait (...) Si l'ordre public n'interdit pas de démembrer librement la chose, il n'en affecte pas moins le régime du droit réel ainsi créé. L'ordre public des biens hérité du code civil et de la Révolution prohibe non pas la dissociation des utilités de la chose et leur répartition entre différents titulaires - la technique est économiquement nécessaire - mais le caractère pérenne de cette dissociation. Ce que le propriétaire ne saurait faire, c'est conférer perpétuellement à un tiers une utilité de sa chose* ».

¹⁷⁰⁰ Art. L. 2125-1 du CGPPP.

en laissant par ailleurs la circulation s'écouler gratuitement. Ensuite, les voies à fort trafic sont susceptibles d'intéresser les annonceurs publicitaires. Dans les deux cas, la pénétration très forte des considérations économiques et financières dans l'attribution des autorisations d'occupations (droit pour l'administration de refuser le renouvellement pour refus d'augmentation de la redevance, prise en compte de la concurrence...) rend politiquement plausible une telle évolution.

b. La possibilité de capter une rémunération émanant d'usagers collectifs

651. L'usage collectif des voies publiques est en principe gratuit¹⁷⁰¹ ; il n'en demeure pas moins que des exceptions existent. Le juge constitutionnel admet l'instauration par le législateur d'hypothèses d'onérosité de l'usage collectif de voies publiques, pourvu simplement que ces cas restent en nombre limité. Dans sa décision du 12 juillet 1979¹⁷⁰², le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé la valeur constitutionnelle de la liberté d'aller et venir, estime en effet que celle-ci n'est pas incompatible avec l'onérosité de « *certaines* » ouvrages d'art. La loi prévoyait que les redevances pour le passage sur ces ouvrages ne pouvaient être instituées qu'à titre « *exceptionnel et temporaire* ». La constitutionnalité de la dérogation à la loi de 1880 semblait donc conditionnée au caractère exceptionnel de tels ouvrages.

652. La solution est très contestable ; elle est d'abord vectrice d'une certaine insécurité juridique. Catherine Teitgen-Colly estime fort justement que « *cette limite n'est pas une garantie (...) Aussi, en ce qu'elle ne définit pas le seuil de non-gratuité à partir duquel la liberté d'aller et venir sera considérée comme violée, et laisse au Conseil toute latitude pour définir dans chaque cas si l'atteinte portée à la gratuité met ou non en cause cette liberté, cette décision est dangereuse* »¹⁷⁰³. Ce flou, ajoute l'auteur, est révélateur d'une volonté de conserver une certaine maîtrise sur la politique nationale en matière d'infrastructures routières¹⁷⁰⁴. En outre, on peut se demander comment la liberté d'aller et venir peut être préservée lorsqu'il n'existe pas d'itinéraire alternatif à l'ouvrage payant. C'est notamment le

¹⁷⁰¹ Cf. *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹⁷⁰² Cons. constit., 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107 DC.

¹⁷⁰³ TEITGEN-COLLY (C.), « Le principe de gratuité de la circulation », *RDP* 1982, p. 1092.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 1098.

cas des ouvrages d'art tels que les ponts reliant l'île au continent, qui sont placés en position monopolistique¹⁷⁰⁵. L'un des arguments majeurs avancés lors de l'instauration des autoroutes à péages n'était-il pas, précisément, la capacité préservée à l'usager d'opter pour un trajet gratuit ? « *Peut-on alors parler de liberté de circuler pour l'insulaire qui ne peut quitter son île sans acquitter un droit qui, de surcroît, n'est pas toujours modique ?* »¹⁷⁰⁶

653. Par ailleurs, à supposer même que le nombre limité d'ouvrages payants constituât une protection efficace de la liberté, le caractère « *exceptionnel et temporaire* » de ces ouvrages qu'imposait la loi de 1979 n'existe plus. L'article 20 de la loi du 13 août 2004¹⁷⁰⁷ supprima en effet cette mention de l'article L. 153-1 du Code de la voirie routière, et ce dans l'indifférence la plus générale : les parlementaires, dans les rapports afférents à cette loi, se contentèrent de prendre acte de la disparition de cette mention, et évoquèrent uniquement l'unification des conditions de création de tels péages entre les différentes collectivités¹⁷⁰⁸. Si l'extrême rareté du contentieux n'autorise que des conjectures, il est permis d'émettre de sérieux doutes sur la constitutionnalité de l'actuel article L. 153-1 du Code de la voirie routière. Une question prioritaire de constitutionnalité, recevable en raison du changement de droit, devrait aboutir à l'inconstitutionnalité de l'article si le Conseil constitutionnel acceptait de reproduire son raisonnement de 1979. On peut également se demander quel serait le sort d'une question prioritaire de constitutionnalité posée à propos de l'article L. 4412-1 du Code des transports qui, rappelons-le, autorise la perception de péages fluviaux sur l'ensemble du réseau de navigation intérieure dès lors que l'embarcation atteint une certaine taille ou une certaine puissance¹⁷⁰⁹. Le Conseil constitutionnel pourrait peut-être adopter une vision unitaire des voies de communication, et admettre la constitutionnalité de l'onérosité sur les cours d'eau en raison du fait qu'ils ne constituent qu'une partie du réseau de transport national. On ne pourrait toutefois s'empêcher d'éprouver une certaine gêne si cette question devait être posée par des transporteurs fluviaux qui, *a priori*, ne disposent pas d'une autre option pour assurer leur activité.

¹⁷⁰⁵ PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public*, Thèse Dijon, 1998, pp. 362 s.

¹⁷⁰⁶ TEITGEN-COLLY (C.), « Le principe de gratuité de la circulation », *art. cit.*, p. 1091.

¹⁷⁰⁷ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF* du 17 août 2004, p. 14545.

¹⁷⁰⁸ Voir par exemple DAUBRESSE (M.-P.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n° 1218), relatif aux responsabilités locales*, Rapport n° 1435, Tome 1, Partie 1 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature, 12 février 2004, p. 120.

¹⁷⁰⁹ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

654. Tout aussi incertaine est la solution suggérée par le Conseil d'État dans un avis de 1993. Le juge donne une véritable portée au premier alinéa de l'article L. 112-4 du Code de la voirie routière (suivant lequel « *L'usage des autoroutes est en principe gratuit* »), en en déduisant que « *la mise en service d'une autoroute à péage ne doit pas avoir pour effet de priver les usagers de toute possibilité de relier gratuitement, par un itinéraire qui n'est pas nécessairement parallèle, les points desservis par la nouvelle autoroute* »¹⁷¹⁰. Si l'itinéraire alternatif n'existe pas (c'est notamment le cas lorsque l'autoroute a été substituée à une route préexistante), le tronçon doit être gratuit¹⁷¹¹. Ainsi, contrairement au juge constitutionnel, le juge administratif n'exclut pas que le territoire soit parsemé de voies publiques payantes : il exige simplement, à côté, l'existence de voies publiques gratuites. Or, la réalité de l'option gratuite dépend d'une marge d'appréciation prétorienne presque aussi considérable que celle que s'arroge le juge constitutionnel : pour reprendre un exemple de Lafférière fréquemment cité¹⁷¹², le trajet consistant à faire le tour de la mer Noire constitue bien, techniquement, une alternative à un pont à péage traversant le Bosphore. De façon moins exotique, il est certain que la seule alternative véritablement gratuite aux péages urbains consistera en les véhicules mus principalement à force humaine et, en dernier recours, la marche à pied. La liberté d'aller et de venir mériterait ainsi d'être précisée au regard du moyen de locomotion. Par ailleurs, l'obligation de prévoir un trajet alternatif cède devant les exigences de l'ordre public : un maire peut ainsi, sans violer la liberté du commerce et de l'industrie, interdire à des poids-lourds la traversée de la commune, même si le détour oblige le transporteur à emprunter une autoroute¹⁷¹³.

655. Si ces solutions sont contestables du point de vue des libertés publiques, elles ouvrent clairement de larges possibilités de perception d'un droit sur l'usage collectif. Ainsi pourrait-on juridiquement envisager, une fois levé l'obstacle de l'inaliénabilité, qu'une personne privée acquière une voie, à charge de l'affecter à l'utilité publique et en percevant, en

¹⁷¹⁰ CE, avis, 6 juillet 1993, n° 354708.

¹⁷¹¹ Voir PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public, op. cit.*, pp. 361 et 362. Précisons enfin que cette idée d'une option entre l'usage gratuit et onéreux n'était pas une innovation de la section du contentieux. Elle fut déjà utilisée par le Conseil d'État qui, en 1977, valida un arrêté municipal créant une zone de stationnement payant au motif, notamment, « *que des emplacements de stationnement gratuit avaient été conservés à l'intérieur de la zone* » (CE, 22 février 1974, *Sieur X... Émile et autres*, rec. Lebon p. 141 ; *Gaz. pal.* 1975, I, p. 454, note Moderne)

¹⁷¹² WALINE (M.), note sous Cass. crim., 11 janvier 1951, *Daronat*, RDP 1951, p. 499 ; PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public, op. cit.*, p. 363.

¹⁷¹³ CE, 14 novembre 1980, *Société de transports André Coing*, req. n° 13410.

contrepartie, un péage. Dès lors que le nombre de transactions de ce type resterait limité ou permettrait le ralliement de deux points par un itinéraire alternatif gratuit, le montage serait juridiquement valable. En outre, même si l'opération serait financièrement moins avantageuse, rien n'interdirait à l'acheteur d'acquérir l'ensemble du réseau routier national, pourvu bien sûr qu'il laisse gratuit l'usage d'un nombre de voies suffisant pour ne pas entraver la liberté d'aller et venir.

§ 2. La compatibilité envisageable de la propriété privée avec la vocation des voies publiques à une affectation perpétuelle

656. Ce n'est donc pas l'affectation à l'utilité publique qui contrarie l'appropriation privée des voies publiques. Est en revanche beaucoup plus problématique l'inaliénabilité de cette affectation, qui priverait le propriétaire privé du pouvoir de récupérer pour son seul compte toutes les utilités du bien. « *La propriété, écrit Frédéric Zénati, est, comme la liberté, un pouvoir de vouloir juridiquement* »¹⁷¹⁴. Mais peut-on, juridiquement, vouloir ne plus vouloir se réserver l'usage d'un bien tout en en restant le propriétaire ? La réponse à cette question est la clé de l'applicabilité de la théorie Capitant aux voies publiques.

657. Les évolutions récentes du droit français¹⁷¹⁵ autorisent une propriété privée de type fondatif, c'est à dire conçue uniquement pour réaliser une affectation. C'est d'abord le cas de la fiducie, instaurée par la loi du 19 février 2007¹⁷¹⁶ et codifiée aux articles 2011 et suivants du Code civil : le constituant transfère des biens au fiduciaire - en général un établissement financier - qui les gère pour le compte d'un bénéficiaire, en les distinguant de son patrimoine propre. À la fin du contrat, qui ne peut excéder 99 ans, les biens retournent dans le patrimoine du constituant. S'il ne s'agit donc que d'une propriété temporaire pour le fiduciaire, celui-ci ne dispose d'aucune prise sur l'affectation pendant toute la durée de cette appropriation. Ensuite, il convient d'évoquer les propriétés affectées à l'utilité publique et appartenant à des personnes morales de droit privé dont l'objet est précisément la réalisation d'une l'affectation. Dans cette hypothèse, il est normal que la propriété puisse être indéfiniment affectée à l'objet

¹⁷¹⁴ ZÉNATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 317.

¹⁷¹⁵ La question ne se pose pas pour la propriété telle qu'elle a cours dans les systèmes de *common-law* et qui, autorise une cohabitation perpétuelle sur la chose de plusieurs droits de personnes différentes sur la chose. Voir sur ce point PAPANDRÉOU-DETERVILLE (M.-F.), *Le droit anglais des biens*, préf. G. Samuel, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004.

¹⁷¹⁶ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, *JORF* du 21 février 2007, p. 3052.

social de cette personne, qui peut être l'utilité publique. C'est bien sûr le cas pour les fondations d'utilité publiques, visées par l'article 18 du Code du travail¹⁷¹⁷. Il s'agit là, d'après Serge Guinchard, de la seule « *technique de l'indisponibilité absolue et perpétuelle* »¹⁷¹⁸ en raison de l'utilité publique. Or, il est possible d'inclure dans cette propriété de type fondatif celle des anciens établissements publics devenus personnes privées. Si la société Aéroports de Paris ne peut disposer à sa guise des biens qui lui ont été transmis, c'est précisément parce que ses biens sont nécessaires à une affectation qu'elle est censée, statutairement, assurer. De même, si le législateur transmettait des voies publiques à une société privée dont l'objet social était seulement d'assurer l'affectation de ces voies, alors l'inaliénabilité de l'affectation serait acceptable car, pour reprendre l'expression d'Hervé de Gaudemar, « *il n'y [aurait] pas de discordance entre l'objet social du propriétaire et l'objet de l'affectation* »¹⁷¹⁹.

658. Ces évolutions confortent bien sûr l'idée d'une compatibilité entre propriété privée et affectation perpétuelle à l'utilité publique. Mais la jurisprudence récente de la Cour de cassation fait qu'il n'est même pas nécessaire de recourir à ces hypothèses spécifiques pour croire en cette compatibilité. La mise à l'écart de ces hypothèses se justifie d'autant plus que le transfert à l'acquéreur privé a lieu à titre gratuit, ce qui est hors de propos dans le cadre d'une politique de rétraction dont la fonction est principalement budgétaire.

659. Envisageons donc, à l'instar de Capitant, l'hypothèse la plus simple : l'acquéreur est une personne physique ou une personne morale de droit privé dont l'objet social n'est pas l'utilité publique, mais bien la fructification d'investissements. Cet acquéreur peut-il s'engager à maintenir perpétuellement l'affectation sans anéantir son propre droit de

¹⁷¹⁷ Art. 18 du Code du travail, alinéas 1 et 2 : « *La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif. Lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale, la fondation ne jouit de la capacité juridique qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'État accordant la reconnaissance d'utilité publique. Elle acquiert alors le statut de fondation reconnue d'utilité publique* ».

¹⁷¹⁸ GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1976, p. 215.

¹⁷¹⁹ Ainsi que l'indique Hervé de Gaudemar à propos de ces établissements publics privatisés, « *si on peut regretter l'entorse faite à la conception traditionnelle de la propriété privée, il n'est pas permis de considérer que ces exemples ouvrent la voie à l'admission généralisée de la servitude d'affectation (...) Les biens sont affectés à l'objet poursuivi par les nouveaux établissements privés. En d'autres termes, il n'y a pas de discordance entre l'objet social de propriétaire et l'objet de l'affectation* » (*L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 412).

propriété ? Plus généralement, la propriété privée admet-elle une affectation perpétuelle à l'usage d'un tiers ?

660. Si le droit civil apparaît hostile aux baux perpétuels (A), qui créent des droits personnels sans limite temporelle, il semble en revanche de plus en plus favorable à l'admission de droits réels perpétuels (B).

A. L'hostilité du droit privé aux baux perpétuels

661. Le droit civil répugne de façon générale aux engagements perpétuels, en particulier lorsqu'ils mettent en cause des droits personnels¹⁷²⁰. Or, c'est le cas du bail, qui ne confère pas un droit réel au preneur mais le droit d'exiger du bailleur qu'il lui laisse la jouissance du bien. Les raisons de ce rejet sont doubles ; l'une est historique, l'autre économique. La raison historique tient à la volonté des révolutionnaires puis des rédacteurs du Code civil de ne pas retomber dans un système de propriété de type féodal, partageant perpétuellement les prérogatives sur la terre entre deux personnes, l'une titulaire du domaine éminent, l'autre titulaire du domaine utile¹⁷²¹. La raison économique tient à la libre concurrence, qui exige le retour régulier sur le marché des biens et services¹⁷²². Remarquons que même les baux réputés les plus protecteurs pour le preneur ne sont pas pour autant conclus *ad vitam aeternam* : si le bail commercial offre, à l'approche de son terme, un droit de renouvellement au preneur¹⁷²³,

¹⁷²⁰ GHESTIN (J.), « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit* (mélanges D. Tallon), Paris : Société de législation comparée, 1999, p. 262 : « Il semble qu'un large accord se fasse aujourd'hui sur cette idée que, selon la tradition héritée de la Révolution française, la dignité de la personne humaine fait obstacle à un engagement, même assumé volontairement et en pleine connaissance de cause, qui aliène de façon perpétuelle la liberté d'agir d'une personne physique ».

¹⁷²¹ VOIRIN (P.), note sous Cass. civ., 20 mars 1929, DP 1930, I, p. 14 : « L'organisation de la propriété conçue d'un point de vue politique et social, voilà incontestablement l'une des préoccupations dominantes du droit intermédiaire (...) [pour] prévenir un retour à l'ordre féodal, qui reposait sur la hiérarchie des personnes liée à la hiérarchie des terres, puisqu'il s'était constitué par un système de tenures dissociant le domaine utile du domaine éminent. La disparition de la féodalité militaire a atténué, mais non pas effacé, le caractère social du contrat de fief, qui dès lors s'est rapproché des conventions privées opérant un fractionnement de la propriété en droits réels nombreux et enchevêtrés : bail à cens, emphytéose, bail à rente, etc., ont été confondus sous la Révolution dans une haine commune ».

¹⁷²² RIZZO (F.), « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Droit & Patrimoine* n° 78, janvier 2000, p. 60 : « À présent, la théorie de la libre concurrence postule que, en paralysant les relations contractuelles, l'engagement perpétuel ferme le marché aux nouveaux entrepreneurs, donc restreint l'innovation et par là même la création et la circulation des richesses, tout en assurant la pérennité des rentes de situation au bénéfice des opérateurs originaires des marchés. En bref, l'engagement perpétuel fonctionne en tant que facteur de sclérose du système économique »

¹⁷²³ Art. L. 145-8 du Code de commerce

le bailleur peut le refuser en payant une indemnité d'éviction. Dans le cadre du bail rural, le bailleur peut refuser le renouvellement pour des motifs énumérés par la loi, à charge d'indemniser le preneur pour les améliorations que celui-ci a pu apporter au fonds.

662. En ce qui concerne le droit commun, l'hostilité à l'égard des baux perpétuels n'est pas particulièrement évidente dans l'article 1709 du Code civil, lequel se limite à indiquer que « *le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à payer* ». Que signifie un « *certain temps* » ? S'agit-il d'un temps simplement « mentionné » dans le bail, et qui peut être illimité dans le temps, ou s'agit-il véritablement d'un temps « limité » ? Le cas échéant, qu'est-ce qu'un temps limité ? C'est à la jurisprudence qu'il revint de répondre à ces questions. Elle usa pour cela de la législation révolutionnaire, qui assurait l'aptitude au rachat de toutes les rentes foncières existantes en proscrivant, pour l'avenir, tous les baux d'une durée supérieure à 99 ans¹⁷²⁴. Dans une décision du 20 mars 1929, la Cour de cassation se montra donc beaucoup moins équivoque que le Code civil : « *Attendu qu'aux termes de l'art. 1709 c. civ., le contrat de louage de choses ne peut être conclu que pour un certain temps ; que l'interdiction faite ainsi au bailleur de concéder au preneur la jouissance perpétuelle de son immeuble est fondée sur des raisons qui tiennent tant à l'organisation de la propriété qu'à des intérêts d'économie générale ; que, par suite, les conventions particulières conclues au mépris de cette interdiction d'ordre public sont frappées d'une nullité absolue* »¹⁷²⁵. Le terme de 99 ans prévu par le décret révolutionnaire précité sert de véritable mètre étalon au juge judiciaire, qui n'annule que les baux susceptibles de dépasser cette durée ; ainsi maintient-il les baux conclus pour toute la durée de la vie du preneur¹⁷²⁶ sauf, et c'est logique, si celui-ci est une société¹⁷²⁷. Ainsi annule-t-il, au contraire les baux à durée indéterminée dont la fin ne dépend que de la volonté du preneur, soit parce qu'il dispose seul d'une faculté de résiliation, soit parce qu'il dispose d'un droit au renouvellement¹⁷²⁸.

¹⁷²⁴ Art. 1^{er} du décret des 18 et 29 décembre 1790 relatif au rachat des rentes foncières.

¹⁷²⁵ Cass. civ., 20 mars 1929, DP 1930, I, p. 16, note Voirin.

¹⁷²⁶ Civ. 3^{ème}, 23 avril 1974, n° 73-11838 : « *Attendu que n'est pas perpétuel un bail qui prend fin au décès du preneur* ».

¹⁷²⁷ Civ. 3^{ème}, 27 mai 1998, n° 96-15774 : « *La cour d'appel qui a relevé que M. X... s'était engagé à consentir un bail à la SCEA de la Roche jusqu'à la dissolution de celle-ci, dont la durée était fixée à 99 ans, avec faculté de prorogation ou de dissolution par anticipation, a pu en déduire que la promesse de bail consentie par M. X... à cette société constituait un bail perpétuel contraire aux dispositions de l'article 1709 du Code civil* ».

¹⁷²⁸ Civ. 3^{ème}, 20 février 1991, n° 89-17176 : « *Attendu que M... X fait grief à l'arrêt attaqué (...) d'avoir déclaré nul comme étant perpétuel le bail dont il était titulaire (...) Attendu qu'après avoir relevé que le contrat donnait au preneur et à ses héritiers la faculté de se maintenir dans les lieux sans limitation de durée et que le bailleur*

663. Tout ceci suggère que le cédant public d'une voie publique ne saurait la reprendre à bail à titre perpétuel, pour la livrer à l'usage du public, car les droits du bailleur seraient trop entamés. D'ailleurs, les dispositifs spéciaux mettant en œuvre ces locations par les personnes publiques de biens privés affectés à l'utilité publique s'orientent vers le retour du bien dans la propriété publique, plutôt que par le maintien du bail malgré la volonté du bailleur. C'est l'esprit, par exemple, du crédit-bail¹⁷²⁹ que de permettre l'appropriation du bien par le bailleur en fin de contrat. L'article L. 2122-15 du CGPPP autorise également l'État à conclure un bail pour occuper un ouvrage affecté à la sécurité ou à la défense et édifié sur son domaine public par un occupant privatif titulaire d'un droit réel. L'État, dans ce dispositif, acquiert le bâtiment au terme de l'occupation mais le bail peut comprendre une clause lui permettant d'acquérir le bien avant terme. Il nous semble par conséquent que les clauses permettant de préserver la continuité du service public qu'exige l'article L. 3211-2 du CGPPP dans le cadre d'une cession-bail des immeubles à usage de bureaux de l'État ne sauraient consister en un droit au renouvellement au profit de l'État-preneur, mais plutôt en l'obtention d'un délai suffisant à compter de la notification du bailleur de sa volonté ne pas renouveler le bail, délai nécessaire pour envisager une solution immobilière alternative¹⁷³⁰.

664. À cela, il convient toutefois d'apporter deux nuances, qui pourraient permettre d'envisager un bail perpétuel pris par la personne publique sur le bien qu'elle vient de céder. D'abord, la prohibition de l'engagement perpétuel semble s'appliquer avec moins de vigueur lorsque les parties sont des personnes morales, non soumises à la finitude de la vie humaine. C'est ce que constate Rémy Libchaber, observant à l'appui d'anciennes jurisprudences que cette interdiction est « *très nettement atténuée lorsque la liberté n'est pas en cause, ou lorsque est en cause la liberté d'une personne morale, assurément moins sensible dans une perspective individualiste* »¹⁷³¹. Dès lors, si l'acquéreur-bailleur de la voie publique est une personne morale, ne peut-on pas envisager plus facilement que le bail soit perpétuel ? Ensuite,

s'engageait à procéder à tous les renouvellements du bail, la cour d'appel (...) a légalement justifié sa décision ».

¹⁷²⁹ Autorisé sur le domaine public par l'article L. 2122-13 du CGPPP.

¹⁷³⁰ NOGUELLOU (R.), « Le transfert de la propriété publique immobilière », *JCP A* 2012, n° 2137.

¹⁷³¹ LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Revue des sociétés* 1995, p. 445. L'opinion est partagée par Jacques Ghestin, qui relève que la prohibition des contrats perpétuels, à supposer qu'elle existe, « *s'impose beaucoup moins à l'égard des personnes morales, qu'elles soient d'ailleurs publiques ou privées* » (in « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », *art. cit.*, p. 262).

et surtout, ne peut-on pas considérer qu'une clause instaurant la perpétuité du bail puisse finalement être valable en tant que clause exorbitante d'un contrat administratif ? Après tout, la clause exorbitante du droit commun, définie comme celle « *ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* »¹⁷³², peut être une clause qui serait considérée comme illicite dans un contrat de droit privé¹⁷³³. Si le droit privé manifeste donc une certaine hostilité envers les baux perpétuels, il n'est pas certain que celle-ci se retrouverait obligatoirement en droit administratif.

665. De toute façon, à supposer qu'une telle opération de *sale and lease-back* sur les voies publiques soit impossible en raison de la prohibition des baux perpétuels, il reste peut-être encore la possibilité, pour l'acquéreur privé, de consentir au profit du cédant public un droit réel perpétuel par lequel il lui rendrait définitivement l'usage de la voie.

B. Les incertitudes quant à l'aptitude à la perpétuité des démembrements de la propriété privée

À supposer que la perpétuité des baux soit exclue, qu'en est-il de celle des droits réels issus d'un démembrement de la propriété ? La perpétuité de la propriété, qui constitue la « *dimension temporelle de son absolutisme* »¹⁷³⁴ et trouve une parfaite illustration en son imprescriptibilité¹⁷³⁵, est-elle applicable à ces droits réels ? L'état actuel du droit ne permet pas d'apporter de réponse certaine à cette question. Le Code civil, dans les modèles de droits réels qu'il énumère, laisse subsister une possibilité de débat (1). La même incertitude vaut pour les droits réels innomés : la jurisprudence est trop diverse et contestée pour que l'on puisse en tirer des conséquences définitives (2).

¹⁷³² CE, sect., 15 février 1935, *Société française des constructions mécaniques*, rec. Lebon p. 201.

¹⁷³³ Voir sur ce point VEDEL (G.), « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *L'évolution du droit public* (mélanges A. Mestre), Sirey, 1956, p. 546 ; CHARLERY (C.), « Réflexion sur la notion de clause exorbitante du droit commun », *LPA* 6 avril 1998, n° 41, p. 4.

¹⁷³⁴ LARDEUX (G.), « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD Civ.* 2013, p. 750.

¹⁷³⁵ Art. 2227 du Code civil.

1. Le débat sur la durée des droits réels nommés

Les droits réels, autres que la propriété, et qui sont énumérés le Code civil sont en général non perpétuels (a). L'existence de certains droits réels perpétuels issus d'un démembrement laisse toutefois planer un doute sur l'existence d'une interdiction des droits réels perpétuels (b).

a. La tendance au refus de la perpétuité des droits réels nommés

666. Le postulat de départ est simple : celui qui s'engagerait à laisser définitivement à un autre les usages de sa propriété ne pourrait plus être considéré comme le propriétaire. Cette position fut vigoureusement défendue par Acollas en 1869 qui, tout en admettant la liberté de conférer au tiers des droits réels non prévus par le Code civil, préconisait l'existence d'une « condition de rachat » : « À nos yeux (...) l'individu doit être déclaré libre de décomposer la propriété à sa guise ; cette décomposition ne l'oblige pas seul, elle oblige aussi tous ses ayants cause ; cependant, à l'égard de ceux-ci, lorsqu'ils ont du moins un titre particulier, la concession, pour être valable, a besoin d'être rendue publique par les voies légales ; mais elle ne s'impose, dans aucun cas, que sous condition de rachat ; tout propriétaire doit avoir, en tout temps, le droit de faire cesser le démembrement de sa propriété, en indemnisant celui au profit duquel ce démembrement existe »¹⁷³⁶.

667. Cette position est reprise et vigoureusement défendue par Frédéric Zénati et Thierry Revet, pour qui « le caractère temporaire des droits réels participe de l'ordre public des

¹⁷³⁶ ACOLLAS (É.), *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Tome 1, Paris : Ernest Thorin, 1869, p. 568. Tout en concédant qu'il ne s'agit là que d'un point de vue personnel et que cette condition de rachat n'existe pas dans le Code civil, l'auteur insiste à plusieurs reprises dans son manuel sur le caractère nécessairement temporel des droits réels. On lit ainsi que « la législation ne doit mettre aucun obstacle à ces démembrements, à la double condition : Qu'ils ne portent pas atteinte au droit du propriétaire ; Qu'ils ne portent pas non plus atteinte à celle des tiers. En pure théorie scientifique, le droit du propriétaire nous paraîtrait devoir toujours impliquer la faculté de rachat » (p. 20) ; « Sans doute, écrit-il également, que l'individu doit avoir la faculté d'en créer des démembrements, il doit même avoir celle d'en créer tous les démembrements que bon lui semble, mais il serait absurde qu'il pût retourner son droit contre sa propre personnalité et contre celle des autres ; le démembrement de sa propriété ne peut, sans heurter l'idée scientifique de la propriété, devenir une gêne de la liberté ; le propriétaire ne peut abdiquer ni pour lui-même, ni pour la suite indéfinie de ses successeurs, le droit de faire disparaître le démembrement qu'il a consenti. De là, selon nous, la nécessité logique de la faculté de rachat qui, en conciliant tous les droits, sauvegarderait tous les intérêts » (p. 660). Pour un aperçu général des autres doctrines civilistes également rétives à la perpétuité des démembrements, voir PFISTER (L.), « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e siècle », *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2013, pp. 1261 s. ; voir également PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, pp. 250 s.

biens car celui-ci ne saurait tolérer l'éclatement de la propriété inhérent aux droits réels perpétuels. Cette règle ressortit au caractère fondamental du droit de propriété »¹⁷³⁷. William Dross, bien que non hostile à une évolution vers la perpétuité des démembrements, explicite ce point de vue par la notion même de propriété : « *Ce que le propriétaire ne saurait faire, c'est conférer perpétuellement à un tiers une utilité de sa propre chose. On tient en effet à ce que, tôt ou tard, toutes les utilités de la chose soient à nouveau réunies entre les mêmes mains. C'est donc sur ce point qu'en définitive la propriété se distingue fondamentalement du simple droit réel : tandis que celui-ci est toujours assorti d'un terme extinctif, celle-là est perpétuelle. Mais que l'on admette un instant la possibilité de droits réels démembrés perpétuels et plus aucune distinction ne mérite d'être faite, la seule importance quantitative des utilités accaparées ne pouvant commander de différence quant à la nature même du droit* »¹⁷³⁸. Évoquant plus spécifiquement l'affectation à l'utilité publique, Hervé de Gaudemar estime que celle-ci, « *loin d'être seulement une limite de l'étendue du droit de propriété, en est la négation. D'une part, le propriétaire perd la maîtrise de son bien, l'affectation étant absolue et perpétuelle. Elle dure autant que l'utilité publique l'exige sans que le propriétaire puisse manifester un acte de volonté contraire (...) Sauf à confondre les notions comme un aphasique confond les mots, la propriété privée grevée d'une affectation à l'utilité publique (...) ne peut plus être la propriété privée du Code civil* »¹⁷³⁹. La propriété se caractérise ainsi non par l'étendue actuelle des prérogatives, mais par la vocation à la réunion de toutes ces prérogatives.

668. Pourquoi ce lien entre le caractère temporaire des démembrements et l'existence même de la propriété ? Commentant la position précitée d'Acollas, Laurent Pfister lie cette

¹⁷³⁷ ZÉNATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 2008, p. 476.

¹⁷³⁸ DROSS (W.), « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.* 2012, p. 426. L'auteur rejoint ainsi l'opinion autrefois soutenue par Demante à propos du droit de jouissance, que mentionne Laurent Pfister dans la contribution précitée. Demante s'exprimait ainsi : « *Le simple droit de jouissance est essentiellement temporaire ; car, comme il absorbe pendant sa durée tout l'émolument, sinon possible, au moins prévu, de la propriété, l'existence à perpétuité d'un pareil droit ne serait plus une simple modification, mais une véritable destruction de la propriété. De là il faut conclure qu'une concession perpétuelle de jouissance devrait être considérée comme une aliénation complète* » (*Cours analytique de Code Napoléon*, Tome 2, Paris : Frères Plon, 1853, p. 444). Voir également TADROS (A.), « Création de droit réel : consécration de l'autonomie de la volonté », note sous *Civ.* 3ème, 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53 : « *Le caractère temporaire des droits réels sur la chose d'autrui est l'une des garanties de la propriété individuelle. Il consomme la rupture avec le système féodal des saisines qui mettait en scène une pluralité de propriétaires sur la même chose : au seigneur le domaine éminent, aux serfs les domaines utiles. Depuis la Révolution française, une chose ne peut avoir qu'un seul maître, ce dont il résulte que les autres personnes pouvant accéder aux utilités de cette chose ne peuvent le faire que temporairement (...) Les droits réels sur la chose d'autrui doivent tôt ou tard s'éteindre : l'appropriation individuelle est à ce prix* ».

¹⁷³⁹ DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006, n° 407 et 408.

limitation à une « *liberté de propriété* »¹⁷⁴⁰ sans laquelle serait ouverte la voie à une résurrection de la propriété féodale¹⁷⁴¹, faite de la multiplicité de droits perpétuels exercés sur un même bien. Cette conception serait contraire à la conception politique et économique ayant présidé à la rédaction du Code civil, fondée sur une exclusivité et une stabilité de la propriété censées « *affirmer le caractère inéluctable de la société bourgeoise et libérale née de la Révolution* »¹⁷⁴².

669. Tout ceci trouve une illustration très significative dans le régime de l'usufruit, qui attribue à un tiers la jouissance de la chose, c'est-à-dire ses usages et ses fruits naturels comme civils, à charge pour lui de ne pas en altérer la substance. Or, l'usufruit est nécessairement temporaire, puisqu'il s'éteint avec le décès de l'usufruitier¹⁷⁴³. Sans ce caractère temporaire, indiquent les auteurs civilistes, le droit de propriété du nu-propiétaire serait vidé de sa substance¹⁷⁴⁴. Il est à ce titre qualifié d'« *intermède* »¹⁷⁴⁵ entre deux périodes de propriété pleine et entière. Ce caractère temporaire en droit est confirmé par les faits, puisque la durée moyenne des usufruits est d'environ vingt ans¹⁷⁴⁶, le procédé étant essentiellement utilisé dans le cas de rentes viagères ou de légation de patrimoine¹⁷⁴⁷; et c'est précisément pour préserver ce caractère temporaire de l'usufruit que l'article 619 du Code civil limite à trente ans celui constitué au profit de personnes morales, car leur durée de vie est susceptible de se prolonger sur une très longue durée¹⁷⁴⁸. Ce caractère temporaire de l'usufruit accordé à des personnes

¹⁷⁴⁰ PFISTER (L.), « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e siècle », *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2013, pp. 1261 s., n° 13 : « *Se manifeste la volonté d'éviter que la liberté de démembrement la propriété ne préjudicie à la liberté de la propriété, d'empêcher qu'en vertu de la première, la seconde ne souffre d'une charge excessive, en fait perpétuelle* ».

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, n° 18.

¹⁷⁴² LARDEUX (G.), « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *art. cit.*, p. 749.

¹⁷⁴³ La jurisprudence autorise toutefois la réversion de l'usufruit à un second usufruitier. Le nu-propiétaire ne recouvrera donc ses prérogatives qu'à la mort de ce second usufruitier.

¹⁷⁴⁴ MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), *Les biens*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2010, pp. 261 et 262. « *La première caractéristique essentielle de l'usufruit est d'être toujours temporaire. S'il était perpétuel, il y aurait une dissociation permanente des attributs de la propriété, qui rappellerait la distinction féodale entre le domaine éminent et le domaine utile* »

¹⁷⁴⁵ ATIAS (C.), *Droit civil. Les biens*, 11^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuels, p. 178.

¹⁷⁴⁶ MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), *Les biens, op. cit.*, p. 262.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 259.

¹⁷⁴⁸ VEAUX-FOURNERIE (P.), « Usufruit. - Caractères et sources », *JCl. Civil Code*, (articles 578 à 581), § 82 : « *Le principe peut paraître de décider, lorsque l'usufruit est constitué au profit d'une personne morale, qu'il s'éteint au cas de dissolution de celle-ci (...) Les rédacteurs du Code civil n'ont cependant pas consacré un tel principe, parce qu'ils redoutaient une trop longue durée de l'usufruit, préjudiciable à la stabilité du droit de propriété* » ; CRESP (M.), *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, préf. J. Hauser, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2013, p. 322 : « *Afin d'éviter que l'usufruit constitué au profit d'une personne morale ne confine, dans les faits, à l'éternité,*

morales est considéré par le juge judiciaire comme étant d'ordre public¹⁷⁴⁹. Le Code civil mentionne également, parmi les démembrements de la propriété, les droits d'usage et d'habitation qui « s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit »¹⁷⁵⁰.

670. Les mêmes remarques valent pour le bail emphytéotique, prévu par l'article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime. Ce bail se caractérise par les droits réels qu'il confère au preneur (droit réel immobilier de jouissance sur le bien loué : le preneur est propriétaire du terrain et des constructions qu'il érige durant le bail et peut librement les céder et les hypothéquer) et par sa longue durée, comprise entre 18 et 99 ans. Cette durée est impérative ; la conclusion d'un bail emphytéotique pour une durée supérieure à la limite légale ans ou jusqu'à la survenance d'un évènement indéterminé dans le temps est ramenée par le juge à 99 ans¹⁷⁵¹. Le bail à construction, figurant aux articles L. 251-1 s. du Code de la construction et de l'habitation, ressemble fortement au bail emphytéotique, s'en distinguant simplement par le fait que le preneur est tenu d'ériger une construction et de la maintenir en bon état jusqu'à la fin du bail. Tout comme le bail emphytéotique, sa durée est limitée à 99 ans.

b. Des exemples de droits réels nommés perpétuels

671. L'on objectera à ce qui précède que le droit de superficie et les servitudes sont bel et bien des droits réels perpétuels.

c'est à dire afin d'éviter que le démembrement de propriété ne soit trop long, l'usufruit consenti à une personne morale est défini comme ne devant pas dépasser trente ans (...) Cependant, si l'usufruit accordé à une personne morale ne peut être viager ce n'est pas parce qu'il est techniquement impossible qu'une durée caractérise un droit dont le titulaire est une personne morale. Si ce droit dont le titulaire est une personne morale ne peut être viager c'est uniquement parce qu'une telle durée n'assurerait pas une durée limitée au démembrement de la propriété (...) Un usufruit perpétuel dont le titulaire serait une personne morale n'est pas valable en ce qu'il contredirait cette finalité, et ce, en raison de la durée de vie effective de son titulaire. Autrement dit, si l'usufruit accordé à une personne physique n'a pas la même durée qu'un usufruit accordé à une personne morale, cette différence de durée répond à un but commun : la protection du caractère absolu du droit de propriété ».

¹⁷⁴⁹ Civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, n° 06-12.568 ; D. 2007, p. 2084, note Julienne ; AJDI 2007, p. 499, obs. Rouquet.

¹⁷⁵⁰ Art. 625 du Code civil.

¹⁷⁵¹ Cass. civ., 22 novembre 1932, D. 1933, p. 51 : « Attendu que ce texte limite à 99 ans la durée maximale des baux même emphytéotiques et que sa disposition est applicable, à plus forte raison, aux baux ordinaires ; que la durée d'un bail, quand il a été conclu pour un nombre d'années excédant 99, doit être ramenée à la limite extrême permise par la loi ; que si les parties ont fait dépendre la cessation de la location d'un évènement indéterminé dans le temps, le contrat prend fin dès qu'il s'est écoulé 99 ans sans que l'évènement prévu se soit réalisé ».

672. Le droit de superficie, d'abord, ne figure pas dans le Code civil. Il consiste en l'attribution potentiellement définitive à un tiers, dit « superficiaire », de la propriété de tout ce qui s'élève au dessus du sol (constructions, arbres). Le propriétaire ne conserve donc que la propriété du sol et du tréfonds. Mais ce partage constitue en réalité plus un dédoublement de la propriété que son démembrement. En effet, à la différence des autres démembrements, le droit de superficie s'analyse en un véritable droit de propriété exercé sur un bien distinct, résultat d'une division de l'espace selon un axe horizontal. La Cour de cassation estime de longue date que le superficiaire « *ne peut (...) obtenir le partage de leur prétendue propriété commune ; un tel droit formant une propriété distincte et ne créant avec celle du tréfonds un état d'indivision, ni quant à la propriété du sol, ni quant à la jouissance* »¹⁷⁵². Il s'agit donc bel et bien d'une division matérielle de l'immeuble, et non de la division économique dont est constitutif un démembrement¹⁷⁵³ ; il s'agit de deux propriétés sur deux choses superposées spatialement, et non de deux droits sur la même chose¹⁷⁵⁴. Si le droit de superficie dure perpétuellement, c'est donc parce qu'il est un droit de propriété à part entière. Toutefois, on ne peut que se montrer sceptique quant à la réalité du droit d'usage du propriétaire du sol et du sous-sol car, comme le note Alain Robert, « *le droit de superficie constitue à coup sûr une gêne pour le tréfoncier. En principe, il ne reste à ce dernier que le droit à l'exploitation du sous-sol, fructueux en principe mais soumis le plus souvent à des contraintes bénéficiant à l'État. Il se transforme fréquemment en une redevance minière* »¹⁷⁵⁵. Du reste, d'autres analyses considèrent que le droit de superficie révèle l'existence de propriétés « concurrentes » ou « simultanées », reposant sur la « *copropriété indivise du fonds (...) support de la jouissance privative de chaque indivisaire sur une utilité particulière de l'immeuble* »¹⁷⁵⁶. De toute façon, si l'on admet qu'un propriétaire abandonne définitivement

¹⁷⁵² Cass. civ., 16 décembre 1873, s. 1874, I, p. 457.

¹⁷⁵³ DROSS (W.), « La perpétuité des droits réels *sui generis* », note sous Civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, *JCP G* 2012, n° 930.

¹⁷⁵⁴ ZÉNATI (F.), « Étendue de la propriété foncière », note sous Civ. 3^{ème}, 7 octobre 1998, *RTD Civ.* 1999, p. 146. « *La propriété du superficiaire n'est pas, contrairement à celle des autres droits sur la chose d'autrui, purement conceptuelle, elle se matérialise par des constructions et des plantations. D'où cette survivance romaniste-médiévale dans le droit contemporain d'un superficiaire propriétaire, survivance d'autant moins anormale que la conception unitaire de la propriété imposée par la Révolution et la codification est sauvegardée grâce à l'idée d'une dissociation de l'immeuble. Il n'y a pas division du droit de propriété en deux domaines portant sur une même chose, mais division de la chose elle-même en deux biens objets de deux droits de propriété distincts* ».

¹⁷⁵⁵ ROBERT (A.), « Concession d'un droit de superficie perpétuel au profit d'un bureau de bienfaisance communal », note sous Civ. 3^{ème}, 6 mars 1991, *D.* 1991, p. 308

¹⁷⁵⁶ PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, p. 246.

la propriété du dessus du sol, on comprendrait mal qu'il ne puisse pas abandonner définitivement un droit d'usage.

673. Concernant les servitudes, leur perpétuité reçoit plusieurs explications. D'abord, elles ne perturbent pas outre mesure le propriétaire du fonds servant dans l'exercice de son droit de propriété¹⁷⁵⁷. Le juge civil veille d'ailleurs à ce que la servitude ne s'assimile pas, pour le propriétaire du fonds servant, à une perte totale de la jouissance. La Cour de Cassation se montre claire sur ce point, en estimant qu' « *une servitude ne peut être constituée par un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété* »¹⁷⁵⁸. Ensuite, la perpétuité de ces servitudes doit être relativisée : elle ne les empêche pas d'être prescrites par leur non usage trentenaire¹⁷⁵⁹, contrairement au droit de propriété. Enfin, et surtout, la perpétuité des servitudes se justifie par la perpétuité du droit dont elles constituent l'accessoire. Dès lors que le droit de propriété est reconnu perpétuel, il semble normal que les utilités qui s'attachent au fond demeurent aussi longtemps que dure le droit principal¹⁷⁶⁰. Contester la perpétuité du démembrement reviendrait à contester la propriété du fonds dominant. Il existe donc de sérieuses raisons de relativiser la perpétuité des servitudes.

674. Toutefois, là encore, on ne peut qu'éprouver un malaise face à certaines servitudes particulièrement perturbantes pour le droit d'usage du propriétaire du fonds servant. C'est notamment le cas de la servitude *non aedificandi* qui, en interdisant au propriétaire du fonds servant d'ériger une construction, le prive définitivement d'une prérogative de jouissance importante. Ensuite, l'argument de la servitude « perpétuelle car accessoire du droit de

¹⁷⁵⁷ CRESP (M.), *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, préf. J. Hauser, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2013, p. 298 : « *La durée illimitée caractérisant la servitude se justifie à l'égard de la notion de droit de propriété. S'il est possible de porter exceptionnellement atteinte au caractère absolu de ce droit, c'est parce que cette atteinte est modérée et proportionnée par rapport à l'utilité économique qui en est retirée (...) La durée éternelle du droit réel de servitude ne porte pas suffisamment atteinte au caractère absolu du droit de propriété pour contredire son essence. Même si la servitude grève le droit de propriété et ce, sans limite temporelle lorsqu'elle est d'une durée objectivement perpétuelle, elle ne diminue la plénitude du droit de propriété que de façon minime. En effet, la servitude a un objet circonscrit et ne peut être créée que pour l'utilité d'un immeuble* ».

¹⁷⁵⁸ Civ. 3^{ème}, 24 mai 2000, n° 97-22.255 ; D. 2001, p. 151, note Libchaber ; *Deffrénois* 2000, p. 1170, obs. Atias ; *RDI* 2000, p. 316, obs. Bergel.

¹⁷⁵⁹ Art. 706 du Code civil.

¹⁷⁶⁰ CRESP (M.), *Le temps juridique en droit privé*, op. cit., p. 298 : « *Quelle que soit la conception du droit de propriété, la durée éternelle ou objectivement perpétuelle caractérisant la servitude repose sur un double fondement : l'un relatif à la notion même de servitude, l'autre relatif à la notion de droit de propriété. D'une part, la durée illimitée caractérisant la servitude se justifie à l'égard de sa notion même. L'utilisation exceptionnelle de la durée éternelle ou objectivement perpétuelle pour caractériser ce droit découle de son caractère accessoire. En tant qu'accessoire d'un fonds principal, les servitudes ont donc vocation à durer autant que le fonds qu'elles affectent, autant que le fonds principal* ».

propriété » ne peut expliquer la perpétuité des servitudes administratives assurant l'accès du public aux voies aquatiques : il n'existe en l'occurrence aucun fonds dominant, objet d'une propriété perpétuelle, qui justifierait la durée perpétuelle de la servitude.

2. Les incertitudes jurisprudentielles sur la perpétuité des droits réels innomés

Le juge constitutionnel, au travers d'une jurisprudence il est vrai déjà ancienne, semble hostile à la perpétuité des droits réels innomés (a) ; dans le même temps, le juge judiciaire s'y montre de plus en plus favorable (b).

a. L'hostilité manifeste du juge constitutionnel à l'égard de la perpétuité des droits réels innomés

675. Le contexte de la décision du 21 juillet 1994 est suffisamment connu des domanistes pour nous limiter à un simple rappel¹⁷⁶¹. Pour sécuriser la situation de l'occupant privatif du domaine public et en éviter la fuite, le législateur crut bon, en 1994, de lui accorder un droit réel consistant en une propriété sur les constructions par lui érigées. Ce droit réel, rappelant alors sensiblement le droit de superficie, fut néanmoins pensé « administratif », c'est-à-dire limité¹⁷⁶². C'est cette administrativité qui, de l'avis du Conseil constitutionnel, assurait la compatibilité du dispositif avec la continuité du service public et la protection de la propriété publique issue de l'article 17 de la DDHC. Le Conseil estima toutefois que l'une des dispositions de la loi était inconstitutionnelle : celle permettant sous certaines conditions de renouveler, après une occupation de 70 ans, le titre de l'occupant privatif. Le juge considéra que cette possibilité de renouvellement était inconstitutionnelle car, « *exercée après une période aussi longue et selon une procédure qui peut être réitérée sans qu'un terme définitif*

¹⁷⁶¹ Sur cette question, voir notamment, au sein d'une doctrine très abondante : GONDOUIN (G.), « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *AJDA* 1994, p. 786 ; LAVIALLE (C.), « La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État », *RFDA* 1994, p. 1106 ; FATÔME (É.), TERNEYRE (P.), « La loi du 25 juillet 1994, observations complémentaires », *AJDA* 1994, p. 780 ; FOURNIER (A.), JACQUOT (H.), « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », *AJDA* 1994, p. 759 ; FATÔME (É.), TERNEYRE (P.), « Commentaire du décret n° 95-595 du 6 mai 1995 relatif à la constitution de droits réels sur le domaine public », *AJDA* 1995, p. 905 ; DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER (O.), « Domaine public et droits réels », *JCP G* 1995, I 3812 ; PAULIAT (H.), « Droit réel et propriété publique : une conciliation délicate », *D.* 1995, p. 93 ; ROUAULT (M.-C.), « La constitution de droits réels sur le domaine public », *RDI* 1995, p. 27 ; GAUDEMET (Y.), « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094.

¹⁷⁶² Citons, comme principaux éléments de cette administrativité, la durée limitée de l'occupation et donc de la propriété, le retour gratuit au propriétaire public à la fin de l'occupation, la cessibilité subordonnée à l'agrément du propriétaire public, ou encore l'hypothèque autorisée seulement pour garantir les ouvrages construits.

soit imposé par le législateur à l'exercice de ces droits réels sur le domaine public, une telle faculté est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique ». Les droits réels consentis sur une période excessivement longue étaient (et sont probablement toujours, en l'absence de nouvelle jurisprudence), inconstitutionnels. *A fortiori*, étaient également inconstitutionnels les droits réels consentis à titre perpétuel. Certes, l'on pourrait opposer que cette décision s'explique par la domanialité publique des immeubles supportant le droit réel ; mais le Conseil se fonda, pour censurer la disposition, non sur l'atteinte au domaine public mais sur « la protection due à la propriété publique » tirée de l'article 17 de la DDHC, et après avoir affirmé que propriétés publique et privée étaient protégées à titre égal par cet article¹⁷⁶³. Cette décision témoigne, comme le relève Frédéric Zénati, d'une « *hostilité remarquable à la perpétuité des droits sur la chose d'autrui* »¹⁷⁶⁴. Le Conseil constitutionnel refusa en effet la pérennité du droit réel de l'occupant privatif, alors même que ce droit était profondément affaibli et portait sur une propriété publique. Ce dernier point est très important. Le fait que ce fût ici une propriété publique qui subissait le droit réel aurait pu conduire le Conseil à admettre au contraire sa très longue durée potentielle, la perpétuité des propriétaires publics leur assurant, à terme, la récupération de tous les usages du bien. Par conséquent, si même les personnes publiques ne peuvent consentir des droits réels administratifs sur leurs biens, l'on concevrait mal qu'une personne privée, et *a fortiori* un particulier, puisse concéder à perpétuité ou même pour une très longue durée un droit de jouissance ou d'usage sur sa propriété privée.

b. La tendance du juge judiciaire à l'admission de la perpétuité des droits réels innomés

676. En 2012, la Cour de cassation rendit une décision qui anima un vif débat sur l'aptitude d'un propriétaire privé à consentir à titre définitif des droits réels autre que les servitudes à l'usufruit. Dans cette décision du 23 mai 2012¹⁷⁶⁵, il était question d'un acte de partage datant de 1837, attribuant à un individu le sol d'une parcelle forestière et, à un autre individu, un droit perpétuel « de crû et à croître », c'est-à-dire le droit de couper et d'exploiter les arbres

¹⁷⁶³ ZÉNATI (F.), « Droit de superficie », note sous Cons. constit., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, *RTD Civ.* 1995, p. 657 : « Bien sûr, la solution n'est arrêtée par le juge de la Constitution qu'à propos de la propriété publique. Mais on conçoit mal qu'un droit puisse avoir une nature opposée selon le domaine où il s'exerce ».

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

¹⁷⁶⁵ Civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, n° 11-13.202, *D.* 2012, p. 1934, note d'Avout ; *ibid.*, p. 2128, obs. Mallet-Bricout et Reboul-Maupin ; *RTD civ.* 2012, p. 553, obs. Revet ; *JCP G* 2012, n° 930, note Dross.

existants et ceux à venir. Près de deux siècles plus tard, les ayant-droits du propriétaire du sol invoquèrent l'extinction de ce droit par son non-usage trentenaire pour refuser aux ayant-droits du titulaire du droit de crû et à croître l'exploitation des arbres. Le juge répondit simplement que la perpétuité de ce droit étant stipulée dans l'acte de partage, il ne pouvait s'éteindre par son non-usage trentenaire : c'était reconnaître qu'un propriétaire pouvait accorder à un tiers des droits réels perpétuels sur l'un de ses biens.

677. En ouvrant clairement la possibilité de démembrement librement et perpétuellement une propriété, cet arrêt suscita la critique d'une partie de la doctrine, et l'approbation de l'autre partie. La critique de cette décision fut notamment portée par Thierry Revet, craignant l'atteinte à l'ordre public des biens que risquait de créer cette décision : « *Les motifs sur lesquels repose cette consécration d'une véritable propriété divisée sont des plus fragiles au regard de l'atteinte que cause cette figure à l'ordre public des biens (...) Le fait qu'un acte ait été établi sur une portion d'un terrain le droit d'exploiter perpétuellement le bois qui y poussera et viendra à y gésir (...) ne pèse guère face au principe fondamental de l'indivisibilité de la propriété, principe inhérent à la notion même de propriété, qui doit donc être défendu avec la même force que cette prérogative majeure. Techniquement, l'article 6 du Code civil suffit à invalider toute cette stipulation contraire à cette exigence* »¹⁷⁶⁶. Quoique d'un contenu assez incertain, cet « ordre public des biens » semble effectivement hostile à la perpétuité des démembrements : rappelons que le juge civil refuse l'attribution à une personne morale d'un usufruit pour une durée supérieure à 30 ans. On peut par ailleurs se demander si cette solution ne se justifie pas en réalité par une division matérielle de la chose en deux parties, comme dans le cas du droit de superficie¹⁷⁶⁷. Ainsi, le propriétaire de la parcelle n'aurait en fait que

¹⁷⁶⁶ REVET (T.), « Un nouveau cas de propriété divisée », note sous Civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, *RTD Civ.* 2012, p. 553. Frédéric Zénati s'était également référé, par le passé, à l'« ordre public des biens » pour dénoncer un démembrement perpétuel : « *Le droit d'usage de l'ancienne France n'entre pas dans les canons romains. Outre qu'il a un caractère collectif, il est, contrairement à l'usufruit, perpétuel. Il s'agit en fait d'une variété de servitude, mais pas d'une servitude prédiale : la charge ne profite pas à un fonds, mais à une personne ou une collectivité. Il est inutile de souligner que cette forme de droit sur la chose d'autrui qui obère définitivement et substantiellement la propriété est contraire à l'ordre public contemporain des biens (...) C'est dire le sort qui doit être réservé aux anciens droits d'usage (...): ces droits sont illicites sauf à trouver leur salut dans les formes romaines admises par le Code civil* » (in « Régime des droits réels », note sous Civ. 3^{ème}, 6 mars 1991, *RTD Civ.* 1992, p. 794).

¹⁷⁶⁷ William Dross estime d'ailleurs que « *bien que le terme ne soit pas évoqué par l'arrêt, c'est bien de superficie dont il s'agirait ici* », en relevant toutefois une difficulté conceptuelle à cette assimilation : « *Le problème est qu'il ne va pas sans heurts de substituer à la division économique de l'immeuble (démembrement) sa division matérielle (superficie). Ces techniques ne sont pas fongibles. À supposer que ces "cantons de bois crû et à croître" soient une propriété, alors il faudrait en définir précisément l'objet. Or s'il est possible de la faire porter sur un bâtiment existant ou bien, dans cette conception moderne et désincarnée de la superficie qu'est la*

la propriété du sol et du sous-sol, quand le titulaire du droit de crû et à croître aurait celle des arbres. On pourrait, enfin, simplement estimer qu'il ne s'agit que d'un arrêt d'espèce concernant un droit stipulé à une époque où la rupture d'avec l'Ancien Régime n'était pas encore parfaitement consommée et qui, du reste, ne peut s'assimiler à un véritable transfert de jouissance.

678. Toutefois, la doctrine favorable à cette évolution avance des arguments particulièrement convaincants. Gwendoline Lardeux relève la logique implacable dont procède cette admission : le propriétaire, « *de tous les titulaires de droits réels, (...) est le seul à pouvoir disposer du bien dans sa totalité, le seul à pouvoir le vendre, le donner, l'hypothéquer (...) Pourquoi ne pourrait-il pas alors également céder partiellement son droit en transférant une seule des utilités de son bien ? S'il a le pouvoir de les vendre toutes, un raisonnement a fortiori commande d'admettre qu'il puisse également céder de la même manière, i.e. définitivement, certaines seulement de ses prérogatives, tout en conservant d'autres. Cela revient assez banalement à admettre que l'on peut tout autant disposer partiellement qu'entièrement de son droit* »¹⁷⁶⁸. Cette solution est aussi la démonstration, pour Louis d'Avout, que « *les règles favorisant l'extinction de l'usufruit ou de la servitude n'ont pas à faire l'objet d'interprétations extensives ; celles-ci constituant des exceptions à la règle de perpétuité fixée pour la propriété et transposable aux droits réels sui generis. Affleure ici un facteur d'explication plus général de l'arrêt du 23 mai 2012, qui tient au principe libéral du droit français des biens selon lequel il ne faut pas interdire les emplois individuels innovants de la propriété du seul fait que ceux-ci ne sont pas expressément prévus par la*

théorie des volumes, sur un volume abstrait qui a de l'immeuble sa fixité fondamentale, il ne paraît guère aisé de dire que la superficie puisse avoir pour objet des arbres à croître, c'est à dire non encore existants. Il faudrait pour cela admettre que la propriété puisse être actuellement constituée sur un objet futur et même éventuel. On peut certes être tenté de mobiliser ici l'idée commode d'universalité : la superficie porterait sur l'universalité de fait que constitueraient les arbres, ce qui expliquerait la permanence de son objet par-delà les modifications de ses éléments constitutifs. Mais il est évident que l'on a ainsi, chemin faisant, trahi le modèle de la superficie, qui est de rendre compte d'une division horizontale de l'immeuble. Ce que l'on fait en vérité ici, c'est conférer à un tiers une utilité économique du fonds (l'exploitation des arbres) et c'est alors la technique du démembrement qui s'impose. Plutôt que de la travestir pour la parer de perpétuité, il est préférable d'en interroger le régime » (« La perpétuité des droits réels sui generis », note sous Civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, JCP G 2012, n° 930).

¹⁷⁶⁸ LARDEUX (G.), « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD Civ.* 2013, p. 748. L'auteur se questionne par ailleurs sur un double système d'appropriation : « *Ne peut-on pas alors admettre la capacité du droit français des biens à accueillir simultanément deux systèmes d'appropriation, le premier officiel, marqué par l'absolutisme dont le code civil le revêt, et le second, conventionnel, reprenant l'idée d'une maîtrise partagée des biens ? Les enjeux politiques de l'appropriation juridique étant disparus - la crainte d'une restauration de l'Ancien régime n'a plus cours aujourd'hui - une coexistence pacifique entre la propriété absolue de l'article 544 du code civil et les "propriétés" simultanées de l'Ancien Droit ne pourrait-elle pas être envisagée ?* » (*ibid.*, p. 744).

loi »¹⁷⁶⁹. Williams Dross se montre également favorable au principe de l'attribution de droits réels perpétuels, pourvu simplement - et ce n'est qu'en cela qu'il critique l'arrêt - qu'ils soient prescrits par le non-usage trentenaire¹⁷⁷⁰. En outre, à la fin de l'année 2012, la Cour de cassation admit la création d'un droit de jouissance et d'occupation au profit d'une fondation pendant toute la durée de son existence¹⁷⁷¹. Eu égard à la durée de vie potentiellement très longue d'une fondation, nombre d'auteurs y virent une confirmation de l'arrêt précédent¹⁷⁷².

679. Ramenée à notre objet, cette jurisprudence pourrait permettre à la cession d'une voie publique à un acquéreur privé d'être assortie d'un droit réel perpétuel d'usage au profit de l'administration ou du public. Il est par conséquent plus difficile aujourd'hui qu'à l'époque de Proudhon de soutenir que la propriété privée ne saurait par nature supporter une affectation perpétuelle à l'utilité publique ; et il est nécessaire, pour défendre l'appropriation publique des voies publiques, de compléter l'argumentation par un autre fondement : celui du lien ontologique entre la collectivité publique et les voies publiques, révélé par leur vocation à une affectation perpétuelle.

¹⁷⁶⁹ D'AVOUT (L.), « Démembrement de propriété, perpétuité et liberté », note sous Civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, *D.* 2012, p. 1935.

¹⁷⁷⁰ DROSS (W.), « La perpétuité des droits réels *sui generis* », note précitée ; du même auteur, « L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel ? », note sous Civ. 3^{ème}, 31 octobre 2012, *RTD Civ.* 2013, p. 141.

¹⁷⁷¹ Civ. 3^{ème}, 31 octobre 2012, n° 11-16.304 ; *D.* 2013 p. 53, obs. Tadros, note d'Avout et Mallet-Bricout ; *RDI* 2013, p. 80, obs. Bergel ; *RTD Civ.* 2013, p. 141, note Dross.

¹⁷⁷² LARDEUX (G.), « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *art. cit.*, p. 746 ; BERGEL (J.-L.), « Un propriétaire peut consentir un droit réel de jouissance spéciale de son bien pour plus de trente ans », note sous Civ. 3^{ème}, 31 octobre 2012, *RDI* 2013 p. 80 ; D'AVOUT (L.), MALLET-BRICOUT (B.), « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », note sous le même arrêt, *D.* 2013, p. 53. Voir toutefois, tempérant le caractère perpétuel du droit ainsi créé au profit de la fondation, DROSS (W.), « L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel ? », note sous le même arrêt, *RTD Civ.* 2013, p. 141 : « *L'attendu de principe ne permet la création d'un droit réel que "sous réserve des règles d'ordre public" dont on peut alors se demander si l'affectation d'un terme extinctif n'en fait pas partie. Le droit réel était ici exclusivement réservé à la fondation sans possibilité de cession, fondation dont l'existence était affectée, comme celle de toute personne morale, d'un terme extinctif. La présence d'un terme, même assez largement théorique au regard de la possibilité de reconduire la personne morale à son échéance, a peut-être été jugée suffisante à assurer la conformité du droit réel à un ordre public qui continuerait de prohiber les démembrements perpétuels* ». Dans le même sens, TADROS (A.), « Création de droit réel : consécration de l'autonomie de la volonté », note sous Civ. 3^{ème}, 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53.

Section 2. La révélation ultime d'un lien ontologique entre la collectivité publique et les voies publiques

Puisque l'argument organico-fonctionnel se trouve affaibli, que reste-t-il, finalement, pour fonder la nécessité d'une appropriation publique des voies publiques ? Un argument plus politique. Non pas celui avancé par Duverger, selon lequel l'appropriation publique révèle la volonté de l'administration de ne pas laisser les personnes privées prendre en charge les intérêts publics ; mais celui, d'ordre davantage ontologique¹⁷⁷³, du lien intime entre la collectivité publique et les voies publiques, déductible de leur affectation perpétuelle à l'utilité publique, et qui autorise une analyse de ces voies comme « corps » de la collectivité publique (§ 1). Cette analyse « organiciste » des voies publiques peut ensuite être prolongée pour tirer certaines conclusions sur leur transmissibilité à des personnes privées (§ 2).

§ 1. L'existence d'un lien ontologique entre voies publiques et collectivité publique

L'expression « collectivité publique » est employée à dessein : celui de recentrer l'analyse sur l'État et les collectivités territoriales. Seules ces personnes publiques entretiennent une relation ontologique avec les voies publiques. Cela n'interdit pas pour autant l'appropriation des voies publiques par les établissements publics : principe de rattachement oblige, l'appropriation de la collectivité publique transparaîtra au travers de celle de l'établissement public. Les transferts de biens domaniaux aux établissements publics ne sauraient par conséquent manifester le recul du domaine en tant qu'élément représentatif du corps des collectivités publiques¹⁷⁷⁴, dans la mesure où ces établissements ne sont qu'une

¹⁷⁷³ Bien qu'étant rarement l'objet de développements plus étayés, l'épithète est fréquemment employée par la doctrine. Philippe Yolka qualifie par exemple la propriété publique en général de « *prolongement ontologique de la personnalité publique* » (in *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. 493) ; semblant recentrer l'analyse sur les voies publiques, Caroline Chamard-Heim estime que « *la liberté d'aller et venir semble ontologiquement liée, en l'état actuel du droit, à la propriété publique* » (in *La distinction des biens publics et des biens privés*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 321) ; enfin, Christian Lavalie, dépeignant le domaine public lorsqu'il n'était composé que de biens affectés à l'usage direct du public, considère qu'« *un lien substantiel, de nature ontologique, unissait le domaine public aux collectivités publiques et au public des citoyens, d'où d'ailleurs son caractère essentiellement territorial* » (in « Le domaine public : une catégorie juridique menacée ? », *RFDA* 1999, p. 580).

¹⁷⁷⁴ Pour une opinion contraire (bien que nuancée par la suite), voir BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Lavalie, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, pp. 366 et 367 : « *Il est clair que du point de vue symbolique le domaine public n'apparaît plus comme la représentation patrimoniale*

émanation des ces collectivités. À la limite, même le transfert total du domaine de l'État - voies publiques comprises - aux collectivités territoriales n'altérerait pas vraiment la représentation patrimoniale du premier, dans la mesure où il s'agirait d'un « *phénomène maîtrisé par l'État* »¹⁷⁷⁵ lui-même ; après tout, d'après la célèbre expression d'Hauriou, la décentralisation n'est qu'une « *manière d'être* » de l'État. Michoud accrédite largement ce point de vue en considérant que la persistance des collectivités territoriales résulte de considérations plus politiques que juridiques. C'est pourquoi l'on peut envisager, au singulier, la collectivité publique dans son rapport avec la propriété. L'unité de la propriété publique, corroborée par l'aliénabilité des biens du domaine public entre personnes publiques et la théorie des mutations domaniales, confirme cette idée. Qu'elle soit étatique ou territoriale, la collectivité publique demeure, dans une conception extensive, ce tiers aux personnes privées, formé pour arbitrer entre leurs intérêts potentiellement antagonistes¹⁷⁷⁶. Les voies publiques en constituent le corps. Cette relation, très présente dans les écrits de Christian Laval et de Nathalie Bettio¹⁷⁷⁷, révèle un lien ontologique entre les voies publiques et la collectivité publique (A). Elle est encore confortée par la possibilité d'établir une analogie entre les voies publiques et le corps humain (B).

A. Les voies publiques, corps de la collectivité publique

Ce lien ontologique est d'abord suggéré par l'identité commune entre collectivité publique et voies publiques, révélé par la vocation de ces dernières à une affectation perpétuelle (1). L'approfondissement de cette identité conduit, dans un second temps, à découvrir des liens unissant intimement les voies publiques à la collectivité publique (2).

de l'État. Le renforcement de la distribution et sa rationalisation autour de l'objectif de performance de l'action publique réduit en effet considérablement le domaine public étatique qui se limite au domaine public militaire, à un nombre de kilomètres restreint de portions de la voirie routière, à certaines dépendances du domaine public fluvial et surtout au domaine public maritime naturel ».

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 363.

¹⁷⁷⁶ MICHOD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Tome 1, Paris : LGDJ, 1906, pp. 307 à 309 : « On doit admettre très nettement que l'État ne violerait aucun droit acquis en modifiant ou en supprimant la personnalité de droit public qu'il a reconnu aux départements et aux communes (...) C'est lui (...) qui augmente ou qui diminue à son gré, suivant qu'il le juge opportun, la somme de pouvoir qu'il leur confie. S'il fait tout cela, c'est qu'il considère leur administration comme une véritable administration publique et leurs fonctions comme une parcelle détachée des fonctions de l'État, auxquelles elle pourra toujours être ramenée si l'intérêt public l'exige. La personnalité de ces groupes a donc, en droit public, quelque chose de précaire vis-à-vis de l'État législateur. Mais elle correspond aussi à des besoins réellement existants et à des intérêts collectifs réellement distincts. Aussi, s'il n'y a pas de raison de droit, il y a au moins d'excellentes raisons politiques (...) pour que l'État respecte les personnalités qu'il a ainsi reconnues ».

¹⁷⁷⁷ Voir *infra*.

1. L'affectation perpétuelle des voies publiques, révélateur d'une identité commune entre voies publiques et collectivité publique

680. L'on aurait tôt fait de considérer la nécessité d'une appropriation publique des voies publiques comme le résultat de leur vocation à une affectation perpétuelle ; l'on serait tenté d'en déduire que l'appropriation des voies publiques siérait mieux aux collectivités publiques qu'à toute autre personne : ces collectivités agissant nécessairement dans l'intérêt général, leur propriété ne serait guère perturbée par une affectation perpétuelle ; ces collectivités ayant vocation à la perpétuité, elles offriraient une stabilité appréciable à l'affectation. Or, comme il l'a été dit, ce fondement organico-fonctionnel est évanescent : il n'est pas certain que la propriété privée soit réellement incompatible avec une affectation même potentiellement perpétuelle à l'utilité publique. Cette affectation joue toutefois un autre rôle dans la détermination du domaine minimum : ses caractères rappellent ceux de la collectivité publique elle-même. Comme les voies publiques, les collectivités publiques sont empreintes d'une « destination » d'intérêt général (a) ; comme les voies publiques, elles ont vocation à la perpétuité (b). Cette communauté de caractères révèle la proximité très forte entre les deux notions et, par conséquent, constitue un premier indice de la corporalité des voies publiques.

a. Une destination d'intérêt général conçue comme inéluctable

681. Nous avons déjà pu constater combien les auteurs de l'Ancien Régime et du XIX^{ème} siècle furent marqués par l'idée que les voies publiques étaient « par nature » affectées à l'usage de tous¹⁷⁷⁸, soutenant ainsi que l'affectation n'était pas le résultat d'un choix d'un propriétaire ou d'un souverain, mais celui d'un état de fait que nul ne pouvait contrarier.

682. Si l'utilité publique est inhérente à la voie publique, elle l'est aussi aux personnes publiques en général. On ose à peine le rappeler : la poursuite de l'intérêt général doit toujours constituer le but de l'action des personnes publiques. Carré de Malberg l'indiquait dès l'introduction de sa *Contribution à la théorie générale de l'État*¹⁷⁷⁹. Le juge administratif

¹⁷⁷⁸ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

¹⁷⁷⁹ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome 1, Paris : Sirey, 1920, p. 2 : « Tandis qu'à l'origine les individus n'ont vécu que par petits groupes sociaux, famille, tribu, gens, isolés les uns des autres quoique juxtaposés sur le même sol, et ne connaissant chacun que son intérêt particulier, les communautés étatiques se sont formées en englobant tous les individus qui peuplaient un territoire déterminé, en

annule ainsi pour détournement de pouvoir les actes administratifs qui ne sont pas adoptés dans un but d'intérêt général. La différence d'avec les personnes privées se trouve donc dans l'aspect obligatoire de la poursuite de l'intérêt général : les personnes privées *peuvent* poursuivre un intérêt général quand, dans le même temps, les personnes publiques *doivent*¹⁷⁸⁰. Certains auteurs, tels que Ripert, postulèrent même la soumission des personnes publiques à un principe de spécialité les obligeant à n'agir que dans l'intérêt général¹⁷⁸¹ ; les principales critiques adressées à la reconnaissance d'un tel principe portèrent soit sur son absence de sanction lorsqu'il s'appliquait à l'État¹⁷⁸², soit sur la difficulté de voir une spécialité en la notion trop diffuse d'intérêt général¹⁷⁸³. Le but d'intérêt général inhérent à l'activité des personnes publiques n'était donc pas contesté ; seule l'était sa concrétisation juridique en un principe de spécialité. Les personnes publiques sont donc clairement, *par nature*, vouées à l'intérêt général, ce qui les distingue des personnes privées. À cette affirmation, l'on pourrait opposer le cas des fondations qui, bien que personnes privées, sont tenues de poursuivre un intérêt général. L'argument est toutefois affaibli par le fait que la fondation résulte d'abord de la volonté de personnes physiques ou morales de mettre en commun certaines ressources dans un but d'intérêt général. Autrement dit, dans le cas des

une corporation unique, fondée sur la base de l'intérêt général et commun qui unit entre eux, malgré toutes les différences qui les séparent, les hommes vivant côte à côte en un même pays »

¹⁷⁸⁰ LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse Bordeaux, 1975, p. 33.

¹⁷⁸¹ RIPERT (H.), *Le principe de la spécialité chez les personnes morales du droit administratif. Son application en matière de dons et legs*, Paris : Arthur Rousseau, 1906, p. 2 : « À la différence des personnes physiques qui peuvent accomplir librement tous les actes qui ne leur sont pas interdits par la loi, les personnes morales ont une mission déterminée limitativement par des dispositions légales ou par leurs statuts ; elles peuvent exercer leur activité juridique en vue de telle ou telle tâche, mais seulement en vue de cette tâche ; elles jouissent de la personnalité pour atteindre un but déterminé, et leur personnalité porte dès lors en elle-même le principe de sa propre limitation : elle ne peut s'exercer que dans le sens de leur fonction normale. Le but que se proposent les personnes morales est donc à la fois principe d'action et principe de limitation. Il détermine leur sphère d'activité mais la restreint en même temps ».

¹⁷⁸² *Ibid.*, p. 42 : « L'État n'ayant personne au-dessus de lui n'a pu voir ses attributions limitées par une autorité extérieure ; ensuite, n'étant soumis au contrôle de personne, le principe de la spécialité se trouverait, à son égard, dépourvu de toute espèce de sanction ».

¹⁷⁸³ Voir sur ce point ROUAULT (M.-C.), *L'intérêt communal*, Presses universitaires de Lille, 1991, p. 242. Ripert considérait pourtant dès 1906 que cette objection, classique, « ne porte pas (...) contre la formule du principe de la spécialité (...) Il ne s'agit pas en effet de savoir si les personnes morales ont une mission plus ou moins large, plus ou moins étendue, mais de savoir si elles ont une mission. Or, à ce point de vue, il nous paraît certain que les départements et les communes ont une mission, celle de veiller aux intérêts généraux de leur circonscription, comme une fabrique ou un bureau de bienfaisance ont pour mission de veiller aux intérêts généraux de l'église ou des pauvres. La mission est, il est vrai, plus étroite dans le second cas que dans le premier, mais il n'y a là qu'une différence de degré, non de nature » (*op. cit.*, p. 43).

fondations, l'obligation de poursuivre un but d'intérêt général dérive de l'exercice, juridiquement encadré, d'une faculté que rien n'obligeait d'exercer¹⁷⁸⁴.

683. La destination d'intérêt général de la personne publique est encore révélée par le fait qu'elle n'a besoin d'aucun agrément pour exercer pleinement son activité d'intérêt public, contrairement aux associations qui nécessitent que soit reconnue leur utilité publique pour que soient élargis leurs droits. Quant aux fondations, la reconnaissance de leur utilité publique conditionne leur obtention de la personnalité morale ; sans cela, la fondation n'est pas une personne, mais simplement un « acte » d'affectation de certaines ressources à un but d'intérêt général. Rien de tel pour les personnes publiques qui, agissant par défaut dans l'intérêt général, disposent dès leur création des moyens que leur accorde la loi pour satisfaire cet intérêt.

b. Une vocation à la perpétuité

684. Deuxième élément que partagent les voies publiques et la collectivité publique : leur vocation à la perpétuité. Nous avons déjà pu constater que l'affectation à la circulation des voies publiques avait vocation à être perpétuelle en raison de l'importance primordiale de la fonction et de la difficulté de les remplacer. Cette vocation à la perpétuité est partagée par les

¹⁷⁸⁴ Peut-être est-ce là le sens de l'opposition assez mystérieuse qu'opère Nicolas Mathey entre l'« objet » de la personne et son « intérêt » : « *Plusieurs catégories de personnes morales de droit privé ont aujourd'hui une activité d'intérêt général. Les associations syndicales libres de propriétaires, qui restent des groupements de droit privé ainsi que les fondations ont un objet d'intérêt général. Le problème pourrait se poser de la même manière si une association se donnait pour objet statutaire l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public. L'intérêt de la personne morale est-il identique à l'intérêt général lorsque la loi, ou ses statuts, assignent à l'organisation une activité d'intérêt général ? La réponse est, sans doute, négative. Il semble que, dans ce cas, l'intérêt général soit inclus dans l'objet de la personne morale : soit dans son objet légal (fondations), soit dans son objet statutaire (certaines associations). Or les notions d'objet et d'intérêt sont distinctes. L'intérêt de la personne morale est un lien entre les éléments objectifs et subjectifs de l'organisation, entre son activité (qui peut être d'intérêt général) et sa finalité. Il ne peut être réduit à l'un de ses deux aspects et notamment il ne saurait être limité à l'objet de l'organisation. Pour cette raison, s'il est permis à des personnes morales de droit privé d'avoir une activité d'intérêt général, elles n'auront pas pour autant une finalité d'intérêt général. On le sait depuis longtemps et la question des établissements d'utilité publique au XIX^{ème} siècle fournit une illustration intéressante de la distinction de la finalité d'intérêt général et de l'activité d'intérêt général. Les établissements d'utilité publique ne sont pas des personnes de droit public car leur activité seule est d'intérêt général. Leur finalité, l'intérêt qu'ils poursuivent, n'est pas d'intérêt général mais d'intérêt privé » (« Personne publique et personne privée », in *La personnalité juridique*, LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2007, pp. 69 et 70). L'on comprend à vrai dire assez mal que l'utilité publique puisse ne pas être la finalité des personnes privées qualifiées de « fondations » dès lors que leur personnalité morale est conditionnée à la reconnaissance de leur utilité publique. Le fait que l'obligation dérive de la faculté initiale de personnes privées, recherchant leur intérêt privé à travers la satisfaction personnelle de contribuer à l'intérêt général, rend peut-être mieux compte de cette « finalité d'intérêt privé » que l'auteur assigne à ces personnes morales.*

composantes de la collectivité publique, et résulte de l'assise territoriale de l'intérêt général auquel elles pourvoient. Tant qu'existe la population sur le territoire, la prise en charge de l'intérêt général implique l'existence d'une collectivité publique plus ou moins personnifiée. Les théoriciens de l'État, Carré de Malberg le premier, constatent que la naissance de la communauté précède l'attribution de la personnalité morale, qui n'intervient que dans un second temps, lorsque le groupe social se dote d'organes durables à même de gérer ses intérêts¹⁷⁸⁵.

685. L'État, d'abord, est perpétuel par sa nature. Bien avant les travaux historiques de Kantorowicz¹⁷⁸⁶, les publicistes concevaient l'État comme un être immuable, indépendamment des formes de son gouvernement. D'après Esmein, « *l'État, est perpétuel et son existence juridique n'admet aucune discontinuité. Personnifiant la nation, il est destiné à durer autant que la nation elle-même. Sans doute la forme de l'État, les personnes réelles en qui la souveraineté s'incarne momentanément, peuvent changer avec le temps par l'effet des révolutions. Mais cela n'altère pas l'essence même de l'État, cela ne rompt pas la continuité de son existence, pas plus que la vie nationale ne se fractionne ou ne s'interrompt par le renouvellement des générations successives* »¹⁷⁸⁷. Plusieurs éléments attestent de la perpétuité de l'État indépendamment des membres qui le composent, à commencer par la persistance des actes adoptés malgré le changement de forme du gouvernement. On cite souvent, à ce titre, le cas des révolutionnaires de 1789 qui reprirent à leur compte les dettes contractées par la monarchie de l'Ancien Régime. C'est d'ailleurs, sur un plan financier, l'éternité postulée de l'État qui lui permet d'emprunter facilement sur les marchés financiers, et ce à des taux

¹⁷⁸⁵ CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 62 : « Du point de vue juridique, ce fait générateur de l'État consiste précisément en ceci qu'un groupe national se trouve constitué en une unité collective, en tant qu'à un moment donné il commence à être pourvu d'organes voulant et agissant pour son compte et en son nom. À partir du moment où elle est ainsi organisée d'une façon régulière et stable, la communauté nationale devient un État ».

¹⁷⁸⁶ Voir *infra*.

¹⁷⁸⁷ ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel*, Paris : Librairie de la société et du recueil général des lois et des arrêts, 1896, p. 2. Dans le même sens, Carré de Malberg estime que « la personnalité de l'État résulte d'un second fait, qui est sa continuité. Tandis que les individus qui composent l'État ou qui expriment sa volonté en qualité de gouvernants, sont sans cesse en changement, l'État demeure immuable, il est permanent et, en ce sens, perpétuel (...) La collectivité étatique est une unité continue, en tant que, par l'effet même de son organisation juridique, elle se maintient, à travers le temps, identique à elle-même et indépendante de ses membres passagers (...) Selon le droit public positif, les lois édictées ou les actes administratifs accomplis en vertu de la puissance de l'État, et pareillement les contrats passés par l'État (...) survivent à la génération d'individus et même au Gouvernement sous lesquels ils ont pris naissance (...) Une telle persistance quant à l'effet des manifestations de la volonté de l'État implique qu'il y a dans la collectivité étatique un élément durable et permanent, et que par conséquent cette collectivité forme une entité distincte de ses membres éphémères, encore qu'elle soit constituée par eux » (op. cit., p. 48).

stables. Notons également que ni la loi, ni la Constitution ne prévoient les modalités et les conséquences de la fin de l'État.

686. Il est *a priori* plus difficile de soutenir la perpétuité des collectivités territoriales : le législateur évoque clairement la possibilité de leur fin¹⁷⁸⁸. L'article L. 4123-1 du CGCT autorise des régions formant un territoire d'un seul tenant et sans enclave à fusionner. L'article L. 4124-1 du même code autorise aussi la fusion entre départements et régions pour former une « *unique collectivité territoriale exerçant leurs compétences respectives* »¹⁷⁸⁹. Les articles L. 2113-1 et suivants autorisent la fusion de communes contiguës. Enfin, spécifique aux communes, l'article L. 2114-1 dispose que « *lorsque le rachat, en exécution de dispositions législatives ou de décisions légales, de tout ou partie du territoire d'une commune a eu pour effet de rendre la vie communale impossible, la suppression de la commune et son rattachement à une ou plusieurs autres communes sont prononcés par décret en Conseil d'État* ». Le cas, rarissime, concerne essentiellement celui d'une expropriation de la quasi-totalité du territoire d'une commune rurale en vue de la réalisation d'un grand projet d'aménagement ; encore faut-il noter que le territoire résiduel est alors rattaché à une autre commune ce qui revient, *in fine*, à une fusion. C'est ce qu'il importe de constater : la fin des collectivités territoriales, telle que prévue par la loi, ne peut avoir lieu que par fusion, et la vie d'une collectivité territoriale continue nécessairement à travers celle d'une autre collectivité territoriale. Dès lors, ce n'est que la disparition d'une collectivité territoriale qu'autorise le législateur. N'est en revanche pas prévue la disparition d'une catégorie de collectivités territoriales. Les interrogations se multiplient d'ailleurs actuellement quant à la possibilité pour le législateur de supprimer un échelon territorial sans révision constitutionnelle préalable. À supposer même que la disparition d'un échelon territorial se réalise, l'intérêt public sur la zone continuerait à être pourvu par un échelon inférieur ou supérieur ou, au final, par un État re-centralisé. Dès lors, le fait que cet amas finalement

¹⁷⁸⁸ Voir, à propos de la fin des collectivités territoriales, CARPI-PETIT (S.), *Les successions administratives*, préf. J.-M. Lemoine de Forges, Presses Universitaires de Rennes, coll. Univers des normes, 2006.

¹⁷⁸⁹ Cette possibilité instaurée en 2010 (article 29 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JORF* du 17 décembre 2010, p. 22146) n'a à ce jour jamais été mise en œuvre. Le projet de fusion entre la région Alsace et les départements du Haut-Rhin et Bas-Rhin fut rejeté par le référendum local du 7 avril 2013.

fongible de collectivités territoriales puisse disparaître pour être intégré (ou réintégré) à l'État autorise à employer le singulier pour évoquer la perpétuité de *la* collectivité publique¹⁷⁹⁰.

2. L'approfondissement de cette identité : la découverte d'un lien ontologique entre voies publiques et collectivité publique

Vouées à un intérêt général censé être perpétuellement assuré, les voies publiques ressemblent donc fort à la collectivité publique. Ces similitudes indiquent un lien ontologique, qu'il convient à présent d'approfondir.

Deux autres phénomènes autorisent à évoquer ce lien ontologique. En premier lieu, l'examen de la répartition des voies publiques entre les niveaux actuels de la collectivité publique indique l'existence d'un lien de représentation : certains de ces niveaux semblent proprement représentés par la nature des voies publiques qu'ils possèdent (a). En second lieu, un examen mêlant l'histoire et les conceptions doctrinales montre un rôle privilégié joué par les voies publiques dans l'émergence de l'idée même de collectivité publique (b).

a. Un lien de représentation : la répartition des voies publiques entre les niveaux de la collectivité publique

687. Le législateur, malgré les nombreuses vagues de décentralisation des voies publiques, conserve à l'État ou à ses établissements publics la propriété des principales voies de communication. L'article L. 2111-4 du CGPPP en fait le seul propriétaire du domaine public maritime naturel. Les ports maritimes font l'objet d'une répartition entre les collectivités publiques qui est fonction de leur importance. La loi du 13 août 2004¹⁷⁹¹ transmet aux

¹⁷⁹⁰ Observons toutefois que, sur un plan plus théorique, il est permis de croire que le corps communal jouit d'un degré de perpétuité encore supérieur à celui des autres collectivités publiques. Si l'on n'éprouve guère de difficultés à concevoir un État sans région ou sans département, il est plus difficile de le concevoir sans communes, dès lors qu'il s'étend sur un territoire suffisamment large pour ne pas être une ville-État. Ce qui explique cette difficulté, c'est que comme l'État et contrairement aux autres collectivités territoriales, la commune s'identifie territorialement par un regroupement social qui précède l'attribution de la personnalité publique. Ceci fut mis en exergue par le marquis de Condorcet, pour qui « *une commune est formée par la réunion des citoyens à qui la proximité de leurs habitations a donné des intérêts communs et fait sentir l'utilité de former entr'eux une association. C'est donc une convenance naturelle qui détermine l'existence et qui fixe les bornes d'une commune ; ce qui la distingue des autres divisions du territoire, instituées par la loi, pour la facilité de l'administration* » (« Sur la formation des communes », in *Œuvres complètes de Condorcet*, Tome 15, Paris : Henrichs et autres, 1804, p. 191).

¹⁷⁹¹ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, *JORF* du 17 août 2004, p. 14545 (art. 30). Opérant un résumé simple et concis de la situation des ports avant et après 2004, voir

collectivités territoriales les « ports d'intérêt national » dont le rayonnement, malgré leur appellation, est plus régional qu'international ou même national. En revanche, elle conserva à l'État la maîtrise, à travers la propriété d'établissements publics étatiques, des ports les plus importants¹⁷⁹².

688. Concernant le domaine public fluvial, si une loi de 2003 autorisa le transfert aux collectivités territoriales de cours d'eau domaniaux¹⁷⁹³, un décret de 2005 réserva là encore à l'État la propriété des cours d'eau et des ports les plus importants. Caroline Chamard-Heim estime que cette « *propriété sélective* » résulte du fait que « *l'État veut se recentrer sur les biens qui sont intimement liés à ses missions. C'est la raison pour laquelle il ne souhaite conserver que le réseau magistral affecté au transport grand gabarit, qui est le seul à être d'intérêt national. Mais il n'a aucun intérêt à rester propriétaire des autres cours d'eau qui présentent un intérêt local, notamment pour le tourisme* »¹⁷⁹⁴.

689. Le réseau routier connu également une importante phase de décentralisation avec le transfert aux collectivités territoriales, depuis 1972, de près de 75 000 kilomètres de route. Si le réseau demeurant propriété de l'État (routes nationales non concédées et autoroutes concédées) ne correspond plus qu'à 5 % des voies routières du pays, hors réseau communal, il supporte près d'un tiers du trafic interurbain sur le territoire¹⁷⁹⁵. L'État se réserve ainsi les « *grands itinéraires à fort trafic* »¹⁷⁹⁶. La persistance d'une propriété de l'État des voies publiques les plus importantes malgré ces épisodes de décentralisation témoigne de

FIDELIN (D.), *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, visant à faciliter le transfert des ports maritimes aux groupements de collectivités et sur la proposition de loi de M. Jean Lemièrre visant à faciliter le transfert dans les ports maritimes aux groupements de collectivités*, Rapport n° 3496 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 6 décembre 2006, pp. 7 et 8. Voir également sur ce point CHAMARD-HEIM (C.), « L'évolution des formes du désengagement de l'État dans les infrastructures de transports : l'exemple des ports maritimes et des aéroports », *Annales de la voirie*, juillet-août 2005, n° 98, p. 133 et octobre 2005, n° 100 ; DEBRIE (J.), LAVAUD-LETILLEUL (V.) (dir.), *La décentralisation portuaire : réformes, acteurs, territoires*, L'Harmattan, 2010.

¹⁷⁹² L'article L. 5312-1 du Code des transports dispose en ce sens que « *Lorsque l'importance particulière d'un port le justifie au regard des enjeux du développement économique et de l'aménagement du territoire, l'État peut créer, par décret en Conseil d'État, un établissement public de l'État appelé "grand port maritime"*. De même, l'article L. 5313-1 du même Code dispose que « *l'administration des ports maritimes de commerce, dont l'importance le justifie, est confiée à des établissements publics de l'État, dénommés ports autonomes, créés par décret en Conseil d'État* ».

¹⁷⁹³ Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, *JORF* du 31 juillet 2003, p. 13021 (art. 56).

¹⁷⁹⁴ CHAMARD-HEIM (C.), « Domaine public naturel et décentralisation », *AJDA* 2009, p. 2338.

¹⁷⁹⁵ Cour des comptes, « Le bilan de la décentralisation routière », in Rapport public annuel 2012, p. 405.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*

l'imprégnation d'une mission relative à la circulation du public, et même, d'après Christian Lavialle, d'une hiérarchie des collectivités publiques, révélant la supériorité de l'État par la noblesse du domaine qui lui est dévolu¹⁷⁹⁷.

690. La collectivité publique, comme il l'a été souligné, peut être appréhendée selon une approche unitaire, qui n'exige pas que chacune de ses composantes soit détentrice d'un patrimoine. Mais le fait que l'élévation du prestige ou de l'importance de la voie publique corresponde à l'élévation du niveau territorial du propriétaire public révèle l'existence d'un lien de représentation. On peut en effet se demander ce qui justifie que l'État tienne tant à conserver, directement ou à travers ses établissements publics, la propriété du domaine public maritime et des voies publiques à fort trafic, si ce n'est la considération symbolique de sa représentation. L'argument de la longueur du réseau n'est pas pertinent : il n'a pas empêché le « tronçonnage » d'anciennes routes nationales pour les répartir entre les départements qu'elles traversaient ; et l'on ne voit pas pourquoi les collectivités territoriales littorales ne pourraient être propriétaires du rivage de la mer que borde leur territoire. N'est pas plus recevable l'argument de la nécessité de ce réseau à la souveraineté de l'État. Pour assurer cette souveraineté, l'État a simplement besoin de l'existence des voies publiques qui lui permettront de dépêcher ses agents sur le territoire, et non d'en être le propriétaire : rappelons le propos de Jean-Philippe Brouant, pour qui « *la souveraineté implique certainement un contrôle sur ces biens, mais pas forcément une possession* »¹⁷⁹⁸. On pourrait rétorquer que le contrôle de ces biens si importants pour la souveraineté ne peut être pleinement assuré que par la propriété ; ce serait toutefois omettre que l'État, propriétaire éminent, dispose d'une série d'instruments juridiques pour contraindre le propriétaire récalcitrant à le laisser passer, par des moyens aussi divers que l'expropriation, les mutations domaniales, la réquisition ou simplement la condamnation contentieuse de la violation d'une obligation de laisser le bien

¹⁷⁹⁷ LAVIALLE (C.), « Décentralisation et domanialité », *RFDA* 1996, p. 960 : « *Ce régime, par la hiérarchie implicite qu'il instaure par ailleurs entre les diverses catégories de dépendances, limite subtilement la décentralisation. Il existe en effet un domaine public étatique par nature à savoir essentiellement les domaines maritime, fluvial, ferroviaire et militaire, domaine qualifié pour les deux premiers de naturel. Le domaine public étatique en conséquence est en grande partie non seulement originaire mais aussi original car exclusif par opposition au domaine local qui est nécessairement second, constitué de dépendances ne faisant que reproduire la partie la moins noble des dépendances étatiques si l'on met à part les voies communales qui prolongent en agglomération le réseau national. Les rivages de la mer, les fleuves et rivières notamment, structurent le territoire national (...), lui donnent une identité propre et dessinent pour une large part ses frontières. Il est intéressant de constater que les communes riveraines des fleuves ou de la mer n'en sont pas propriétaires, comme s'il y avait là une division impossible portant atteinte à l'indivisibilité de la République* ».

¹⁷⁹⁸ BROUANT (J.-P.), « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *LPA* 15 juillet 1994, n° 84, p. 23.

affecté. Il ne reste plus qu'une explication : l'appropriation de ces voies par l'État symbolise son existence, en constitue la manifestation corporelle. À l'inverse, l'on imagine mal que l'État puisse être propriétaire de la place centrale d'une commune ou même de son réseau viaire. Au-delà de l'efficacité d'une gestion de proximité que l'on imagine plus élevée lorsqu'elle est communale, ces voies réifient cette fois les relations sociales les plus immédiates entre des citoyens localisés sur une même zone géographique, et participent ainsi au sentiment d'appartenance à une collectivité publique aux intérêts plus communs car plus proches. Les transferts aux collectivités territoriales des parties nobles du domaine, comme les cours d'eau domaniaux, invitent toutefois à la prudence ; mais l'unité de la propriété publique permet de maintenir que *la* collectivité publique dans son ensemble est bien représentée par les voies publiques.

b. Un lien fondatif : le rôle des voies publiques dans l'émergence de la collectivité publique

691. Ce lien fondatif peut s'exprimer ainsi : le lien social et l'intérêt collectif sont réifiés par ces lieux de libre circulation et de rassemblement que sont les voies publiques, marquant le départ d'avec une propriété privée conçue comme exclusiviste et, de fait, étrangère à la rencontre et à l'échange. L'appropriation privée des voies privées, même laissées à l'usage de tous, perturberait cette réification d'un intérêt collectif en laissant aux usagers la sensation pénible d'évoluer chez un tiers, et non sur un espace commun. Si l'on refuse, pour cette raison, l'appropriation privée des voies publiques, il convient alors de trouver un arbitre pour en être le propriétaire neutre. Ce tiers arbitre, c'est la collectivité publique. Autrement dit, la nécessité de trouver un arbitre pour s'approprier ces voies fut résolue par l'émergence d'une collectivité publique, impartiale à l'égard des intérêts particuliers et distincte de la personnalité des gouvernants.

692. Cette hypothèse qui, on le ressent, emprunte à la théorie du contrat social, n'explique bien sûr pas à elle seule la formation de la collectivité publique. L'analyse patrimoniale de la personnalité publique est d'ailleurs absente de l'œuvre de Michoud¹⁷⁹⁹. Toutefois, nous avons

¹⁷⁹⁹ MICHOUUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris : LGDJ, 1906. Il faut dire que Michoud refuse de rechercher les intérêts communs qui ont justifié l'émergence de la collectivité publique étatique : « *Quels sont les intérêts collectifs dont la satisfaction est à la fois le fondement et la limite des droits de l'État ? C'est là une question à laquelle ou ne peut répondre qu'en traitant à fond la*

déjà pu constater la contemporanéité, en France, entre l'affirmation de l'État et le développement d'un réseau de voies publiques¹⁸⁰⁰. En outre, certains écrits doctrinaux, reliés à l'histoire et à la formation de la Couronne et des entités locales, invitent à croire que les voies publiques jouèrent un rôle non négligeable dans l'émergence de cette collectivité publique.

693. Posons les bases. Guillaume Leyte relève à de nombreuses reprises le lien intime entre le domaine et la Couronne : « *En France, il semble que ce soit (...) les problèmes domaniaux qui aient contribué à préciser la notion de la Couronne, en opposant à un roi trop dispendieux une Couronne reflétant l'intérêt public* »¹⁸⁰¹ ; « *En matière domaniale plus qu'ailleurs, la distinction est nette entre roi et Couronne (...) La Couronne apparaît toujours en parallèle avec le domaine. Lorsque le roi accroît ce dernier, c'est la Couronne qu'il augmente (...) La confusion du domaine et de la Couronne est visible à travers les formulations retenues pour désigner le premier. C'est dans ce sens qu'il est possible de dire qu'un bien retourne à la Couronne ou qu'il lui appartient* »¹⁸⁰². Or, pour de nombreux auteurs, le lien entre Couronne et domaine est fondatif : la Couronne aurait été créée précisément pour posséder le domaine. Philippe Yolka, d'abord, rappelle la liaison circulaire entre l'Être et l'Avoir : « *Pas de patrimoine sans personnalité juridique ; mais au commencement est souvent un ensemble de biens, que la personnalité viendra coiffer* »¹⁸⁰³. Cette seconde proposition sied parfaitement au façonnement historique de la Couronne, que Florian Linditch qualifie d'« *embryon de la personnalité juridique* »¹⁸⁰⁴. Ainsi que le remarque fréquemment la doctrine, la Couronne fut avant tout constituée pour gérer des biens. Philippe Yolka signale en ce sens que l'État et le Trésor public se sont constitués « *en grande*

théorie des fins de l'État, c'est à dire une théorie qui sortirait de notre cadre, et qui est trop complexe pour que nous puissions la traiter incidemment (...) Mais dans tout État la limite théorique des droits de l'État coïncide avec la limite des sacrifices que l'intérêt collectif peut demander à l'intérêt privé, telle qu'elle est déterminée par l'opinion générale de la nation » (Tome 1, p. 293). De ce point de vue, notre théorie consiste finalement à soutenir que l'abandon des prétentions de propriétaires sur une certaine quantité de voies publiques constitue l'un de ces sacrifices.

¹⁸⁰⁰ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁸⁰¹ LEYTE (G.), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e - XV^e siècles)*, préf. A. Rigaudière, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, p. 198

¹⁸⁰² *Ibid.*, pp. 206 et 207.

¹⁸⁰³ YOLKA (P.), « Personnalité publique et patrimoine », in *La personnalité juridique*, LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2007, p. 41.

¹⁸⁰⁴ LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, préf. J.-A. Mazères, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. 90. L'auteur nuance toutefois son propos en estimant que l'institution de la Couronne n'impliquait pas forcément d'ériger une personnalité juridique étatique.

partie pour gérer les propriétés domaniales »¹⁸⁰⁵. Hervé Moysan relève également qu' « historiquement, l'État apparaît juridiquement avec la reconnaissance d'un patrimoine individualisé et autonome. Il naît précisément de l'identification d'un patrimoine indépendant de la personne du roi à travers le fisc »¹⁸⁰⁶. Yves Sassier rappelle que la Couronne « est enfin et surtout détentrice de biens »¹⁸⁰⁷. Enfin, Florian Linditch estime, à propos de la Couronne, que « son objet était, en les individualisant, de rendre inaliénables un certain nombre de biens »¹⁸⁰⁸.

694. Cela dit, à supposer même que l'État, en tant que Couronne, naquît d'abord pour détenir un patrimoine, ce dernier était extrêmement hétéroclite, comprenant certes des voies publiques, mais également des immeubles sans lien avec la circulation publique. Prétendre que l'État fut institué pour ne s'approprier que des voies publiques peut alors sembler prématuré. Toutefois, d'autres écrits doctrinaux instillent un certain doute. L'idée d'un lien presque fondatif entre l'État et les « espaces publics » est très présent dans le propos de Christian Lavalie, pour qui la dévolution d'espaces au public par le souverain procède d'une « donation-donation initiale indissociable de la naissance même de l'État (...) Ce don au public de biens communs en jouissance participe de l'essence de l'institution étatique et constitue l'acte de naissance de ce que les juristes appellent le domaine public »¹⁸⁰⁹. L'auteur rappelle également que « la Couronne en tant qu'institution était d'ailleurs essentiellement représentée par le domaine qui était une des manifestations les plus visibles, tangibles de la perpétuité de la chose publique et donc du pouvoir royal de sorte que le phénomène d'institutionnalisation du pouvoir se conjugue normalement avec l'apparition d'une appropriation publique des lieux de communication (...) De ce point de vue, la domanialité

¹⁸⁰⁵ YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997, p. 493 L'auteur en déduit d'ailleurs immédiatement qu' « il n'est pas illégitime de douter qu'un État puisse exister sans domaine ».

¹⁸⁰⁶ MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques*, préf. D. Truchet, LGDJ, Collection Thèses, 2001, p. 181.

¹⁸⁰⁷ SASSIER (Y.), « La Corona regni : émergence d'une persona ficta dans la France du XII^e siècle », in *La puissance royale. Image et pouvoir de l'Antiquité au Moyen Âge* (dir. E. Santinelli-Foltz et C.-G. Schwentzel), Presses universitaires de Rennes, coll. Histoire, 2012, p. 110.

¹⁸⁰⁸ LINDITCH (F.), *Recherche sur personnalité morale en droit administratif* (op. cit.), p. 90.

¹⁸⁰⁹ LAVIALLE (C.), « Don et domaine public », in *Le don en droit public* (dir. N. Jacquinot), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, 2012, pp. 114 et 115. Voir également, du même auteur, « La gratuité du domaine public », in *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003 : « Une des missions des collectivités publiques est de répondre à ce besoin social élémentaire qu'est la constitution d'espaces publics et qui justifie la création de ces institutions » (pp. 200 et 201).

publique est un critère de l'État »¹⁸¹⁰. Dans le même sens, Nathalie Bettio souligne que la distribution des voies publiques et la garantie de leur libre accès participent du processus de détachement de la Couronne de la personne du Roi¹⁸¹¹, que les domaines publics maritime naturel et fluvial constituent le « corps » fondamental de l'État¹⁸¹², et que la privatisation de ces biens conduirait à la disparition pure et simple de l'institution, alors privée d'un « *espace minimum, fondateur de la communauté politique* »¹⁸¹³. Le propos de certains théoriciens de l'État appuie encore l'idée de cette consubstantialité entre État et voies publiques : pour qu'il existe, d'après Jean Bodin, une République, il faut non seulement une souveraineté, mais aussi « *quelque chose de commun, & de public : comme le domaine public, le thresor public, le pourpris de la cité, les rues, les murailles, les places, les temples, les marchez, les usages, les loix, les coutumes, la justice, les loyers, les peines, & autres choses semblables, qui sont ou communes, ou publiques, ou l'un & l'autre ensemble : car ce n'est pas Répub. s'il n'y a rien de public* »¹⁸¹⁴. Certes, Bodin semble ainsi confondre dans une même masse les voies publiques et les prérogatives de puissance publique, mais il apporte malgré tout un soin particulier à l'énumération des premières, véritable réification de la République. Concernant plus spécifiquement la dissociation de la Couronne de la personne du roi, il convient d'évoquer l'œuvre de Kantorowicz, *Les Deux Corps du Roi*. L'historien analyse la pensée des premiers théoriciens de la Couronne, ceux grâce auxquels « *on commença à rationaliser les distinctions entre Couronne et roi* »¹⁸¹⁵. C'est à ce titre qu'est évoquée l'œuvre de Ranulf de Glanville qui, traitant au XII^{ème} siècle de la fonction de la Couronne, la relie directement aux

¹⁸¹⁰ LAVIALLE (C.), « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, pp. 483 et 484.

¹⁸¹¹ BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Laviaille, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, p. 324 : le « *processus d'abstraction de la Couronne (...) a conduit à transformer idéologiquement le roi en autorité garante des espaces publics et de leur libre accès. Le domaine de la Couronne comprenait en effet les rivages de la mer, les routes, les fleuves et les rivières navigables, des dépendances qui ont structuré la France et rendu manifeste le corps public. Ce processus a alors fait surgir tout un ensemble de biens, emblèmes du corps collectif du royaume : les res publicae, dont la distribution sur le territoire s'est inscrite dans un objectif de légitimation du pouvoir royal et de rationalisation de ses rapports avec les terres locales* »

¹⁸¹² *Ibid.*, p. 329 : « *Le domaine public substantiel, sorte de réification de la nation souveraine, du public, a été par principe approprié par l'État son représentant juridique. À ce titre certaines dépendances du domaine public affectées à l'usage direct du public ont traditionnellement été intégrées dans son patrimoine : comme le domaine public maritime naturel, le domaine public fluvial, qui, depuis l'Ancien régime, sont dans le domaine du souverain. L'État, ce Janus insaisissable, semblait devoir posséder en priorité les dépendances du domaine public qui constituent son corps, et au fur et à mesure que son intervention économique a évolué, passant du libéralisme à l'interventionnisme entre le début et la seconde moitié du XX^{ème} siècle, il s'est ainsi approprié après les dépendances affectées à l'usage direct du public, de nombreuses dépendances affectées à un service public et spécialement aménagées à cet effet* ».

¹⁸¹³ *Ibid.*, p. 216.

¹⁸¹⁴ BODIN (J.), *Les six livres de la République*, 1579, Paris, Chez Jacques du Puys, 4^{ème} éd., p. 14.

¹⁸¹⁵ KANTOROWITZ (E.), *Les Deux Corps du Roi*, (trad. J.-P. Genet et N. Genet), Gallimard, 1989, p. 248.

choses publiques, et notamment aux voies publiques : ainsi que le relate Kantorowicz, Glanville isole la fonction de la Couronne en se référant notamment aux « *pourpetrures* », « *amendes pour empiètements sur les terres royales, comme à quelque chose qui appartenait ad coronam, parce qu'impliquant des choses publiques - des commodités comme les routes publiques, les eaux publiques ou les places publiques (...)* "Couronne" dans le texte de Glanville n'était pas simplement synonyme de "roi" : la Couronne se référait à la sphère publique et à l'utilité commune »¹⁸¹⁶.

695. Le fait, par ailleurs, que l'attribution de la personnalité juridique se justifie par la gestion d'un patrimoine est susceptible d'être projeté au niveau local. Sans même évoquer le cas spécifique des sections de communes, dotées de la personnalité juridique, et « *d'essence patrimoniale* »¹⁸¹⁷ car leur raison d'être n'est autre que la propriété des « biens communaux », l'appropriation ou la détention de biens semble être encore la justification initiale de certaines collectivités territoriales actuelles. Berthélemy relève à cet égard que lorsque les assemblées révolutionnaires centralisatrices voulurent réduire les communes au rang de circonscriptions administratives, elles en nationalisèrent les actifs et passifs et ordonnèrent le partage des biens communaux entre leurs habitants¹⁸¹⁸, comme si la disparition du patrimoine communal devait impliquer la disparition de la commune elle-même. Les juridictions ne reconnurent la personnalité morale des communes que sur la base de leur patrimoine¹⁸¹⁹ : une ordonnance du 27 novembre 1814 établit que la propriété des biens communaux « *appartient non à chaque habitant en particulier, mais à la commune en corps, à l'être moral connu sous cette dénomination* »¹⁸²⁰. Concluant à « *l'antériorité de la personnalité juridique de la commune par rapport aux autres éléments constitutifs de la décentralisation* » que sont l'élection du maire par le conseil municipal ou l'apparition de la notion d'affaires locales¹⁸²¹, Florian

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, pp. 248 et 249.

¹⁸¹⁷ SORBARA (J.-G.), « Biens des sections de communes », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 34-30), § 1. Voir également, sur la question des biens communaux et le débat sur la nature de la propriété exercée, SORBARA (J.-G.), « Les biens communaux. Réminiscences d'une propriété collective d'Ancien Régime », *RDP* 2008, p. 1023.

¹⁸¹⁸ BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris : Arthur Rousseau, 1913, p. 25, note 1.

¹⁸¹⁹ CARPI-PETIT (S.), *Les successions administratives*, préf. J.-M. Lemoyne de Forges, Presses Universitaires de Rennes, coll. Univers des normes, 2006, p. 26.

¹⁸²⁰ CE, 27 novembre 1814, *Habitans de la commune de Bouguenais c/ héritiers Robineau et d'Aux*, in *Recueil général des arrêts du Conseil d'État comprenant les arrêtés, décrets, arrêts et ordonnances en matière contentieuse depuis l'an 8 jusqu'à 1839*, Tome 1, Paris : Paul Dupont et C^{ie}, 1839, p. 545.

¹⁸²¹ LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 170

Linditch insiste sur le caractère fondamentalement patrimonial des communes¹⁸²². Plus encore, il considère comme des « *facteurs d'acquisition de la personnalité* »¹⁸²³ les propriétés de la commune et du département, dont la gestion « *implique nécessairement la personnalité juridique* »¹⁸²⁴.

696. Encore faut-il remarquer que, à l'image de la Couronne, les biens qui semblent ainsi fonder la personnalité de la collectivité territoriale ne sont pas nécessairement des voies publiques. Michoud note toutefois, à propos du département, que « *le germe de sa personnalité doit être cherché, d'après l'opinion générale, dans les deux décrets du 9 avril 1811 et du 16 décembre 1811 qui, dans le but de décharger le budget de l'État des dépenses d'entretien, transfèrent au département la propriété de certains édifices publics et de certaines routes* »¹⁸²⁵. Quant à la commune, le fait d'être propriétaire des voies publiques les plus fondamentales pour le lien social paraît lui offrir une place particulière. C'est ce que défend Christian Lavalie, lorsqu'il analyse le lien entre propriété communale et personnalité juridique. Il trouve en effet une spécificité au domaine public communal dans le fait qu'il est « *le lieu privilégié des échanges sociaux symbolisé à Athènes et à Rome par l'Agora et le Forum. La vie de la cité en dépend* »¹⁸²⁶. D'après l'auteur, cette spécificité « *accentue incontestablement la personnalité de la commune et contribue à en faire la collectivité la plus autonome, la plus vivante. De même que le domaine n'a pas été étranger à la constitution de l'État, il est aussi certainement à l'origine de la structure communale et a pour conséquence sa place fondamentale dans la décentralisation* »¹⁸²⁷. Surtout, il ajoute à ses propos précités selon lesquels la domanialité publique serait le critère de l'État une précision d'importance : la domanialité publique est le critère de l'État, « *et plus généralement de la personnalité*

¹⁸²² *Ibid.*, pp. 169 et 170: « D'où la signification ambivalente du mot commune, circonscription administrative et collectivité territoriale (...) Et si la succession des textes révolutionnaires paraît affirmer surtout le premier, elle n'empêchera pas la reconnaissance des biens communaux par le Code civil : de telle sorte qu'au plus fort du mouvement de recentralisation sa personnalité juridique semble n'avoir jamais été remise en question. Quelques décennies plus tard, sous la Monarchie de Juillet, cette permanence du caractère patrimonial des communes devait apparaître comme le meilleur support du mouvement de décentralisation en cours ». Après avoir relevé que la loi des 18-22 juillet 1837 sur les attributions municipales ignore presque totalement l'identification d'un intérêt local pour se focaliser sur des questions patrimoniales, l'auteur explique qu'il s'agit du résultat de « la coexistence, durant les décennies écoulées, d'une forte centralisation et d'une collectivité territoriale réduite à la gestion des biens communaux » (p. 170).

¹⁸²³ *Id.*, p. 173.

¹⁸²⁴ *Id.*

¹⁸²⁵ MICHOD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Tome 1, Paris : LGDJ, 1906, p. 300, note 1.

¹⁸²⁶ LAVIALLE (C.), « Décentralisation et domanialité », *art. cit.*, p. 961.

¹⁸²⁷ *Ibid.*, p. 962.

publique. L'on ne peut ici que souligner que si les personnes privées désormais participent pleinement à l'action administrative en gérant des services publics, passant des contrats administratifs ou édictant des décisions exécutoires elles n'ont jamais été à ce jour reconnues comme pouvant être propriétaires de dépendances domaniales »¹⁸²⁸. Le lien entre appropriation publique et domanialité publique est demeuré intact. Conjugué aux idées actuelles d'un retour du domaine public à un noyau dur constitué essentiellement aux biens affectés à l'usage direct du public¹⁸²⁹, tel qu'il l'était d'après l'article 538 du Code civil, on obtient un lien très resserré entre la personnalité publique et les voies publiques.

B. Une relation confortée par l'analogie entre les voies publiques et le corps humain

Considérer que les voies publiques sont à la collectivité publique ce qu'est le corps humain à la personne physique est en substance l'un des éléments forts de la sociologie organiciste (1). Sur un plan plus juridique, cette analogie entre collectivité publique et voies publiques est confortée par des éléments de similarité dans leurs régimes juridiques respectifs (2).

1. Une analogie remarquée par la sociologie organiciste

697. Dans son volet sociétal, la doctrine organiciste, portée à la fin du XIX^{ème} siècle par des auteurs tels qu'Hubert Spencer¹⁸³⁰, René Worms¹⁸³¹ ou Jacques Novicow¹⁸³², procède à une comparaison entre la société et le corps humain. Cette analyse est déjà transposée aux voies publiques par le langage commun. Le sens figuré qualifie en effet d'« artères » les principales voies de communication d'une commune ou d'un État qui, d'ailleurs, est représenté sur la

¹⁸²⁸ LAVIALLE (C.), « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *art. cit.*, p. 484, note 58.

¹⁸²⁹ Voir en ce sens LAVIALLE (C.), « Que reste-t-il de la jurisprudence Société Le Béton ? », *RFDA* 2010, p. 533 ; Conseil d'État, « Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques », Rapport adopté par la Section du rapport et des études en juin 1986, *EDCE* 1987, n° 38, p. 13 ; Institut de la gestion déléguée, *La gestion patrimoniale du domaine public*, 2001, p. 40.

¹⁸³⁰ SPENCER (H.), *Principes de sociologie* (trad. E. Cazelles et J. Gerschel), Paris : Germer, Baillière et C^{ie}, 1879.

¹⁸³¹ WORMS (R.), *Organicisme et société*, Paris : V. Giard & État Brière, 1896 ; voir aussi, du même auteur, *Philosophie des sciences sociales*, Tome 1, Paris : V. Giard & E. Brière, 1903, spéc. pp. 45 s.

¹⁸³² NOVICOW (J.), « La théorie organique des sociétés. Défense de l'organicisme », *Annales de l'Institut international de sociologie*, Tome 5 contenant les travaux de l'année 1898 ; Paris : V. Giard & E. Brière, 1899, p. 72.

couverture de la première édition du *Léviathan* par le *corps* d'un homme dominant un paysage vallonné. Citons également une maxime attribuée à Hugo, selon lequel « *la rue est le cordon ombilical qui relie l'individu à la société* »¹⁸³³.

698. Les organicistes avaient bien sûr remarqué cette similarité entre les voies publiques et les éléments du corps humain qui, tels que les veines, artères ou synapses, assurent le fonctionnement coordonné des organes. Ainsi que le relate René Worms, l'analogie n'avait pas échappé à Claude Bernard, fondateur de la médecine expérimentale, qui estimait que « *le système circulatoire (...) n'est autre chose qu'un ensemble de canaux destinés à conduire l'eau, l'air et les aliments aux éléments organiques de notre corps, de même que des routes et des rues innombrables serviraient à mener les approvisionnements aux habitants d'une ville immense* »¹⁸³⁴. C'est à Hubert Spencer qu'il revient toutefois d'avoir le plus approfondi l'analogie. Il constate notamment que le développement de l'« *appareil distributeur* » correspond à la complexification des organismes comme à celle des sociétés : « *Les protozoaires du type rhizopode n'ont point de canaux de communication allant d'une partie à l'autre. Les parties sont tellement rapprochées, les fonctions des parties sont tellement semblables, et leurs positions relatives sont si variables, qu'un appareil de distribution y est aussi inutile qu'impossible (...) Il en est ainsi des sociétés inférieures. Les tribus petites, qui changent de place, où n'existe aucune division du travail, ne comportent pas, à cause de ces caractères mêmes, la formation de canaux de commerce (...) Chez les organismes animaux (...) la formation d'un véritable système vasculaire commence dans la région centrale et s'étend à la périphérie (...) Il en est de même des canaux de communication de l'organisme social (...) Sans parler des voies romaines, qui ne sont point le produit de l'évolution locale, nous retrouvons dans l'histoire anglaise la preuve que les canaux de communication se sont développés du centre à la circonférence (...) La pression du trafic augmentant, le chemin de fer est venu s'ajouter à la route, ce qui fournit habituellement, au lieu d'un canal unique pour le mouvement dans les deux sens, un canal double, une ligne de montée et une de descente, analogue au double appareil de tubes par où chez un animal supérieur le sang s'éloigne du centre et s'y rend. Comme dans le système vasculaire complet les grands vaisseaux sanguins sont les plus directs, les vaisseaux divergents moins directs, les branches qui partent de ceux-ci plus contournées encore, et les capillaires enfin les plus tortueux, de même nous voyons*

¹⁸³³ BOFILL (R.), VÉRON (N.), *L'architecture des villes*, Odile Jacob, 1995, p. 66.

¹⁸³⁴ Cité dans WORMS (R.), *Organicisme et société*, op. cit., pp. 201 et 202.

que les chemins de fer, qui sont les principales routes de transit à travers une société sont les plus droites, les grandes routes moins droites, les routes de paroisses plus détournées, et ainsi jusqu'aux chemins ruraux qui vont à travers champs »¹⁸³⁵. L'analyse confirme également l'intimité de la relation entre voies publiques et société. Certes, les voies ferrées que Spencer compare aux grands vaisseaux sanguins n'entrent pas dans la catégorie des voies publiques ; ces vaisseaux peuvent toutefois être à présent assimilés aux autoroutes, au tracé tout aussi droit, doté du même « canal double » pour la montée et la descente.

2. Une analogie entre voies publiques et corps humain confortée par des régimes juridiques similaires

Le questionnement actuel sur l'appropriation du corps humain rappelle celui, aujourd'hui résolu, relatif à un domaine public longtemps composé essentiellement de voies publiques (a). Par ailleurs, voies publiques comme corps humain sont imprégnés de l'idée de gratuité (b).

a. Un questionnement sur l'appropriation comparable

Corps humain comme voies publiques firent l'objet de certaines réticences quant à l'admission de leur aptitude à la propriété (i). Le débat fit dans chaque cas intervenir des considérations d'ordre moral, voire religieux (ii).

i. Une aptitude à la propriété contestée

699. Cette similarité est d'abord manifeste quant au débat sur l'appropriation. On constate une ressemblance frappante entre le débat - toujours actuel - sur l'appropriation du corps humain¹⁸³⁶ et celui, au XIX^{ème} siècle, relatif à l'appropriation du domaine public qui comprenait alors principalement les voies publiques énumérées par l'article 538 du Code civil. « Chose », « indisponibilité », « extra-patrimonialité », « extra-commercialité » : le même champ lexical est employé, le maniement des concepts est souvent similaire. Andrée

¹⁸³⁵ SPENCER (H.), *Principes de sociologie, op. cit.*, pp. 78 à 82.

¹⁸³⁶ Décivant la persistance de l'affrontement doctrinal sur l'appropriation de son corps par la personne humaine, voir DUMAS-LAVENAC (S.), « La patrimonialisation du corps humain : introduction juridique », in *Corps et patrimoine (Les cahiers du droit de la santé n° 18)*, avril 2014, p. 47, spéc. pp. 57 s.

Mayer-Jack affirme dès 1933, que « *le corps humain et ses diverses parties ne sont pas des choses, des biens appropriables ou au moins aliénables, sans quoi tous les actes de disposition seraient possibles en ce qui les concerne, et même le plus concret d'entre eux, la vente de soi-même comme esclave* »¹⁸³⁷. Le débat sur l'appropriation résulte de l'interrogation sur la commercialité : difficile de s'apparenter davantage aux réflexions passées sur le domaine public ! Car ce sont bien les questions de l'aliénabilité et de la libre disposition qui réveillent, pour l'essentiel, l'interrogation sur l'appropriation¹⁸³⁸. C'est ce que met en exergue Grégoire Loiseau : « *La condition à donner aux éléments et produits du corps humain [est] devenue franchement énigmatique. Il est, dans l'ordre juridique, question de choses et leur traitement est souvent comparable à celui applicable à des biens ; mais la proximité de la personne, dont le statut profite au corps humain, donne parfois à penser que ce statut s'étend également aux éléments et aux produits qui en sont détachés. D'où une situation de ces derniers, en droit positif, pour le moins insolite : d'un côté, ils ne peuvent pas faire l'objet d'un droit patrimonial et les conventions qui auraient pour effet de leur conférer une valeur patrimoniale sont nulles ; de l'autre, il est admis qu'ils peuvent donner lieu à cession (...) Rapprocher ces deux aspects conduit alors à reconnaître, objectivement, que les produits et éléments du corps humain ont la condition d'objets de droit et le régime de choses appropriées ; mais il faut aussi prendre conscience que le respect de la personne humaine dont ils sont issus commande qu'elle-même soit préservée de cette condition. Et c'est pourquoi le droit se préoccupe d'encadrer strictement le prélèvement des produits et éléments du corps* »¹⁸³⁹. La propriété du corps humain est donc, comme l'était la propriété

¹⁸³⁷ JACK-MAYER (A.), « Les conventions relatives à la personne physique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p. 370.

¹⁸³⁸ Pour l'essentiel, mais pas seulement : Stéphanie Hennette-Vauchez, étudiant dans sa thèse le discours doctrinal relatif à la libre disposition du corps, examine l'affirmation d'une « propriété corporelle » que développe Jean Rivero. Elle estime que la reconnaissance d'une telle propriété ne résulte pas de la volonté de l'auteur de « rendre compte de la nature juridique des rapports de la personne à son corps, mais bien plutôt, elle sert la construction d'un cadre théorique général à l'ensemble de droits et garanties qui constituent ce que l'on nomme aujourd'hui le droit à la sûreté - ou la liberté individuelle. En conséquence, cette notion permet seulement de faire état d'un certain nombre de protections assurées à l'individu contre le pouvoir, problématique largement différente de celle de la disposition du corps » (*Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. É. Picard, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004, p. 106).

¹⁸³⁹ LOISEAU (G.), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3020. Voir aussi, estimant que le corps humain peut être un objet d'appropriation mais non de commerce GATÉ (J.), « Le corps humain, bien public hors du commun », in *Bien public, bien commun* (mélanges É. Fatôme), Dalloz, 2011, p. 148 : « À la première lecture, le nouvel article 16-1 du Code civil [selon lequel « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »] (...) pouvait être interprété comme posant l'impossibilité d'exercer un droit de propriété sur le corps humain. Cette interprétation est évidemment exagérément extensive. D'abord parce que cet article prohibe uniquement la constitution d'un droit patrimonial, mercantile, non l'existence même d'un

administrative du domaine public, une propriété « spéciale » : elle ne peut faire l'objet de transactions à titre onéreux, ce que Jean Penneau qualifie d'« *extra-commercialité* »¹⁸⁴⁰. Or, comme le rappelle Philippe Yolka à propos du domaine public, « *le caractère hors du commerce des choses publiques n'interdit en aucune façon qu'elles soient soumises à un droit de propriété ; simplement cette propriété ne peut être transmise, parce qu'elle est indisponible* »¹⁸⁴¹. Concédonc que l'extra-commercialité qu'évoque Philippe Yolka est différente de celle qu'évoquent les civilistes à propos du corps : cette dernière n'interdit que les transmissions à titre onéreux, alors que la première prohibe toutes les transactions. Mais il demeure certain que, comme pour le domaine public chez l'ancienne doctrine, c'est bien la question de la disposition qui agite celle de l'aptitude à l'appropriation du corps humain.

ii. L'ingérence de considérations d'ordre moral

700. Prolongeons encore l'analogie des régimes juridiques : ce sont des considérations d'ordre moral, voire religieux, qui perturbent l'interrogation sur l'appropriation du corps humain. Étienne Picard signale que « *la pratique et la morale récusent complètement* »¹⁸⁴² l'idée selon laquelle le droit à disposer de son corps s'assimilerait à un droit de propriété. Les conséquences sont importantes sur le discours doctrinal, jusqu'à dénier au corps humain la qualité de chose¹⁸⁴³ : Juliette Gaté, analysant le discours juridique sur le corps humain, observe cette référence fréquente à ce type de considérations : « *Le corps humain est de toute évidence un objet de propriété particulier, bénéficiant à ce titre de certaines dérogations au droit commun. Beaucoup d'auteurs justifient ce particularisme en expliquant que le corps humain, même mort, est "une chose sacrée". Gérard Cornu milite même pour la création d'une catégorie juridique des choses sacrées. Et François Terré écrit, quant à lui, que "le corps humain n'est pas une chose. C'est la personne même". Ces déclarations sont humainement rassurantes* »¹⁸⁴⁴.

droit de propriété. Cette non patrimonialité rend, certes, le corps humain inaccessible à l'échange, mais des conventions le concernant sont en revanche permises, à titre gratuit toutefois ».

¹⁸⁴⁰ PENNEAU (J.), « Corps humain - Bioéthique », *Répertoire de droit civil*, § 55.

¹⁸⁴¹ YOLKA (P.), *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸⁴² Préface à la thèse de Stéphanie Hennette-Vauchez (*op. cit.*), p. 12.

¹⁸⁴³ LOISEAU (G.), « Pour un droit des choses », *op. cit.*, p. 3015 : « *La perspective de pouvoir les traiter [les éléments et produits du corps humain] comme des biens dissuade nombre d'auteurs de les qualifier tout bonnement de choses* »

¹⁸⁴⁴ GATÉ (J.), « Le corps humain, bien public hors du commun », *op. cit.*, p. 152

701. « Moral », « sacré » : il s'agit là de deux caractères que l'on retrouve jusqu'au début du XX^{ème} siècle dans les analyses relatives au domaine public. Hauriou évoque par exemple l'« obligation morale » qui pèse sur les personnes publiques de « *conserver la chose en dépôt et à la destination du public* »¹⁸⁴⁵. Bien avant lui, d'Argentré avait qualifié au XVI^{ème} siècle l'inaliénabilité de la Couronne de « *sacrosancta lex quae reges ipsos astringit* »¹⁸⁴⁶. Certains exemples concernent plus spécifiquement des voies publiques. Ainsi en est-il du jugement moral de Gaudry qui, à une époque où le domaine public se résumait essentiellement aux voies publiques de l'article 538, écrit que « *l'État, usant de son droit de police et de protection sur ces choses publiques pour s'en emparer et pour en recevoir les profits au préjudice des particuliers, ferait un acte déplorable* »¹⁸⁴⁷. Quant à l'empreinte religieuse, elle n'est pas non plus étrangère aux voies publiques : sous l'Antiquité Romaine, par exemple, les fleuves et les routes recevaient la protection de divinités particulières¹⁸⁴⁸ ; au Moyen Âge, le développement du réseau routier servit notamment les intérêts religieux en facilitant le déplacement des pèlerins, et forgea la légende de l'Ordre des frères pontifes¹⁸⁴⁹.

b. Un régime orienté vers la gratuité

702. Au-delà de la question de la propriété, corps humain et voies publiques se rapprochent par le régime général de gratuité dans lesquels baigne leur usage. Ce régime de gratuité se retrouve d'abord dans le régime applicable au corps humain : l'article 16-6 du Code civil, traduisant la « non patrimonialité » du corps humain prévue à l'article 16-1, dispose qu'« aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci »¹⁸⁵⁰. Quant à l'usage de la voie publique, nous l'avons vu, il est en principe gratuit dès lors

¹⁸⁴⁵ HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 6^{ème} éd., pp. 599 et 601.

¹⁸⁴⁶ Littéralement, « sacro-sainte règle à laquelle même le roi est astreint ». Citation mentionnée par Théophile Ducrocq, in *Traité des ventes domaniales*, Paris : Cotillon, 1865, p. 12.

¹⁸⁴⁷ GAUDRY (J.), *Traité du domaine*, Tome 1, Paris : Auguste Durand, 1862, p. 81.

¹⁸⁴⁸ YOLKA (P.), *La propriété publique. op. cit.*, p. 42. Voir également MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, Paris : Larose, 1902, p. 11 : « Certains lieux, certains édifices étaient soustraits au commerce des hommes par l'intervention des dieux (...) L'espace qui séparait les maisons était sacré ».

¹⁸⁴⁹ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁸⁵⁰ Sur cette question, voir PERRIER (J.-B.), « La gratuité des éléments du corps humain », *Revue Lamy Droit Civil* 2013, n° 110, p. 82. L'auteur s'interroge notamment sur la valeur juridique de la gratuité, pour arriver à une solution qui n'est pas sans rappeler celle applicable aux voies publiques : « Le raisonnement est simple à résumer : l'absence de caractère patrimonial du corps humain n'a pas, per se, valeur constitutionnelle, mais elle permet d'assurer le respect d'un principe constitutionnel : la sauvegarde de la dignité de la personne humaine »... de même que la gratuité de l'usage collectif des voies publiques n'a pas, « per se », valeur

qu'il est collectif ; d'ailleurs même l'onérosité de l'utilisation privative ne s'impose pas naturellement, puisqu'elle fut un temps regardée non comme un acte de commercialité, mais simplement comme le résultat d'une volonté de préserver l'égalité entre utilisateurs¹⁸⁵¹. La comparaison, *a priori*, semble tourner court : la gratuité du corps humain concerne essentiellement la transmission de certains de ses éléments ou produits ; celle de la voie publique concerne son utilisation collective, et non sa transmission à des tiers. Il est pourtant possible de maintenir un parallèle, au travers d'un concept de « conformité ». La voie publique reste en principe gratuite dès lors qu'elle est utilisée conformément à sa destination qui, on le sait, est la circulation. L'utilisation du corps humain reste également gratuite lorsque les usages qui en sont fait ont directement trait à sa destination, c'est-à-dire la préservation de la vie. Prenons le cas d'un contrat de travail : il s'agit bien, *in fine*, d'une utilisation onéreuse du corps humain car, comme l'indique Alain Supiot, « *le corps est le lieu, le passage obligé de la réalisation des obligations du travailleur, il est la chose même qui forme la matière du contrat* »¹⁸⁵². Or, même physique, le travail n'est pas conforme à la destination du corps humain ; il est simplement compatible avec cette destination¹⁸⁵³. En revanche, des actes d'utilisation du corps humain tels que les expérimentations ou le prélèvement et la transmission de ses éléments ou produits sont bel et bien conformes à la destination du corps humain, en ce qu'ils ont pour fonction de contribuer à la sauvegarde de la vie, fut-ce celle d'un tiers au titulaire du corps. Voies publiques et corps humain partagent donc ceci : leur usage conforme à leur destination est en principe gratuit.

constitutionnelle, mais permet d'assurer le respect d'un principe constitutionnel : la liberté d'aller et venir. Il reste que, pour le cas des voies publiques, on sait qu'elles n'ont pas à être toutes d'usage gratuit pour que cette liberté soit assurée.

¹⁸⁵¹ Ainsi, pour Berthélemy, la perception des redevances pour l'occupation privative « *est fort équitable. Ceux qui occupent peuvent dire, sans doute, qu'ils ne gênent personne, au moins par hypothèse. Il n'en est pas moins vrai que leur occupation privative constitue un avantage qui n'appartient pas à tout le monde. Ce n'est pas pour racheter les inconvénients de leur occupation, c'est pour compenser le profit qu'ils en retirent, qu'ils doivent, très légitimement, être astreints à une redevance* » (*Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.* n. 428 et 429).

¹⁸⁵² SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Les voies du droit, 1994, p. 59. Pour une analyse de la doctrine de cet auteur et des doctrines relatives au lien entre contrat de travail et corps humain, voir HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ?*, *op. cit.*, pp. 54 s.

¹⁸⁵³ Souvenons-nous à cet égard que, sous les antiquités grecque et romaine, le travail n'était absolument pas considéré comme une valeur. L'étymologie bien connue du mot (du latin *trepalium*, qui désigne un instrument de torture) le démontre suffisamment.

§ 2. Les conséquences de ce lien ontologique : la détermination d'un domaine incompressible

La cessibilité des éléments du corps humain comme du corps de la collectivité publique s'arrête là où l'aptitude du cédant à exister est menacée : c'est soutenir une inaccessibilité de l'*avoir* pour une sauvegarde de l'*être*. Cette analogie entre les voies publiques et le corps permet de faire des premières les éléments d'un domaine incompressible (A). Toutefois, l'analogie a pour défaut d'intégrer des considérations de quantité dans la détermination de ce domaine incompressible (B).

A. L'inaccessibilité de l'*avoir* pour une sauvegarde de l'*être* : les voies publiques, éléments du domaine incompressible

Dans une intervention sur les rapports entre la personnalité publique et le patrimoine, Philippe Yolka rappelait l'expression de Tarde, « *être, c'est avoir* », et ajoutait en conséquence que « *la première caractéristique de la personnalité gît dans l'aptitude à posséder* »¹⁸⁵⁴. Il en ressort que la privation de toute propriété ou possession signe une disparition de l'être. Ce qui est vrai pour la personne physique l'égard du corps humain (1) peut être étendu, avec certaines nuances, à la collectivité publique à propos de ses voies publiques (2).

1. L'inaccessibilité de l'*avoir* pour une sauvegarde de l'*être* : un rapport vérifié pour le corps humain

703. Si l'on se focalise à présent sur la transmission des éléments du corps humain, la comparaison avec les voies publiques, nous l'avons vu, ne tient pas aux modalités financières de la transaction : nécessairement gratuite dans le cas du corps humain, elle peut être onéreuse (et *doit* l'être conformément à la fonction financière de la rétraction) dans le cas des voies publiques. La comparaison se déplace donc sur le terrain la transmissibilité elle-même. Il est certain qu'une personne physique peut transférer à autrui l'ensemble des biens dont elle est propriétaire. Mais peut-elle, de son vivant, transmettre les éléments - et non seulement des produits - de son corps? Le Code civil le permet, puisqu'il ne proscriit que les conventions

¹⁸⁵⁴ YOLKA (P.), « Personnalité publique et patrimoine », in *La personnalité juridique*, LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2007,

conclues à titre onéreux. Mais dans quelle mesure ? Le Code de la santé publique ne prévoit rien quant au niveau acceptable du risque encouru par un donneur d'organes. Aucune norme n'interdit par exemple à un vivant de faire don d'organes vitaux. Ce Code s'en remet à l'appréciation d'un comité d'experts, seul apte à accepter une transplantation. Simplement, la combinaison entre le précepte médical « *primum non nocere* »¹⁸⁵⁵ et les dispositions d'ordre public des articles 16 et suivants - primauté de la personne¹⁸⁵⁶, garantie du respect de l'être humain, inviolabilité du corps humain - interdisent aux médecins de faire courir des risques excessifs pour la survie d'éventuels donneurs. De fait, une personne ne peut donner qu'un rein, une partie de son foie ou une partie de l'un de ses poumons, parce que ces prélèvements ne présentent qu'un très faible risque pour sa survie et ne l'empêche pas de mener par la suite une vie normale. Même la personne physique peut donc disposer de son corps, dès lors que cela n'implique pas une destruction de l'être.

704. Inutile toutefois qu'il y ait une destruction ou un démembrement complets du corps pour entraîner la disparition de l'être ; il suffit qu'il y ait un transfert de propriété excessif. L'esclavage est une forme d'aliénation totale du corps au profit d'un tiers¹⁸⁵⁷. La Convention relative à l'esclavage adoptée par la Société des Nations en 1926 le définit d'ailleurs, en son article 1^{er}, comme « *l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux* ». L'esclave est en ce sens celui qui perd la propriété de son corps. Or, cette perte en implique une autre, celle de l'être. Bien que ce point de vue puisse être à certains égards nuancé¹⁸⁵⁸, l'esclave était dépourvu du statut de personne¹⁸⁵⁹ puisqu'il n'était plus considéré, d'après l'expression d'Aristote, que comme un outil animé. À nouveau, un lien entre la disposition du corps humain et l'existence de l'être est clairement perceptible.

¹⁸⁵⁵ Littéralement « *d'abord, ne pas nuire* », classiquement attribué à Hippocrate.

¹⁸⁵⁶ Jean-René Binet note à ce propos que « *le principe de la primauté de la personne (...) marque l'idée (...) que le corps n'est jamais que le réceptacle de la personne et que dès lors, le progrès scientifique ne doit pas conduire à une conception trop utilitariste du corps, même s'il faut admettre que ce corps ne puisse être utilisé* » (« Respect et protection du corps humain. - Éléments et produits du corps humain. - Cadre général de la réglementation », *JCl. Civil Code*, articles 16 à 16-3, § 73)

¹⁸⁵⁷ CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, 1^{ère} éd., PUF / Quadriège, 2004, p. 384.

¹⁸⁵⁸ LAZAYRAT (E.), « La notion de personne dans la perspective des choses en droit romain », *Droit de la famille* n° 4, avril 2013, étude 5.

¹⁸⁵⁹ HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ?*, *op. cit.*, p. 43.

2. L'incessibilité de l'avoir pour une sauvegarde de l'être : un rapport transposable aux voies publiques

705. En conclusion de sa thèse, Marine Chouquet laissait en suspens la question de la nécessité « *de matérialiser la présence de l'activité publique sur le territoire par l'appropriation publique des biens qui en sont les supports* »¹⁸⁶⁰ ; et, en reprenant le cours de notre analogie, l'on peut légitimement se demander si ce qui est vrai pour le corps humain l'est pour la collectivité publique : celle-ci est-elle condamnée, sous peine de disparition, à conserver la propriété de tout ou partie de ce corps constitué de voies publiques ? Si l'absence d'expérience sur ce point interdit les assertions définitives, au moins peut-on conjecturer que la réalisation d'une telle hypothèse signerait, sinon la disparition, au moins un recul considérable de l'idée même de collectivité publique.

706. Nous l'avons déjà démontré, il existe un lien ontologique très intense entre les voies publiques et la collectivité publique. La voie publique apparaît comme une projection matérielle de l'idée même de collectivité publique et constitue en cela un élément fort de cohésion sociale. Certes, l'on pourrait rétorquer que dans le cas de la collectivité publique, le lien entre l'être et l'avoir n'est que fondatif. Si la collectivité publique s'est construite sur la nécessité de doter les voies publiques d'un gardien ou d'un propriétaire, elle s'en serait ensuite émancipée, en gagnant sa légitimité par la prise en charge d'autres missions que celle de s'approprier ces voies pour le compte du public. Dès lors, un transfert total des voies publiques aux personnes privées (sous réserve, bien-sûr, du maintien de l'affectation) n'atteindrait pas - ou plus - la collectivité publique dans son être. Un tel raisonnement implique toutefois de reléguer cette mission d'appropriation des voies publiques au second plan, ce que ne corrobore pas la jurisprudence. À notre connaissance, il n'existe pas d'autres missions que la construction des routes qui firent l'objet d'une formule aussi péremptoire que celle de l'arrêt *Société Entreprise Peyrot* dans lequel le juge estime que « *la construction des routes appartient par nature à l'État* ». Cette objection serait également difficile à concilier avec l'idée d'une appropriation publique par nature, que ravive à propos des voies publiques la jurisprudence constitutionnelle récente¹⁸⁶¹.

¹⁸⁶⁰ CHOUQUET (M.), *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, Thèse Bordeaux IV, 2013, p. 670.

¹⁸⁶¹ Par cette jurisprudence déjà citée plusieurs fois, le Conseil constitutionnel considère que l'appropriation publique des voies ouvertes à la circulation du public constitue le « *statut juridique conforme à leur usage* » : Cons. constit., 6 octobre 2010, *Époux A.*, n° 2010-43 QPC (cons. 4).

707. En outre, ce serait faire de la collectivité publique une entité excessivement fictive, en la privant de toute matérialité. Cette dématérialisation de la collectivité publique pourrait entraîner une perturbation du lien social, rayonnant jusque dans le consentement à l'impôt. En 1884, Jules van den Heuvel, pragmatique, se posait la question suivante : « *Est-ce que les citoyens ne sont pas les réels propriétaires du patrimoine qui appartient à l'État ? Les habitants de la commune ne sont-ils pas, au fond, propriétaires des biens communaux ? On aura beau prétendre que le domaine de l'État et le domaine communal appartiennent tous deux à des personnes juridiques, insaisissables et invisibles, le bon sens finira toujours par revendiquer la propriété en faveur des membres de l'association, en faveur de ceux dont les contributions ont peut-être donné l'excédent qui a servi à l'achat du patrimoine, en faveur de ceux qui payeront de leur poche le déficit que pourrait représenter la comparaison de ce revenu avec le chiffre des dépenses* »¹⁸⁶². L'on trouve ici l'idée d'une propriété collective du domaine affecté à l'usage direct du public, ardemment défendue par Paul Chaumont dans une thèse de 1908¹⁸⁶³. Si le triomphe de la personnalité publique rend cette conception quelque peu surannée, il reste loisible de considérer cette propriété collective comme une étape importante dans le fondement d'une communauté politique. Il est par ailleurs bien connu que la propriété privée, historiquement, succède à une première phase de propriété collective, Rappelons également le propos de Berthélemy sur la personnalisation de l'État : « *Quand je dis que l'État est une personne morale, je ne veux pas exprimer autre chose que ceci : les Français sont collectivement propriétaires de biens et titulaires de droits ; ils ont, à eux tous, un patrimoine collectif qui n'est pas plus à la disposition de chacun d'eux que les biens d'une*

¹⁸⁶² VAN DEN HEUVEL (J.), *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2^{ème} éd., Bruxelles : F. Larcier et G. Pedone-Lauriel, 1884, pp. 53 et 54 (cité par Paul Chaumont in *De la nature du domaine public*, Paris : Bonvalot-Jouve, 1908, pp. 55 et 56).

¹⁸⁶³ CHAUMONT (P.), *De la nature du domaine public*, Paris : Bonvalot-Jouve, 1908 : « *Nous reconnaissons donc avec M. Hauriou que les dépendances du domaine public sont objet de propriété. Mais à qui appartient cette propriété ? Nous croyons inutile de faire apparaître l'État, personne morale, pour lui donner sur les biens du domaine le droit que lui accorde M. Hauriou et qui n'est pas la propriété privée, puisqu'elle ne comporte ni l'abus, ni l'usus, ni le fructus, mais qui est une propriété publique caractérisée par la destination d'utilité publique des choses auxquelles elle s'applique. Pour nous, les biens du domaine public font l'objet d'une propriété collective de la nation, propriété d'un genre spécial, qui se suffit à elle-même sans appeler aucune comparaison avec la propriété privée de l'article 544 du Code civil, et qui, par là même, ne nécessite pas, pour que l'on comprenne son mécanisme, l'intervention d'un être fictif sujet unique du droit, rôle que vient jouer l'État dans la théorie de M. Hauriou / Les citoyens d'un même état, voilà les propriétaires collectifs des biens du domaine public. Ce n'est pas l'État, personne morale, être chimérique qui est propriétaire : ce sont les membres de la nation* » (pp. 54 et 55).

société de commerce n'appartiennent à chaque associé individuellement »¹⁸⁶⁴. Aujourd'hui encore, céder toutes les voies publiques à des personnes privées reviendrait à priver le citoyen de ce sentiment d'évoluer dans une zone collective dont il est, par sa participation à la dépense commune, une sorte de copropriétaire. Faute de cette propriété - *in fine* - collective qui doit ultimement porter sur les voies publiques, l'idée même d'une collectivité publique distincte des entités privées, serait sérieusement ébranlée dans ses fondements.

B. La conséquence d'une incessibilité fondée sur un lien ontologique : L'impossibilité de quantifier le domaine incompressible

La transposition de ce raisonnement aux voies publiques, corps de la collectivité publique, aboutit au résultat d'un domaine incompressible, quoique non quantifiable (1). Cette quantification impossible n'est toutefois pas dénuée d'intérêt : elle explique l'importance de la compétence du juge administratif en matière de cessions domaniales (2).

1. La dimension inévitablement quantitative du domaine incompressible

708. Il n'est pas nécessaire que le corps humain conserve tous ses éléments ; il est nécessaire qu'il conserve ceux qui lui permettent de maintenir l'existence de l'être dont il est le support. Transposé au corps public, on obtient le résultant suivant : il n'est pas nécessaire que la collectivité publique conserve *toutes* les voies publiques ; il est nécessaire qu'elle en conserve une quantité *suffisante* pour demeurer collectivité publique, pour se ménager une matérialité à même de préserver le sentiment du citoyen d'évoluer dans une zone commune. Le domaine incompressible n'est donc pas seulement qualitatif ; il est aussi quantitatif, il est ***la quantité suffisante de voies publiques pour assurer la pérennité de la collectivité publique***. S'en suit naturellement une nouvelle question que l'on sait déjà insoluble : quelle est cette quantité suffisante ? L'indétermination de cette quantité, même non clairement affirmée, est perceptible dans les discours doctrinaux relatifs à la propriété publique minimale. Caroline Chamard-Heim, par exemple, estime qu'« *il est inconcevable que la totalité des biens sur lesquels s'exercent les libertés publiques fassent partie des patrimoines*

¹⁸⁶⁴ BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris : Arthur Rousseau, 1913p. 29.

privés »¹⁸⁶⁵, ce qui implique qu'une « certaine quantité » - indéterminée ! - de ces biens reste appropriée par des personnes publiques. Christian Lavalie estime que si l'administration peut aliéner tel ou tel bien du domaine public suite à son déclassement, elle ne saurait pour autant aliéner « l'ensemble » du domaine public¹⁸⁶⁶ : le public a en effet un véritable droit d'user « de » dépendances domaniales soumises à la domanialité publique¹⁸⁶⁷, dont il résulte l'impossibilité de procéder à une désaffectation « générale »¹⁸⁶⁸. Nathalie Bettio admet plus précisément l'existence d'un « seuil » en deçà duquel serait en péril « l'existence du domaine public »¹⁸⁶⁹. Ce discours, tenu sur le domaine public en général, est particulièrement adapté aux voies publiques et n'est pas sans rappeler la jurisprudence relative à leur gratuité, n'admettant l'onérosité que sur « certains » ouvrages¹⁸⁷⁰. L'emploi de tous ces termes, renvoyant à une quantité indéterminée, trahit en fait la difficulté à laquelle se heurte une identification du domaine incompressible : son volume ne peut être objectivement déterminé. Il en résulte un paradoxe du tas : de la même manière que l'on ne sait déterminer objectivement la quantité de grains de sable nécessaires à la formation d'un tas de sable, l'on ne saurait déterminer objectivement la quantité de voies publiques dont l'appropriation publique serait nécessaire à la persistance de la collectivité publique.

2. Les conséquences d'un domaine incompressible inquantifiable : la précellence de la protection du juge administratif

709. Quelles conséquences en tirer du point de vue de la protection de ce domaine incompressible ? Même le réflexe constitutionnel apparaît vain : l'inaptitude du domaine minimum à être quantifié rend excessive toute protection générale. Garantir l'appropriation publique des voies publiques, ce serait rigidifier inutilement la gestion de ces voies dans un contexte financier tendu, quand ni les libertés publiques, ni l'existence de la collectivité publique n'impliquent que *toutes* ces voies soient des propriétés publiques. La seule véritable

¹⁸⁶⁵ CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, p. 321.

¹⁸⁶⁶ LAVIALLE (C.), « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, p. 483.

¹⁸⁶⁷ LAVIALLE (C.), « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G* 1994, I 3766.

¹⁸⁶⁸ LAVIALLE (C.), « Don et domaine public », in *Le don en droit public*, actes du colloque du 1^{er} et 2 décembre 2011 (dir. N. Jacqinot), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, p. 122.

¹⁸⁶⁹ BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Lavalie, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011, p. 216.

¹⁸⁷⁰ Cons. constit., 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107 DC (cons. 3).

exigence est l'appropriation publique *de* voies publiques. Mais que cette exigence soit écrite ou non, ce seuil, tributaire d'un contexte de cessions passées ou à venir, ne peut être fixé que par une appréciation souveraine adaptée à chaque cas, c'est-à-dire par l'office d'un juge.

710. L'importance de l'office du juge contribue à éclairer la compétence du juge administratif en matière de cessions domaniales. La répartition des compétences juridictionnelles quant aux litiges portant sur le domaine privé est particulièrement complexe, louvoyant au gré de la très fonctionnelle notion d'acte détachable¹⁸⁷¹ ; une importante partie de la doctrine préconise d'ailleurs une simplification par la formation d'un véritable bloc de compétences¹⁸⁷². Toutefois, malgré cette complexité il est une constante remarquable : tout en abandonnant, en principe, le contentieux du contrat au juge judiciaire, le juge administratif se reconnaît et s'est toujours reconnu compétent pour traiter des actes administratifs décidant des cessions domaniales¹⁸⁷³. L'arrêt *Société Brasserie du Théâtre* excepte encore de la

¹⁸⁷¹ Voir notamment, sur l'extrême obscurité de la répartition des compétences, en plus des conclusions et des notes sous l'arrêt TC, 22 novembre 2010, *Société Brasserie du Théâtre*, req. n° C3764 (voir *infra*), CHOUQUET (M.), *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, Thèse Bordeaux IV, 2013, pp. 637 s. ; YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 88), §§ 306 s. ; LAVIALLE (C.), « Contentieux des propriétés publiques », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 12), §§ 131 s. ; ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Notion d'acte détachable », concl. sous CE, 6 mai 1996, *Formery*, *AJDA* 1996, p. 551 ; GLASER (E.), « C'est au conseil municipal qu'il revient d'approuver la passation des baux sur les terrains communaux », concl. sous CE, 5 décembre 2005, *Commune de Pontoy*, *JCP A* 2006, n° 1009.

¹⁸⁷² En faveur d'un bloc de compétence du juge judiciaire pour les litiges relatifs au domaine privé, voir BOTTEGHI (D.), LALLET (A.), « La carte du Tribunal des conflits et le territoire du domaine privé », note sous TC, 22 octobre 2010, *Société Brasserie du théâtre*, *AJDA* 2010, p. 2428 : « *On peut (...) se demander s'il y a lieu d'ouvrir largement le prétoire du juge administratif compte tenu de l'impasse à laquelle peut conduire l'annulation pour excès de pouvoir de l'acte détachable et l'injonction de saisir le juge judiciaire prononcée par le juge administratif. Quoique le mécanisme ait lui-même ses inconvénients, il pourrait être préférable de privilégier une compétence judiciaire de principe tempérée par des questions préjudicielles sur des difficultés relevant du droit public et susceptibles de rejaillir effectivement sur le contrat* ». En faveur, au contraire, d'un bloc de compétence en matière de propriété publique au profit du juge administratif, YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. précité*, § 309 : « *Le juge affirme (...) ne connaître que les actes détachables ; mais il les contrôle au regard de l'intérêt d'une bonne gestion du domaine privé, qu'il ne devrait pourtant pas apprécier si elle était vraiment privée. Sortir de cette aporie suppose de prendre cette gestion pour ce qu'elle est, savoir celle d'une propriété publique, bref une gestion publique, dont le juge administratif pourrait connaître sans avoir à justifier sa compétence par référence à la notion d'acte détachable, dont on ferait l'utile économie* » ; dans le même sens, voir CHOUQUET (M.), *Le domaine privé des personnes publiques*, *op. cit.*, pp. 649 s.

¹⁸⁷³ Concluant sous l'arrêt *Société Brasserie du Théâtre* (TC, 22 octobre 2010, req. n° C3764), le rapporteur public Pierre Collin notait en ce sens qu'il s'agissait là d'une « *jurisprudence tout aussi constante que celle selon laquelle la gestion du domaine ne constitue pas un service public* » (« Quel juge pour connaître des litiges relatifs au domaine public ? », *BJCP* n° 75, p. 56). Au titre d'arrêts anciens par lesquelles le juge administratif accepte de contrôler les délibérations autorisant une cession domaniale, voir par exemple CE, 22 avril 1904, *Dame veuve Nathan*, rec. *Lebon* p. 334 ; CE, 18 décembre 1936, *Sieur Sebbaah Hadj Adda*, rec. *Lebon*, p. 1127 (interprétation *a contrario* : « *Cons., (...) que la requête (...) ne pose aucune question touchant la légalité de la délibération du conseil municipal de Relizane, mais tend à faire reconnaître les droits qui appartiendraient au*

compétence du juge judiciaire les actes affectant le périmètre ou la consistance de la propriété publique¹⁸⁷⁴. C'est que, comme le note Jean-Gabriel Sorbara, « *l'essence même du domaine* »¹⁸⁷⁵ est ici en cause. Or, derrière l'essence du domaine, il y a l'essence de la collectivité publique. Christian Lavalie écrit que lorsque sont contestés des actes de disposition, « *la personnalité morale publique du gestionnaire du domaine privé apparaît (...) [et] se détache de la personnalité civile* »¹⁸⁷⁶. S'en suit une question : en quoi la cession domaniale révèle-t-elle davantage la personnalité publique que les autres actes de gestion sur le domaine privé ? Plusieurs hypothèses peuvent être avancées : l'une, celle du droit spécial, ne peut que difficilement être retenue dans la mesure où même les locations, par exemple, ne peuvent être consenties à un prix inférieur à leur valeur vénale¹⁸⁷⁷. Deuxième explication envisageable : celle des enjeux financiers très forts de la politique de cession qui, pour le rapporteur public sous l'arrêt *Société Brasserie du Théâtre*, suffit à fonder la compétence du juge administratif en matière de domaine privé. À propos de la gestion du domaine privé de la ville de Paris, le rapporteur estime en effet « *difficile de considérer qu'une telle gestion (...) de son domaine privé, compte tenu notamment de ses implications budgétaires, était une affaire qui n'avait aucun lien avec l'action publique communale et qu'elle devait échapper au contrôle des contribuables parisiens* ». La sensibilité financière de la question pourrait recommander ici son attribution au juge administratif, tout comme l'attribution à ce même juge du contentieux de la vente des biens nationaux résultait, entre autres, d'une « *volonté de préserver à tout prix le crédit public* »¹⁸⁷⁸. Mais il existe une troisième explication. Ce n'est pas seulement la spécificité de la personnalité publique qui commande la spécificité de la juridiction ; c'est la menace que fait peser sur la pérennité de cette personnalité publique - et sur celle de la collectivité publique qu'elle coiffe - une politique de cession qui, poussée dans

requérant sur certaines parcelles de terrains ; que c'est devant l'autorité judiciaire qu'il devait faire valoir ses prétentions).

¹⁸⁷⁴ TC, 22 novembre 2010, *Société Brasserie du Théâtre*, req. n° C3764 ; JCP A 2011, n° 2041, note Sorbara ; AJDA 2010, p. 2423, note Botteghi et Lallet ; RDI 2011, p. 450, note Caille ; BJCP n° 75, p. 55, concl. Collin.

¹⁸⁷⁵ SORBARA (J.-G.), « Les fondements contestables de l'insuffisante extension de la compétence judiciaire pour connaître de la gestion du domaine privé », note sous TC, 22 novembre 2010, *Société Brasserie du Théâtre*, JCP A 2011, n° 2041.

¹⁸⁷⁶ LAVIALLE (C.), « Contentieux des propriétés publiques », JCl. précité, § 132.

¹⁸⁷⁷ FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, pp. 168 et 169 : « *L'interdiction pour l'administration d'accorder des libéralités lui impose d'exiger des loyers contre les autorisations d'occuper son domaine privé. Peu importe que le Code général de la propriété des personnes publiques ne contienne pas une disposition générale en ce sens, alors qu'il le précise pour les occupations du domaine public. Les principes fondamentaux du droit administratif suffisent à fonder cette obligation* ».

¹⁸⁷⁸ BIENVENU (J.-J.), « D'un droit l'autre. Sur le contentieux des biens nationaux », in *L'unité du droit* (mélanges R. Drago), Economica, 1996, p. 196.

ses derniers retranchements, pourrait un jour gagner les voies publiques ; c'est aussi, et enfin, l'importance de la contribution juridictionnelle, seule solution efficace pour préserver un domaine incompressible inquantifiable, au travers par exemple de la sanction de l'erreur manifeste d'appréciation dont se rendrait coupable la collectivité publique qui céderait la voie publique *de trop*. Bien loin de l'idée d'un « *privilège* » de juridiction, la volonté du juge administratif de conserver la maîtrise d'un contentieux amené à s'accroître en même temps que la politique de cession résulte surtout d'un souci de protéger la collectivité publique contre elle-même.

Conclusion du chapitre

On reprochait à Capitant de n'avoir pas analysé l'inaliénabilité de l'affectation du point de vue du propriétaire privé, de ne pas s'être assuré que la propriété privée était compatible avec une affectation à l'utilité publique. Après examen, il n'existe pas d'antinomie radicale entre l'appropriation privée et l'affectation à l'utilité publique, fut-elle perpétuelle. La nécessité d'une appropriation publique des voies publiques doit par conséquent être renforcée par un second fondement. Celui-ci est d'ordre ontologique. L'affectation perpétuelle exerce en effet un autre impact : elle révèle une identité entre les voies publiques et la collectivité publique, elle aussi destinée à assurer perpétuellement un intérêt général. En approfondissant cette identité, on constate que les voies publiques constituent historiquement le « corps » de la collectivité publique. Cette analyse nous permet de tirer certaines conclusions quant à leur aptitude à être transférée à des tiers : comme le corps humain, l'aliénabilité doit s'arrêter là où l'existence de la personne est menacée. Le transfert à des tiers de toutes les voies publiques signifierait ainsi, sinon la disparition, au moins un recul considérable de la prégnance de la collectivité publique. Dès lors, on peut envisager le transfert de *certaines* voies, mais non de *toutes les voies*, ce qui offre au juge de la décision de céder un rôle prééminent et explique ainsi le maintien de la compétence du juge administratif.

Conclusion du titre

Quelle singularité des voies publiques peut justifier la protection juridique supérieure que nous avons constatée ? Il apparaît que ces voies ont ceci de spécial que leur affectation à l'usage du public a vocation à être perpétuelle. Cette vocation résulte de la conjonction de deux éléments. D'abord, la circulation autonome du public apparaît comme un fait essentiel dans une société. Mais cette très haute nécessité ne suffit pas à expliquer la vocation perpétuelle de l'affectation des voies analysées individuellement. Subjectif, ce caractère pourrait seoir à de nombreux biens conçus comme indispensables à la survie du groupe, tels ceux qui ont trait à la force publique (casernes, prisons, commissariats, tribunaux...). Il convient donc d'ajouter un second caractère : les voies publiques sont inamovibles, ou en tout cas très difficilement déplaçables. Ce constat est révélé par l'histoire de l'urbanisme, qui montre que les voies publiques préexistaient aux regroupements sociaux sédentaires et en conditionnèrent le lieu d'implantation. Les villes se créent autour de voies tracés par la nature (rivage de la mer, fleuves, chemins formés par l'érosion ou le passage répété des hommes et animaux). Même lorsque ces voies n'existent pas ou permettent simplement la première desserte de la nouvelle ville, la fondation de cette dernière débute par le tracé d'un plan, qui n'est *in fine* qu'un entrelacement plus ou moins ordonné de voies. La voie publique ne se déplace pas, ou très peu. Pour que chacun bénéficie d'un droit d'accès à la voie publique, on ne la déplace pas, on réadapte les droits sur le sol pour offrir cet accès à ceux qui en sont privés. C'est donc cette inaptitude - ou, en tout cas, cette très grande difficulté - de la voie publique au déplacement qui en fait des biens essentiels « à part » : la voie publique ne peut être qu'à cet endroit, et sera, en principe, toujours utile à ceux qui l'utilisent aujourd'hui. Cette affectation a donc vocation à la perpétuité. Mais cette affectation perpétuelle n'est pas incompatible avec l'appropriation privée, qui semble désormais capable de la supporter ; elle résulte de l'identification de la collectivité publique aux voies publiques, qui serait privée de représentation matérielle primaire si elle aliénait ces voies au profit des personnes privées. Il en ressort l'enseignement suivant : ce n'est pas l'appropriation privée qui est inapte à recevoir l'ensemble des voies publiques ; c'est la collectivité publique qui paraît inapte à persister sans l'appropriation de voies publiques. Il reste que cette inaptitude n'existe qu'au-delà du franchissement d'un seuil, que seule l'appréciation souveraine d'un juge permettra d'établir.

Conclusion de la Partie 2

« *Des* voies publiques » : voici donc, après le croisement d'une méthode empirique et d'une méthode analytique, les biens qui constituent la limite finale à la rétraction du domaine. Ce résultat appelle deux commentaires.

D'une part, il ne surprend pas, pour une raison simple : il résulte d'un raisonnement inductif. Il se fonde en effet sur l'observation du droit et des doctrines, dont il émerge cette masse de biens jouissant d'une protection maximisée. Les légistes de l'Ancien Régime se fondaient sur leur propre intuition d'une nature commandée par un dieu pour exclure l'appropriation privée des voies publiques ; les auteurs modernes savent pertinemment que ces voies publiques ont toujours été considérées comme domaine public et, par conséquent, comme devant rester entre les mains de la collectivité publique, même dans les modèles de recentrage les plus restrictifs. Le public exprime enfin une forte conscience de la publicité de ces voies, non directement par la propriété, mais par la condamnation sociale de l'instauration de nouveaux péages. Mais s'il ne surprend pas, ce résultat se singularise par la réflexion qui l'a induit, exclusive de la référence classique à l'évidence. La nécessité de conserver l'appropriation publique des voies publiques ne résulte peut-être pas d'une incapacité des propriétaires privés à en assumer l'affectation ; elle résulte de la nécessité ontologique, pour la collectivité publique, de matérialiser sa présence en conservant la propriété des voies publiques. À la manière des rapports entre la personne physique et le corps humain, céder les voies publiques, c'est céder le corps de la collectivité publique et encourir le risque de sa disparition.

D'autre part, et surtout, ce domaine incompressible ne prétend pas à l'exhaustivité, et ménage la possibilité d'y rajouter d'autres éléments que révélerait une analyse menée selon une méthode différente, non fondée sur le constat de cette protection juridique supérieure. Il ne faut pas oublier que l'état du droit lui-même émane de l'intuition d'une « *forme spatiale fondamentale* »¹⁸⁷⁹, conditionnée par notre modèle de propriété.

¹⁸⁷⁹ CHRÉTIEN (P.), *La distinction des domaines comme forme symbolique : recherches relatives au droit des biens publics*, Thèse Paris I, 1990, p. 174.

Conclusion générale

L'actualité du lien entre cession domaniale et crise des finances publiques, conjuguée à l'extension, à l'étranger, des velléités de cessions orientées vers les biens les plus improbables (la montagne en Autriche, les îles en Grèce, la forêt en Irlande), invitait à une nouvelle réflexion sur le champ d'application de la domanialité publique en général et de l'inaliénabilité en particulier. Le principe même de cette réflexion n'a rien d'une nouveauté. L'histoire révèle que les phases de cessions domaniales importantes virent, en même temps que ces aliénations de masse, la réaffirmation de l'inaliénabilité - ce fut le cas lors de la politique d'engagements sous l'Ancien Régime - ou, au moins son recentrage sur les biens jugés les plus importants - ce fut le cas lors de la vente des biens nationaux. Même au-delà de la politique actuelle de cession, l'orientation du domaine public vers la valorisation et les nouvelles méthodes de réalisation des équipements publics imposaient de toute façon ce travail de recentrage. C'est ce à quoi nous avons tenté de contribuer, en nous interrogeant sur la mesure et les limites de la rétraction du domaine. L'un de ces domaines incompressibles se trouve dans une *quantité indéterminée de voies publiques*, parce que l'appropriation publique est nécessaire à l'émergence et à la perpétuation d'une collectivité publique. Cette réponse et la démarche dont elle résulte apportent deux enseignements.

Le premier enseignement est que la réflexion sur ce recentrage ne saurait évoluer en vase clos. Elle ne peut ignorer que le droit domanial est à la fois le moyen d'objectifs politiques et le reflet d'une idéologie. C'est en tout cas vrai en matière de cessions, où le droit domanial semble avoir été sculpté par le juge et le législateur précisément pour permettre une politique de vente sans réelles entraves. Dès lors, les solutions brutales d'une interdiction rigoureuse de céder une catégorie de biens sont inefficaces et de toute façon illusoire. Surtout, cette réflexion n'est peut-être plus aussi tributaire des caractères de la propriété privée. La mise hors du commerce juridique de certaines choses fut longtemps dictée par la volonté d'éviter les inconvénients de la propriété privée, jugée incompatible avec l'affectation, et conduisant à n'accepter que l'absence de propriété ou la propriété publique sur ces choses. Est-ce encore le cas ? On peut en douter. La propriété privée semble de plus en plus ouverte au partage définitif des prérogatives du propriétaire, ce qui rend viable les

cessions de biens domaniaux à charge d'affectation perpétuelle à l'utilité publique. Le « *statut conforme à leur usage* » qu'évoque le Conseil constitutionnel pour désigner l'appropriation publique des voies routières n'interdit pas de considérer que la propriété privée, bien que « non conforme » à cet usage public, demeure « compatible » avec lui. Le recentrage du domaine public ne doit donc plus reposer sur le seul rapport d'exclusion entre la propriété privée et les biens affectés à l'utilité publique. En ce sens, l'appropriation publique, pour perdurer, ne doit plus être perçue comme seulement défensive, mais aussi comme constructive : elle ne se justifie pas seulement par le fait qu'elle n'est pas la propriété privée ; son existence est liée à la formation d'une collectivité publique chargée d'un intérêt commun, qu'elle contribue à matérialiser.

Le second enseignement porte sur la protection du domaine incompressible que nous avons déterminé. Comment protéger efficacement cette quantité indéterminée de voies publiques, constitutive d'un domaine que nous présentons comme incompressible ? La tentation constitutionnelle est bien sûr présente. Mais comment la mettre en œuvre ? Consacrer une interdiction de désaffecter les voies publiques n'empêcherait pas leur transfert à des personnes privées, à charge pour elles de maintenir leur affectation. Le Conseil constitutionnel accepte ce transfert pour les biens affectés au service public dès lors qu'est respectée la continuité du service, et pourrait accepter un transfert des biens affectés à l'usage direct du public dès lors que seraient respectés les droits et libertés des usagers. En outre, et même en extrapolant, si l'on peut juridiquement envisager une aliénation totale des voies publiques, on ne peut envisager leur désaffectation totale. Seule, l'interdiction constitutionnelle de désaffecter n'aurait comme conséquence que de scléroser les politiques d'urbanisme et d'aménagement du territoire national et des territoires locaux. Faut-il alors instaurer un principe d'appropriation publique des voies publiques ? Cette inaliénabilité constitutionnelle, tributaire de la qualité de « voie publique » à laquelle le propriétaire public peut mettre fin, ne serait finalement que l'élévation au rang constitutionnel de l'inaliénabilité très relative qui existe aujourd'hui pour le domaine public dans son ensemble. De plus, cela ne nous paraît pas plus souhaitable qu'une interdiction de désaffectation : le domaine incompressible, nous l'avons dit, se limite à *des* voies publiques, et il serait sans doute excessif de priver les propriétaires publics de marges de manœuvre nécessaires tant pour l'urbanisme que pour les finances publiques. Dès lors, on comprend que la troisième solution,

qui serait l'interdiction de désaffecter les voies publiques doublée de l'interdiction de les aliéner, ne ferait qu'accumuler les défauts des deux premières solutions.

Finalement, la seule norme constitutionnelle qui protégerait les voies publiques d'une façon à la fois nécessaire et suffisante devrait être formulée comme suit : « ***La collectivité demeure propriétaire de voies publiques qu'elle laisse à la disposition du public*** ». On le perçoit immédiatement, l'emploi de l'article indéfini pour désigner les voies publiques relativise l'intérêt d'un tel principe, car il abandonne toute l'appréciation du nombre idoine de ces voies à un juge constitutionnel ou administratif ; or, celui-ci peut déjà se fonder sur le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au regard des libertés publiques ou des missions qu'il attribue aux collectivités publiques pour sanctionner une rétraction excessive du volume des voies publiques domaniales. Peut-être est-ce là le constat auquel doit aboutir cette thèse : l'impossibilité de quantifier précisément notre domaine incompressible, ainsi que les échecs de la doctrine, du législateur et du juge lui-même dans l'élaboration de critères suffisamment précis pour garantir l'interprétation la plus objective possible, offrent au juge la possibilité de statuer en opportunité, en opérant le départ entre les biens qui nécessitent l'appropriation publique et ceux qui peuvent s'en dispenser. Auby concluait son article de 1958 en rappelant que « *la distinction du domaine public et du domaine privé, si l'on veut la maintenir, paraît (...) s'établir dans un sens profondément relatif* »¹⁸⁸⁰. Au terme de cette étude, la réflexion semble intemporelle.

¹⁸⁸⁰ AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *Études et documents du Conseil d'État*, 1958, p. 57.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

Ouvrages généraux, manuels et traités

ACOLLAS (É.), *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants*, Paris : Ernest Thorin, 1869.

ANTONMATTEI (P.-H.), RAYNARD (J.), *Droit civil. Contrats spéciaux*, Litec, 1997.

ATIAS (C.), *Droit civil. Les biens*, 11^{ème} éd., LexisNexis, coll. Manuels, 2011.

AUBY (J.-M.), BON (P.), AUBY (J.-B.), TERNEYRE (P.), *Droit administratif des biens*, 6^{ème} éd., Dalloz, coll. Droit public et science politique, 2011.

BATBIE (A.), *Traité de droit public et administratif*, Paris : Cotillon, 1867.

BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris : Arthur Rousseau, 1913.

BODIN (J.), *Les six livres de la République*, 4^{ème} éd., Paris : Jacques du Puys, 1579.

BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, 3^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1940.

BOSQUET, *Dictionnaire raisonné, des domaines et droits domaniaux*, Rouen : Jacques-Joseph le Boullenger, 1762.

CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, 1^{ère} éd., PUF / Quadriga, 2004.

CHOPPIN (R.), *Trois livres du domaine de la Couronne de France*, Paris : Michel Sonnius, 1613.

COQUILLE (G.), *Institution au droit des françois*, Paris : A. L'Angelier, 1607.

DE BROUCKERE (M.), TIELEMANS (F.), *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, Bruxelles : Weissenbruch, 1838.

DE LA MARE (N.), *Continuation de traité de la police*, Paris : Jean-François Herissant, 1738.

DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Tome 1, Dijon : Victor Lagier ; Paris : Videcoq, 1834.

DEMANTE (A.-M.), *Cours analytique de Code Napoléon*, Paris : Frères Plon, 1853.

DOMAT (J.), *Le Droit public. Des loix civiles dans leur ordre naturel*, Tome 4, Paris : Jean-Baptiste Coignard, 1697.

DUCROCQ (T.), *Cours de droit administratif*, Paris : Ernest Thorin, 6^{ème} éd., 1881.

DUFAU (J.), *Le domaine public*, 5^{ème} éd., Le Moniteur, 2001.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Tome 2, Paris : É. de Boccard, 1923.

DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (G.), *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, Paris : Nyon, 1785.

ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel*, Paris : Librairie de la société et du recueil général des lois et des arrêts, 1896.

FAVOREU (L.) et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2012.

FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013.

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, 15^{ème} éd., LGDJ, 2014.

GAUDRY (J.), *Traité du domaine*, Paris : Auguste Durand, 1862.

GODFRIN (P.), DEGOFFE (M.), *Droit administratif des biens*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Sirey Université, 2012.

HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., Paris : Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1900.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Paris : Sirey, 1910.

LATOURNERIE (M.-A.), *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 2004.

LAVIALLE (C.), *Droit administratif des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1996.

LEFÈVRE DE LA PLANCHE, *Mémoires sur les matières domaniales, ou traité du domaine*, Tome 1, Paris : Desaint & Saillant, Vincent, 1764.

LOYSEAU (C.), *Traité des seigneuries*, Paris : Abel L'Angelier, 1608.

MAGUERO (É.), *Dictionnaire des domaines*, Paris : Berger-Levrault et C^{ie}, 1899.

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), *Les biens*, 4^{ème} éd., 2010, Defrénois, coll. Droit civil, 2013

MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens*, 7^{ème} éd., Montchrestien, coll. Cours, 2012.

ODENT (R.), *Contentieux administratif*, préf. R. Denoix de Saint Marc, Dalloz, 2007.

PARDESSUS (J.-M.), *Traité des servitudes, ou services fonciers*, 2^{ème} éd., Paris : Garnery, 1810.

PETIT (J.), ÉVEILLARD (G.), *L'ouvrage public*, Litec, coll. Professionnels, 2009.

PROUDHON (J.-B.), *Traité du domaine public*, Dijon : Victor Lagier, 1833.

SOLON (V.-H.), *Traité des servitudes réelles*, Paris : Videcoq, 1837.

TOULLIER (C.-B.-M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 2^{ème} éd., Paris : B. Warée, 1819.

ZACHARIAE (K.), *Cours de droit civil français, revu et augmenté par Aubry et Rau*, 2^{ème} éd., Tome 1, Bruxelles : Société belge de librairie, Hauman et C^{ie}, 1842.

ZÉNATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 2008.

Ouvrages spécialisés

AGUESSEAU (H.-F.), *Œuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, Tome 10, Paris : Libraires associés, 1777.

AUCOC (L.), *Notions sur l'histoire des voies de communication en France*, Paris : L. Hachette, 1867.

BALDWIN (J.), *Philippe Auguste et son gouvernement : les fondations du pouvoir royal en France au Moyen Âge* (trad. B. Bonne), préf. J. Le Goff, Fayard, 1991.

BEREND (I.), *Histoire économique de l'Europe du XX^e siècle*, Bruxelles : De Boeck, coll. Ouvertures économiques, 1998.

BERGIER (N.), *Histoire des grands chemins de l'Empire romain*, Paris : C. Morel, 1622.

BERNARD (A.), *Évaluation des biens*, Le Moniteur, coll. Analyse juridique, 11^{ème} éd, 2004.

BERNEDE (C.), *Des postes en général, et particulièrement en France*, Paris : Raynal, 1826.

BEYTOUT (J.), PIGASSE (J.-P.), *Mille milliards de milliards ou la fortune collective des français*, Tsuru, 1993.

- BLOCK (W.), *The privatization of roads and highways*, LVMI (livre numérique), 2009
- BOFILL (R.), VÉRON (N.), *L'architecture des villes*, Odile Jacob, 1995.
- BOYER (M.-N.), *Medieval French bridges. A history*, Mediaeval Academy of America, 1976.
- CALLU (A.), *La réunion des musées nationaux 1870-1940, Genèse et fonctionnement*, École des chartes, 1994
- CALVO (C.), *Dictionnaire de droit international public et privé*, Tome 1, Paris : Guillaumin & Cie, A. Rousseau, 1885.
- CARRÉ DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome 1, Paris : Sirey, 1920.
- CAVAILLÈS (H.), *La route française. Son histoire. Sa fonction*, Armand Colin, 1946.
- COURCELLE (L.) *Traité de la voirie*, Paris : Berger-Levrault & C^{ie}, 1900.
- DEBRIE (J.), LAVAUD-LETILLEUL (V.) (dir.), *La décentralisation portuaire : réformes, acteurs, territoires*, L'Harmattan, 2010.
- DEBROZY (C.), *Voyage d'un gaulois à Rome à l'époque du règne d'Auguste et pendant une partie du règne de Tibère*, 4^{ème} éd., Paris : Ch. Delagrave, 1875.
- DE FRANQUEVILLE (C.), *Les Institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre*, 2^{ème} éd., Paris : L. Hachette, 1864.
- DELEULE (D.), *Hume et la naissance du libéralisme économique*, Paris : Aubier, coll. Analyse et raisons, 1979.
- DE RAYNEVAL (M.-J.), *De la liberté des mers*, Tome 1, Paris : Treuttel et Wurtz, Arthus Bertrand, Delaunay, 1811.
- DUCROCQ (T.), *Traité des ventes domaniales*, Paris : Cotillon, 1865.
- DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris : Librairie Félix Alcan, 1912.
- DUVAL (P.-M.), *Travaux sur la Gaule (1946-1986)*, Publications de l'École française de Rome (n° 116), 1989.
- EDGEWORTH (R.-L.), *Essai sur la construction des routes et des voiries* (trad. A. Ballyet), Paris : Anselin et Pochard, 1827.
- ÉTIENNE (L.), *Institutes de Justinien traduites et expliquées*, Paris : Cotillon, Aix : Pardigon, 1845.

- FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris : Videcoq, 1836.
- FORSTHOFF (E.), *Traité de droit administratif allemand*, trad. M. Fromont, Bruxelles : Bruylant, 1969.
- FRÉMINVILLE (E.), *La pratique universelle, pour la rénovation des terriers et des droits seigneuriaux*, Paris : Gisse, 1754.
- FUSTIER (P.), *La route. Voies antiques - Chemins anciens - Chaussées modernes*, Paris : A. et J. Picard & C^{ie}, 1968.
- FUSTIER (P.), *L'Homme et les routes. De l'énergie, de la matière, de la pensée*, Paris : A. et J. Picard & C^{ie}, 1972.
- GALBRAITH (J. K.), *Anatomie du pouvoir*, Éd. du Seuil, coll. L'histoire immédiate, 1985.
- GALBRAITH (V.-H.), *Domesday book : its place in administrative history*, Clarendon press, 1974.
- GALLAND (B.), *Philippe Auguste. Le bâtisseur du royaume*, Belin, coll. Portraits, 2014.
- GARNIER (F.-X.P.), *Traité des chemins de toute espèce*, 4^{ème} éd., Paris : Rue des Beaux-Arts, 1834.
- GAUTIER (A.), *Études sur la liste civile en France*, Paris : E. Plon et C^{ie}, 1882.
- GUIZOT (F.), *Cours d'Histoire moderne. Histoire de la civilisation en France, depuis la chute de l'Empire romain jusqu'en 1789*, Bruxelles : Louis Hauman et C^{ie}, 1835.
- HAROUËL (J.-L.), *Histoire de l'urbanisme*, PUF, coll. Que-sais-je ? (n° 1892), 1981.
- HALPÉRIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, Economica, coll. Corpus - Histoire du droit, 2008.
- HAURIU (M.), *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris : Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1899.
- HULOT (H.), BERTHELOT (J.-F.), *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Metz : Behmert et Lamort ; Paris : Rondonneau, 1803.
- ISAMBERT (F.-A.), *Traité de la voirie*, Paris : Constantin, Lecoq et Durey, 1825.
- JOUSSE (D.), *Commentaire sur l'Ordonnance des Eaux et Forêts du mois d'Août 1669*, Paris : Debrure, 1772.
- KANTOROWITZ (E.), *Les Deux Corps du Roi* (trad. J.-P. Genet et N. Genet), Gallimard, 1989.

- JULLIAN (C.), *Histoire de la Gaule*, Tome 5, 2^{ème} éd., Hachette, 1920-1926.
- LANNES (J.), *Les contraventions de grande voirie*, Éditions de l'actualité juridique, 1971.
- LAVEDAN (P.), *Géographie des villes*, Gallimard, coll. Géographie humaine, 1959.
- LAVEDAN (P.), HUGUENEY (J.), *L'Histoire de l'urbanisme. Antiquité*, 2^{ème} éd., Paris : Henri Laurens, 1966.
- MACAREL (L.), BOULATIGNIER (S.), *De la fortune publique en France et de son administration*, Paris : Pourchet, 1838 - 1840.
- MARION (M.), *La vente des biens nationaux pendant la Révolution, avec étude spéciale des ventes dans les départements de la Gironde et du Cher*, Paris : Honoré Champion, 1908.
- MASSELIN (J.), BERNIER (A.), *Journal des États généraux de France tenus à Tours en 1484 sous le règne de Charles VIII*, Paris : Imprimerie Royale, 1835.
- MENCHE DE LOISNE (C.), *France et Angleterre. Étude sociale et politique*, Paris : E. Dentu, 1859.
- MIETTON (N.), *Destin de diamants*, Pygmalion (livre numérique), 2013.
- MUMFORD (L.), *La Cité à travers l'Histoire* (trad. Guy et Gérard Durand), Le Seuil, coll. Esprit « La cité prochaine », 1964.
- PAQUOT (T.), *L'espace public*, La Découverte, coll. Repères, 2009.
- PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1989.
- PERRET (J.-M.), *Les contraventions de grande voirie*, PUF, coll. Que sais-je ? (n° 2894), 1994.
- PEYRÉ (J.-F.-A.), *Lois des francs, contenant la loi salique et la loi*, Paris : Firmin Didot, 1828.
- PINTEVILLE-CERNON (J.-B. de), *Observations sur la vente des biens nationaux aux particuliers*, Paris : Imprimerie nationale, 1790.
- PLOCQUE (A.), *Législation des eaux et de la navigation - Des cours d'eau navigables et flottables (partie I)*, Paris : A. Durand et Pedone Lauriel, 1873.
- POIRSON (A.), *Histoire du règne de Henri IV*, 2^{ème} éd., Paris : Didier et C^{ie}, 1865.
- POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de vente*, Paris : Debure, 1772.
- POULLAIN DU PARC (A.-M.), *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Rennes : François Vatar, 1767

- QUESNAY (F.), *Essai sur l'administration des terres*, Paris : Jean-Thomas Hérissant, 1759
- RAVINET (T.), *Code des ponts et chaussées et des mines*, Tome 1, Paris : Carilian-Goeury, 1829.
- REVERDY (G.), *Histoire des routes de France*, PUF, coll. Que-sais-je (n° 2964), 1995.
- ROUCHE (M.), *Le choc des cultures. Romanité, Germanité, Chrétienté durant le Haut Moyen Âge* (textes réunis par Jean Heuclin), Presses universitaires du Septentrion, coll. Histoire et Civilisations, 2003.
- SALEILLES (R.), *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris : Larose et Forcel, 1889.
- SALIN (P.), *Libéralisme*, Paris : Odile Jacob, 2000
- SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1976.
- SPENCER (H.), *Principes de sociologie* (trad. E. Cazelles et J. Gerschel), Paris : Germer, Baillière et C^{ie}, 1879.
- SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Les voies du droit, 1994
- TAZI-SADEQ (H.), *Du droit de l'eau au droit à l'eau au Maroc et ailleurs*, La croisée des Chemins, 2006.
- THOMASSET (C.), JAMES-RAOUL (D.) (dir.), *Les ponts au Moyen Âge*, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2009.
- VALIN (R.-J.), *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la Marine du mois d'août 1681*, La Rochelle : Jérôme Legier, P. Mesnier, 1760.
- VAN DEN HEUVEL (J.), *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2^{ème} éd., Bruxelles : F. Larcier et G. Pedone-Lauriel, 1884
- VERDON (J.), *Voyager au Moyen Âge*, éd. Perrin, coll. Tempus, 2007.
- VIGNON (E.-J.-M.), *Études historiques sur l'administration des voies publiques en France*, Paris : Dunod, 1862.
- WALRAS (A.), *De la nature de la richesse, et de l'origine de la valeur*, Paris : Alexandre Johanneau, 1831
- WORMS (R.), *Philosophie des sciences sociales*, Paris : V. Giard & E. Brière, 1903.

Ouvrages collectifs

Actes du colloque « Domaine public et activités économiques », organisé les 20 et 21 septembre 1990 par la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et les CJEG, n° hors-série des CJEG, octobre 1991.

Propriétés publiques. Quels contrats pour quels projets ?, compte rendu du 109^{ème} congrès des notaires de France, tenu à Lyon du 16 au 19 juin 2013.

Thèses et mémoires

BAILLIÈRE (P.-G.-E.), *Du domaine public de l'État à Rome et dans l'ancien droit français*, Paris : Émile Martinet, 1882.

BARBATO (A.), *Les cessions des biens publics immobiliers* (mémoire), Lyon : Publication de l'Université Jean Moulin Lyon III, coll. Mémoires de l'équipe de droit public, 2012.

BERNARD (S.), *La recherche de rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, préf. J.-P. Biays, LGDJ, coll. Thèses, 2001.

BERTOUT (C.), *Le domaine militaire*, Paris : A. Rousseau, 1909.

BETTIO (N.), *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. C. Laviaille, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2011.

BEUF (L.), *Droit romain. Les voies de communication. Droit français. Les chemins de fer d'intérêt local*, Paris : L. Larose et Forcel, 1885.

BEURDELEY (M.), *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, Paris : Recueil Sirey, 1928.

BIN (L.), *La protection de la propriété en Chine*, préf. M. Delmas-Marty, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011.

BONNARD (R.), *Des contraventions de grande voirie*, Bordeaux : Y. Cadoret, 1904.

BOUILLIER (C.-P.-V.), *Droit romain des servitudes de passage. Droit français, étude sur les servitudes d'utilité publique en général*, Paris : A. Parent, 1873.

BROUANT (J.-P.), *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse Paris I, 1995.

CALMETTES (J.-F.), *La rareté en droit public*, préf. L. Rapp, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004.

CAMUS (A.), *Le pouvoir de gestion du domaine public*, Thèse Paris X, 2014.

CARPI-PETIT (S.), *Les successions administratives*, préf. J.-M. Lemoyne de Forges, Presses Universitaires de Rennes, coll. Univers des normes, 2006.

CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004.

CHAUMONT (P.), *De la nature du domaine public*, Paris : Bonvalot-Jouve, 1908.

CHEVALLIER (J.-J.), *La compétence juridictionnelle en matière de contraventions de voirie*, Nancy : Impr. nancéienne, 1925.

CHRÉTIEN (P.), *La distinction des domaines comme forme symbolique : recherches relatives au droit des biens publics*, Thèse Paris I, 1990.

CHOUQUET (M.), *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, Thèse Bordeaux IV, 2013.

COQUET (É.), *Le domaine public colonial*, Poitiers : L'Union, 1904.

COSTE (L.), *Droit romain des voies publiques et privées et des servitudes de passage*, Lyon : J. Gallet, 1880.

COZIAN-TARAVANT (S.), *La prohibition des engagements perpétuels*, Thèse Montpellier, 2011.

CRESP (M.), *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, préf. J. Hauser, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2013.

DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER (O.), *La justification actuelle de la distinction entre domaine public et domaine privé*, Thèse Aix-en-Provence, 1994.

DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse Paris II, 2006.

DE LAUBADÈRE (A.), *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Paris : Recueil Sirey, 1935.

DÉNOYER (J.-F.), *L'exploitation du domaine public*, préf. G. Vedel, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1969.

DES GLAJEUX (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1859.

DESJARDINS (A.), *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dans le droit ancien et moderne*, Paris : Auguste Durand, 1862.

DEZOBRY (G.), *La théorie des infrastructures essentielles*, préf. J.-M. Thouvenin, LGDJ, coll. Thèses, 2009.

DIEULOUARD (H.), *Théorie des cours d'eau*, Paris : H. Plon, 1864.

DREVET (L.), *L'expropriation du domaine public*, Toulouse : J. Fournier, 1923.

DUVERGER (M.), *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, Bordeaux : E. Castera, 1940.

ESPLUGAS (P.), *Conseil constitutionnel et service public*, préf. G. Vedel, LGDJ, Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 1994.

FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, préf. F. Moderne, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003.

GALLAND-SEGUELA (M.), *Les ingénieurs militaires espagnols de 1710 à 1803. Étude prosopographique et sociale d'un corps d'élite*, Madrid : Casa de Velásquez, coll. Bibliothèque de la Casa de Velásquez.

GARBOULEAU (P.-J.), *Du domaine public en droit romain et en droit français*, Paris : Bonaventure et Ducessois, 1859.

GIACUZZO (J.-F.), *La gestion des personnes publiques en droit français*, préf. F. Fraysse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2014.

GUILLE (E.), *L'alignement des voies publiques et privées*, Paris : L. Rodstein, 1938.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. É. Picard, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004.

HERTZOG (R.), *Recherches sur la gratuité et la non-gratuité des services publics*, Thèse Strasbourg, 1972.

HOUDRY (J.), *Les problèmes financiers de la route française*, Paris : Maurice Lavigne, 1941.

HUET-GUYARD (J.-M.), *La distinction du domaine public et du domaine privé*, Paris : Domat-Monchrestien, 1939.

JANSSE (L.), *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris : Domat-Monchrestien, 1938.

JOURDANNE (G.), *De l'indisponibilité du domaine public en droit romain et en droit français*, Toulouse : J. Boé, 1881.

KHALFOUNE (T.), *Le domaine public en droit algérien : réalité et fiction*, préf. L. Saïdj, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004.

KLEIN (C.), *La police du domaine public*, préf. P. Lavigne, Paris : LGDJ, 1966.

LENOIR (Y.), *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, Paris : Sirey, 1966.

LEYTE (G.), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e - XV^e siècles)*, préf. A. Rigaudière, Presses universitaires de Strasbourg, 1996.

LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, préf. J.-A. Mazères, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997.

LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse Bordeaux, 1975.

LOGÉAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, préf. J. Petit, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011.

MAMONTOFF (C.), *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, préf. P. Godfrin, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003.

MAROGER (G.), *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, préf. R. Capitant, Paris : Sirey, 1942.

MARTSOUKOU (M.), *La gratuité du domaine public*, Thèse Paris II, 2004.

MASSALOUX (J.-P.), *La Régie de l'Enregistrement et des Domaines aux XVIIIème et XIXème siècles : étude historique*, préf. M. Bruguière, Genève : Librairie Droz, coll. Hautes études médiévales et modernes, 1989.

MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris : LGDJ, 1906.

MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997.

MONTEIL (M.), *Formation et évolution de la notion de domanialité*, Paris : L. Larose, 1902.

MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques*, préf. D. Truchet, LGDJ, Collection Thèses, 2001

PAPANDRÉOU-DETERVILLE (M.-F.), *Le droit anglais des biens*, préf. G. Samuel, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004

PAULIAT (H.), *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, préf. J. Morange, PUF, 1994.

PELLOUX (R.), *La notion de domanialité publique depuis la fin de l'Ancien Droit*, Paris : Dalloz, 1932.

PETOT (J.), *Histoire de l'administration des ponts et chaussées*, Paris : M. Rivière, 1958.

RAESTAD (A.), *La Mer territoriale. Études historiques et juridiques*, Paris : A. Pedone, 1913.

RIPERT (H.), *Le principe de spécialité chez les personnes morales du droit administratif, son application en matière de dons et legs*, Paris : A. Rousseau, 1906.

ROGERS (D.), *La cession des patrimoines immobiliers des personnes publiques*, Thèse Montpellier, 2011.

ROUAULT (M.-C.), *L'intérêt communal*, Presses universitaires de Lille, 1991

ROUSSELET-PIMONT (A.), *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Étude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime* (mémoire), LGDJ, 1994.

ROUX (C.), *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, Thèse Lyon III, 2013.

SUPPLISSON (A.), *De l'engagement du domaine sous l'Ancien Régime*, Paris : É. Larose, 1910.

TEITGEN-COLLY (C.), *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, préf. P. Lavigne, Economica, 1981.

TROTABAS (L.), *De l'utilisation du domaine public par les particuliers (essai de classification juridique)*, Grenoble : Allier, 1924.

VEGTING (W.-G.), *Domaine public et res extra commercium : étude de droit romain, français et néerlandais*, Paris : Sirey, 1950.

WALINE (M.), *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines respectifs*, Paris : Jouve et C^{ie}, 1925.

XIFARAS (M.), *La propriété : étude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004.

YOLKA (P.), *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1997.

Articles et contributions

ACH (N.), « Les propriétés publiques, une piste renouvelée de création de ressources », *RFAP* 2012/4 (n° 144), p. 995.

AMADÉI (J.-P.), « Domanialité publique, propriété administrative et affectation à la lumière de la décision », *AJDI* 1996, p. 981.

AMADEI (J.-P.), « Le patrimoine immobilier des nouvelles entreprises publiques. Domaine ou propriété privée ? » *AJDI* 1998, p. 602.

AMSELEK (P.), « Peut-il y avoir un Etat sans finances ? » *RDP* 1983, p. 267.

ARBELLOT (G.), « La grande mutation des routes de France au XVIII^e siècle », *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, 28^{ème} année, n° 3, 1973, p. 765

ARZUL (G.), « L'impossible recensement du patrimoine de l'État », *Études foncières* n° 88, automne 2000, p. 20.

AUBY (J.-B.), « Le péage urbain », *Dr. adm.* n° 11, novembre 2011, repère 10.

AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *Études et documents du Conseil d'État*, 1958, p. 35.

AUBY (J.-M.), « L'action domaniale », *AJDA* 1983, p. 507.

ATIAS (C.), « La nature mixte du désenclavement : titre légal et chose jugée », *Gaz. Pal.* 17 janvier 2013, n° 17, p. 5.

Auteur anonyme, « Tableau général des propriétés de l'État, dressé en exécution de la loi du 31 janvier 1833 », *L'Artiste. Journal de la littérature et des beaux-arts*, 1^{ère} série, Tome 13, 1837, p. 226.

AYMES (J.-R.), « La route espagnole sous le regard des Ilustrados : désolation et espérance », in *Les voies des Lumières. Le monde ibérique au XVIII^e siècle*, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, coll. Iberica, 1998, p. 45.

BACHELIER (G.), « Spécial, indispensable, global, virtuel : trop d'adjectifs pour le domaine public immobilier ? », *AJDA* 2013, p. 960

BAILLEUL (D.), « Le droit administratif en question : de l'intérêt général à l'intérêt économique général ? », *JCP A* 2005, n° 1147.

BALLANDRAS-ROZET (C.), « L'aménagement indispensable, un critère discutabile de réduction du domaine public », *AJDA* 2007, p. 571.

- BALLANDRAS-ROZET (C.), « Les justifications économiques et juridiques au critère de l'aménagement indispensable », *JCP A* 2007, n° 2089
- BARTHÉLEMY (C.), RUBIO (A.-E.), « Le transfert, par la loi du 8 décembre 2009, des ouvrages du STIF à la RATP », *RFDA* 2010, p. 62.
- BASTID (P.), « Les aisances de voirie. Étude de doctrine et de jurisprudence », *RDP* 1930, p. 609.
- BASTIEN (H.), « A quoi sert le domaine public mobilier ? L'exemple des biens culturels » *AJDA* 1993, p. 675.
- BAZEX (M.), « Les personnes publiques peuvent-elles faire des libéralités ? » in *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 197
- BENESTY (G.), « L'établissement des systèmes de vidéoprotection par les collectivités territoriales après la LOPPSI 2 », *AJCT* 2011, p. 322.
- BERNARD (A.), « Estimer l'inestimable », *RTD Civ.* 1995, p. 271.
- BETTIO (N.) « Les aliénations gratuites entre personnes publiques », in *Le don en droit public* (dir. N. Jacquinet), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, 2012, p. 129.
- BIENVENU (J.-J.), « D'un droit l'autre. Sur le contentieux des biens nationaux », in *L'unité du droit* (mélanges R. Drago), Economica, 1996, p. 193.
- BIOY (X.), « La propriété éminente de l'État », *RFDA* 2006, p. 963.
- BLIN (O.), « La désaffectation domaniale », *RDI* 1999, p. 49.
- BONNET (C.), « La vente des biens nationaux dans les Bouches-du-Rhône », *Histoire, économie et société* 1998, vol. 7, p. 117.
- BORNECQUE (É.), « Les autoroutes, nouvelle dépendance du domaine public », *RDP* 1939, p. 240.
- BORY (J.), « Les fonctions domaniales de la Direction générale des impôts », *Le Bulletin de l'Economie et des Finances* n° 51, avril-juin 1970, p. 84.
- BOSGIRAUD (C.), « Les transferts de propriétés entre personnes publiques », *JCP A* 2006, n° 1248.
- BOSGIRAUD (C.), « Les clauses dites anti-spéculatives. - "En toute chose, il faut considérer la fin" », *JCP A* 2008, n° 2257.
- BOSGIRAUD (C.), « Les ventes à l'euro symbolique consenties par les personnes publiques », *JCP A* 2011, n° 2359.

BOUDET (J.-F.), « Les propriétés publiques et la comptabilité publique », in *Réflexions sur le Code général de la propriété des personnes publiques* (dir. s. Guérard), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, p. 49.

BOURRACHOT (F.), « La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens », *RFDA* 2003, p. 1110.

BOUTAYEB (C.), « Liberté d'utilisation du domaine public et affectation domaniale », *RDP* 2001, p. 221.

BOYER (A.), « La liberté de manifestation en droit constitutionnel français », *RFDC* n° 44, 2000, p. 675.

BRAUD (X.), « De l'annulation des décisions de fermeture de lignes ferroviaires », *JCP A* 2003, n° 1330.

BRIQUEL (D.), « Rome comme ville étrusque », in *Roma illustrata* (dir. p. Fleury et O. Desbordes), Presses universitaires de Caen, 2008, p. 63.

BROUANT (J.-P.), « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *LPA* 15 juillet 1994, n° 84, p. 21.

BROUANT (J.-P.) et NOVAK (A.), « Les propriétés publiques immobilières en droit allemand », *Rev. adm.* juillet-août 1993, p. 370.

BRUGUIÈRE (M.), « Assignats », in *Dictionnaire critique de la Révolution française* (dir. F. Furet et M. Ozouf), Flammarion, 1998, p. 462

BUSSON (B.), « L'aliénation des chemins ruraux : évolutions récentes », *AJDA* 2002, p. 612.

CACHIN (F.), POMIAN (K.), « Les musées français à l'heure d'Abou Dhabi », *Rev. Le Débat*, n° 145, mai-août 2007, p. 182.

CAUDAL (S.), BILLET (P.), « Propriété publique et protection de la diversité biologique », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial 2008, p. 113.

CHAMARD-HEIM (C.), « Les immeubles à usage de bureaux et la valorisation des patrimoines publics », *Droit et patrimoine* 2005, p. 133.

CHAMARD-HEIM (C.), « L'évolution des formes du désengagement de l'État dans les infrastructures de transports : l'exemple des ports maritimes et des aéroports », *Annales de la voirie*, juillet-août 2005, n° 98, p. 133 et octobre 2005, n° 100.

CHAMARD-HEIM (C.), « Les frontières de la propriété. Le domaine public », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat* (dir. D. Tomasin), Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales, 2007, p. 90.

CHAMARD-HEIM (C.), « Domaine public naturel et décentralisation », *AJDA* 2009, p. 2335.

- CHAMARD-HEIM (C.), « Les personnes publiques locataires », *JCP A* 2012, n° 2139.
- CHEROT (J.-Y.), « Les techniques du juge administratif dans la détermination et la consistance du domaine public. Essai d'appréciation de certains concepts », *Revue de la recherche juridique* 1981, p. 215.
- CHIARAMONTI (C.), « Le domaine immobilier de l'État », *Économie et statistique* n° 78, mai 1976, p. 71.
- CLIQUENNOIS (M.), « Aliénation des biens du domaine privé des collectivités territoriales. Article L. 311-8 : le retour ! », *JCP N*, 1995, n° 3349.
- COLLY (F.), « Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété », *RDP* 1988, p. 135.
- CORAIL (J.-L.), « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative », in *Études de finances publiques*, (mélanges P.-M. Gaudemet), Economica, 1984, p. 335.
- DAMAREY (S.), « Le prix symbolique en droit public », *AJDA* 2003, p. 2298.
- DANIS-FATÔME (A.), « Biens publics, choses communes ou biens communs ? Environnement et domanialité », in *Bien public, bien commun* (mélanges É. Fatôme), Dalloz, 2011, p. 99.
- DARRASPEN (H.), « La méthode d'estimation des biens par capitalisation », *AJDI* 1991, p. 817.
- DAVID (C.), Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique, *LPA* 17 août 2007, n° 165, p. 3.
- DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER (O.), « Domaine public et droits réels », *JCP G* 1995, I 3812.
- DAVIDE (J.), « Les octrois et leur suppression », *Revue historique de droit français et étranger* 1988, p. 561.
- DE BOISGUILBERT (P.), Dissertation sur la nature des richesses, de l'argent et des tributs, où l'on découvre la fausse idée qui règne dans le monde à l'égard de ces trois articles, 1707, in DAIRE (E.), *Économistes financiers du XVIII^e siècle*, Paris : Guillaumin, 1843, p. 396.
- DE CONDORCET (N.), « Sur la formation des communes », in *Œuvres complètes de Condorcet*, Paris ; Henrichs et autres, 1804.
- DE GAUDEMAR (H.), « Un droit domanial spécial des personnes publiques spécifiques », *JCP A* 2006, n° 1159.
- DE GAUDEMAR (H.), « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation de 1930 », *RFDA* 2007, p. 1297.

DE GAUDEMAR (H.), « Les clauses de sauvegarde de l'intérêt général dans les contrats portant sur le domaine privé », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 155.

DE GAUDEMAR (H.), Les propriétés publiques immobilières externalisables, JCP A 2012, n° 2132.

DE GAUDEMAR (H.), « La dépenalisation du stationnement payant des véhicules sur la voie publique », JCP A 2014, n° 2055.

DEGUERGUE (M.), « La gestion du patrimoine public », in *La nouvelle administration financière et fiscale*, préf. p. Parini, dir. M. Bouvier, LGDJ, 2011, p. 151.

DELALOY (G.), « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP* 2006, p. 575.

DELAUNAY (B.), « Les services à compétence nationale », *Droit Administratif* n° 4, avril 2009, étude 7.

DELVAUX (H.), « Le domaine public et le domaine public en droit luxembourgeois », *Revue juridique et politique : indépendance et coopération* 1970, n° 4, pp. 877 et 878.

DELVOLVÉ (P.), « Service public et libertés publiques », *RFDA* 1985, p. 1.

DELVOLVÉ (P.), « Droit de propriété et droit public », in *État de droit* (mélanges G. Braibant), Dalloz, 1996, p. 158.

DESCHAMPS (M.), REIS (P.), « Système d'enchères et marchés publics. Du moins disant au mieux disant », in *Le management public en mutation*, l'Harmattan, 2008, p. 275.

DIATKINE (D.), « Hume et le libéralisme économique », in *Le libéralisme économique : interprétations et analyses*, L'Harmattan, coll. Cahiers d'économie politique, 1989, p. 3.

DRACH (M.), « L'argent ou le simulacre maintenu », in *L'argent. Croyance, mesure, spéculation* (dir. M. Drach), La Découverte, coll. Recherches, 2004, p. 27.

DUBOST (D.), « Le domaine au trésor public », *La Revue du Trésor* janvier 2007, p. 34.

DUFAU (J.), « Le régime juridique du stationnement des automobiles dans les agglomérations », *AJDA* 1976, p. 496.

DUMAS (P.), « La gestion immobilière de l'État : bilan et possibilités d'amélioration », *Regards sur l'actualité*, n° 305, novembre 2004, p. 81.

DUMAS-LAVENAC (S.), « La patrimonialisation du corps humain : introduction juridique », in *Corps et patrimoine (Les cahiers du droit de la santé n° 18)*, avril 2014, p. 47

DURAND (C.), « Désaffectation et déclassement des biens du domaine public », *RDP* 1956, p. 233.

DUROY (S.), « La sortie du domaine public : le déclassement », *AJDA* 1997, p. 819.

DUTRIEUX (D.), « Les nouvelles modalités juridiques de gestion du patrimoine public », in *Réflexions sur le Code général de la propriété des personnes publiques* (dir. s. Guérard), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, p. 87.

ECKERT (G.), « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 53.

ÉVEILLARD (G.), « Précisions sur l'entretien des chemins ruraux », *AJDA* 2013, p. 1002

FATÔME (É.), « À propos des bases constitutionnelles du domaine public », *AJDA* 2003, p. 1192.

FATÔME (É.), « À propos des bases constitutionnelles du domaine public (suite) », *AJDA* 2003, p. 1404.

FATÔME (É.), « Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004 », *AJDA* 2005, p. 584.

FATÔME (É.), « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions », *AJDA* 2006, p. 1087.

FATÔME (É.), « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA* 2007, p.959.

FATÔME (É.), TERNEYRE (P.), « La loi du 25 juillet 1994, observations complémentaires », *AJDA* 1994, p. 780.

FATÔME (É.), TERNEYRE (P.), « Commentaire du décret n° 95-595 du 6 mai 1995 relatif à la constitution de droits réels sur le domaine public », *AJDA* 1995, p. 905.

FAU-NOUGARET (M.), « Liberté de navigation et responsabilité sur le domaine public fluvial », *AJDA* 2005, p. 1990.

FAURE (B.), « Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie », *RFDA* 2004, p. 299.

FAVOREU (L.), « Service public et Constitution », *AJDA* 1997, n° spécial, p. 16.

FLEURY (T.), « La liberté contractuelle des personnes publiques », *RFDA* 2012, p. 231.

FOULON (C.-H.), « Le mobilier national », *Administration* n° 155, 1992, p. 101.

FOURMON (A.), « Transport de mobilité durables : l'expérimentation en matière de péage urbain », *Gaz. Pal.*, 27 mars 2010, n° 86, p. 25.

FOURNIER (A.), JACQUOT (H.), « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », *AJDA* 1994, p. 759.

FRANCFORT (J.), « La cession des propriétés publiques », *AJDA* 2013, p. 558.

GAC (P.), « Instruction budgétaire et comptable M 14 : vers un meilleur suivi de l'actif immobilisé des collectivités », *Revue du Trésor* 1999, p. 348.

GARDEN (M.), « Histoire de la rue », *Pouvoirs* n° 116 (« La rue »), p. 5.

GATÉ (J.), « Le corps humain, bien public hors du commun », in *Bien public, bien commun* (mélanges É. Fatôme), Dalloz, 2011, p. 148.

GAUDEMET (Y.), « La gratuité du domaine public » in *Études de finances publiques*, (mélanges P.-M. Gaudemet), Economica, 1984, p. 1023.

GAUDEMET (Y.), « Libertés publiques et domaine public », in *Libertés* (mélanges J. Robert), Monchrestien, 1998, p. 125.

GAUDEMET (Y.), « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094.

GAUDEMET (Y.), « Le droit de priorité des communes n'est pas un droit de préemption », *JCP N* 2006, 1364.

GAUDEMET (Y.), « Constitution et biens publics », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} octobre 2012, n° 37, p. 65.

GEFFRÉ (P.), « L'État héritier de la couronne de France », *Administration* n° 155, avril-juin 1992, p. 84.

GHESTIN (J.), « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *D'ici, d'ailleurs : harmonisation et dynamique du droit* (mélanges D. Tallon), Paris : Société de législation comparée, 1999, p. 251.

GONDOUIN (G.), « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *AJDA* 1994, p. 786.

GRANDAZZI (A.), « La *Roma quadrata* : mythe ou réalité ? », in *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, n° 105-2, 1993, p. 493.

GRENIER (A.), « Les voies romaines en Gaule, » in *Mélanges d'archéologie et d'histoire* (Tome 53), 1936, p. 5.

GROS (M.), « L'affectation, critère central de la domanialité publique », *RDP* 1992, p. 748.

GROSBON (S.), « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : antilogie juridique et oxymore politique », in *À la recherche de l'effectivité des droits de*

l'homme (dir. V. Champeil-Desplats et D. Lochak), Presses universitaires de Paris Ouest (livre numérique), 2008, p. 139.

GUÉRY (A.), « Le roi dépensier. Le don, la contrainte et l'origine du système financier de la monarchie française d'Ancien Régime », *Annales Économies, sociétés, civilisations*, 1984, p. 1241.

GUILLEMONAT (A.), RAMOND (O.), « Evaluation fiscale des produits financiers dérivés : un manque critique de repères face à des enjeux économiques majeurs », *Revue Droit fiscal* 2014, p. 274.

GUILLOIS (A.), « Les contraventions de grande voirie », *RDP* 1923, p. 303.

GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1976, p. 215.

GUYON (L.), LAVIGNE (P.), « Comment dégager des marges de manœuvre grâce à la gestion du patrimoine dans les collectivités locales ou territoriales », *Les Fiches Pratiques Financières*, n° 120, juin-juillet 2010.

HASTINGS-MARCHADIER (A.), « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA* 1998, p. 683

HAYAT (S.), « La République, la rue et l'urne », *Pouvoirs* n° 116 (« La rue »), p. 31.

HERTZOG (R.), « Le prix du service public », *ADJA* 1997, n° spécial, p. 55.

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

HOURQUEBIE (F.), « Le domaine public mobilier », *RDP* 2005, p. 635.

HUBRECHT (H.-G.), « Faut-il définir le domaine public et comment ? Méthode énumérative et méthode conceptuelle », *AJDA* 2005, p. 598.

HUBRECHT (H.-G.), « L'inaliénabilité. Passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel », in *La Constitution et les valeurs* (mélanges D.-G. Lavroff), Dalloz, 2005, p. 417.

HUME (D.), « De la circulation monétaire », trad. C. Formentin in *David Hume : Œuvre économique* (textes regroupés par Léon Say), Paris : Guillaumin et C^{ie}, 1888, p. 23

JACK-MAYER (A.), « Les conventions relatives à la personne physique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p. 370.

JACOBY (E.), « Mutations de biens ou droits immobiliers : rôle respectif des services des domaines et des notaires en matière d'évaluation », *LPA* 14 mai 2001, n° 95, p. 66.

JACQUINOT (N.), « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA* 2003, p. 658.

KARADGÉ-ISKROW (N.), « Nature juridique des choses publiques », *RDP* 1930, p. 670.

KHALFOUNE (T.), « Le Habous, le domaine public et le trust », *Revue internationale de droit comparé* 2-2005, p. 441

KNAEBEL (G.), *La rue mémoire, écriture du politique*, Pouvoirs n° 116 (« La rue »), p. 87.

KOUÉVI (A.), « L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie », *AJDA* 2000, p. 393.

LAGRANGE (M.), « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDP* 1974, p. 5.

LAKEHAL (L.), « La fermeture municipale des rues publiques à Londres : le cas des *Gating Orders* à Camden », *Géocarrefour* vol. 83/2, 2008, p. 129.

LAMARQUE (D.), « L'entretien et la gestion du patrimoine immobilier : l'État comptable de son histoire », *Administration* n° 155, avril-juin 1992, p. 28.

LANDREAU (D.), « L'enclave », *JCP G* 1963, I 1784.

LANGELIER (É.), « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens ? », *RDP* 2011, p. 1493.

LARDEUX (G.), « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD Civ.* 2013, p. 741.

LAVIALLE (C.), « La fin des chemins ruraux ? », in *Mélanges offerts à Pierre Montané de la Roque*, Tome 1, Presses IEP Toulouse, 1986, p. 449.

LAVIALLE (C.), « Existe-t-il un domaine public naturel ? » ; *CJEG* 1987, p. 627.

LAVIALLE (C.), « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, p. 470

LAVIALLE (C.), « Le prix de vente des biens du domaine privé », *JCP G* 1991, I, n° 3519.

LAVIALLE (C.), « 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.

LAVIALLE (C.), « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G* 1994, I 3766.

LAVIALLE (C.), « La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État », *RFDA* 1994.

LAVIALLE (C.), « Décentralisation et domanialité », *RFDA* 1996, p. 953.

- LAVIALLE (C.), « Le domaine public, chose publique ou patrimoine public ? » in *Pouvoir et gestion*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. Histoire, gestion, organisations, 1997, p. 281.
- LAVIALLE (C.), « Le domaine public : une catégorie juridique menacée ? », *RFDA* 1999, p. 579.
- LAVIALLE (C.), « La gratuité du domaine public », in *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 197.
- LAVIALLE (C.), « Les propriétés publiques saisies par la comptabilité », *AJDA* 2005, p. 2257.
- LAVIALLE (C.), « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA* 2008, p. 491.
- LAVIALLE (C.), « Que reste-t-il de la jurisprudence Société Le Béton ? », *RFDA* 2010, p. 533.
- LAVIALLE (C.), « Don et domaine public », in *Le don en droit public* (dir. N. Jacquinet), Presses de l'Université Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, 2012, p. 111.
- LEMENNICIER (B.), « La privatisation des rues », *Le Journal des Économistes et des Études humaines*, juin/septembre 1996.
- LÉONETTI (R.), « La cession des immeubles publics », *AJDA* 2010, p. 2463.
- LEUFFLEN (P.), « Préoccupations notariales à l'occasion des ventes publiques immobilières, in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 127.
- LEVASSEUR (É.), « Les assignats pendant la Révolution », *Revue européenne* 1859, Tome 5, p. 833.
- LEVOYER (L.), « L'imparfaite connaissance du patrimoine immobilier de l'État », *RDI* 2009, p.531.
- LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Revue des sociétés* 1995, p. 437.
- LICHÈRE (F.), « Les contrats publics de vente immobilière », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 101.
- LIGNIÈRES (L.), BABIN (L.), « L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'État », *Dr. adm.* mai 2002, p. 37.
- LITVAN (D.), « La dynamique de la réforme comptable de l'État : les comptes 2008, une nouvelle étape significative », *Gestion et finances publiques* 2009, p. 665.

LLORENS (F.), « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et Marchés publics*, mai 2007, étude 6.

LOHÉAC-DERBOULLE (P.), « Les redevances domaniales depuis l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques, une obscure clarté », *RFDA* 2013, p. 1143.

LOISEAU (G.), « Pour un droit des choses », *D.* 2006, p. 3015.

LOMBARD (M.), « Ampleur du patrimoine immobilier de l'État », *Lettre jurisclasser du droit public des affaires*, n° 11, 1999.

MAGDELAIN (A.), « Procum patricium », in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Publications de l'École française de Rome, 1990, p. 405

MARTEL (J.-J.), « La vente aux enchères publiques d'un immeuble : une vente au résultat très incertain ? », *AJDI* 2011, p. 772.

MARTY (F.), VIDAL (L.), VOISIN (A.), « La réalisation des actifs immobiliers publics, quelles modalités juridiques et financières ? », *LPA* n° 254, 21 décembre 2004, p. 9.

MATHEY (N.), « Personne publique et personne privée », in *La personnalité juridique*, LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2007, p. 63.

MAUGÜÉ (C.), BACHELIER (G.), « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073

MAUGÜÉ (C.), « La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages », *AJDA* 2006, p. 1496.

MCPHERSON (M.), SMITH-LOVIN (L.), BRASHEARS (M.), « Social isolation in America : changes in core discussion networks over two decades », *American Sociological Review* juin 2006, n° 71, p. 353.

MELLERAY (F.), « La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique », *AJDA* 2004, p. 490.

MELLERAY (F.), « L'échelle de la domanialité », in *Mouvement du droit public* (mélanges F. Moderne), Dalloz, 2004, p. 287.

MELLERAY (F.), « Le Code général de la propriété des personnes publiques. Définitions et critères du domaine public », *RFDA* 2006, p. 906.

MELLERAY (F.), « De quelques incertitudes relatives à la "théorie" de la domanialité publique globale », in *Bien public, bien commun* (mélanges É. Fatôme), Dalloz, 2011, p. 321.

MELLERAY (F.), « L'entrée et la sortie du domaine public dans le Code général de la propriété des personnes publiques. Brèves remarques sur une asymétrie », *LPA* 6 juin 2013, n° 113, p. 47.

- MÉNY (Y.), « L'ouverture au public des voies privées urbaines », *AJDA* 1971, p. 18.
- MODERNE (F.), « Sur une institution juridiquement fragile : le stationnement payant », *Le Quotidien Juridique*, 15 octobre 1977, n° 112, p. 5
- MONSARRAT (G.), « Droit des riverains des voies publiques », *Revue générale d'administration* 1911, Tome 2 (mai à août), p. 257.
- MORAND-DEVILLER (J.), « La valorisation du patrimoine public », in *L'unité du droit* (mélanges R. Drago), Economica, 1996, p. 273.
- MORANGE (J.), « La déclaration et le droit de propriété », *Droits* n° 8, 1988, p. 101.
- MORITZ (M.), « L'instauration expérimentale des péages urbains (difficultés juridiques autour d'une nouveauté écologique », *BJCL* 2009, n° 11, p. 738.
- MOURGEON (J.), « De quelques rapports entre les libertés et la domanialité publique », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse : Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 607.
- NOËL (T.), « Le rôle et la mission du service des domaines », *Administration* n° 155, avril-juin 1992, p. 49.
- NOGUELLOU (R.), « Le transfert de la propriété publique immobilière », *JCP A* 2012, n° 2137.
- NOGUELLOU (R.), « Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », *AJDA* 2013, p. 986.
- NOVICOW (J.), « La théorie organique des sociétés. Défense de l'organicisme », *Annales de l'Institut international de sociologie*, Tome 5 contenant les travaux de l'année 1898 ; Paris : V. Giard & E. Brière, 1899, p. 72.
- PASTOREL (J.-P.), « L'État-proprétaire : vers une nouvelle définition de ses missions ? », *Administration* n° 155, avril-juin 1992, p. 7.
- PAULIAT (H.), « Droit réel et propriété publique : une conciliation délicate », *D.* 1995, p. 93.
- PAULIAT (H.), « Acquisition et cession dans le Code général de la propriété des personnes publiques », *JCP A* 2012, n° 2049.
- PÉLISSIER (A.), *La gratuité du domaine public*, Thèse Dijon, 1998, p. 129.
- PERRIER (J.-B.), « La gratuité des éléments du corps humain », *Revue Lamy Droit Civil* 2013, n° 110, p. 82.
- PFISTER (L.), « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIX^e siècle », *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2013, n° 4, p. 1261.

PICHET (É), « Le patrimoine de l'État : une évaluation au 1^{er} janvier 2004 », *Revue Politiques et management public*, vol. 23, n°2, 2005, p. 119.

PIERRE-VANTOL (B.), « L'avis du service des Domaines dans les transactions immobilières des collectivités territoriales », *Defrénois*, 30 mars 2008, n° 6, p. 625.

QUERRIEN (M.), « La nouvelle gestion du domaine public immobilier de l'État », *RFAP* n° 76, 1995, p. 675.

QUIOT (C.), « Considérations sur une curiosité juridique : l'existence en droit français d'un domaine privé des personnes publiques », in *Les métamorphoses du droit* (mélanges J.-M. Rainaud), L'Harmattan, 2009, p. 339.

RAPP (L.), « Entrée et sortie des biens (la propriété "choisie") », *RFDA* 2006, p. 916.

REISMAN (C.), « La modernisation de la politique immobilière de l'État. Un chantier emblématique de la réforme de l'État », *Gestion et finances publiques* 2010, p. 400.

RÉZENTHEL (R.), « Le pilotage dans les eaux portuaires », *Droit maritime français* 1988, p. 355.

RIZZO (F.), « Regards sur la prohibition des engagements perpétuels », *Droit & Patrimoine* n° 78, janvier 2000, p. 60.

ROBBES (A.), « La vente du patrimoine immobilier de l'État », *Lamy Droit Immobilier* n° 121, février 2005, p. 1.

ROUAULT (M.-C.), « La constitution de droits réels sur le domaine public », *RDI* 1995, p. 27.

RUELLAN (A.), « Le service des domaines », *RFFP* 1986, p. 142.

SANDEVOIR (P.), « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », *AJDA* 1966, p. 84.

SARAZIN (H.), « Désaffectation et déclassement », *JCP A* 2006, n° 1246.

SASSIER (Y.), « La *Corona regni* : émergence d'une persona ficta dans la France du XII^e siècle », in *La puissance royale. Image et pouvoir de l'Antiquité au Moyen Âge* (dir. E. Santinelli-Foltz et C.-G. Schwentzel), Presses universitaires de Rennes, coll. Histoire, 2012, p. 99.

SÉRIAUX (A.), « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.* 1994, p. 801.

SIDANER (X.) « L'État taille dans son patrimoine », *Acteurs publics* n° 66, septembre 2010, p. 48

- SIMONIAN-GINESTE (H.), « L'avenir du principe d'inaliénabilité du domaine public », *RDI* 1989, p. 169.
- SINGER (J.), « Les droits d'accès et de vue des riverains des voies publiques », *AJDA* 1965, p. 260.
- SIORAT (L.), « La notion d'affectation en matière domaniale », *RDP* 1956, p. 866.
- SORBARA (J.-G.), « Le domaine public mobilier au regard du CGPPP », *AJDA* 2007, p. 619.
- SORBARA (J.-G.), « Les biens communaux. Réminiscences d'une propriété collective d'Ancien Régime », *RDP* 2008, p. 1023.
- SORBARA (J.-G.), « Les sociétés publiques locales et la propriété publique », *RFDA* 2012, p. 1140.
- SPITZ (P.-É.), « Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics : l'exemple de Paris », *AJDA* 2007, p. 954.
- STEINER (P.), « Le projet physiocratique : théorie de la propriété et lien social », *Revue économique*, vol. 38, n° 6, 1987, p. 1111.
- STELKENS (U.), « Le régime des biens publics en droit allemand », compte rendu d'une table ronde organisée le 15 mai 2009 par La Chaire « Mutations de l'Action Publique et du Droit Public » de l'Institut d'Études Politiques de Paris sur le thème « *Le régime des biens publics en droit comparé* » (document disponible uniquement sur le site internet de l'IEP de Paris : www.sciencespo.fr/chaire-madp/content/seminaires-droit-public-compare-europeen-et-global)
- TARTAKOWSKY (D.), « Quand la rue fait l'Histoire », *Pouvoirs* n° 116 (« La rue »), p. 19.
- TEITGEN-COLLY (C.), « Le principe de gratuité de la circulation », *RDP* 1982, p. 1081.
- TERCINET (M.-R.), « La liberté de manifestation en France », *RDP* 1979, p. 1010.
- TEYSSIER (É.), « La vente des biens nationaux et la question agraire, aspects législatifs et politiques, 1789-1795 », *Rives méditerranéennes* 2000, n° 5, p. 45.
- TILLI (N.), « La vente des immeubles relevant du domaine privé de l'État », *AJDA* 2010, p. 714.
- TIMBEAU (X.), « Solidarité intergénérationnelle et dette publique », *Revue de l'OFCE* n° 116, janvier 2011, p. 191.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (G.), « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 443.
- VEDEL (G.), « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in *L'évolution du droit public* (mélanges A. Mestre), Sirey, 1956.

VIDAL-NAQUET (A.), « Droit constitutionnel et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publics* (dir. G. Clamour), LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2011, p. 7.

WATRIN (G.), « Quelques rapports entre les notions de police, domaine et service public », *RDP* 1936, p. 147.

XIFARAS (M.), « Le Code hors du Code. Le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », *Droits* n° 42, 2006, p. 49.

YOLKA (P.), « Un État sans domaine ? », *AJDA* 2003, p. 1017

YOLKA (P.), « ENA : une aliénation sans déclassement », *AJDA* 2005, p. 2313

YOLKA (P.), « Personnalité publique et patrimoine », in *La personnalité juridique*, LexisNexis - Litec, coll. Colloques & Débats, 2007, p. 35.

YOLKA (P.), « Les meubles de l'administration », *AJDA* 2007, p. 964.

YOLKA (P.), « Requiem pour la gratuité ? », *JCP A* 2007, n° 170.

YOLKA (P.), « Exploitation des fréquences hertziennes, point trop n'en faut », *JCP A* 2008, n° 989.

YOLKA (P.), « Domaine local et cessions forcées », *Revue Lamy Collectivités territoriales* 2008, n° 37.

YOLKA (P.), « Le couteau de Lichtenberg. Remarques sur la protection pénale du domaine public », *AJDA* 2009, p. 2341.

YOLKA (P.), « Les ventes immobilières de l'État », *RDP* 2009, p. 1037.

YOLKA (P.), « Autour des cessions des sites militaires aux communes pour l'euro symbolique », *JCP A* 2012, n° 258.

YOLKA (P.), « Compiègne : retour aux courses », *AJDA* 2013, p. 73.

ZÉNATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 305.

ZÉNATI (F.), « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.* 2003, p. 667.

Conclusions, notes, chroniques et observations

ACH (N.), « L'office du juge administratif dans le contentieux des contraventions de voirie routière », note sous CE, 12 novembre 2011, *Commune de Plonéour-Lanvern*, *AJDA* 2012, p. 551.

ARBOUSSET (H.), « Travail public, utilité générale et valorisation du patrimoine des personnes publiques », note sous TA Montreuil, 11 décembre 2011, req. n° 0903486, *JCP A* 2012, n° 2092.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Notion d'acte détachable », concl. sous CE, 6 mai 1996, *Formery*, *AJDA* 1996, p. 551

BACQUET (A.), concl. sous CE, 23 février 1979, *Ministre de l'Équipement c/ Association des amis des chemins de ronde*, rec. Lebon 1979, p. 75.

BARTMANN (L.), « Le prix de vente des biens immobiliers du domaine privé des collectivités territoriales et de leurs groupements », note sous CE, 25 septembre 2009, *Commune de Courtenay*, *Revue Lamy Collectivités territoriales*, n° 53, janvier 2010, p. 57.

BERGEL (J.-L.), « Un propriétaire peut consentir un droit réel de jouissance spéciale de son bien pour plus de trente ans », note sous Civ. 3^{ème}, 31 octobre 2012, *RDI* 2013 p. 80.

BOTTEGHI (D.), LALLET (A.), « La carte du Tribunal des conflits et le territoire du domaine privé », note sous TC, 22 octobre 2010, *Société Brasserie du théâtre*, *AJDA* 2010, p. 2324.

BRAIBANT (G.), concl. sous CE, sect., 26 mai 1965, *Ministre des travaux publics, des transports et du tourisme c/ Époux Tebaldini*, rec. Lebon p. 1965, p. 304.

BRAUD (X.), note sous CE, 6 novembre 2000, *Comité Somport d'opposition totale à l'autoroute Caen-Rennes*, *AJDA* 2001, p. 574.

BRENET (F.), « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public », note sous CE, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens*, *Dr. adm.* n° 11, novembre 2012, comm. 89.

CAPITANT (R.), note sous CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, *D.* 1933, III, p.48.

CHAMARD-HEIM (C.), « Les transferts gratuits et forcés de biens entre personnes publiques : la contribution du Conseil constitutionnel », note sous 2009-954 DC du 3 décembre 2009, *RJEP* n° 676, juin 2010, comm. 33.

COLLIN (P.), « Quel juge pour connaître des litiges relatifs au domaine public ? », concl. sous TC, 22 octobre 2010, *Société Brasserie du Théâtre*, *BJCP* n° 75, p. 56.

D'AVOUT (L.), « Démembrement de propriété, perpétuité et liberté », note sous Civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, *D.* 2012, p. 1934.

D'AVOUT (L.), MALLET-BRICOUD (B.), « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », note sous Civ. 3^{ème}, 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53.

DROSS (W.), « La perpétuité des droits réels *sui generis* », note sous Civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, *JCP G* 2012, n° 930.

DROSS (W.), « L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel ? », note sous Civ. 3^{ème}, 31 octobre 2012, *RTD Civ.* 2013, p. 141.

DUFAU (J.), « Propriété publique et droit privé », note sous CE, 23 octobre 1998. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 23 octobre 1998 Électricité de France » note sous CE, 23 octobre 1998, Électricité de France, *Dr. Adm.*, mai 1999.

FÉVROT (O.), « Le juge du référé-liberté protecteur des aisances de voirie », note sous CE, réf., 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, *AJDA* 2011, p. 1562.

FÉVROT (O.), « La volonté de mieux exploiter son domaine public justifie qu'on mette fin à son occupation », note sous CE, 23 mai 2011, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense*, *RDI* 2011, p. 454.

FRANC (M.), concl. sous CE, 22 avril 1977, *Michaud*, *AJDA* 1977, p. 441.

FOULQUIER (N.), « La conformité peu convaincante à la Constitution de l'incorporation d'office des voies privées ouvertes à la circulation publique », note sous Cons. constit., 6 octobre 2010, n° 2010-43 QPC, *RDI* 2010, p. 612

FOULQUIER (N.), « La délimitation du domaine public maritime : l'expropriation inavouée », note sous CE, 13 juillet 2011, *SNC Defour et compagnie*, *AJDA* 2011, p. 2086.

FOULQUIER (N.), La compatibilité de la procédure d'alignement avec la Constitution : au prix de combien de réserves d'interprétation ?, note sous Cons. constit., 2 décembre 2011, n° 2011-201 QPC, *AJDA* 2012, p. 489.

FOULQUIER (N.), « Le domaine public maritime naturel. La soi-disant évidence de la nature », note sous Cons. constit., 24 mai 2013, n° 2013-316 QPC, *AJDA* 2013, p. 2260.

GLASER (E.), « C'est au conseil municipal qu'il revient d'approuver la passation des baux sur les terrains communaux », concl. sous CE, 5 décembre 2005, *Commune de Pontoy*, *JCP A* 2006, n° 1009.

GRIMAL (P.), *Les villes romaines*, 9^{ème} éd., PUF, coll. Que-sais-je ? (n° 657), 2011.

GULDNER (É.), concl. sous CE, sect., 20 décembre 1957, *Société nationale d'édition cinématographiques*, *S.* 1958, p. 73.

HAURIOU (M.), note sous CE, 23 mars 1923, *Mariolle*, s. 1925, III, p. 1.

HENRY (J.-F.), concl. sous CE, 22 avril 1960, *Berthier*, RDP 1960, p. 1123.

JÈZE (G.), « Du "droit" des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément à leur destination », note sous CE, 15 avril 1910, *Société des automobiles Brasier*, RDP 1910, p. 695.

JÈZE (G.), « Conditions requises pour qu'une chose fasse partie du domaine public », note sous Cour d'assises de la Creuse, 29 avril 1910, *Chevillard et autres*, RDP 1911, p. 307.

JÈZE (G.), « Nature juridique du droit du public sur les routes et chemins », note sous CE, 14 mai 1915, *Poincloux*, RDP 1915, p. 467.

JÈZE (G.), « Nature juridique du "droit" des riverains sur les dépendances du domaine public (rivage de la mer », note sous CE, 14 décembre 1921, *Préfet des Côtes-du-Nord*, RDP 1922, p. 91.

LABETOULLE (D.), concl. sous CE, 3 mars 1978, *Sieur Lecoq*, AJDA 1978, p. 581

LATOURNERIE (R.), concl. sous CE, 28 juin 1935, *Marécar*, DP 1936, III, p. 20.

LAVIALLE (C.), « Droit domanial et droit pénal : le contentieux des contraventions de voirie routière », note sous CE, 12 novembre 2011, *Commune de Plonéour-Lanvern*, RFDA 2012, p. 249.

LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « Autorisations d'occupation du domaine public et liberté du commerce et de l'industrie » note sous CE, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens*, *Contrats-Marchés publics* n° 8, Août 2012, repère 8.

LONG (M.) et *al.*, obs. sous CE, 26 novembre 1875, *Pariset*, GAJA n° 4, § 8.

MOREAU (J.), « Portée de la notion d'aisance de voirie », note sous CE, réf., 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, JCP A 2011, n° 2167.

PAULIAT (H.), « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat du décès du droit de propriété ? », note sous Cons. constit., 19 janvier 1995, n° 94-359 DC, D.1995, p. 283.

PELLISSIER (G.), « Pas de déclassement d'un bien sans désaffectation de fait », note sous CAA Versailles, 23 mars 2006, *Commune du Chesnay*, Collectivités territoriales Intercommunalités n° 5, mai 2006, comm. 80.

REVET (T.), « Un nouveau cas de propriété divisée », note sous Civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, RTD Civ. 2012, p. 553.

RÉZENTHEL (R.), note sous CE, 9 mars 1984, *Ministre du Budget c/ Compagnie des salins du midi et des salines de l'est*, D. 1984, p. 480.

RIVET, concl. sous CE, 20 juin 1930, *Marrot*, D. 1931, III, p. 31.

ROBERT (A.), « Concession d'un droit de superficie perpétuel au profit d'un bureau de bienfaisance communal », note sous Civ. 3^{ème}, 6 mars 1991, *D.* 1991, p. 308.

ROMIEU (J.), concl. sous CE, 17 mars 1893, *Compagnie des Chemins de fer du Nord, de l'Est et autres*, *S.* 1894, III, p.119.

SORBARA (J.-G.), « Les fondements contestables de l'insuffisante extension de la compétence judiciaire pour connaître de la gestion du domaine privé », note sous TC, 22 novembre 2010, *Société Brasserie du Théâtre*, *JCP A* 2011, n° 2041.

TADROS (A.), « Création de droit réel : consécration de l'autonomie de la volonté », note sous Civ. 3^{ème}, 31 octobre 2012, *D.* 2013, p. 53.

TOUVET (L.), concl. sous CE, sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, *RFDA* 1998, p. 12.

VOIRIN (P.), note sous Cass. civ., 20 mars 1929, *DP* 1930, I, p. 14.

WALINE (M.), note sous CE, 13 mai 1933, *Ville d'Avallon c/ Consorts Lepoux*, *D.* 1934, II, p. 101.

WALINE (M.), note sous CE, 28 juin 1935, *Marécar*, *D.* 1936, III, p. 20.

WALINE (M.), note sous Cass. crim., 11 janvier 1951, *Daronat*, *RDP* 1951, p. 497.

YOLKA (P.), « Sur un Lazare contentieux : l'arrêt Commune de Fougerolles », note sous CE, 25 novembre 2009, *Commune de Mer*, *AJDA* 2010, p. 51.

YOLKA (P.), « L'inconstitutionnalité du transfert de propriété gratuit des immeubles de l'État mis à disposition de l'AFPA », note sous Cons. constit., 17 décembre 2010, *Région Centre et Poitou-Charentes*, *JCP A* 2011, n° 2002.

ZÉNATI (F.), « Propriété et droits réels », note sous CA Lyon, 18 mai 1989, *RTD civ.* 1989, p. 783.

ZÉNATI (F.), « Régime des droits réels », note sous Civ. 3^{ème}, 6 mars 1991, *RTD Civ.* 1992, p. 793.

ZÉNATI (F.), « Droit de superficie », note sous Cons. constit., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, *RTD Civ.* 1995, p. 656.

ZÉNATI (F.), « Étendue de la propriété foncière », note sous Civ. 3^{ème}, 7 octobre 1998, *RTD Civ.* 1999, p. 142.

Jurisqueurs et répertoires

ARZUL (G.), « Domaine public fluvial - Consistance et délimitation », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 43).

AYRAULT (L.), « Fiscalité des propriétés publiques », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 59).

BINET (J.-R.), « Respect et protection du corps humain. - Éléments et produits du corps humain. - Cadre général de la réglementation », *JCl. Civil Code* (articles 16 à 16-3).

BRARD (Y.), « Contraventions de voirie routière », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. 66).

DJOUDI (J.), « Servitudes », Répertoire de droit immobilier Dalloz.

DROSS (W.), « Propriété - Accession naturelle au profit d'un immeuble, » *JCl. Civil code* (articles 556 à 564).

DUFAU (J.), « Sortie du domaine public », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 53).

DUFAU (J.), « Utilisation du domaine public routier dans un but de circulation », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. 71).

FIALAIRE (J.), « Police des réunions et manifestations », *JCl. Administratif* (fasc. n° 210).

JOYE (J.-F.), « Voirie routière. - Alignement », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 56).

JOYE (J.-F.), « Ventes mobilières domaniales - Régimes spéciaux », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 86).

LAJOYE (C.), « Offre économiquement la plus avantageuse », *JCl. Contrats et marchés publics* (fasc. n° 61-15).

LAVIALLE (C.), « Contentieux des propriétés publiques », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 12).

LAVIALLE (C.), « Domaine privé - Chemins ruraux », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 48).

LE ROUX (M.), « Contraventions de voirie », *JCl. Administratif* (fasc. n° 170)

MÉMÉTEAU (G.) « Servitudes légales - Droit de passage », *JCl. Civil Code* (articles 682 à 685-1).

MIGNOT (M.), « Vente - Nature et forme - Prix et frais », *JCl. Civil code* (articles 1591 à 1593).

MOLINER-DUBOST (M.), « Air. - Action sur les émissions. Instruments sectoriels et politiques intégrés », *JCl. Environnement et développement durable* (fasc. n° 3350).

PENNEAU (J.), « Corps humain - Bioéthique », *Répertoire de droit civil Dalloz*.

RAUNET (M.), LÉONETTI (R.), « Ventes et autres cessions des immeubles de l'État », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. 82).

SORBARA (J.-G.), « Biens des sections de communes », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 34-30).

VEAUX-FOURNERIE (P.), « Usufruit. - Caractères et sources », *JCl. Civil Code*, (articles 578 à 581).

YOLKA (P.), « Distinction du domaine public et du domaine public », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 10).

YOLKA (P.), « Domaine public mobilier », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 45).

YOLKA (P.), « Ventes d'immeubles des collectivités territoriales », *JCl. Propriétés publiques* (fasc. n° 88).

Rapports

Rapports et avis de l'Assemblée nationale

1992

DURAND (Y.), Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à la prévention de la corruption et de la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rapport n° 2941 (Assemblée nationale, 9^{ème} législature), 10 octobre 1992, p. 131.

2004

DAUBRESSE (M.-P.), Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n° 1218), relatif aux responsabilités locales, Rapport n° 1435, Tome 1, Partie 1 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature, 12 février 2004.

2005

DIEFENBACHER (M.), Annexe n° 42 (Participations financières de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2006, Rapport n° 2568 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 12 octobre 2005.

GIRAN (J.-P.), Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement, et du territoire sur le projet de loi relatif aux parcs nationaux et aux parcs naturels marins, Rapport n° 2687 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 22 novembre 2005, p. 76.

TRON (G.), Rapport d'information sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'État et des établissements publics, Rapport d'information n° 2457 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 6 juillet 2005.

2006

FIDELIN (D.), Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, visant à faciliter le transfert des ports maritimes aux groupements de collectivités et sur la proposition de loi de M. Jean Lemièrre visant à faciliter le transfert dans ports maritimes aux groupements de collectivités, Rapport n° 3496 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 6 décembre 2006, pp. 7 et 8.

HUYGUES (S.), Rapport présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2427)

portant réforme des successions et des libéralités, Rapport n° 2850 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 8 février 2006.

TRON (G.), Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le suivi de la Mission d'évaluation et de contrôle sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'État, Rapport d'information n° 2926 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 7 mars 2006.

TRON (G.), Annexe n° 13 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2007, Rapport n° 3363 (Assemblée nationale, 12^{ème} législature), 12 octobre 2006, p. 130

2007

DENIAUD (Y.), Annexe n° 48 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi de finances pour 2008, Rapport n° 276 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 11 octobre 2007.

2008

DENIAUD (Y.), DUMONT (J.-L.), Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du plan, en conclusion des travaux de la Mission d'évaluation et de contrôle (MEC), sur les suites données aux préconisations de la Mission d'évaluation et de contrôle sur l'immobilier de l'État, Rapport d'information n° 923 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 4 juin 2008.

2009

BLANC (É.), Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, de simplification et de clarification du droit et d'allègement dans procédures, Rapport n° 1578 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 1^{er} avril 2009, p. 79.

DENIAUD (Y.), Annexe n° 26 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2010), Rapport n° 1967 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 14 octobre 2009.

2009

BLANC (É.), Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, modifiée par le Sénat, de simplification et de clarification du droit et d'allègement dans procédures, Rapport n° 1578 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 1^{er} avril 2009, p. 79.

DENIAUD (Y.), Annexe n° 26 (Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur

le projet de loi de finances pour 2010), Rapport n° 1967 (Assemblée, nationale, 13^{ème} législature), 14 octobre 2009.

2011

DENIAUD (Y.), Annexe n° 26 (Gestion du par immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2012 (n° 3775), Rapport n° 3805 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 12 octobre 2011.

2012

CARESCHE (C.), Annexe n° 23 (Égalité des territoires, logement et ville) au rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi de finances pour 2013 (n° 235), Rapport n° 251 (Assemblée nationale, 14^{ème} législature), 10 octobre 2012, p. 29.

CARRÉ (O.), HABIB (D.), Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion des travaux de la Mission d'évaluation et de contrôle (MEC) sur le bilan de l'application des propositions de la MEC émises depuis 2007, Rapport d'information n° 4464 (Assemblée nationale, 13^{ème} législature), 7 mars 2012.

2013

GAYMARD (H.), Rapport fait au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant l'approbation de l'accord-cadre entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Maurice sur la cogestion économique, scientifique et environnementale relative à l'île de Tromelin et à *ses espaces maritimes environnants*, Rapport n° 840 (Assemblée nationale, 14^{ème} législature), 20 mars 2013.

2014

CHANTEGUET (J.-P.), Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la mission d'information sur l'écotaxe poids lourds, Rapport d'information n° 1937 (Assemblée nationale, 14^{ème} législature), 14 mai 2014.

Rapports et avis du Sénat

1994

BONNET (C.), Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur : 1°) la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relative aux marchés publics et délégations de service public, 2°) la proposition de loi présentée par M. Claude ESTIER et les membres du groupe socialiste, apparenté et rattachés administrativement tendant au rétablissement des dispositions « anti-corruption » supprimées depuis mars 1993, 3°) la proposition de loi présentée par M. Claude ESTIER et plusieurs de ses collègues relative à la transparence de la vie publique, Rapport n° 185 (Sénat, Session ordinaire de 1994-1995), 20 décembre 1994.

2000

JARLIER (P.), Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur la proposition de loi de M. Bernard JOLY tendant à permettre la dévolution directe de tous les biens vacants et sans maître à la commune en lieu et place de l'État, Rapport n° 208 (Sénat, Session ordinaire de 1999-2000), 8 février 2000.

2005

BÉCOT (M.), Avis présenté au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi de finances pour 2006, adopté par l'Assemblée nationale - Tome XII Participations fières de l'État, Avis n° 101 (Sénat, Session ordinaire de 2005-2006), 25 novembre 2005.

2006

GIROD (P.), Annexe n° 12 (Engagements financiers de l'État - Compte spécial : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la nation sur le projet de loi de finances pour 2007, adopté par l'Assemblée nationale, Tome 3, Rapport général n° 78 (Sénat, Session ordinaire de 2006-2007), 23 novembre 2006

MASSERET (J.-P.), Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'enquête de la Cour des comptes relative à la gestion du patrimoine immobilier du ministère de l'équipement, Rapport d'information n° 354 (Sénat, Session ordinaire de 2005-2006), 17 mai 2006.

2007

GOUTEYRON (A.), GIROD (P.), ANGELS (B.), BEAUFILS (M.-F.), Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur les conditions de cession de l'immeuble de l'Imprimerie

nationale, 27-29 rue de la Convention à Paris XVème, Rapport d'information n° 37 (Sénat, Session ordinaire de 2007-2008), 17 octobre 2007.

MARINI (P.), Rapport général fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances pour 2008, adopté par l'Assemblée nationale, Tome II, Fascicule 1, « Les conditions de l'équilibre financier », Rapport général n° 91 (Sénat, Session ordinaire de 2008-2008), 22 novembre 2007.

2008

BRICQ (N.), Annexe n° 12 (Engagements financiers de l'État - Compte spécial : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances pour 2009, adopté par l'Assemblée nationale, Rapport général n° 99 (Sénat, Session ordinaire de 2008-2009), 20 novembre 2008.

2009

BRICQ (N.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur l'État locataire*, Rapport d'information n° 510 (Sénat, Session extraordinaire de 2008-2009), 1^{er} juillet 2009.

FOURCADE (J.-P.), Annexe n° 12 (Compte d'affectation spéciale : Participations financières de l'État) au rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2010, adopté par l'Assemblée nationale, Rapport général n° 101 (Sénat, Session ordinaire de 2009-2010), 19 novembre 2009.

MARINI (P.), Rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2010, adopté par l'Assemblée nationale (Tome 2, Fascicule 1, « Les conditions générales de l'équilibre financier »), Rapport général n° 101 (Sénat, Session ordinaire de 2009-2010), 19 novembre 2009.

2010

BRICQ (N.), Annexe n° 14 (Compte d'affectation spéciale : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2011, adopté par l'Assemblée nationale, Tome III, Rapport général n° 111 (Sénat, Session ordinaire de 2010-2011), 18 novembre 2010

FÉRAT (F.), Rapport fait a nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication par le groupe de travail sur le Centre des monuments nationaux, Rapport n° 599 (Sénat, session ordinaire de 2009-2010), 30 juin 2010.

2011

BRICQ (N.), Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur la cession de l'hippodrome de Compiègne, Rapport d'information n° 327 (Sénat, Session ordinaire de 2010-2011), 2 mars 2011.

DE MONTGOLFIER (A.), DALLIER (P.), Annexe n° 14 (Compte d'affectation spéciale : Gestion du patrimoine immobilier de l'État) au rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2012, adopté par l'Assemblée nationale, Rapport général n° 107 (Sénat, Session ordinaire de 2011-2012), 17 novembre 2011

2012

MARC (F.), Rapport fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée de règlement des comptes et rapport de gestion pour l'année 2011, Rapport n° 658 (Sénat, Session extraordinaire de 2011-2012), 11 juillet 2012.

Rapports de la Cour des comptes

Cour des comptes, Certification des comptes de l'État, Exercice 2006.

Cour des comptes, « Les cessions de biens immobiliers de prestige par France Domaine », in Rapport public annuel 2009, p. 83.

Cour des comptes, « La SOVAFIM : un intervenant sans utilité réelle », in Rapport public annuel 2011, p. 635.

Cour des comptes, « Le bilan de la décentralisation routière », in Rapport public annuel 2012, p. 405.

Cour des comptes, Certification des comptes de l'État, Exercice 2012.

Cour des comptes, Analyse de l'exécution du budget de l'État par mission et programme, Exercice 2012, Compte d'affectation spéciale Participations financières de l'État, mai 2013.

Cour des comptes, Certification des comptes de l'État, Exercice 2013.

Cour des comptes, « SOVAFIM : un réexamen indispensable », in Rapport public annuel 2014, Tome 2, p. 349.

Rapports remis au Président de la République

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-1027 du 26 août 2005 relative à la simplification et à l'amélioration des règles budgétaires et comptables applicables aux collectivités territoriales, à leurs groupements et aux établissements publics locaux qui leur sont rattachés, *JORF* du 27 août 2005, p. 13907.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, *JORF* 22 avril 2006, p. 6016.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-1400 du 17 novembre 2009 relative à la simplification et à l'amélioration des règles budgétaires et comptables applicables aux régions et aux syndicats mixtes de l'article L. 5721-2 du code général des collectivités territoriales, *JORF* du 18 novembre 2009, p. 19906.

Rapports divers

Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués, *Rapport annuel 2013*.

BIANCO (J.-L.), *La forêt : une chance pour la France*, Rapport au Premier ministre, 25 août 1998.

Centre d'analyses stratégiques, *Péage urbain : principes pour une loi*, Rapports et documents n° 17, 2009.

Conseil d'Analyse Économique, *Enchères et gestion publique*, La Documentation française, 2001.

Conseil d'Analyse Économique, *Économie politique de la LOLF*, La Documentation française, 2007

Conseil de l'Immobilier de l'État, *Le CIE : cinq années de progrès dans la politique immobilière de l'État*, Rapport d'activité 2006-2011.

Conseil de l'Immobilier de l'État, *Rapport d'activité 2011-2013*.

Conseil de l'Immobilier de l'État, *Moderniser la politique immobilière de l'État. Cinquante propositions du Conseil de l'immobilier de l'État*, Rapport au ministre délégué au budget, 30 janvier 2013.

Conseil d'État, « Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques », Rapport adopté par la Section du rapport et des études en juin 1986, *EDCE* 1987, n° 38, p. 13.

Conseil du Patrimoine de la Ville de Paris, *Rapport d'activité 2002*

Conseil général de l'environnement et du développement durable et Inspection générale de l'administration, Rapport de mission de janvier 2009, La Documentation française.

DEBAINS (O.), *Mission « Immobilier public »*, Rapport au Premier ministre, 1^{er} décembre 2003.

DGFIP, *Les ventes de l'État* (fiche du plan de cessions à destination des agents), 2010.

Institut de la gestion déléguée, *La gestion patrimoniale du domaine public*, 2001.

Institut de la gestion déléguée, Rapport du groupe de travail «Valorisation des propriétés publiques », 2004.

Institut Montaigne, *Immobilier de l'État : quoi vendre, pourquoi, comment*, Rapport décembre 2005.

OCDE (Groupe de travail sur les politiques en matière de télécommunications et de services d'information), *Allocation du spectre : enchères et procédures de soumission comparative. Arguments économiques*, 17 janvier 2002.

PEYRON (J.-L.), et YVON (P.), *Pour une gestion forestière et une filière forêt-bois multifonctionnelles économiquement efficaces, écologiquement viables, socialement acceptables*, Rapport au directeur général de l'aménagement, du logement et de la nature et au directeur général des politiques agricole, agroalimentaire et des territoires, 29 mars 2011.

TERNEYRE (P.), *Consultation juridique sur la légalité de la vente par l'État de l'hippodrome de Compiègne à la Société des courses de Compiègne*, 2012.

Jurisprudences

Conseil d'État

CE, 27 novembre 1814, *Habitans de la commune de Bouguenais c/ héritiers Robineau et d'Aux*, Recueil général des arrêts du Conseil d'État comprenant les arrêtés, décrets, arrêts et ordonnances en matière contentieuse depuis l'an 8 jusqu'à 1839, Tome 1, Paris : Paul Dupont et C^{ie}, 1839, p. 545.

CE, 24 janvier 1849, *Sieur Simon*, rec. *Lebon* p. 73.

CE, 13 janvier 1853, *Rouvier*, rec. *Lebon*, p. 137.

CE, 19 mai 1858, *Vernes*, rec. *Lebon* p. 399.

CE, 7 février 1867, *Angot*, rec. *Lebon*, p. 158.

CE, 12 mars 1875, *Asile des aliénés de Bailleul c/ la ville de Lille et consistoire de l'Église réformé de ladite ville*, rec. *Lebon* p. 234.

CE, 17 décembre 1886, *Ville de Chaumont*, rec. *Lebon* p. 892.

CE, 28 janvier 1887, *Lhomme*, rec. *Lebon* p. 99.

CE, 26 décembre 1890, *Sieur Van Cronenburg*, rec. *Lebon*, p. 1012.

CE, 16 mai 1896, *Ministre de l'agriculture c/ Vergès*, rec. *Lebon* p. 406.

CE, 29 mars 1901, *Roumy*, rec. *Lebon* p. 338.

CE, 13 décembre 1901, *Maldémé*, rec. *Lebon* p. 886.

CE, 9 mai 1902, *Consorts Descat*, rec. *Lebon*, 1902, p. 359.

CE, 22 avril 1904, *Dame veuve Nathan*, rec. *Lebon* p. 334.

CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris c/ Compagnie du chemin de fer d'Orléans*, rec. *Lebon* p. 271.

CE, 6 février 1914, *Dame Barbarin*, rec. *Lebon*, p. 157.

CE, 4 août 1916, *Abbé Prud'hommeau*, rec. *Lebon*, p. 354.

CE, 27 février 1918, *Compagnie l'Union normande et autres*, rec. *Lebon* p. 200.

CE, 14 décembre 1921, *Préfet des Côtes-du-Nord*, rec. *Lebon* 1921, p. 1055.

CE, 17 janvier 1923, *Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieur Piccioli*, rec. *Lebon* p. 44 ; *S.* 1925, III, p. 17, note Hauriou ; *RDP* 1923, p. 567, concl. Corneille, note Jèze ; *GDDAB* n° 1, obs. Yolka.

CE, 23 mars 1923, *Mariole*, rec. *Lebon* p. 277 ; *S.* 1925, III, p.1, note Hauriou.

CE, 4 juillet 1924, *Beaugé*, rec. *Lebon* p. 641.

CE, 15 mai 1927, *Carrier*, rec. *Lebon* p. 539.

CE, 8 juillet 1927, *Demarez*, rec. *Lebon*, p. 771.

CE, 20 juin 1930, *Marrot*, rec. *Lebon*, p. 644 ; *D.* 1931, III, p. 31, concl. Rivet.

CE, 11 décembre 1931, *Ligue pour la défense du commerce parisien, des usages de l'automobile et de la voie publique*, rec. *Lebon* p. 1100

CE, sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, rec. *Lebon* p. 117 ; *D.* 1932, 3, p. 60, concl. Latournerie, note Blaevoët ; *RDP* 1932, p. 505, concl. Latournerie.

CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, *D.* 1933, III, p. 48, note Capitant.

CE, 9 janvier 1935, *Sieur Voortmann*, rec. *Lebon*, p. 22.

CE, sect., 15 février 1935, *Société française des constructions mécaniques*, rec. *Lebon* p. 201.

CE, 18 décembre 1936, *Sieur Sebbaah Hadj Adda*, rec. *Lebon*, p. 1127.

CE, 16 juillet 1937, *Sieur Trivier*, rec. *Lebon* p. 703.

CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, rec. *Lebon*, p. 129 ; *RDP* 1944, p. 236, concl. Chenot.

CE, 26 juillet 1947, *Durand*, rec. *Lebon* p. 585.

CE, ass., 21 juin 1951, *Sieur Daudignac*, rec. *Lebon* p. 362 ; *D.* 1951, concl. Gazier ; *GAJA*, n° 65 ; *GDDAB*, n° 46, obs. F. Melleray.

CE, ass., 22 juin 1951, *Fédération nationale des photographes filmeurs*, rec. *Lebon* p. 363 ; *D.* 1951, concl. Gazier ; *GAJA*, n° 65 ; *GDDAB*, n° 46, obs. Melleray.

CE, sect., 5 décembre 1952, *Haydt*, rec. *Lebon*, p. 557.

CE, 20 avril 1956, *Ville de Nice*, rec. *Lebon* p. 162 ; *RDP* 1956, p. 575, concl. Long.

CE, ass., 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, rec. *Lebon* p. 375 ; *AJDA* 1956, p. 472, concl. Long et p. 488, chron. Fournier et Braibant.

CE, ass., 16 novembre 1957, *Société des grandes tuileries Perrusson*, rec. *Lebon* p. 440, *RDP* 1957, p. 529, note Waline.

CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'édition cinématographique*, rec. *Lebon* p. 702, *RDP* 1958, p. 347, concl. Guldner ; *GDDAB* n° 41, obs. Chamard-Heim.

CE, 9 mai 1958, *Delort*, *AJDA* 1958, II, p. 331, concl. Long.

CE, ass., 11 mai 1959, *Sieur Dauphin*, rec. *Lebon* p. 294, *D.* 1959, p. 314, concl. Mayras ; *ADJA* 1959, I, 113, chron. Combarrous et Galabert ; *AJDA* 1959, II, p. 228, note Dufau ; *GDDAB* n° 6, obs. Melleray.

CE, 22 avril 1960, *Berthier*, rec. p. 264 ; *ADJA* 1960 p. 78, note Combarrous et Galabert ; *RDP* 1960, p. 1223, concl. Henry.

CE, 3 mai 1963, *Ministre des Travaux publics c/ Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, *RDP* 1963, p. 1174, note Waline.

CE, 18 mars 1963, *Cellier*, rec. *Lebon* p. 189 ; *AJDA* 1963, p. 484, note Dufau.

CE, 13 mai 1964, *Eberstarck*, rec. *Lebon*, p. 288 ; *AJDA* 1964, p. 85, note Laubadère.

CE, 13 juin 1964, *Guégan*, rec. *Lebon* p. 334 ; *RDP* 1965, p. 85, note Waline.

CE, sect., 26 mai 1965, *Ministre des travaux publics, des transports et du tourisme c/ Époux Tebaldini*, rec. *Lebon* 1965, p. 304, concl. Braibant.

CE, 22 décembre 1965, *Commune de Thyl*, rec. *Lebon*, p. 703 ; *AJDA* 1966, II, p. 23.

CE, 13 décembre 1967, *Dame Bottichio*, rec. *Lebon* p. 492.

CE, 14 février 1969, *Société des établissements Frenkiel*, rec. *Lebon*, p. 100.

CE, 26 février 1969, *Fédération nationale des clubs automobiles de France*, rec. *Lebon*, p. 120.

CE, 28 janvier 1970, *Consorts Philip-Bingisser*, rec. *Lebon* p. 58, *AJDA* 1970, p. 349, chron. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle ; *D.* 1970, p. 372, note Lachaume ; *Rev. adm.* 1970, p. 287, note Liet-Veaux.

CE, 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes*, rec. *Lebon* p. 407 ; *AJDA* 1972, p. 647, concl. Rougevin-Baville.

CE, 14 juin 1972, *Elkoubi*, req. n° 83682.

CE, 22 février 1974, *Sieur X... Émile et autres*, rec. *Lebon* p. 141 ; *Gaz. pal.* 1975, I, p. 454, note Moderne.

CE, 27 novembre 1974, *Sieur Amouzeigh*, rec. *Lebon*, p. 595.

CE, sect., 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, rec. *Lebon* p. 325 ; *AJDA* 1975, p. 348, chron. Franc et Boyon.

CE, 28 novembre 1975, *ONF c/ Abamonte*, rec. *Lebon* p. 602 ; *AJDA* 1976, p. 149, note Julien-Lafférière ; *Revue administrative* 1976, p. 36, note Moderne ; *RDP* 1976, p. 1050, note Waline.

CE, 30 juin 1976, *SARL Martinet et Dame Martinet*, rec. *Lebon* p. 345.

CE, sect., 22 avril 1977, *Michaud*, rec. *Lebon* p. 185 ; *AJDA* 1977, p. 441, concl. Franc et note de Laubadère.

CE, 13 mai 1977, *Compagnie financière et industrielle*, rec. *Lebon* p. 219, *D.* 1978, p. 130, note Delvolvé.

CE, 14 octobre 1977, *Dame Defforge*, req. n° 00344.

CE, ass., 3 mars 1978, *Sieur Lecoq*, rec. *Lebon* p. 116, *AJDA* 1978, p. 581, concl. Labetoulle.

CE, 22 mars 1978, *Secrétaire d'État aux PTT c/ Di Lena* ; *AJDA* mai 1979, I, p. 84 et II, p. 96.

CE, 29 novembre 1978, *Bessière*, rec. *Lebon* p. 478 ; *JCP G* 1980, II 19374, note Rézenthel et Caubert.

CE, sect., 23 février 1979, *Ministre de l'Équipement c/ Association des amis des chemins de ronde*, req. n° 04467 ; *AJDA* 1979, p. 83, note Dutheillet de Lamothe et Robineau ; *JCP G* 1980, II 19329, note Davignon ; *RDP* 1979, p. 1157, note Waline.

CE, 30 novembre 1979, *Ville de Joeuf*, rec. *Lebon*, p. 909.

CE, 14 novembre 1980, *Société de transports André Coing*, req. n° 13410.

CE, 6 février 1981, *Comité de défense des sites de La Forêt-Fouesnant*, req. n° 18153, *Dr. adm.* 1981, n° 80 .

CE, ass., 6 mai 1985, *Association Eurolat*, rec. *Lebon* p.141 ; *AJDA* 1985, p. 620, note Fatôme et Moreau ; *LPA* 23 octobre 1985, p. 4, note Llorens ; *RFDA* 1986, p. 21, concl. Genevois ; *GDDAB* n° 7, obs. Yolka.

CE, 2 octobre 1985, *Jeissou*, req. n° 23254, *AJDA* 1986, II, p. 38, concl. Jeanneney.

CE, 11 décembre 1985, *Ville d'Annecy*, req. n° 67115.

CE, 11 avril 1986, *Ministre des transports c/ Daney*, rec. *Lebon* p. 88 ; *RFDA* 1987, p. 44, note Terneyre.

CE, 23 juin 1986, *Thomas*, rec. *Lebon* p. 167.

CE, 27 juin 1986, *Commissaire de la République des Pyrénées-Atlantiques*, req. n° 50606, *AJDA* 1986 p. 654, note Moreau ; *RFDA* 1986, p. 804, note Douence.

CE, ass., 2 février 1987, *Joxe et Bollon*, req. n° 82436 ; *RFDA* 1987, p. 176, concl. Massot ; *AJDA* 1987, p. 350, note Bazex.

CE, 24 juillet 1987, *M. X... Saurat*, req. n° 62683.

CE, 18 novembre 1988, *Fédération nationale des travaux publics*, req. n° 72653.

CE, 22 novembre 1989, *Ville de Cargèse*, req. n° 79857.

CE, sect., 5 février 1990, *Association contre le déclassement et la vente du champ de foire de Saint-Germain-du-Bois*, req. n° 79273.

CE, 29 juin 1990, *Consorts Marquassuzaa*, req. n° 77011 ; *LPA* 9 novembre 1990, p. 21, note Pacteau.

CE, 22 février 1991, *Commune de Bagnères-de-Luchon*, req. n° 90381.

CE, 11 juillet 1991, *Commune de Saint-Crépin*, req. n° 73948.

CE, 24 février 1992, *M. et Mme Jean-Pierre et Annie X...*, req. n° 78141.

CE, ass., 26 juin 1992, *Lepage-Huglo*, req. n° 137345, *AJDA* 1992, p. 477, note Maugué et Schwartz ; p. 506, concl. Le Châtelier ; *RDI* 1992, p. 490, note Auby.

CE, 8 mars 1993, *Villedieu*, rec. *Lebon* p. 759, *RDI* 1993, p. 349, obs. Auby.

CE, 26 avril 1993, *Commune de Meribel-Les-Allues*, req. n° 101146.

CE, avis, 6 juillet 1993, n° 354708.

CE, 24 janvier 1994, *Dominique X...*, req. n° 127873.

CE, sect., 11 février 1994, *Compagnie d'assurances la Préservatrice Foncière*, req. n° 109564 ; *AJDA* 1994, p. 548, note Dufau ; *RDI* 1994, p. 426, obs. Auby et Magüé ; *RFDA* 1994, p. 501, concl. Toutée.

CE, ass., 2 décembre 1994, *Commune de Pulversheim*, req. n° 141881 ; *AJDA* 1995, p. 40, concl. Schwartz, *LPA* 21 juillet 1995, n° 87, p. 16, note N. Dantonel-Cor.

CE, avis, 31 janvier 1995, n° 356960.

CE, 10 mars 1995, *Ville de Digne*, rec. *Lebon* p. 124 ; *RFDA* 1996, p. 49, concl. Savoie.

CE, 15 mars 1996, *Syndicat des artisans, fabricants de pizza non sédentaires Provence-Côte d'Azur*, req. n° 133080.

CE, ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*, req. n° 168702 ; *AJDA* 1997, p. 189, note Maisl ; *RFDA* 1996, p. 115, note Denis-Linton.

CE, 8 janvier 1997, *Commune de Rumilly*, req. n° 161813.

CE, 21 avril 1997, *Ministre du Budget c/ Société Sagifa*, *RFDA* 1997, p. 935, note Fatôme et Terneyre.

CE, 9 juillet 1997, *Association de défense de la forêt de Caboche*, req. n° 168852.

CE, 9 juillet 1997, *Consorts Roméas*, req. n° 156793.

CE, 13 octobre 1997, *M. et Mme Eddy X...*, req. n° 149065.

CE, 18 mai 1998, *Commune de Castelsarrasin*, req. n° 189904 ; *JCP G* 1998, n° 3154, obs. Rouault.

CE, 8 février 1999, *Ville de Lourdes*, req. n° 168043.

CE, 31 mars 1999, *M. Éric X...*, req. n° 160880.

CE, 6 novembre 2000, *Comité Somport d'opposition totale à l'autoroute Caen-Rennes*, req. n° 180496, *AJDA* 2001, p. 574, note Braud.

CE, 19 janvier 2001, *Département du Tarn-et-Garonne*, req. n° 297026.

CE, réf., 31 mai 2001, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, req. n° 234226 ; *CJEG* 2002, p. 303, note Bon

CE, réf., 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840.

CE, réf., 16 septembre 2002, *Société EURL La cour des miracles*, req. n° 250313.

CE, avis, 2 octobre 2002, n° 247767.

CE, sect., 20 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, req. n° 245239 ; rec. CE p. 21, concl. Maugué ; *AJDA* 2003, p. 784, note Sablière ; *RFDA* 2003, p. 477, note Lavialle ; *GDDAB* n° 86, obs. Melleray.

CE, avis, 18 mai 2004, n° 370169.

CE, 13 avril 2005, *Centre communal d'action sociale de Montpellier*, req. n° 266490.

CE, avis, du 26 juillet 2005, n° 371615 ; *EDCE* 2006, p. 193.

CE, 30 septembre 2005, *Henri X...* req. n° 263442.

CE, sect., 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, req. n° 271898 ; *BJCL* 2006, p. 43, concl. Boulouis, note Touvet ; *LPA* 24 avril 2006, p. 9, chron. Melleray ; *RFDA* 2006, p. 341, note Bon ; *AJDA* 2007, p. 1218, chron. Landais et Lenica ; *GDDAB* n° 88, obs. Yolka.

CE, sect., 16 décembre 2005, *Mme Kostiuk et autres*, req. n° 268872.

CE, réf., 5 janvier 2007, *Ministre d'État, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/ Association « Solidarité des français »*, req. n° 300311 ; *AJDA* 2007, p. 601, note Pauvert.

CE, 27 avril 2007, *SA Dennery*, req. n° 252163.

CE, 23 janvier 2008, *Commune de Romainville*, req. n° 308995.

CE, 11 décembre 2008, *Perreau-Polier*, req. n° 309260 ; *AJDA* 2009, p. 828, note Févrot ; *RJEP* 2009, n° 27, p. 20, note Chamard-Heim. ; *GDDAB* n° 7, obs. Chamard-Heim.

CE, 25 septembre 2009, *Commune de Courtenay*, req. n° 298918, *Droit administratif* 2009, comm. 148, note Melleray ; *AJDA* 2009, p. 1743, obs. Brondel ; *AJDA* 2009, p. 2189, note Ziani ; *JCP N* 2009, n° 1327, note Dutrieux ; *RLCT* n° 53, janvier 2010, p. 57, note Bartmann ; *GDDAB*, n° 87, obs. Chamard-Heim.

CE, 25 novembre 2009, *Commune de Mer*, req. n° 310208 ; *JCP A* 2010, n° 2031, note Rouault ; *JCP A* 2010, 2091, note Chamard-Heim ; *Dr. Adm.* 2010, comm. 23, note Melleray ; *AJDA* 2010, p. 51, note Yolka.

CE, 16 avril 2010, *Commune de Saint-Frion*, req. n° 316342 ; *Revue de droit rural* n° 390, février 2011, comm. 35, note Lebel.

CE, ass., 29 avril 2010, *M. et Mme Béligaud*, avis n° 323179 ; *AJDA* 2010, p. 1916, note Jeanneney ; *RDI* 2010, p. 390, note Févrot ; *RJEP* 2010, comm. 54, note Gaudemet ; *GDDAB*, n° 11, comm. Melleray.

CE, 29 octobre 2010, *Ministre de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche*, req. n° 338001, *AJDA* 2010, p. 2077, obs. Montecler.

CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, req. n° 332136.

CE, 17 janvier 2011, *Commune de Clavans en Haut-Oisans*, req. n° 312310 ; *JCP A* 2011, n° 2096, note Yolka ; *AJDA* 2011, p. 1162, note Le Roux ; *AJCT* 2011, p. 195, obs. Péchillon.

CE, réf., 14 mars 2011, *Commune de Galluis*, req. n° 347345 ; *AJDA* 2011, p. 1562, note Févrot ; *JCP A* 2011, n° 2167, note Moreau ; *RJEP* n° 687, juin 2011, comm. 31, note Chabrier.

CE, 23 mai 2011, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense*, req. n° 328525 ; *Contrats-Marchés publics* 2011, comm. 217, note Soler-Couteaux ; *RDI* 2011, p. 454, note Févrot.

CE, 12 novembre 2011, *Commune de Plonéour-Lanvern*, req. n° 311941 ; *RFDA* 2012, p. 249, note Lavialle ; *AJDA* 2012, p. 551, note Ach.

CE, 23 décembre 2011, *Société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, req. n° 340348.

CE, 27 février 2012, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports et Association Réseau Vert de Basse-Normandie*, req. n° 346540.

CE, 7 mai 2012, *SCP Mercadier et Krantz*, req. n° 342107 ; *AJDA* 2013, p. 1172, note Foulquier.

CE, 15 mai 2012, *Hayart c/ Commune de Herlies*, req. n° 351416, *RDI* 2013, p. 274, obs. Foulquier.

CE, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens*, req. n° 348909 ; *Contrats-Marchés publics* 2012, comm. 258, note Ziani ; *JCP A*, n° 2012, note Pauliat ; *Dr. adm.* n° 11, novembre 2012, comm. 89, note Brenet.

CE, avis, 19 juillet 2012, n° 386715 ; *AJDA* 2013, p. 1789, note Melleray.

CE, 3 décembre 2012, *M. et Mme Lobert*, req. n° 344407 ; *Droit administratif* n° 3, mars 2013, comm. 22, note Éveillard.

CE, 8 avril 2013, *Association ATLALR*, req. n°363738 ; *RDI* 2013, p. 434, obs. Foulquier ; *JCP A* 2013, n° 2172, comm. Chamard-Heim ; *JCP N* 2013, n° 1249, note Giacuzzo.

CE, 31 mars 2014, *Commune d'Avignon*, req. n° 362140 ; *RTD Com.* 2014, p. 333, note Orsoni ; *JCP A* 2014, n° 2236, note Lohéac-Derboulle ; *Dr. adm.* 2014, comm. 37, note Giacuzzo.

CE, réf., 18 avril 2014, *Commune de Germond-Rouvre*, req. n° 377621.

CE, 2 juillet 2014, *M. B... D... et autres*, req. n° 366150.

Tribunal des conflits

TC, 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot*, rec. p. 787 ; *GAJA* n° 84 ; *RDP* 1963, p. 776, concl. Lasry ; *RDP* 1964, p. 767, note Fabre et Morin ; *JCP G* 1963, II 13375, note Auby.

TC, 28 juin 1965, *Demoiselle Ruban*, rec. *Lebon* p. 816, *D.* n° 1966 p. 380, note Colin.

TC, 19 avril 1982, *Ville de La-Roche-sur-Yon*, *Dr. adm.* 1982, comm. 183.

TC, 25 avril 1994, *Morelli*, rec. *Lebon* p. 595.

TC, 24 avril 2006, *Société Bouygues Bâtiments*, req. n° C3493 ; *AJDA* 2006, p. 1364, note Landais et Lenica.

TC, 20 novembre 2006, *Société ESCOTA*, req. n° 3659 ; *BJCP* n° 50, février 2007, p. 40, concl. Duplat, note Terneyre ; *AJDA* 2007, p. 849, note Chahid-Nourai et Champy.

TC, 12 avril 2010, *Électricité réseau distribution de France c/ Michel*, req. n° C3718 ; *JCP A* 2010, n° 2173, note Moreau ; *RFDA* 2010, p. 551, concl. Guyomar, note Melleray.

TC, 22 novembre 2010, *Société Brasserie du Théâtre*, req. n° C3764 ; *JCP A* 2011, n° 2041, note Sorbara ; *AJDA* 2010, p. 2423, note Botteghi et Lallet ; *RDI* 2011, p. 450, note Caille ; *BJCP* n° 75, p. 55, concl. Collin.

Cours administratives d'appel

CAA Bordeaux, 21 juin 1999, *Ville de Royan*, req. n° 978X01661.

CAA Nantes, 30 juin 2000, *Préfet de la Vendée*, req. n° 00NT00040.

CAA Bordeaux, 14 juin 2001, *Bernard X... et Association des clochers Lombez Samatan*, req. n° 98BX01732.

CAA Nancy, 24 octobre 2002, *M. Gérard X...*, req. n° 01NC00043 ; *JCP A* 2002, act. 1328, note Taillefait.

CAA Lyon, 4 juillet 2003, *M. et Mme X...*, req. n° 99LY02363.

CAA Douai, 29 janvier 2004, *S.A.R.L. Artisanale Sambre Modelage*, req. n° 00DA00427.

CAA Bordeaux, 8 novembre 2005, *Commune de Cazères*, req. n° 02BX00744.

CAA Marseille, 28 novembre 2005, *Commune de Bollène*, req. n° 04MA00438.

CAA Versailles, 23 mars 2006, *Commune du Chesnay*, req. n° 05VE00070, Collectivités territoriales Intercommunalités n° 5, mai 2006, comm. 80, note Pellissier.

CAA Nantes, 6 juin 2006, *Commune de Courtenay*, req. n° 05NT00850.

CAA Douai, 29 décembre 2006, *Commune de Fécamp*, req. n° 06DA00459.

CAA Marseille, 15 janvier 2007, *M. Robert X.*, req. n° 05MA01201.

CAA Paris, 1^{er} février 2007, *M. X. c/ Ville de Paris*, req. n° 06PA02338.

CAA Paris, 15 février 2007, *M. Vincent X. et M. Laurent Y.*, req. n° 04PA01040.

CAA Paris, 21 juin 2007, *Mme Catherine X.*, req. n° 07PA00462.

CAA Marseille, 8 janvier 2008, *Association libre du domaine d'Alzone*, req. n° 05MA03341.

CAA Marseille, 8 janvier 2008, *M. Bernard X.*, req. n° 06MA00911

CAA Lyon, 26 février 2008, req. n° 05LY00441.

CAA Versailles, 15 mai 2008, *Ville de Versailles*, req. n° 06VE01131 ; *JCP A* 2008, n° 2239, note Grand d'Esnon.

CAA Marseille, 23 juillet 2008, *Paravisini*, req. n° 97MA01853.

CAA Bordeaux, 2 octobre 2008, *Association pour la protection du patrimoine rochelais*, req. n° 07BX02296.

CAA Paris, 27 novembre 2008, *M. Marc X.*, req. n° 06PA02533.

CAA Marseille, 18 décembre 2008, *M. Laurent X.*, req. n° 08MA01587.

CAA Bordeaux, 5 mars 2009, *Commune de Labejan*, req. n° 07BX02405.

CAA Bordeaux, 5 mars 2009, *Commune de Peyrat-la-Nonière*, req. n° 07BX01150.

CAA Paris, 2 avril 2009, *Société Véolia*, req. n° 070PA01778 ; *AJDA* 2009, p. 2292, note Hansen.

CAA Marseille, 11 juin 2009, *Commune de Castirla*, req. n° 07MA03107.

CAA Versailles, 15 octobre 2009, *M. Bernard X...*, n° 8VE00072 : *JCP A* 2010, n° 2086, chron. Chamard-Heim.

CAA Nantes, 10 novembre 2009, *Ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer*, req. n° 09NT00379.

CAA Bordeaux, 26 novembre 2009, *M. René X...*, req. n° 08BX01655.

CAA Douai, 10 décembre 2009, *Laurent P... et Dorianne Q...*, req. n° 09DA00775.

CAA Douai, 10 décembre 2009, *M. Raphaël J... et Mme Florence K...*, req. n° 09DA00250.

CAA Lyon, 27 avril 2010, *M. Jean-François A... et autres*, req. n° 08LY01034, *BJCL* 2010, p. 503, note Deliancourt.

CAA Marseille, 25 février 2010, *Commune de Rognes*, req. n° 07MA03620 ; *AJDA* 2010, p. 1200, concl. Dieu.

CAA Marseille, 22 novembre 2010, *Ville de Marseille*, req. n° 08MA03509.

CAA Nantes, 2 décembre 2010, *Réseau ferré de France*, req. n° 08NT03276-08NT03388

CAA Lyon, 28 décembre 2010, *Communauté urbaine de Lyon*, req. n° 08LY01204.

CAA Lyon, 17 mars 2011, *M. Gratien A.*, req. n° 09LY00719.

CAA Nantes, 30 septembre 2011, *M. X.*, req. n° 10NT00819.

CAA Nantes, 3 février 2012, *M. Jean X...*, req. n° 11NT02540.

CAA Lyon, 22 mai 2012, *Mme Christine A...*, req. n° 11LY01587.

CAA Bordeaux, 12 juin 2012, *Association diocésaine de Poitiers*, req. n° 11BX00273.

CAA Paris, 28 juin 2012, *M. et Mme A...*, req. n° 11PA03792

CAA Douai, 25 octobre 2012, *Société immobilière Carrefour*, req. n° 11DA01951 ; *Contrats-Marchés publics* 2012, comm. 344, note Zimmer.

CAA Marseille, 9 avril 2013, *Commune de Lavandou*, req. n° 11MA02622, *JCP A* 2013, n° 2181, concl. Deliancourt.

CAA Nantes, 19 avril 2013, *Commune de Plobannalec-Lesconil*, req. n° 11NT01905.

CAA Nantes, 19 avril 2013, *Mme A... C... et Mme F... B...*, req. n° 12NT00071.

CAA Paris, 19 juillet 2013, *Association « Action culturelle »*, req. n° 10PA00983 ; *AJDA* 2013, p. 2142, note Sirinelli.

CAA Nancy, 19 décembre 2013, *M. et Mme B... C...*, req. n° 13NC00246.

CAA Marseille, 6 mai 2014, *M. B... D...*, req. n° 12MA01889.

Tribunaux administratifs

TA Lyon, 22 novembre 1989, *Tête*, *JCP G* 1990, II 21424, obs. Davignon.

TA Besançon, 6 avril 1995, *Préfet de la Haute-Saône*, *AJDA* 1995, p. 749, obs. Lamorlette ; *LPA* 29 juillet 1996, note Bartmann.

TA Versailles, 11 avril 1995, *Association Les amis de Persan c/ Commune de Persan*, req. n° 94-3749 et 94-3750.

Cour de cassation

Cass. req., 13 février 1828, *Recueil de Jurisprudence générale du Royaume*, année 1828, p. 130

Cass. req., 4 juin 1866, *DP* 1867, I, p. 10.

Cass. civ., 16 décembre 1873, *S.* 1874, I, p. 457.

Cass. civ., 16 mai 1877, *Delaby*, *DP* 1877, I, p. 431.

Cass. crim. 19 janvier 1884, *DP* 1885, 5, p. 523 .

Cass. civ., 20 mars 1929, *DP* 1930, I, p. 16, note Voirin.

Cass. civ., 22 novembre 1932, *D.* 1933, p. 51.

Cass. crim., 9 mai 1961, *Bull. crim.* 1961, n° 241.

Cass. crim., 5 octobre 1961, *Bull. crim.* 1961, n° 388.

Civ 1^{ère}, 3 mars 1965, *Service des Domaines c/ Moreau* ; *D.* 1965, p. 428, note Mazeaud.

Civ. 1^{ère}, 12 octobre 1967, *Bull. civ.* 1967, I, n° 292.

Civ. 1^{ère}, 28 mai 1968, n° 66-10578.

Civ. 3^{ème}, 9 avril 1970, *JCP G* 1971, n° 16925, obs. Pétot-Fontaine.

Civ. 3^{ème}, 4 mai 1973, *Gazette du Palais* 1973, 2, comm. p. 196.

Civ. 3^{ème}, 23 avril 1974, n° 73-11838.

Cass. crim, 21 mai 1979 ; *Bull. crim.* 1979, n° 178.

Civ. 3^{ème}, 17 mars 1981, *Bull. civ.* 1981, III, n° 56 ; *RDI* 1982, p. 545, observations Dagot.

Civ. 3^{ème}, 9 décembre 1986, *Bull. civ.* 1986, III, n° 177, p. 139 ; *Defrénois* 1987, art. 34056, n° 84, p. 1187, note Vermelle.

Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières*, req. n° 86-14167 ; *RFDA* 1988, p. 771, concl. Charbonnier, note Pacteau ; *CJEG* 1988, p. 107, note Richer ; *GDDAB* n° 75, obs. Yolka.

Civ. 3^{ème}, 7 novembre 1990, *Bull. civ.* 1990, III, n° 7.

Civ. 3^{ème}, 20 février 1991, n° 89-17176.

Civ. 3^{ème}, 6 mars 1991, n° 89-17.786 ; *D.* 1991, p.308, note Robert.

Civ. 3^{ème}, 27 mai 1998, n° 96-15774.

Civ. 3^{ème}, 14 avril 1999, req. n° 97-15497.

Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-80254.

Cass. crim., 15 juin 1999, n° 98-87260 à 98-87271.

Civ. 3^{ème}, 24 mai 2000, n° 97-22.255 ; *D.* 2001, p. 151, note Libchaber ; *Defrénois* 2000, p. 1170, obs. Atias ; *RDI* 2000, p. 316, obs. Bergel.

Civ. 3^{ème}, 7 mars 2007, n° 06-12.568 ; *D.* 2007, p. 2084, note Julienne ; *AJDI* 2007, p. 499, obs. Rouquet.

Civ. 3^{ème}, 24 juin 2008, n° 07-15944 ; *RDI* 2009, p. 107, note Gavin-Millan-Oosterlynck.

Civ. 3^{ème}, 17 décembre 2008, req. n° 07-19776.

Civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, n° 11-13.202, *D.* 2012, p. 1934, note d'Avout ; *ibid.*, p. 2128, obs. Mallet-Bricout et Reboul-Maupin ; *RTD civ.* 2012, p. 553, obs. Revet ; *JCP G* 2012, n° 930, note Dross.

Civ. 3^{ème}, 31 octobre 2012, n° 11-16.304 ; *D.* 2013 p. 53, obs. Tadros, note d'Avout et Mallet-Bricout ; *RDI* 2013, p. 80, obs. Bergel ; *RTD Civ.* 2013, p. 141, note Dross.

Cours d'appel

Cour d'appel de Grenoble, 15 juillet 1824, *Jurisprudence générale du royaume*, Tome 12, 1830, p. 10.

Cour d'appel de Colmar, 28 mars 1826, *Recueil de Jurisprudence générale du Royaume*, année 1828, p. 129.

Cour d'appel de Lyon, 10 juillet 1894, *S.* 1895, II, p. 185, note Saleilles.

Cour d'appel de Paris, 5^{ème} ch., 1^{er} juin 1982, *JurisData* n° 1982-022532.

Cour d'appel de Lyon, 18 mai 1989, *RTD civ.* 1989, p. 783, obs. Zénati.

Cour d'appel de Papeete, 30 juin 2005, *JurisData* n° 2005-281350.

Cour d'appel d'Aix en Provence, Ch. des expropriations, 4 avril 2013, req. n° 2013/13.

Conseil constitutionnel

Cons. constit., 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, n° 79-107 DC.

Cons. constit., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, n° 81-132 DC.

Cons. constit., 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, n° 85-198 DC.

Cons. constit., 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC.

Cons. constit., 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC.

Cons. constit., 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 92-307 DC.

Cons. constit., 21 juillet 1994, *Loi complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, n° 94-346 DC.

Cons. constit., 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, n° 94-352 DC.

Cons. constit., 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, n° 96-373 DC.

Cons. constit., 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, n° 96-380 DC.

Cons. constit., 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, n° 98-403 DC.

Cons. constit., 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, n° 2002-460 DC.

Cons. constit., 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, n° 2003-467 DONC.

Cons. constit., 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473 DC.

Cons. constit., 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, n° 2004-501 DC.

Cons. constit., 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports*, n° 2005-513 DC.

Cons. constit., 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC.

Cons. constit., 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, n° 2008-567 DC.

Cons. constit., 3 décembre 2009, *Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, n° 2009-594 DC.

Cons. constit., 6 octobre 2010, *Époux A.*, n° 2010-43 QPC.

Cons. constit., 12 novembre 2010, *M. Pierre B.*, n° 2010-60 QPC.

Cons. constit., 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, n° 2010-618 DC.

Cons. constit., 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes*, n° 2010-67/86 QPC.

Cons. constit., 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres*, n° 2011-169 QPC.

Cons. constit., 10 novembre 2011, *Mme Jeanette R., épouse D.*, n° 2011-193 QPC.

Cons. constit., 2 décembre 2011, *Consorts D.*, n° 2011-201 QPC.

Cons. constit., 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G.*, n° 2011-209 QPC.

Cons. constit., 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, n° 2012-662 DC.

Cons. constit., 24 mai 2013, *SCI Pascal et autres*, n° 2013-316 QPC.

Cons. constit., 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, n° 2013-687 DC.

Juridictions européennes et commission des communautés européennes

CEDH, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c/ Turquie*, req. n° 48939/99, n° 124 ; *AJDA* 2004, p. 2301 ; *AJDA* 2005, p. 1081, note Jégouzo ; *RTD Civ.* 2005, p. 422, note Revet.

CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97, rec. CJCE 1998, I, p. 7791.

CJCE, 9 mars 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C323/03 ; *Droit maritime français* 2006, p. 536, note Rézenthel.

Commission des communautés européennes, 16 décembre 2003, décision relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, n° 2005/145/CE.

Articles de presse

AFP, « "On vous donne du fric, vous nous donnez Corfou" », *LeMonde.fr*, 4 mars 2010 : <www.lemonde.fr/europe/article/2010/03/04/on-vous-donne-du-fric-vous-nous-donnez-corfou_1314185_3214.html>

DE MEYER (K.), « La vente des îles grecques, une histoire qui fait des vagues », *LesÉchos.fr*, 8 mars 2010 : www.lesechos.fr/08/03/2010/LesEchos/20630-078-ECH_la-vente-des-iles-grecques--une-histoire-qui-fait-des-vagues.htm

GRANGIÉ (É.), « Immobilier : 10 questions du moment », *L'Expansion* n° 732 à 736, 2008, p. 131.

MORIO (J.), REY-LEFÈBVRE (I.), D'ici à 2010, 100 milliards d'euros de participations de l'État à céder, *Le Monde* du 15 décembre 2005.

PIETRALUNGA (C.), « L'État va vendre des actifs pour se désendetter », *LeMonde.fr*, 1^{er} octobre 2014 : <http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/10/01/l-etat-va-vendre-des-actifs-pour-se-desendetter_4498743_3234.html>

STRYKER (M.), GALLAGHER (J.), « DIA's art collection could face sell-off to satisfy Detroit's creditors », *Detroit Free Press*, 24 mai 2013 : <www.freep.com/article/20130523/NEWS01/305230154/DIA-Kevyn-Orr-Detroit-bankruptcy-art>

THÉPOT (M.), « L'Espagne liquide son patrimoine immobilier pour réduire (un peu) son déficit », *Latribune.fr*, 21 août 2013 : <www.latribune.fr/vos-finances/immobilier/20130821trib000781017/l-espagne-liquide-son-patrimoine-immobilier-pour-reduire-un-peu-son-deficit.html>

Sites internet et liens évoqués

Bilan d'action de la MRAI :

<<http://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/immobilier/ventes/bilan-2012>>

Communication de Bertrand Delanoë au Conseil de Paris à propos du rapport d'activité du Conseil du Patrimoine de la Ville de Paris (années 2008-2011) :

<http://a06.apps.paris.fr/a06/jsp/site/plugins/odjcp/DoDownload.jsp?id_entite=22046&id_type_entite=6>

FAQ du Crown Estate :

<<http://www.thecrownestate.co.uk/about-us/faqs/>>

Intervention de Madame Valérie Pécresse, ministre du Budget, des Comptes publics et de la réforme de l'État, porte-parole du gouvernement, le 28 février 2012, à l'occasion de la présentation du plan de cessions pluriannuel des biens immobiliers de l'État :

<http://www.economie.gouv.fr/files/20120228_Discours_plan_de_cessions_14.pdf>

Site internet de la DNID :

- conditions générales des ventes immobilières :

<http://www.ventes-domaniales.fr/rubrique.php3?id_rubrique=6&parentrubid=2>

- glossaire : <http://www.ventes-domaniales.fr/rubrique.php3?id_rubrique=51>

Site internet de la Fédération Hospitalière de France / Onglet relatif à la MAINH :

<<http://www.fhf.fr/Actualites/Actualites/Liens/Organismes-publics/MAINH-Mission-Nationale-d-Appui-a-l-Investissement-Hospitalier>>

Site internet du service des douanes / à propos du droit de francisation :

<<http://www.douane.gouv.fr/articles/a10924-passage-a-la-navigation-en-eaux-interieures-des-navires-enregistres-en-navigation-maritime>>

Site internet de la SOVAFIM / description de l'activité :

<<http://www.sovafim.fr/notre-metier/acquerir-transformer-ceder>>

INDEX

(L'index renvoie aux numéros des paragraphes)

A

Adjudication : 174, 248-263, 276, 277, 344, 358

Affectation à l'utilité publique : 33, 428, 429-437, 480-483, 500, 539

Affectation spéciale des produits de cession :

- collectivités territoriales : 181
- comptes d'affectation spéciale : 179-207, 310
- éléments historiques : 177

Alignement : 55, 308, 492-494, 623

Alinéa 9 du Préambule de 1946 : 241-245

Aménagement : 59, 482, 483

Article 538 du Code civil : 407, 409, 422, 425-427, 479, 480, 699

Assignats : 170, 171

Avis domanial : 87, 349, 350

Autorisation de plaider : 353-355

B

Bilan annuel des cessions locales : 312-314, 331

C

Cession amiable avec mise en concurrence : 247, 264-268.

Cession de gré à gré : 247, 269-276

Chemins ruraux : 12, 64, 484, 517.

CHORUS RE-FX : 108

Commission de surveillance : 92-944

Comptable spécialisé du domaine : 91

Common law : 476, 477

Compétence juridictionnelle : 710

Concession : 18

Conseil de l'immobilier de l'État : 81-82

Conseil du patrimoine de la ville de Paris : 81-82

Continuité du service public : 74, 237-239

Contraventions de grande voirie

- champ d'application : 503-509, 524
- cumul des sanctions : 532-534
- imprescriptibilité de l'action en réparation : 535, 536, 538
- obligation de déclencher les poursuites : 529-531

Contraventions de voirie routière

- champ d'application : 516-518
- compétence juridictionnelle : 524-528
- cumul des sanctions : 532-533
- éléments historiques : 510-514
- imprescriptibilité de l'action en réparation : 535-538
- obligation de déclencher les poursuites : 529-531

D

Déclassement :

- anticipé : 74
- compétence : 226
- contrôle juridictionnel : 227-231
- domaine public fluvial : 218, 219
- domaine public mobilier : 217, 219
- domaine public routier : 220
- fondement : 210, 214
- notion : 208

Désaffectation : 208, 217, 221-225, 228, 622

Désendettement : 13, 28, 30, 38, 115, 116, 155-157, 181, 182, 201-207

Destination : 407-412, 414, 415, 424, 648, 682

Détournement de pouvoir : 352, 353

Direction nationale des interventions domaniales : 90, 300

Domaine :

- immatériel : 58, 138
- impositions : 120-123
- notion : 6, 11
- volume : 49-52

Domaine privé :

- inaccessibilité : 70, 71
- obligation de céder : 67-69

Domaine public :

- accessoire : 61
- exploitation : 72, 126-128
- expropriation : 75
- ferroviaire : 394, 425, 503
- global : 63
- militaire : 401, 438
- mobilier : 217
- par nature : 405-416
- terrestre : 394
- virtuel : 62

Domaine public fluvial

- classement : 485, 486
- déclassement : 218, 219
- droit romain : 448
- délimitation : 308, 490.
- péages : 551-553, 569.
- propriété : 688
- répression des atteintes : 507, 508, 520.

Domaine public maritime :

- affectation : 216, 396
- aliénation : 490, 491

- droit romain : 447
- gratuité : 549, 550, 568
- plages : 541
- propriété : 413
- répression des atteintes : 504, 519

Domaine public routier :

- autoroutes : 429, 542, 558-561, 585
- délaissés de voirie : 215, 308, 488, 622-623
- droit d'accès : 497, 615-623
- droit romain : 449, 450
- formation : 574-579, 587, 588, 608, 610-614
- gratuité : 394, 452, 540, 542-545, 651-655
- local : 422, 423
- propriété : 454, 689
- répression des atteintes : 510-518, 521, 524-528.
- sortie : 220

Don : 136, 348, 357, 383-389

Droit comparé : 458-478

Droit de superficie : 672

Droits réels :

- administratifs : 22, 73, 236
- durée : 666-679

E

Échange : 17

Échelle de la domanialité : 390, 431, 432, 438

Engagements : 158, 159, 164

Entretien : 118, 496

Évaluation des biens domaniaux :

- de l'État : 321-325
- des collectivités locales : 326-332
- expert indépendant : 340-342
- modalités : 173, 334-339
- obligation : 315-332

F

Fiducie : 657

Forêts domaniales : 11, 65, 135, 280, 296

France Domaine : 85-88, 89, 300, 315, 340-342

I

Immeubles à usage de bureaux : 66, 74

Inaliénabilité :

- du domaine de la Couronne : 29, 130, 457, 458, 693, 694.
- de l'affectation : 629-634.
- droit romain : 443-445
- valeur juridique : 74, 232-235

Incessibilité à vil prix : 3, 4, 357-388

Insaisissabilité : 3, 4, 74

Inventaire : 101-108

L

Liberté :

- contractuelle : 292
- d'aller et venir : 594-601
- de manifester : 602-604
- du commerce et de l'industrie : 605-607

Libre administration des collectivités territoriales : 293.

Liste civile : 67

Location : 70, 149, 153, 649, 664, 665.

Loyers budgétaires : 109-112

M

Marchés d'enlèvement : 253, 267, 275, 299

O

Obligation de vendre : 67-69, 347

Ordonnance de la Marine : 490, 505, 519

Ordonnance des Eaux et Forêts : 502, 508, 520

Ouvrage public : 8, 55, 494, 635

P

Péages :

- autoroutiers : 542
- éléments historiques : 554-557
- fluviaux : 551-553, 569.
- ouvrages d'art : 543
- urbains : 547

Physiocratie : 23, 45, 126, 166, 335

Ports : 394, 397, 550, 553, 687

Prescription : 20

Priorités : 305

Prise illégale d'intérêts : 356

Privatisations : 16, 237-245

Propriété publique :

- admission : 41-43
- notion : 9
- contestation : 34
- protection constitutionnelle : 236

Propriété privée :

- fonction sociale : 126, 635-638
- limitation : 640

R

Réforme de l'État : 23-27, 53, 137

Régime de substitution : 237-240, 245

Res communes : 34, 43, 573

Res nullius : 43, 573

Res publicae : 443-450

Rescision pour lésion : 353-355

Rétraction : 14, 15

Revenu domanial : 129-135

Richesse : 44, 46-48

S

Schémas pluriannuels de stratégie immobilière : 108, 113, 114

Servitudes :

- de passage : 624-627, 637
- durée : 673 et 674
- halage et marchepied : 509, 642, 645, 646, 647.
- longitudinale et transversale : 506

Souveraineté : 31, 32, 580-584, 691

SOVAFIM : 95-100

Stationnement : 550, 553, 562, 563

T

Tableau récapitulatif des cessions locales : 313, 314

U

Usufruit : 75, 669

V

Vente : 37, 148-151

Vente des biens nationaux : 165-178

Voies privées ouvertes au public : 389, 494, 495, 641

Voies publiques (notion) : 391-400

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCTION | 9 |
| I. La notion de rétraction du domaine..... | 11 |
| 1. La notion de domaine..... | 11 |
| 2. La notion de rétraction | 16 |
| II. L'intérêt d'une étude sur la rétraction du domaine | 22 |
| 1. L'actualité de la rétraction du domaine..... | 22 |
| a. Le redéploiement d'une idéologie libérale..... | 22 |
| b. La crise des finances publiques..... | 26 |
| 2. Les enjeux de la rétraction du domaine..... | 28 |
| | |
| PARTIE 1 UN CONTEXTE FINANCIER ET JURIDIQUE PROPICE A LA RETRACTION DU DOMAINE..... | 35 |
| | |
| Titre 1 La vente du domaine, expédient à la crise des finances publiques..... | 39 |
| | |
| Chapitre 1 L'orientation de la valorisation domaniale vers la cession..... | 41 |
| | |
| Section 1. Le domaine, richesse cessible..... | 41 |
| § 1. Le domaine, richesse | 42 |
| A. Le domaine, richesse par sa qualité | 42 |
| 1. Le domaine, richesse réelle..... | 42 |
| a. Le domaine est composé exclusivement de biens..... | 42 |
| b. Les biens sont une richesse réelle..... | 44 |
| 2. Le domaine, vecteur de richesses..... | 46 |

| | |
|--|-----------|
| B. Le domaine, richesse par sa quantité..... | 47 |
| 1. L'importance du volume domanial | 47 |
| a. Appréhension du volume domanial..... | 47 |
| b. Un volume domanial excessif ? La thématique de l'hypertrophie | 49 |
| 2. Les raisons de l'importance du volume domanial..... | 50 |
| a. La nature spécifique des collectivités publiques : la vocation à la perpétuité..... | 50 |
| b. Les prérogatives exorbitantes des personnes publiques : le bénéfice de procédés d'acquisition spéciaux..... | 51 |
| i. Les procédés d'acquisition active..... | 51 |
| ii. Les procédés d'acquisition passive..... | 53 |
| c. Les évolutions juridiques et sociétales..... | 54 |
| § 2. La progression de la part cessible du domaine..... | 54 |
| A. La restriction législative de la part du domaine public..... | 55 |
| 1. Le resserrement des méthodes conceptuelles d'identification du domaine public..... | 55 |
| a. La restriction du critère de l'aménagement | 55 |
| b. La restriction des théories extensives de la domanialité publique..... | 57 |
| 2. La progression du domaine privé par détermination de la loi | 60 |
| B. L'extension de la cessibilité à l'ensemble du domaine..... | 62 |
| 1. La cessibilité du domaine privé | 62 |
| a. La cession, condition du domaine privé ? | 62 |
| b. Le cas des biens du domaine privé utilisés par l'administration | 64 |
| 2. Un <i>continuum</i> vers la cessibilité du domaine public ?..... | 66 |
| a. Du pouvoir de police à un semblant de pouvoir de cession..... | 67 |
| b. La progression de la cessibilité des biens domaniaux affectés à l'utilité publique..... | 69 |
| | |
| Section 2. Une volonté de céder révélée par une rénovation institutionnelle | 71 |
| § 1. La cession, activité prépondérante des organes intervenants dans la gestion du domaine | 72 |
| A. Les organes stratégiques..... | 73 |
| 1. Les organes à compétence générale | 73 |
| a. La Mission interministérielle de valorisation du patrimoine immobilier de l'État.. | 73 |
| b. Le Conseil de l'immobilier de l'État | 74 |
| c. Le Conseil du patrimoine de la Ville de Paris..... | 76 |
| 2. Les organes à compétence sectorielle..... | 77 |
| a. La Mission pour la réalisation des actifs immobiliers de la Défense..... | 77 |
| b. La Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier | 78 |

| | |
|---|------------|
| B. Les organes opérationnels..... | 79 |
| 1. Le service à compétence nationale France Domaine | 79 |
| a. Le statut de France Domaine | 79 |
| b. Une activité essentiellement limitée dans les faits à la cession du domaine | 83 |
| 2. La Direction nationale d'interventions domaniales..... | 84 |
| 3. Le comptable spécialisé du domaine..... | 85 |
| 4. La Commission de surveillance chargée de veiller à la transparence et à la qualité des opérations immobilières de l'État | 85 |
| 5. La Société de valorisation foncière et immobilière | 87 |
| a. L'extension du champ d'activité de la SOVAFIM | 87 |
| b. La vente, mission exclusive de la SOVAFIM | 88 |
| § 2. Le développement d'outils utiles à la vente du domaine | 91 |
| A. L'amélioration de la connaissance des biens..... | 91 |
| 1. La connaissance des biens domaniaux : une préoccupation ancienne et récurrente | 92 |
| 2. Une rénovation de l'outil de connaissance des biens publics sous l'impulsion de la comptabilité patrimoniale | 95 |
| B. Les mécanismes d'incitation à la cession..... | 98 |
| 1. La sensibilisation au coût des biens : les loyers budgétaires..... | 98 |
| a. Le mécanisme des loyers budgétaires..... | 98 |
| b. Un mécanisme incitant à la cession | 100 |
| 2. La déclinaison de la politique immobilière de l'État : le volet stratégique des schémas pluriannuels de stratégie immobilière..... | 101 |
| Conclusion du chapitre..... | 103 |
| | |
| Chapitre 2 L'attribution à la cession du domaine d'une fonction de désendettement..... | 105 |
| | |
| Section 1. Les produits de la cession du domaine, ressource financière | 106 |
| § 1. Les inconvénients financiers de la conservation du domaine..... | 106 |
| A. Le coût du domaine..... | 106 |
| 1. Les charges financières pesant sur le propriétaire du domaine | 107 |
| a. Les charges d'entretien | 107 |
| b. Les charges fiscales | 108 |
| 2. La charge du risque résultant de l'existence du domaine..... | 110 |
| B. Le faible rapport du domaine..... | 111 |
| 1. La prétendue stérilité du domaine | 111 |
| a. Le grief de la stérilité du domaine..... | 111 |
| b. La relativisation de la stérilité domaniale..... | 113 |

| | |
|---|-----|
| 2. La subsidiarité du revenu domanial | 115 |
| a. La primauté historique du revenu domanial | 115 |
| b. La subsidiarité actuelle du revenu domanial..... | 118 |
| § 2. Les avantages de la cession | 121 |
| A. Les avantages communs à toutes les formes de cession | 121 |
| 1. Le soutien de l'activité économique..... | 122 |
| 2. L'accroissement de l'offre de logements..... | 123 |
| 3. L'augmentation des rentrées fiscales..... | 124 |
| B. L'avantage propre à la vente : la captation d'une contrepartie monétaire importante..... | 126 |
| 1. Les caractères de la contrepartie dans le cadre d'une vente..... | 126 |
| a. Une contrepartie en principe monétaire | 126 |
| b. Une contrepartie importante..... | 128 |
| 2. La relativisation du gain financier issu de la vente..... | 128 |
| a. Le résultat financier de l'opération de vente sur le long terme | 128 |
| b. L'allégation d'une inaptitude de l'administration à assurer la meilleure efficacité financière des ventes..... | 130 |
| c. L'existence d'externalités négatives | 130 |

Section 2. Une ressource utilisée en réponse à une urgence financière..... 131

| | |
|---|-----|
| § 1. Le lien historique entre cession et urgence financière..... | 132 |
| A. L'urgence financière, condition de l'engagement..... | 133 |
| 1. Les nécessités de guerre, justification originelle de l'engagement du domaine de la Couronne..... | 133 |
| 2. L'élargissement des cas de recours à l'engagement des biens du domaine de la Couronne..... | 135 |
| B. L'urgence financière, justification de la vente des biens nationaux..... | 137 |
| 1. La motivation du législateur de 1789 | 137 |
| 2. La captation anticipée du produit de la cession : l'assignat | 139 |
| 3. Les modalités de vente..... | 140 |
| 4. L'affectation spéciale des produits de cession des biens nationaux | 144 |
| § 2. La persistance du lien entre vente et urgence financière révélée par la création de comptes d'affectation spéciale..... | 144 |
| A. L'affectation théorique des produits de cession au désendettement dans le compte « Participation financières de l'État » | 147 |
| 1. Des recettes théoriquement dominées par les produits de cession | 147 |
| 2. Des crédits théoriquement affectés au désendettement..... | 149 |

| | |
|---|------------|
| B. L'affectation réelle des produits de cession au désendettement dans le compte « Gestion du patrimoine immobilier de l'État » | 151 |
| 1. Des recettes récurrentes principalement constituées du produit des cessions immobilières de l'État | 151 |
| a. Des recettes principalement constituées du produit des cessions immobilières de l'État | 151 |
| b. Des recettes récurrentes..... | 154 |
| 2. Des crédits censés être de plus en plus affectés au désendettement | 156 |
| a. L'évolution de l'affectation des crédits..... | 156 |
| i. Le temps des retours des produits de cessions aux ministères | 156 |
| ii. L'augmentation du volume de la contribution au désendettement..... | 158 |
| b. L'affinement de l'analyse de la contribution au désendettement..... | 160 |
| Conclusion du chapitre..... | 162 |
| Conclusion du titre..... | 165 |
| | |
| Titre 2 Un cadre juridique favorable à la vente du domaine | 167 |
| | |
| Chapitre 1 Un domaine aisément cessible | 169 |
| | |
| Section 1. La souplesse des règles de cessibilité..... | 169 |
| § 1. Le propriétaire public, maître de la domanialité de son bien | 169 |
| A. La désaffectation et le déclassement, instruments de sortie du domaine public..... | 170 |
| 1. Le cumul nécessaire de la désaffectation et du déclassement | 170 |
| a. Désaffectation et déclassement, un rapport temporel clarifié..... | 171 |
| b. Les justifications à la nécessité du déclassement | 173 |
| 2. La dispense de désaffectation | 174 |
| a. La dispense logique de désaffectation pour la sortie du domaine public des biens non affectés à l'utilité publique | 174 |
| b. La dispense exceptionnelle de désaffectation pour la sortie du domaine public de biens affectés à l'utilité publique | 179 |
| B. La maîtrise par le propriétaire public de la désaffectation et du déclassement | 179 |
| 1. La compétence de principe du propriétaire public pour désaffecter et déclasser | 180 |
| a. La compétence pour désaffecter | 180 |
| b. La compétence pour déclasser | 181 |

| | |
|--|------------|
| 2. Le caractère restreint du contrôle juridictionnel | 182 |
| a. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation | 182 |
| b. Le contrôle du détournement de pouvoir | 185 |
| § 2. Le législateur, maître de l'inaliénabilité : l'absence d'une appropriation publique constitutionnellement obligatoire | 187 |
| A. L'absence de valeur constitutionnelle du principe d'inaliénabilité du domaine public | 188 |
| 1. Le refus du Conseil constitutionnel de consacrer la constitutionnalité de l'inaliénabilité du domaine public | 188 |
| 2. La consécration constitutionnelle de la portée purement procédurale de l'inaliénabilité du domaine public | 190 |
| B. Des normes constitutionnelles insusceptibles de fonder une obligation d'appropriation publique | 191 |
| 1. La protection due à la propriété publique | 191 |
| 2. La continuité du service public et les droits et libertés | 193 |
| 3. L'énigmatique alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 | 197 |
| Section 2. L'assouplissement des procédures de cession | 202 |
| § 1. L'assouplissement des règles de mise en concurrence précédant les cessions du domaine de l'État | 203 |
| A. Un choix du cessionnaire initialement fondé sur le seul critère du prix : le principe de l'adjudication | 204 |
| 1. La nécessité ancienne d'une cession des biens domaniaux par adjudication | 204 |
| a. L'ancienneté de l'exigence d'une adjudication | 204 |
| i. L'ancienneté de l'exigence d'adjudication en matière d'immeubles domaniaux | 204 |
| ii. L'ancienneté de l'adjudication en matière de meubles domaniaux | 206 |
| b. Le déroulement de l'adjudication | 208 |
| i. Le déroulement de l'adjudication des immeubles | 208 |
| ii. Le déroulement de l'adjudication des meubles | 209 |
| 2. Les vicissitudes de l'adjudication | 210 |
| a. L'efficacité financière incertaine de l'adjudication | 210 |
| i. Les avantages financiers allégués de l'adjudication des biens domaniaux | 210 |
| ii. Les inconvénients financiers de l'adjudication des biens domaniaux | 211 |
| b. Le prix, critère trop restrictif dans le choix de l'acquéreur | 213 |

| | |
|---|------------|
| B. Un choix du cessionnaire désormais susceptible d'être fondé sur d'autres critères..... | 215 |
| 1. La cession amiable concurrentielle..... | 215 |
| a. Le faible détail de la procédure de cession amiable concurrentielle | 215 |
| b. Un laconisme critiqué | 218 |
| 2. L'ouverture large des cas de cession amiable non concurrentielle..... | 219 |
| a. La cession amiable non concurrentielle des immeubles étatiques..... | 219 |
| b. La cession amiable non concurrentielle des meubles étatiques..... | 222 |
| § 2. L'absence de règles de mise en concurrence pour les cessions du domaine local..... | 223 |
| A. Le tarissement des règles de mise en concurrence..... | 223 |
| 1. La disparition des procédures de mise en concurrence..... | 224 |
| 2. La survivance de règles éparses | 226 |
| B. Une absence difficile à justifier | 228 |
| 1. Les bienfaits allégués des cessions domaniales concurrentielles..... | 228 |
| 2. Une absence inexplicite..... | 230 |
| Conclusion du chapitre..... | 234 |

Chapitre 2 Une contrainte conforme aux intentions des vendeurs publics : le niveau approprié de la contrepartie237

Section 1. L'obligation d'évaluer le bien.....237

| | |
|---|-----|
| § 1. Une obligation procédurale prévalente..... | 237 |
| A. La diversité des règles de procédure..... | 238 |
| 1. La diversité des règles de compétence..... | 238 |
| a. Les règles de compétence en matière de cessions étatiques..... | 238 |
| i. Les règles de compétence en matière de cessions étatiques immobilières | 238 |
| ii. Les règles de compétence en matière de cessions étatiques mobilières..... | 240 |
| b. Les règles de compétence en matière de cessions locales..... | 242 |
| 2. La diversité des droits de priorité..... | 243 |
| a. Les droits de priorité justifiés par la nécessité du bien cédé aux missions d'intérêt général de l'acquéreur | 244 |
| b. Les droits de priorité justifiés par le lien particulier entre le bien et l'acquéreur..... | 245 |
| 3. La diversité des règles d'information..... | 247 |

| | |
|--|-----|
| B. La transversalité de l'obligation d'évaluation préalable..... | 251 |
| 1. La permanence de l'obligation d'une évaluation préalable pour les cessions étatiques | |
| | 251 |
| a. L'obligation permanente d'évaluer les immeubles à céder de l'État..... | 251 |
| b. L'obligation d'évaluer les meubles étatiques à céder..... | 253 |
| 2. La prééminence de l'évaluation préalable pour les cessions du domaine local..... | 254 |
| § 2. L'opération d'évaluation | 258 |
| A. Le déroulement de l'évaluation..... | 258 |
| 1. Des méthodes d'évaluation comparables à celles utilisées pour les biens privés..... | 258 |
| a. Une similarité postulée | 258 |
| b. L'emploi de la méthode comparative | 259 |
| i. La désuétude de l'évaluation par capitalisation | 259 |
| ii. La consécration de la méthode comparative..... | 261 |
| 2. La tendance à la séparation des pouvoirs d'évaluer et de céder | 263 |
| B. Les fonctions de l'évaluation préalable..... | 266 |
| 1. L'utilité de l'évaluation préalable avant la cession : la détermination des règles de | |
| procédure applicables..... | 266 |
| a. Le durcissement des règles de cession en cas de valeur vénale élevée..... | 266 |
| b. L'assouplissement des règles de cession en cas de valeur vénale peu élevée..... | 269 |
| 2. L'utilité de l'évaluation préalable après la cession : un outil du contrôle de légalité.... | 270 |
| a. Un fondement du contrôle de légalité..... | 270 |
| b. Un fondement à nuancer | 271 |

Section 2. L'interdiction de céder un bien domanial sans contrepartie appropriée..... 272

| | |
|---|-----|
| § 1. La formation d'un principe prohibant les cessions domaniales sans contrepartie appropriée..... | 273 |
| A. Des voies de droit inefficaces face aux cessions domaniales sans contrepartie appropriée | 273 |
| 1. Un moyen inefficace : le détournement de pouvoir | 273 |
| 2. Des voies de droit trop spécifiques..... | 274 |
| a. L'autorisation d'exercer une action en rescision pour lésion..... | 275 |
| b. La sanction de la prise illégale d'intérêts..... | 276 |
| B. La création de la règle constitutionnelle d'incessibilité sans contrepartie appropriée..... | 277 |
| 1. Une continuité jurisprudentielle | 278 |
| a. L'émergence : l'interdiction des libéralités | 278 |
| b. La projection de l'interdiction aux cessions domaniales..... | 279 |
| c. La diversification de la nature de la contrepartie | 280 |
| d. La synthèse opérée par la Conseil constitutionnel | 281 |

| | |
|--|------------|
| 2. La réception inégale du principe par le droit écrit..... | 282 |
| a. Une codification très parcellaire..... | 282 |
| b. Un encadrement du prix de vente limité à des opérations spécifiques..... | 284 |
| § 2. La mise en œuvre contrastée du principe | 285 |
| A. Le contrôle parfois aléatoire du niveau de la contrepartie..... | 285 |
| 1. La préférence du juge administratif pour un contrôle restreint..... | 286 |
| a. Un contrôle en général restreint..... | 286 |
| b. Un contrôle parfois normal | 287 |
| 2. La mise en œuvre parfois aléatoire des conditions jurisprudentielles..... | 288 |
| a. La variabilité du motif d'intérêt général..... | 288 |
| b. L'appréciation aléatoire du caractère suffisant de la contrepartie..... | 290 |
| B. Le caractère presque systématique de l'exigence d'une contrepartie appropriée..... | 292 |
| 1. La difficile obtention du statut de « personne poursuivant des fins d'intérêt public » .. | 292 |
| 2. La rémanence de l'interdiction de céder sans contrepartie appropriée dans les cessions aux personnes poursuivant des fins d'intérêt public..... | 294 |
| a. La position claire du juge constitutionnel : la possibilité de procéder à des cessions gratuites à destination de personnes poursuivant des fins d'intérêt public..... | 295 |
| b. La position ambiguë du juge administratif quant à la gratuité des cessions aux personnes poursuivant des fins d'intérêt public..... | 296 |
| Conclusion du chapitre..... | 299 |
| Conclusion du titre..... | 301 |
| Conclusion de la Partie 1 | 303 |

**PARTIE 2 LES LIMITES DE LA RETRACTION DU DOMAINE : L'IDENTIFICATION
D'UN DOMAINE INCOMPRESSIBLE..... 305**

Titre 1 La protection juridique supérieure des voies publiques..... 315

Chapitre 1 La protection organique supérieure des voies publiques317

**Section 1. Le positionnement des voies publiques à la croisée des systèmes doctrinaux d'identification du
domaine public 317**

§ 1. La domanialité publique des voies publiques dans les systèmes d'identification fondés sur la
nature des choses..... 318

A. La domanialité par nature, une méthode intuitive 318

1. Un effet de la nature variable selon les doctrines..... 318

a. Le lien direct entre la nature de la chose et son inaptitude à l'appropriation privée
..... 318

b. Le lien indirect entre la nature de la chose et son inaptitude à la propriété privée :
l'intermédiation de la destination 319

2. La domanialité par nature, une méthode intuitive 323

B. L'inclusion des voies publiques dans les énumérations des choses constitutives du domaine
public par nature 326

1. Les voies publiques, éléments exemplatifs des théories du domaine public par nature
dès l'Ancien Régime..... 326

2. Une énumération consacrée par le droit intermédiaire et le Code civil..... 327

§ 2. L'inclusion des voies publiques dans les systèmes de recentrage du domaine public fondés sur les
caractéristiques de l'affectation 332

A. L'inclusion des voies publiques dans les systèmes de recentrage du domaine public fondés
sur le destinataire de l'affectation 333

1. Les biens affectés à l'usage direct du public, sommet des gradations de la domanialité
..... 334

2. Les biens affectés à l'usage direct du public, seule composante du domaine public.... 335

B. L'inclusion des voies publiques dans les modèles de recentrage du domaine public fondés sur
l'importance de l'affectation 338

| | |
|--|------------|
| Section 2. Le rapport conflictuel des voies publiques à la propriété privée..... | 341 |
| § 1. Le rejet récurrent de l'appropriation privée des voies publiques | 342 |
| A. Un rejet de l'appropriation privée des voies publiques récurrent dans le temps..... | 342 |
| 1. L'Antiquité romaine : la tendance au rejet de l'appropriation privée des voies publiques | 343 |
| a. L'inaliénabilité des « biens affectés à l'usage public » | 344 |
| b. L'octroi aux voies publiques de la qualité de chose publique | 346 |
| 2. Les périodes franque et féodale : le maintien d'une voie publique hors du champ de la propriété privée | 349 |
| 3. L'affirmation du pouvoir royal : la propriété des voies publiques questionnée..... | 352 |
| B. Un rejet de l'appropriation privée des voies publiques récurrent dans l'espace..... | 354 |
| 1. La fréquence de l'exclusion de l'appropriation privée des voies publiques en droit comparé..... | 355 |
| 2. La relativisation de l'aptitude des voies publiques à l'appropriation privée en droit comparé..... | 359 |
| § 2. Les effets de la qualité de voie publique sur l'appropriation..... | 363 |
| A. Les effets de la qualité de voie publique sur les biens domaniaux : le maintien de l'appropriation publique par la domanialité publique..... | 364 |
| 1. L'entrée automatique des voies publiques domaniales dans le domaine public en vertu du critère de l'affectation à l'usage direct du public..... | 364 |
| a. Un critère façonné au regard des caractéristiques des voies publiques..... | 365 |
| b. L'affectation à l'usage direct du public, critère suffisant | 366 |
| 2. Des cas particuliers non révélateurs d'une protection organique inférieure..... | 368 |
| a. L'existence de voies publiques domaniales n'entrant pas automatiquement dans le domaine public..... | 368 |
| b. Le cas des voies routières en cours de fermeture | 370 |
| B. Les effets de la qualité de voie publique sur les biens privés : l'anéantissement occasionnel de l'appropriation privée..... | 372 |
| 1. L'anéantissement de l'appropriation privée par l'élargissement de la voie publique...372 | |
| a. L'élargissement résultant d'un phénomène naturel : le cas des voies aquatiques | 372 |
| b. L'élargissement résultant d'une décision administrative : l'alignement | 374 |
| 2. L'anéantissement de l'appropriation privée par le constat de la qualité de voie publique | 376 |
| Conclusion du chapitre..... | 378 |

Chapitre 2 La protection fonctionnelle maximale des voies publiques381

Section 1. La protection fonctionnelle des voies publiques contre les agissements du public : les contraventions de voirie 382

| | |
|--|-----|
| § 1. L'inclusion des voies publiques dans le champ de la contravention de voirie..... | 383 |
| A. La limitation du champ d'application des contraventions de voirie aux dépendances considérées comme les plus importantes..... | 383 |
| B. Les voies publiques, principale composante du champ d'application des contraventions de voirie | 387 |
| 1. La protection des voies publiques maritimes et fluviales..... | 388 |
| a. La protection des voies publiques maritimes..... | 388 |
| b. La protection des voies publiques fluviales..... | 389 |
| 2. La protection du domaine public routier..... | 390 |
| a. Une préoccupation ancienne | 390 |
| b. L'objet de la protection des contraventions de voirie routière..... | 393 |
| § 2. La spécificité de la répression des contraventions de voirie | 395 |
| A. L'attribution à une juridiction spéciale de la compétence pour réprimer les contraventions de voirie | 395 |
| 1. L'évolution historique de l'attribution du contentieux | 396 |
| a. La phase de juridiction spéciale..... | 396 |
| b. La phase judiciaire | 398 |
| c. La phase de compétence partagée | 399 |
| 2. Une compétence du juge judiciaire fondée sur des raisons d'opportunité..... | 400 |
| a. La compétence judiciaire pour la petite voirie, contretemps historique | 400 |
| b. La compétence judiciaire pour le domaine public routier, résultat d'une recherche de simplification | 401 |
| B. Un régime des poursuites plus sévère pour le contrevenant | 403 |
| 1. L'obligation de déclencher les poursuites | 404 |
| a. Une obligation applicable à la grande voirie comme à la voirie routière..... | 404 |
| b. Une obligation exorbitante du droit pénal..... | 406 |
| 2. La possibilité d'un cumul de sanctions..... | 407 |
| 3. L'imprescriptibilité de l'action en réparation..... | 409 |

| | |
|--|------------|
| Section 2. La protection fonctionnelle des voies publiques en faveur du public : la gratuité de l'usage collectif des voies publiques | 411 |
| § 1. La gratuité de l'usage collectif des voies publiques, principe supra-réglementaire | 412 |
| A. Le recours nécessaire à la loi pour fonder l'onérosité de l'usage collectif des voies publiques terrestres | 413 |
| 1. Le cas de la plage : l'exemple unique d'un principe de gratuité législatif | 413 |
| 2. Le cas des voies publiques routières : la nécessité d'une exception législative à la gratuité | 414 |
| a. La formation d'un principe supra-réglementaire | 415 |
| b. L'absence d'un principe d'onérosité de l'usage collectif du domaine public | 417 |
| B. Le recours systématique à la loi pour autoriser l'onérosité de l'usage collectif des voies publiques aquatiques | 420 |
| 1. L'onérosité législative de la circulation et du stationnement sur les voies publiques maritimes | 420 |
| 2. L'onérosité législative de la circulation et du stationnement sur les voies publiques fluviales | 422 |
| § 2. La gratuité de l'usage collectif des voies publiques, principe politique | 424 |
| A. Les dimensions multiples de la gratuité de l'usage collectif des voies publiques | 425 |
| 1. La fonction initialement économique de la remise en cause des péages | 425 |
| 2. Une gratuité des voies publiques acquise dans la conscience collective | 426 |
| B. La justification malaisée des hypothèses d'onérosité | 428 |
| 1. La requalification contestable de l'usage du bien par le public | 428 |
| a. La requalification douteuse de l'usage du bien en usage du service public | 428 |
| b. La requalification incertaine de l'usage normal en usage anormal | 431 |
| 2. L'affectation des deniers perçus comme légitimation de la gratuité | 433 |
| Conclusion du chapitre | 436 |
| Conclusion du titre | 439 |

| | |
|---|------------|
| Titre 2 La nécessité d'une appropriation publique des voies publiques | 441 |
| Chapitre 1 La vocation des voies publiques à une affectation perpétuelle..... | 443 |
| Section 1. Les voies publiques, biens essentiels..... | 445 |
| § 1. Des voies publiques nécessaires à l'émergence d'une sphère collective | 446 |
| A. Des voies publiques nécessaires à l'existence de l'État..... | 446 |
| 1. La contemporanéité entre le développement des voies publiques et l'affirmation de l'État | 447 |
| 2. La double utilité des voies publiques à l'État | 452 |
| a. Les voies, instrument d'exercice de l'autorité..... | 453 |
| b. Les voies publiques, instrument de légitimation de l'État | 457 |
| B. Des voies publiques nécessaires à la formation d'une société | 459 |
| 1. Des voies publiques nécessaires au lien social..... | 459 |
| 2. La réification du groupe social par les voies publiques | 462 |
| § 2. Des voies publiques nécessaires à la liberté | 464 |
| A. Le lien natif entre les biens affectés à l'usage de tous et la liberté | 465 |
| B. Les libertés s'exerçant de façon privilégiée sur les voies publiques..... | 468 |
| 1. La liberté d'aller et venir | 468 |
| 2. La liberté de manifester | 471 |
| 3. La liberté du commerce et de l'industrie | 473 |
| Section 2. Les voies publiques, biens irremplaçables..... | 475 |
| § 1. Les voies publiques, biens structurants..... | 475 |
| A. Les voies publiques, génératrices de regroupements humains..... | 475 |
| B. Les voies publiques, éléments premiers dans la conception de la cité | 478 |
| § 2. Une inaptitude des voies publiques au déplacement renforcée par les droits d'accès | 480 |
| A. Un droit d'accès perturbant l'aptitude des voies publiques au déplacement | 481 |
| 1. Le droit d'accès au domaine public routier | 481 |
| a. Le droit d'accès au domaine public routier, vecteur d'accès aux voies publiques..... | 481 |
| b. Une garantie fondée sur le droit de propriété | 483 |
| 2. Les conséquences du droit d'accès sur les changements de tracé de la voie..... | 486 |
| B. Le partage contraint du droit d'accès, manifestation du caractère irremplaçable des voies publiques..... | 488 |
| Conclusion du chapitre | 491 |

Chapitre 2 Les implications patrimoniales de la vocation des voies publiques à une affectation perpétuelle.....493

Section 1. L'incapacité discutable de la propriété privée à supporter une affectation perpétuelle à l'utilité publique497

| | |
|---|-----|
| § 1. La compatibilité entre l'appropriation privée et l'affectation à l'utilité publique..... | 499 |
| A. Le dépassement par la propriété privée de l'intérêt du propriétaire..... | 500 |
| 1. La socialisation de la propriété privée..... | 500 |
| a. La reconnaissance d'une fonction sociale de la propriété privée..... | 500 |
| b. La non absoluté du droit de propriété..... | 503 |
| 2. L'existence de biens privés affectés à la circulation publique..... | 505 |
| a. L'affectation volontaire de biens privés à la circulation du public..... | 505 |
| b. L'affectation autoritaire de biens privés à la circulation du public..... | 506 |
| i. Les servitudes administratives s'imposant aux riverains des cours d'eau domaniaux..... | 506 |
| ii. Les servitudes administratives s'imposant aux riverains du rivage de la mer..... | 509 |
| B. La compatibilité de l'affectation à l'utilité publique avec l'intérêt économique du propriétaire privé..... | 510 |
| 1. La captation d'une rémunération émanant de l'administration..... | 511 |
| 2. La captation d'une rémunération émanant des utilisateurs..... | 512 |
| a. La possibilité de capter une rémunération émanant d'utilisateurs privés..... | 512 |
| b. La possibilité de capter une rémunération émanant d'usagers collectifs..... | 513 |
| § 2. La compatibilité envisageable de la propriété privée avec la vocation des voies publiques à une affectation perpétuelle..... | 516 |
| A. L'hostilité du droit privé aux baux perpétuels..... | 518 |
| B. Les incertitudes quant à l'aptitude à la perpétuité des démembrements de la propriété privée..... | 521 |
| 1. Le débat sur la durée des droits réels nommés..... | 522 |
| a. La tendance au refus de la perpétuité des droits réels nommés..... | 522 |
| b. Des exemples de droits réels nommés perpétuels..... | 525 |
| 2. Les incertitudes jurisprudentielles sur la perpétuité des droits réels innomés..... | 528 |
| a. L'hostilité manifeste du juge constitutionnel à l'égard de la perpétuité des droits réels innomés..... | 528 |
| b. La tendance du juge judiciaire à l'admission de la perpétuité des droits réels innomés..... | 529 |

Section 2. La révélation ultime d'un lien ontologique entre la collectivité publique et les voies publiques 533

| | |
|---|------------|
| § 1. L'existence d'un lien ontologique entre voies publiques et collectivité publique | 533 |
| A. Les voies publiques, corps de la collectivité publique | 534 |
| 1. L'affectation perpétuelle des voies publiques, révélateur d'une identité commune entre voies publiques et collectivité publique | 535 |
| a. Une destination d'intérêt général conçue comme inéluctable | 535 |
| b. Une vocation à la perpétuité | 537 |
| 2. L'approfondissement de cette identité : la découverte d'un lien ontologique entre voies publiques et collectivité publique | 540 |
| a. Un lien de représentation : la répartition des voies publiques entre les niveaux de la collectivité publique | 540 |
| b. Un lien fondatif : le rôle des voies publiques dans l'émergence de la collectivité publique | 543 |
| B. Une relation confortée par l'analogie entre les voies publiques et le corps humain | 549 |
| 1. Une analogie présentée par la sociologie organiciste | 549 |
| 2. Une analogie entre voies publiques et corps humain confortée par des régimes juridiques similaires | 551 |
| a. Un questionnement sur l'appropriation comparable | 551 |
| i. Une aptitude à la propriété contestée | 551 |
| ii. L'ingérence de considérations d'ordre moral | 553 |
| b. Un régime orienté vers la gratuité | 554 |
| § 2. Les conséquences de ce lien ontologique : la détermination d'un domaine incompressible | 556 |
| A. L'incessibilité de l' <i>avoir</i> pour une sauvegarde de l' <i>être</i> : les voies publiques, éléments du domaine incompressible | 556 |
| 1. L'incessibilité de l' <i>avoir</i> pour une sauvegarde de l' <i>être</i> : un rapport vérifié pour le corps humain | 556 |
| 2. L'incessibilité de l' <i>avoir</i> pour une sauvegarde de l' <i>être</i> : un rapport transposable aux voies publiques | 558 |
| B. La conséquence d'une incessibilité fondée sur un lien ontologique : l'impossibilité de quantifier le domaine incompressible | 560 |
| 1. La dimension inévitablement quantitative du domaine incompressible | 560 |
| 2. Les conséquences d'un domaine incompressible inquantifiable : la précellence de la protection du juge administratif | 561 |
| Conclusion du chapitre | 564 |
| Conclusion du titre | 565 |
| Conclusion de la Partie 2 | 567 |

| | |
|----------------------------------|------------|
| CONCLUSION GENERALE | 569 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 573 |
| INDEX..... | 633 |