

## L'application du droit privé aux propriétés publiques

Fanny Tarlet, Professeur à l'université de Montpellier (CREAM)

---

### L'essentiel

L'anniversaire de l'arrêt *Bac d'Eloka* est l'occasion d'une réflexion sur l'application du droit privé aux propriétés publiques. En effet, les propriétés publiques sont par défaut soumises au droit privé qui est leur applicable de plein droit, en particulier par des jeux de renvois et de transposition qui permettent d'évoquer une incorporation du droit privé dans le droit des biens publics. Les règles réellement spécifiques semblent avoir pour fondement principal la protection des deniers publics.

Un siècle de prospérité sans égale aurait presque fait oublier à ses plus fidèles lecteurs que l'arrêt *Bac d'Eloka*, roi du droit administratif, était initialement mis en échec par le droit des biens publics. Si la pièce maîtresse ne fut pas mat, ce n'aura été qu'à la faveur d'un gambit juridique qui tient en dix mots, souvent éludés du considérant de principe : « le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public »<sup>(1)</sup>. Ce grand destin tenait donc à cette disqualification initiale du bien, laquelle *a contrario* aurait pu compromettre l'illustre analyse de l'activité. Si nul ne doute que l'intérêt de la décision célébrée ici réside dans la distinction des services publics dans la structuration des dualismes juridiques et juridictionnels (G. Quiot, *Aux origines du couple « Gestion publique-gestion privée » : recherche sur la formation de la théorie de la gestion privée des services publics*, th. dactyl., Nice, 1992, 784 p.), on peut profiter de l'occasion qui nous est donnée d'interroger l'articulation entre les deux propositions du considérant de principe de la décision, avant de développer l'étendue et les modalités de l'application du droit privé aux propriétés publiques qui en découlent peut-être depuis cent ans.


Discuter un instant les termes de l'arrêt relatifs aux ouvrages publics - à la lumière des conclusions étayées sur ce point du commissaire du gouvernement Paul Matter, alors membre de la Cour de cassation (G. Bourgin, *Revue historique*, 1938, p. 183) - permet d'abord d'affirmer que la question des propriétés publiques n'est pas étrangère à la portée de *Bac d'Eloka* et nécessite ensuite de répondre à trois questions successives : pourquoi le Tribunal des conflits a-t-il disqualifié l'ouvrage public en 1921 ? En jugerait-il à l'identique un siècle plus tard ? Pourquoi une qualification d'ouvrage public aurait-elle prévalu sur la qualification de l'activité ?



Le raisonnement du Tribunal sur la nature de l'activité prise en charge par la colonie de la Côte d'Ivoire se fonde ainsi sur un premier sacrifice, celui de la qualification comme ouvrage public du bac de transport des personnes et des véhicules d'une rive à l'autre de la lagune Ebrié. Si le bac avait été un ouvrage public, alors la compétence du juge administratif l'aurait emporté, sans ouvrir d'autre discussion. Il n'en a pas été ainsi pour deux raisons. La première raison tient au droit spécial alors applicable en Côte d'Ivoire. L'ordonnance du Roi du 7 septembre 1840 concernant le gouvernement du Sénégal et dépendances attribuait directement au juge administratif le contentieux de l'établissement des bacs mais non celui de leur exploitation. Le commissaire du gouvernement en déduisit donc que, faute d'attribution expresse à la juridiction administrative, le contentieux de l'exploitation tombait dans l'escarcelle du juge judiciaire. Cette distinction entre l'établissement et l'exploitation intéressera particulièrement la suite du raisonnement pour ce qui concerne la distinction entre gestion publique et gestion privée des activités économiques. La seconde raison tient au droit domanial. Contrairement à ce qu'estimait alors la doctrine autorisée, notamment Berthélemy, le Conseil d'Etat avait jugé en 1874 (CE 15 mai 1874, n° 47071, *Sauvignon*, Lebon 461) et en 1920 (CE 2 juill. 1920, n° 48949, *Veuve Lenoir et autres c/ Ministre des travaux publics*, Lebon 658) qu'un bac n'est pas susceptible d'être considéré comme la continuité de la route, partant comme un ouvrage ou un travail public (les conclusions ne distinguent pas les deux notions<sup>(2)</sup>).

La haute juridiction aurait pu opérer un revirement de jurisprudence en considérant que l'ouvrage ayant pour objet de joindre les deux tronçons d'une route peut se voir appliquer la même qualification que la route qu'il poursuit et prolonge, ainsi que l'y invitait l'arrêté de conflit. Il ne passa pas ce Rubicon. La qualification d'ouvrage public était donc doublement condamnée, il ne restait au juge d'autre option pour déterminer la compétence juridictionnelle que d'envisager la nature de l'activité réalisée par l'exploitation du bac.

Sur le point de savoir si la décision eût été la même un siècle plus tard, il faut bien constater que le virage fut pris et qu'à partir de 1936 les bacs ont pu recevoir la qualification d'ouvrages publics (J. Petit et G. Eveillard, *L'ouvrage public*, Litec, 2009, p. 15 et s.). A ce propos, le Conseil d'Etat n'avait pas estimé porter un coup trop fort à la décision *Bac d'Eloka*, que son commissaire du gouvernement ne regardait que comme un « cas d'espèce » (P. Josse, concl. sur CE, sect., 19 juin 1936, n° 37122, *Département de l'Eure*, Lebon 672).

La section du contentieux du Conseil d'Etat n'eut donc pas de difficulté à franchir le gué et à suivre Pierre Josse qui voyait dans le bac « un morceau de la route qui se déplace sur le fleuve et vient, après traversée, se souder de nouveau à la route [à laquelle il est] incorporé » (*ibid.*) pour décider que celui de Quillebeuf est bien un ouvrage public en tant qu'il assure la jonction des chemins de grande communication sur les rives opposées de la Seine (CE, sect., 19 juin 1936, *Département de l'Eure*, préc., et n° 41242, *Société des bacs à vapeur de la Seine Maritime*, Lebon 678). Tous les bacs ne sont bien sûr pas éligibles à cette qualification, une embarcation légère ne saurait être assimilée à un ouvrage public, mais tous ceux qui présentent des installations conséquentes et fixées à la berge par des cales, des câbles de guidage ou des trilles peuvent en bénéficier, par analogie avec les ponts transbordeurs (en ce sens, CE 5 jan. 1944, n° 67808, *Département de l'Eure*, Lebon 2 ; CE 30 juin 1948, n° 78845, *Berthet et Veuve Rouan*, Lebon 306 ; CE 24 nov. 1950, n° 1280, *Ministre des travaux publics c/ Dame Huret*, Lebon 889 ; CE 28 nov. 1951, n° 93250, *Veuve Blanc*, Lebon 843 ; 8 nov. 1957, n° 35419, *Guillemot*, Lebon T. 1046). Précisons que leur caractère mobile ne pose pas de difficulté si l'on admet que les fictions civilistes de l'immobilisation peuvent concerner à titre égal les ouvrages publics et les autres biens publics. Le juge répartiteur s'est prononcé à nouveau en 1973 sur la nature des bacs pour les soumettre au régime des véhicules et attribuer le contentieux de leur responsabilité au juge civil, mais sans réfuter aussi clairement qu'en 1921 qu'il ne s'agissait pas d'ouvrages publics (T. confl. 15 oct. 1973, n° 1984, *Sieur Barbou c/ Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, Lebon 848).

Enfin, si une législation spéciale ne s'y était pas opposée ou si le Conseil d'Etat avait connu du bac de Quillebeuf plus tôt, le bac d'Eloka aurait été qualifié d'ouvrage public et le Tribunal des conflits en aurait déduit la compétence du juge administratif. En effet, parmi toutes ces oscillations matérielles ou chronologiques, l'attractivité des ouvrages publics est un invariant. De longue date, le Tribunal des conflits a assimilé les dommages causés par des ouvrages publics à des dommages de travaux publics au sens de la loi du 28 pluviôse an VIII (T. confl. 17 avr. 1886, n° 389, *O'Carroll*, Lebon 18, sur le défaut d'entretien du trottoir de la rue Pigalle à Paris) et il fut systématiquement suivi par le juge administratif sur ce point. Par suite, la qualité d'ouvrage public attire par principe la mise en oeuvre du droit public et le privilège de juridiction réservé à ses propriétaires publics, sauf bien sûr à ce qu'une autre règle spéciale déroge au principe, parmi lesquelles la qualité d'usager d'un service public industriel et commercial est la plus notable (P. Levallois, *L'usager du service public industriel et commercial enchaîné à la compétence judiciaire*, AJDA 2020. 1549 ). Nous voilà donc amenés à replacer les propriétés publiques dans leur rapport aux activités prises en charge par les personnes publiques, et conséquemment à la distinction de la gestion publique et de la gestion privée.







Depuis la décision *Bac d'Eloka* et la généralisation d'une idée de gestion privée des services publics - déjà dégagée dans le champ contractuel en 1912 (CE 31 juill. 1912, n° 30701 , *Société des granits porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille*, Lebon  909) -, les propriétés publiques sont contraintes de suivre le balancier distributeur qui soumet les actes de gestion privée au droit privé et au juge civil et les actes de gestion publique au droit public et au juge administratif. Un siècle après cette restructuration prétorienne, il est opportun de dresser un état des lieux de l'autonomie du droit des biens publics, afin de vérifier si le progrès du droit privé dans le champ du droit public concerne à titre égal les activités et les biens, ou si ces derniers en sont épargnés. Sans surprise, en tant que les biens ne sont qu'un outil, sans autre prétention que celle de servir le service, ils doivent suivre son destin principal comme un accessoire. On se concentrera donc sur les règles qui ne tiennent qu'au patrimoine pris en tant que tel. A ce titre, le mythe de l'exorbitance du droit administratif des biens a déjà reçu quelques flèches, suffisamment pour que sa banalisation soit actée. Faut-il en déduire que les propriétés publiques s'extraient du droit public sans difficulté ? Rien n'est moins sûr. Depuis un siècle, l'autonomie du droit administratif des biens n'a pas tant perdu de



sa superbe, elle repose sur les plus solides fondations. Sans ambition d'exhaustivité, quelques éléments phares éclaireront suffisamment la délicate recherche d'un corpus juridique applicable par principe aux propriétés publiques et l'idée que l'exorbitance du droit des biens publics ne doit que peu de choses à l'affectation.

## I - La soumission des propriétés publiques au droit privé

La décision du 22 janvier 1921 est souvent considérée, à tort ou à raison (A.-S. Mescheriakoff, *Le service public industriel et commercial par la pensée de Léon Blum : l'arrêt Commune de Mesle-sur-Sarthe*, in G. Guglielmi [dir.], *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 173 ; L'arrêt *Bac d'Eloka*. Légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique, RD publ. 1988. 1059), comme la ligne de départ d'une inflation privatiste dans le champ du droit public. Plutôt par corrélation que par causalité, il faut constater que, effectivement, les propriétés publiques sont par défaut soumises au droit privé qui est leur applicable de plein droit, en particulier par des jeux de renvois et de transposition qui permettent d'évoquer une incorporation du droit privé dans le droit des biens publics. Raisonnant ainsi, on se heurterait *a priori* aux règles cardinales de protection des biens publics, mais elles apparaîtront comme de fragiles remparts contre cette invasion du droit privé, tant elles sont, en dépit de leurs spécificités, les jumelles des règles du droit civil.

### A. L'incorporation du droit privé dans le droit des biens publics

La décision *Bac d'Eloka* a eu pour effet principal de légitimer l'utilisation du droit privé par l'administration à un moment où le service public attrayait le droit administratif partout où il se trouvait, à la faveur notamment de sa délégation à des personnes privées (CE 10 janv. 1902, n° 94624 , *Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen c/ Commune de Deville-lès-Rouen*, Lebon  5 ; CE, 30 mars 1916, n° 59928 , *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon  125 ; CE 20 déc. 1935, n° 39234, *Etablissements Vézia*, Lebon  1212 ; CE 13 mai 1938, n° 57302, *Caisse primaire Aide et protection*, Lebon  417) et du socialisme municipal. Depuis lors, on n'eut de cesse d'observer le progrès du droit civil dans le champ du droit public et inversement le progrès du droit public dans le champ du droit civil, à la faveur d'une dissociation entre les types de personnes et la nature des activités qu'elles prennent en charge. Se demander si, de façon autonome, les propriétés publiques ont été affectées par ce mouvement tourne rapidement court puisqu'un instrument n'est jamais autonome : soit il suit le sort de l'activité qu'il sert, soit il suit celui de la personne qui le détient. Mais, lorsque ni le service ni la personne ne commandent la mise en oeuvre du droit public, le droit privé demeure la règle de principe. En effet, pas davantage le droit de propriété détenu par les personnes publiques que les biens dont elles disposent ne se différencient de ceux des personnes privées. En dépit de discussions doctrinales, il faut constater que le droit de propriété est de nature identique qu'il soit celui d'une personne publique ou d'une personne privée, et qu'il n'existe pas de « droit de propriété administrative » qui serait d'une nature différente (v., par ex., J.-Fr. Giacuzzo et B. Schmalz, *La propriété des personnes publiques*, in AFDA, *Les controverses en droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 105). Concernant les biens publics, ils sont également d'une nature comparable aux biens privés, faute de quoi ils ne pourraient tout simplement pas circuler entre les patrimoines (C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz, 2004, 764 p.) - au moins depuis que le domaine et la garde n'ont pas franchi le seuil de la Révolution (G. Bigot, *Une histoire de la propriété publique*, in AFDA, *La propriété publique*, Dalloz, 2020, spéc. p. 10). Et l'indifférence du droit de l'Union européenne à la qualité des propriétaires ne vient pas davantage favoriser l'exorbitance (Chr. Roux, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2015, 862 p.).

Il est classique d'affirmer que les dépendances du domaine public sont soumises au droit public tandis que les dépendances du domaine privé sont soumises au droit privé. Le domaine privé, bien avant 1921, a donc toujours été une terre d'élection de la gestion privée des personnes publiques. Que le code civil limite par précaution son champ d'application aux biens des personnes physiques (C. civ., art. 537  : « [...] Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ») n'a jamais interdit aux « règles particulières » visées par l'article 537 d'être la réplique identique de ses propres dispositions. Pour ce qui est comparable, c'est-à-dire pour les formes et procédures d'acquisition, de gestion, de cession des biens, l'incorporation du droit civil est frappante. Pour les appropriations d'immeubles par exemple, le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) se replace lui-même sous l'égide du code civil, dans un admirable jeu de ping-pong avec l'article 537, en disposant que « les acquisitions de biens et droits à caractère immobilier s'opèrent suivant les règles du droit civil » (CGPPP, art. L. 1111-1 , al. 2). Et ce n'est là que le premier d'une vingtaine de renvois au code civil ou au code de commerce dans le CGPPP. Pour les actes

d'administration, la parenté s'illustre encore par l'exigence d'une gestion des biens publics « soumise aux principes qui caractérisent la gestion des patrimoines privés » (CE 21 janv. 1959, n° 5465, *Benzi*, Lebon 629 ; v., égal., CE 12 juin 1987, n° 71507, *Commune de Cestas et Befve*, Lebon 629) selon le standard civiliste du « bon père de famille » devenu celui de la gestion raisonnable (C. civ., art. 1197). Il n'y a là rien d'étonnant puisque la gestion du domaine privé, n'étant pas un service public (T. confl. 18 juin 2001, n° 3241, *Lelaidier c/ Ville de Strasbourg*, Lebon 743), s'opère via des actes de droit privé (T. confl. 22 nov. 2010, n° 3764, *Société Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, Lebon 590 ; AJDA 2010. 2423, chron. D. Botteghi et A. Lallet) ou des contrats privés, engage une responsabilité privée, etc. (v., not., J.-Fr. Giacuzzo, *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, 2014, 666 p.). La fiscalité n'échappe pas non plus à l'homogénéité, elle qui frappe indifféremment les patrimoines des contribuables publics comme privés, au moins depuis que la jurisprudence *Commune de Mesle-sur-Sarthe*, injustement éclipsée par *Bac d'Eloka*, la fondait précisément sur la gestion privée des activités publiques (L. Blum, concl. sur CE 3 févr. 1911, *Commune de Mesle-sur-Sarthe*, D. 1913. 3. 25).

Grossir exagérément le trait ne serait pas correct tant un grand nombre de règles de procédure, de forme, de compétence, dérogent au droit privé. Mais il nous semble qu'elles se fondent davantage sur la personnalité publique, en somme sur une analyse organique, que sur le droit des biens publics à proprement parler (P.-M. Murgue-Varochier, *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, 2018, 759 p.). Il est donc nécessaire d'évacuer certaines singularités prétendues du droit administratif des biens qui, pour être elles aussi centenaires, n'en doivent pas moins être relativisées sur le fond.

## B. La gémellité des règles de droit public et privé des biens

Insaisissabilité des biens publics, inaccessibilité à vil prix, inaliénabilité, imprescriptibilité, originalité des dommages de travaux publics sont autant d'invariants dans la grammaire du droit administratif des biens qui berce tous les publicistes. Certains se sont d'ailleurs récemment vu reconnaître une valeur constitutionnelle (Cons. const. 26 oct. 2018, n° 2018-743 QPC, *Société Brimo de Laroussilhe*, AJDA 2018. 2103 ; et 2019. 1982, étude N. Foulquier). Pourtant, leur caractère spécial et dérogoire au droit commun doit être largement relativisé et tempéré, si ce n'est réfuté. Aucune règle n'est monopolisée par le droit des biens publics et les plus dérogoires d'entre elles ne sont qu'un décalque du droit privé. Et ces similitudes ne se limitent pas au domaine privé ; Charles Vautrot-Schwartz a pu comparer sans trop de difficulté les occupations domaniales à des locations (Ch. Vautrot-Schwartz, *L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale*, CMP 2012, n° 12).

Ainsi la règle de l'inaccessibilité à vil prix (3), souvent présentée comme une garantie considérable des propriétaires et une protection importante des patrimoines publics, (4) ne vise qu'à encadrer le prix de vente des biens publics afin qu'il corresponde aux valeurs du marché. Or, une telle règle existe à l'identique dans le code civil, avec des modalités de calcul du rapport entre le prix de cession et la valeur du bien encore plus strictes, puisque la rescision pour lésion d'une vente est ouverte dès qu'un bien a été vendu à moins de sept douzièmes de sa valeur (C. civ., art. 1674 et s.). Sur le fond, la règle de l'inaccessibilité à un prix inférieur à la valeur vénale du bien public n'est donc que la transposition de cette rescision en droit public. Si leurs procédures divergent évidemment, cela ne permet pas de qualifier cette règle d'exception notable à la « privatisation » du droit des biens publics.

De même, les diverses indisponibilités des biens publics ne sont que des déclinaisons de ce que le droit privé connaît. Par exemple, la règle de l'insaisissabilité, définie comme une mise en échec des voies d'exécution du droit commun (T. confl. 9 déc. 1899, n° 0515, *Consorts Ducornot c/ Association syndicale du Canal de Gignac*, Lebon 731 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 21 déc. 1987, n° 86.14-167, *BRGM* ; CGPPP, art. L. 2311-1), rend inapplicables les dispositions du code des procédures civiles d'exécution. Cependant, les personnes publiques ne bénéficient pas d'une immunité en cas d'inexécution de leurs obligations, mais simplement d'un privilège de procédure. En effet, depuis que la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public organise l'ordonnancement et le mandatement d'office des sommes d'argent dues par les personnes publiques en vertu d'une décision de justice, leurs biens ne sont pas susceptibles d'être saisis au sens du droit civil mais le préfet peut autoritairement affecter le produit de leur vente au paiement d'une dépense obligatoire (CE, sect., 18 nov. 2005, n° 271898, *Société fermière de Campoloro*, Lebon 415 ; AJDA 2006. 137, chron. C. Landais et F. Lenica ; et 2007. 1218, étude P. Cassia ; RFDA 2006. 341, note P. Bon), ce qui n'est pas très éloigné d'une forme de saisie spéciale. Si la position de la CJUE sur la garantie

implicite de l'Etat aux EPIC semble s'opposer à un parallèle trop rapide (Chr. Roux, préc., n° 1067 ; Ph. Yolka, L'insaisissabilité des biens publics (regards sur un mouvement immobile), JCP Adm. 2007, n° 48), il est nécessaire de souligner la parenté des procédures. Surtout, d'une part, le code des procédures civiles d'exécution est applicable à un type de personne publique, certes particulier, que sont les Etats étrangers (C. pr. exec., art. L. 111-1-1) et, d'autre part, les personnes publiques ne sont pas les seules à bénéficier d'une immunité d'exécution au sens de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. La spécialité de la règle s'en trouve donc doublement relativisée.

Quant à l'inaliénabilité des dépendances du domaine public, non seulement elle n'est que « conditionnelle » (M. Douence, L'inaliénabilité du domaine public, AJDA 2006. 238) et disparaît avec la désaffectation, mais surtout elle n'a rien de très original par comparaison à d'autres indisponibilités qui frappent certains biens privés. Le droit privé place de nombreux biens en dehors du commerce et neutralise régulièrement le pouvoir de disposition : contrefaçons, stupéfiants, biens nécessaires à la vie courante ou au travail, pécule de libération d'un détenu, animaux contagieux, remèdes secrets, armes, cartes grises, souvenirs de famille, clientèles commerciales, ne sont pas davantage aliénables que le domaine public (respectivement, Com. 24 sept. 2003, n° 01-11.504, *Société CCP c/ Société Ginger*, Bull. IV, n° 147, p. 166 ; C. pr. exec., art. L. 112-2, 4° ; C. pr. pén., art. D. 324 ; C. rur., art. L. 223-7 ; loi du 21 Germinal an XI ; C. route, art. R. 322-1 et s. ; Civ. 2<sup>e</sup>, 29 mars 1995, n° 93-18.769, *Comte et comtesse de Paris c/ Société Sotheby's Monaco*, Bull. civ., II, n° 115, p. 65 ; F. Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, Dalloz, 2016, n° 65).

Pour évoquer enfin la responsabilité des dommages de travaux publics, modèle de la spécificité du droit administratif des biens, Jean-Philippe Ferreira a parfaitement démontré la « surévaluation » de son originalité à l'époque contemporaine. Très largement concurrencée par d'autres régimes de responsabilité ou d'indemnisation (dilution dans le droit commun de la responsabilité administrative, socialisation ou mutualisation du risque, convergence avec le droit de la construction, etc.), elle ne sera probablement à moyen terme qu'un « vestige du passé » (J.-Ph. Ferreira, *L'originalité de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics*, Dalloz, 2020, p. 519).

Les spécificités du droit applicable aux biens publics n'en sont donc pas vraiment et, où que l'on regarde, on ne voit que déclinaisons et variations de ce que le droit privé connaît plus largement. Rien ne limite l'imprégnation civiliste du droit des biens publics et l'affectation n'est pas le rempart jaloux que l'on imagine parfois. Il faut donc rechercher la particularité du droit des propriétés publiques dans un autre registre, qui tient davantage à la nature organique des propriétaires qu'à un quelconque critère matériel.

## II - L'autonomie des propriétés publiques par rapport au droit privé

La distinction entre la gestion publique et la gestion privée se prolonge classiquement par la distinction entre l'établissement et le fonctionnement des biens et ouvrages publics, fidèle à l'esprit de *Bac d'Eloka*. Si l'établissement d'un service ou l'installation d'un équipement renvoient à la décision unilatérale de l'administration d'organiser une activité, celle-ci est nécessairement encadrée par le droit public, tandis que leur fonctionnement renvoie aux modalités concrètes d'exercice d'une activité. Tout ce qui se rattache à l'établissement *lato sensu* d'un bien public est donc toujours soumis au droit public, en tant que manifestation de la puissance publique. Quant à la question d'identifier un fondement tout à fait autonome à la soumission des propriétés publiques au droit public, il nous semble qu'il faille écarter l'affectation au profit de la protection des deniers publics.

### A. La puissance publique, fondement général de l'autonomie

Lorsque les biens publics participent à l'exercice de la puissance publique (ils sont même l'un de ses « piliers », N. Foulquier, Rapport de synthèse, in AFDA, *La propriété publique*, Dalloz, 2020, p. 266), c'est un truisme d'affirmer qu'ils sont soumis au droit public. Néanmoins, il est utile de rappeler combien ils participent de la mise en oeuvre de la souveraineté que ce soit indépendamment ou concomitamment au service public. Cela peut être d'abord sans lien avec le service public ; le domaine public maritime en est l'illustration la plus parlante dans la mesure où ses contours dessinent les frontières maritimes du territoire national (CGPPP, art. L. 2111-4). Interface avec les autres Etats, zone d'échanges et d'ouverture, siège des libertés de circulation ou du commerce et de l'industrie, il a une fonction parfois défensive (les fortifications de front de mer en attestent), souvent économique (les questions de

valorisation des plages en sont un exemple) ou encore de contrôle (les anciens sentiers des douaniers y participaient). C'est donc en tant que support de souveraineté et assise des droits et libertés qu'il bénéficie d'un régime spécial.

Cela peut être ensuite en lien direct avec le service ; ainsi pour le cas particulier des bacs de passage qui intéressent directement ce sujet, ils participent également de la manifestation concrète de la souveraineté, manifestation nécessaire à l'exercice de la liberté constitutionnelle d'aller et venir. En effet, depuis que la loi du 6 frimaire an VII [\(5\)](#) a dicté la prise de possession des bacs par l'autorité administrative « au nom de la nation », des droits de passage sont perçus sur le transport et affectés à l'entretien des bacs, et les bacs font l'objet d'une adjudication dans les conditions « les plus convenables à l'utilité publique et les plus utiles à la nation », c'est-à-dire ménageant par exemple une continuité du service (« aux passages où le service public, les intérêts du commerce, et les usages particuliers [...] exigeront une communication non interrompue, le directoire fera régler par les administrateurs [...] le service des veilleurs ou quarts »). S'il n'était alors pas question de pouvoir de gestion (encore inconnu) mais de police, il n'en demeure pas moins que c'est au titre d'un monopole que l'Etat s'octroyait une propriété pleine et entière sur les bacs ; ce que l'avis du Conseil d'Etat du 2 avril 1829 confirmait « quelle que soit la nature du cours d'eau qu'il traverse » (cité par P. Josse, concl. préc.). Ce droit régalien fut ensuite transféré aux départements par la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux et aujourd'hui repris quasiment à l'identique par le CGCT (art. L. 3213-4 [\(6\)](#)). Ainsi, dès lors que le bac prolonge une voie départementale, son établissement relève obligatoirement de la compétence du département. Il n'est donc pas surprenant que les bacs appartiennent par accessoire à leur domaine public routier au sens de l'article L. 2111-14 du CGPPP.

En conséquence, l'indifférence du droit des biens publics à la nature de l'activité exercée corrobore l'analyse visant à démontrer que l'autonomie du droit des biens publics n'a d'autre fondement que la prévalence de la puissance publique. Ainsi, d'une part, le régime des biens publics est en grande partie indifférent à la qualification de SPIC et, d'autre part, le régime du SPIC demeure indifférent à l'affectation.

Sur le premier point, d'une part, la distinction des SPA et des SPIC n'a pas fondamentalement changé la donne en droit des biens. Par exemple, une dépendance affectée à un service public industriel et commercial n'en demeure pas moins dans le domaine public (pour un ex. récent, CAA Douai, 1<sup>er</sup> oct. 2019, n° 18DA01316 [\(7\)](#), *Société Groupe Bigard*). Pour un autre exemple, aux termes des jurisprudences sur le principe d'égalité concernant les îles de Ré et d'Oléron, il est établi que les conditions d'établissement d'une redevance ou d'un tarif sur un bac affecté au service public de transport de voyageurs (par ailleurs qualifié d'administratif en 1974), si elles ne peuvent pas fonder une différence de traitement entre les usagers sur une éventuelle différence de situation fiscale, peuvent en revanche se fonder sur « une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation de [...] l'ouvrage » (CE, sect., 10 mai 1974, n° 88032, *Denoyez et Chorques*, Lebon [\(8\)](#) 274 ; CE 10 déc. 1982, n° 33198, *Syndicat intercommunal à vocation multiple de l'île de Ré*, Lebon [\(9\)](#) T. 616 ; CE 3 oct. 1986, n° 59722 [\(10\)](#), *Régie départementale des passages d'eau de la Charente-Maritime*, Lebon [\(11\)](#) T.). Partant, ces conditions d'exploitation relevant de l'établissement des règles générales déterminées en amont du fonctionnement de l'ouvrage, la distinction entre l'établissement et le fonctionnement se trouve utilement mobilisée et la distinction des services n'est opérante que dans un second temps. Ce pouvoir de réglementation initiale, concomitant au pouvoir de disposition des propriétaires publics et à la compétence d'organisation du service public, requiert naturellement l'application des règles de droit public, l'esprit de *Bac d'Eloka* s'en trouve doublement préservé.

Sur le second point, d'autre part, on observe une dissociation entre la nature du service et l'affectation. En effet, la décision d'affecter un bien n'est pas une décision prise en qualité de propriétaire public mais en qualité d'autorité administrative en charge d'un service public et ce, quelle que soit la nature de l'activité. On en veut pour preuve que l'affectation est malmenée en droit positif - quand elle n'est pas purement et simplement déconnectée de la domanialité [\(12\)](#) - tandis que la continuité du service demeure non négociable, qu'il s'agisse de céder des immeubles de bureaux utilisés par un service public, d'interdire par principe la constitution de droits réels sur des biens affectés à un tel service (CGPPP, art. L. 3211-2 [\(13\)](#) et L. 2122-10 [\(14\)](#)) ou encore d'exécuter un service public (CE 8 oct. 2014, n° 370644, *Société Grenke location*, Lebon [\(15\)](#) 302 ; AJDA 2015. 396 [\(16\)](#), note F. Melleray [\(17\)](#) ; D. 2015. 145 [\(18\)](#), note S. Pugeault [\(19\)](#) ; RDI 2015. 183, obs. N. Foulquier [\(20\)](#) ; AJCT 2015. 38, obs. O. Didriche [\(21\)](#) ; AJCA 2014. 327, obs. J.-D. Dreyfus [\(22\)](#) ; RFDA 2015. 47, note C. Pros-Phalippon [\(23\)](#)), quelle que soit sa nature.

Ainsi, le droit des biens publics n'est pas tant guidé par la distinction des activités, il est avant tout dirigé par les

exigences de la puissance publique. Partant, si les propriétés publiques sont préservées d'une soumission complète au droit privé, ce n'est pas tant en raison de caractéristiques propres qui les feraient échapper *de facto* au droit commun, mais bien plutôt en raison de leur insertion dans une architecture réglementaire plus générale d'établissement et d'encadrement des activités de toutes natures. A ce stade, recherchant un fondement propre à identifier une autonomie du droit des biens publics, ayant réfuté l'affectation au bénéfice de la puissance publique, mais qui dépasse le seul champ de la propriété publique, c'est dans le champ des finances publiques qu'apparaît la piste la plus solide.

## B. La protection des deniers publics, fondement particulier de l'originalité du droit des biens publics

Puisqu'il faut considérer l'affectation comme un simple instrument intermédiaire de nature à permettre la pleine réalisation des activités assumées ou des libertés garanties par les personnes publiques, mais non comme une fin en soi, alors l'autonomie du droit administratif des biens se fonderait nécessairement ailleurs. Or, il semble qu'on ne peut pas penser le droit du patrimoine sans revenir à la théorie d'Aubry et Rau qui le définissaient, avant tout autre chose, comme l'universalité des droits et obligations attachés à une personne et susceptibles d'être évalués en argent [\(7\)](#). Partant, et si l'on admet - Hauriou y procédait sans difficulté (M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Sirey, 12<sup>e</sup> éd., p. 963) - que les sommes d'argent sont des biens, qu'elles soient en valeur (créances, comptes bancaires, actions, titres immatériels...) ou en nature (biens matériels), la protection des biens publics n'est pas autre chose que la protection des deniers publics, laquelle manifeste de la façon la plus claire le rapport d'utilité entre le bien et son propriétaire, et qui est une véritable règle exorbitante du droit commun (D. Boiteux, *Le bon usage des deniers publics*, RD publ. 2011, n° 5, p. 1099 ; C. Chamard-Heim, *Propriété publique et finances publiques*, in AFDA, *La propriété publique*, préc. spéc. p. 173 et p. 190). C'est bien d'ailleurs tout le sens de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 1986 qui admet l'égale protection des biens publics et privés au sujet des privatisations, lesquelles doivent se faire « à un prix conforme aux intérêts patrimoniaux de l'Etat » (Cons. const. 26 juin 1986, n° 86-207 DC [\(8\)](#), *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec. Cons. const. 61 ; Y. Gaudemet, *Constitution et biens publics*, NCCC 2012, p. 65 [\(9\)](#) ; v., égal., Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC [\(10\)](#), *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, Rec. Cons. const. 382 ; AJDA 2003. 1404 [\(11\)](#), note E. Fatôme [\(12\)](#) ; et 1391, note J.-E. Schoettl [\(13\)](#) ; Cons. const. 12 févr. 2009, n° 2009-575 DC [\(14\)](#), *Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, Rec. Cons. const. 48 ; AJDA 2009. 286 [\(15\)](#) ; RFDA 2009. 580, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud [\(16\)](#) ; Cons. const. 4 août 2016, n° 2016-736 DC [\(17\)](#), AJDA 2016. 1604 [\(18\)](#) ; et Cons. const. 16 mai 2019, n° 2019-781 DC [\(19\)](#), *Loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises*, AJDA 2019. 1077 [\(20\)](#) ; et 1560, étude M. Carpentier [\(21\)](#) ; D. 2020. 1324, obs. E. Debaets et N. Jacquinet [\(22\)](#) ; Rev. sociétés 2019. 493, obs. B. François [\(23\)](#) ; RFDA 2019. 763, chron. A. Roblot-Troizier [\(24\)](#) ; Constitutions 2019. 364, chron. P. Esplugas-Labatut [\(25\)](#)). Toute la vague de valorisation des biens publics soutenue par le CGPPP sert d'ailleurs largement cet objectif patrimonial.

Si l'on a relativisé l'importance des règles d'incessibilité à vil prix, d'insaisissabilité, d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité pour établir qu'elles ne sont, sur le fond, que des adaptations du droit commun à la personne publique propriétaire, nous considérons surtout qu'elles se fondent sur la protection des finances publiques. Laisser l'opportunité de saisir un bien public, autoriser une cession à un prix inférieur à la valeur du bien, permettre une prescription acquisitive, ne sont que des risques d'amoinrir un patrimoine et d'entamer un capital. Chacune de ces règles finit d'ailleurs par céder dès lors qu'elle est compensée en argent ou en nature ; pour le dire autrement, dès que la lésion est convertie par une compensation, elle devient admissible (sur la proposition d'une procédure collective adaptée aux établissements publics prenant en charge une activité économique, P. Levallois, *L'établissement public marchand. Recherche sur l'avenir de l'entreprise en forme d'établissement public*, Dalloz, 2021, à paraître, § 1008). Une contrepartie suffisante peut combler la différence entre une valeur et un prix de vente, une soulte peut faire admettre un échange de biens de valeurs différentes, une dépendance du domaine public peut même sortir du patrimoine de son propriétaire si une autre y entre en même temps.

La vague de mises en concurrence qui frappe les biens publics depuis quelques années (au sujet des titres d'occupation, des cessions de biens publics, des acquisitions de fourniture, etc.) témoigne de cet alignement sur le droit de la commande publique, fondé lui aussi en partie sur l'emploi raisonné des deniers publics. Dans cette perspective, il semble effectivement que les règles cardinales du droit administratif des biens aient pour but et pour

fonction de protéger le patrimoine en tant qu'il est une valeur, au moins autant si ce n'est davantage que l'affectation des biens.


C'est donc avant tout parce qu'elles sont le produit transformé de l'impôt que les propriétés publiques bénéficient de règles protectrices dérogatoires au droit commun. De la même manière, les personnes publiques locales ont l'obligation de déposer leurs fonds auprès du Trésor, cette règle participant au bon usage des deniers publics, quitte à entamer la libre administration des collectivités et leur pouvoir de disposition sur leurs biens bancaires (L. org. n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances, art. 26, al. 3°; X. Cabannes, *Le principe de l'unité de trésorerie en droit public financier*, LGDJ, 2000, 421 p.). Que l'affectation des biens à l'utilité publique bénéficie de cette protection par capillarité est une excellente chose, qu'elle lui soit intimement liée est indéniable, mais l'analyse commande de conclure qu'elle n'est probablement pas aussi incontournable et indépassable qu'on le souhaiterait. Surtout, la protection des deniers publics est un fondement objectif et pérenne que l'affectation toujours subjective et temporaire peine à concurrencer.

En conséquence, on peut conclure que le privilège juridique qui profite aux propriétés publiques est en partie illusoire tant le droit privé irrigue la matière. Surtout, pour ce qui se trouve être proprement original et autonome, c'est dans la souveraineté et la puissance que se nichent les spécificités, non dans les biens en eux-mêmes. Les propriétés publiques ne sont qu'un conducteur, conducteur du droit privé dans la sphère du droit public, conducteur des droits attachés à la personnalité publique vers le droit public. Seule la concomitance entre l'Etat propriétaire (actionnaire, entrepreneur, créancier, collectionneur, constructeur...) et l'Etat puissance (législateur, percepteur, aménageur...) exige une mise en oeuvre du droit public ; pour le reste, c'est au droit civil qu'il est soumis. Ainsi, avant de résider dans le droit administratif des biens, le fondement du droit dérogatoire des propriétés publiques se trouve dans le droit des finances publiques. Aussi critiquable soit-il, ce modèle est le fruit de siècles de construction juridique. La perspective d'un renouveau n'est toutefois pas illusoire et l'on peut soutenir le vœu de Norbert Foulquier qu'une nouvelle forme de propriété publique voie le jour, une « propriété pour autrui » (N. Foulquier, préc., p. 274) affranchie de la domanialité publique. Qui sait, peut-être sera-t-elle discutée lors du bicentenaire de *Bac d'Eloka* ?





#### Mots clés :




**DOMAINE** \* Domaine privé \* Gestion du domaine privé \* Domaine public \* Gestion du domaine public











**SERVICE PUBLIC** \* Définition du service public \* Service public à caractère administratif \* Service public à caractère industriel et commercial \* Distinction entre SPA et SPIC

(1) « Considérant, d'une part, que le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public ; d'autre part, qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire », T. confl. 22 janv. 1921, n° 0706, *Société commerciale de l'ouest Africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire*, Lebon  91 ; D. 1921. 3. 1, concl. P. Matter.




(2) Logiquement puisqu'il revient à Capitant d'avoir nettement distingué les deux notions en 1929 (R. Capitant, *La double notion de travail public*, RD publ. 1929. 507).

(3) Liée au principe général du droit de l'interdiction des libéralités (CE 19 mars 1971, n° 79962, *Sieurs Mergui*, Lebon  235), la règle est sporadiquement codifiée notamment à l'article L. 3211-18 du CGPPP et d'application constante (CE 25 sept. 2009, n° 298918, *Commune de Courtenay*, Lebon  T. 639; AJDA 2009. 2179 , note S. Ziani ).

(4) N'autorisant à y déroger que pour un motif d'intérêt général - une contrepartie suffisante - étroitement contrôlé (CE, sect., 3 nov. 1997, n° 169473, *Commune de Fougerolles*, Lebon  391 ; AJDA 1997. 1010 , obs. L. Richer  ;

D. 1998. 131  , note J.-F. Davignon  ; RDI 1998. 227, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé  ; RFDA 1998. 12, concl. L. Touvet  ; RTD com. 1998. 334, obs. G. Orsoni  ; CE 25 nov. 2009, n° 310208, *Commune de Mer c/ Pépin c/ Raoul*, Lebon  1194 ; AJDA 2010. 51  , note P. Yolka  ), y compris entre personnes publiques (CE 15 mai 2012, n° 351416, *Hayart*, Lebon  ; RDI 2013. 274, obs. N. Foulquier  ).

(5) Loi du 6 frimaire an VII relative au régime, à la police et à l'administration des bacs et bateaux sur les fleuves, rivières et canaux navigables, n° 2218, abrogée par la loi n° 2007-1787 du 20 déc. 2007 ; v., égal., loi du 14 floréal an X relatif aux contributions indirectes de l'an XI, art. 9, n° 1490, *Bull. des lois* 1802, n° 187, p. 243 pour la fixation par l'Etat des tarifs de chaque bac par règlements d'administration publique et la « réunion » des bacs au domaine public en fin d'exploitation.

(6) Par ex., les chemins ruraux (CGPPP, art. L. 2212-1  ; C. rur., art. L. 161-1  ) et les immeubles de bureaux (CGPPP, art. L. 2211-1  ), pour avoir été déclassés dans le domaine privé, n'en sont pas moins affectés à la circulation du public ou au service public.

(7) Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, éd. reprise par P. Esmein, t. 2, Litec, 1961, p. 14 : « L'ensemble des biens d'une personne constitue son patrimoine. Les éléments du patrimoine consistent dans les objets des droits civils, considérés en leur qualité de biens, et comme ces objets ne revêtent cette qualité qu'à raison des droits auxquels ils sont soumis envers une personne, on peut définir le patrimoine comme l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens ». Si cette théorie du patrimoine présente l'inconvénient majeur de limiter la propriété à une maîtrise exclusive de nature à freiner le développement des communs, il n'empêche qu'elle est indéniable en droit positif.

Copyright 2023 - Dalloz – Tous droits réservés