**AJDA 2012 p. 1381**

**Propriété publique et domanialité publique**

**Jean Dufau, Agrégé des facultés de droit, professeur émérite des Universités**

**L'essentiel**
La rédaction de certaines décisions juridictionnelles, mais aussi la doctrine ont longtemps confondu les régimes de la propriété publique et de la domanialité publique. Cependant, l'évolution législative, avec notamment le code général de la propriété des personnes publiques, mais aussi le transfert d'ouvrages publics à des entreprises désormais privées amènent à renouveler l'analyse. Et à conclure à un rôle prépondérant de la domanialité publique.

Bien que la rédaction de certaines décisions juridictionnelles (v. not., Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Rec. Cons. const. 382 ; AJDA 2003. 1404 , note E. Fatôme , 1391, note J.-E. Schoettl et 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; CE 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, req. n° 189191, Lebon 144 ; AJDA 2003. 1935 , note P. Subra de Bieusses ; RFDA 2003. 903, note J. Soulié ) manifeste une certaine confusion entre la propriété et la domanialité publiques, ces deux notions doivent être distinguées car elles sont, selon une présentation traditionnelle, soumises à deux régimes différents.

A ces biens publics s'applique, tout d'abord, un régime de propriété fondé sur un critère organique : l'appartenance à une personne publique. Effectivement, la reconnaissance du droit de propriété des personnes publiques sur leur patrimoine a été consacrée par une doctrine bien établie (v. sur ce point, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif,* LGDJ, t. 2, p. 14) et confirmée par le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) du 21 avril 2006 (art. L. 1 et L. 2) ainsi que par le Conseil constitutionnel (Cons. const. 26 juin 1986, n° 86-207 DC, Rec. Cons. const. 61 ; *GDCC*, 15e éd., 2009, n° 31) qui fait bénéficier la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques de la même protection constitutionnelle que la propriété des particuliers.

Les biens publics relèvent, en second lieu, du régime de la domanialité publique en vertu :

- d'une part, d'un critère général repris des solutions jurisprudentielles antérieures et fondé pour les biens du domaine public immobilier, sur l'affectation à l'usage du public ou du service public et comportant dans ce cas un « aménagement indispensable », art. L. 2111-1 CGPPP) ;

- d'autre part, de qualifications légales particulières qui rangent directement dans le domaine public certaines catégories de biens visées soit par le code (v. pour les principales dépendances du domaine public naturel et artificiel, art. L. 2111-4 et L. 2111-7 CGPPP et pour les biens du domaine public mobilier, art. L. 2112-1), soit par des textes antérieurs (c'est ainsi que l'article L. 2111-4 du CGPPP reproduit les dispositions de l'ordonnance de Colbert sur la marine d'août 1681, art. 1er du titre VII du livre IV) ou postérieurs à 2006.

L'analyse des relations entre la propriété publique et la domanialité publique conduit tout naturellement à s'interroger sur les rôles respectifs que jouent ces deux notions dans la détermination des règles qui régissent les dépendances du domaine public.

Avant l'entrée en vigueur du CGPPP de 2006, à une époque où la domanialité était essentiellement rattachée à l'idée d'affectation, certains auteurs dont André de Laubadère (Domaine public, propriété administrative et affectation, RD publ. 1950. 24), ont soutenu que l'objectif évoqué ci-dessus ne pouvait pas être atteint au motif, qu'« il est impossible d'opérer dans le régime de la domanialité publique un tri entre ce qui revient à la propriété et ce qui revient à l'affectation car dans chaque aspect de ce régime les deux idées se retrouvent étroitement associées ». Cette interprétation, inspirée de la « propriété administrative » d'Hauriou (*Précis de droit administratif*, 3e éd., 1897) qui repose sur la fusion de la propriété et de la domanialité, n'est pas à l'abri de la critique.

Le flou intellectuel qui caractérise parfois les constructions jurisprudentielles n'a pas permis d'établir sur des bases claires et incontestables la frontière qui sépare les règles de la domanialité publique de celles qui se rattachent à la propriété. Il n'en demeure pas moins que les notions de propriété et de domanialité répondent à des finalités différentes qui conditionnent l'application de régimes également différents.

Les règles de la domanialité publique tendent à protéger l'affectation afin que les biens publics soient toujours en parfaite correspondance avec leur destination d'utilité publique ; d'où la nécessité d'appliquer à ces biens un régime exorbitant du droit commun (Ph. Yolka, *La propriété publique*, LGDJ, 1997, p. 572 ; H. Moysan, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, 2001, p. 73).

La soumission du domaine public au droit de propriété est fondée sur une conception patrimoniale des biens domaniaux. C'est pourquoi, les personnes publiques propriétaires sont assujetties normalement aux mêmes règles que les simples particuliers, c'est-à-dire aux dispositions du code civil, étant précisé que cette gestion patrimoniale doit en tout état de cause être poursuivie dans l'intérêt général.

Si le régime applicable aux dépendances du domaine public repose à la fois sur la propriété et sur la domanialité, le champ de ces deux notions est inégalement réparti. Au sein de ce régime, les règles issues de la domanialité publique ont un rôle prépondérant, alors que les conséquences attachées à la propriété du domaine sont très réduites.

## Le rôle prépondérant du régime de la domanialité publique

Jusqu'à ces dernières années, le régime de la domanialité publique a trouvé un fondement dans la notion jurisprudentielle d'affectation à l'utilité publique. Avant d'analyser les éléments constitutifs du régime de la domanialité publique, on examinera la notion d'affectation en tant que fondement de ce régime.

L'affectation en tant que fondement traditionnel du régime de la domanialité publique

Selon une doctrine majoritaire, la notion de domaine public, et par là même son régime, repose entièrement sur l'affectation à l'usage du public ou au service public - que les personnes publiques ont pour mission de promouvoir et de protéger. Cette doctrine tire son origine des conclusions du commissaire du gouvernement Tessier dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 juin 1909, *Ville de Paris* (Lebon 707).

Cette thèse a été reprise par René Capitani (note sous l'arrêt CE 17 févr. 1932, *Commune de Barran*, D. 1933. III. 49 et préface à l'ouvrage de G. Maroger, *L'affectation à l'usage public des patrimoines administratifs*, Sirey, 1942). Les patrimoines administratifs étant assimilables à une propriété ordinaire, ils seraient assujettis à une servitude d'affectation dans l'intérêt général. René Capitani précisait que la règle de l'inaliénabilité du domaine public portait sur l'affectation et non sur la propriété du bien domanial.

Quelques années plus tard, le commissaire du gouvernement Latournerie affirmait que l'affectation rend raison de toutes les règles constitutives du régime de la domanialité publique (concl. sur CE 28 juin 1935, *Marécar*, Lebon 734 ; D. 1936. III. 20). Ce point de vue a été adopté par les auteurs contemporains, notamment :

- Philippe Yolka, dont l'ouvrage, *La propriété publique*, a été construit autour de l'idée que « la domanialité publique est caractérisée par la seule affectation des biens qui s'y trouvent soumis » ;

- Yves Gaudemet (*Droit administratif des biens*, 13e éd., 2008). D'après cet auteur, la domanialité publique est le régime d'affectation qui apparaît comme une réglementation supplémentaire s'ajoutant aux droits et obligations que la personne publique tient de sa qualité de propriétaire des biens ;

- Christine Maugüé et Gilles Bachelier (Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques, AJDA 2006. 1073 ) ;

- Hubert Hubrecht et Fabrice Melleray (Dr. adm. 2006. 717).

Il n'en demeure pas moins qu'en l'état actuel du droit positif, ces positions doctrinales doivent être assorties de certaines réserves.

Indépendamment des difficultés que soulève la distinction entre affectation à l'usage du public et affectation au service public (v. J. Dufau, *Le domaine public*, 5e éd., Le Moniteur, p. 467), la notion d'affectation appelle les remarques suivantes.

Tout d'abord, toutes les dépendances du domaine public ne font pas l'objet d'une affectation.

A l'exception des voies d'eau, dont l'incorporation dans le domaine public est subordonnée à une décision administrative de classement (art. L. 2111-7 CGPPP), cette incorporation dans les biens immobiliers du domaine public naturel est liée aux caractéristiques propres de ces biens et plus précisément à leur caractère irremplaçable car, en cas de disparition ou de destruction, ils ne peuvent pas être reconstitués par le travail de l'homme.

Dans le même ordre d'idées, les biens énumérés à l'article L. 2112-1 du CGPPP ne sont rangés dans le domaine public mobilier qu'en considération de l'intérêt qu'ils présentent du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science et de la technique.

Pour cette catégorie de biens, l'absence de toute référence à l'affectation se conçoit aisément s'agissant des objets d'art, des collections des musées, etc. Leur conservation et leur présentation au public sont, en effet, l'objet même du service public (v. Civ. 1re, 2 avr. 1963, *Sieur Montagne c/ Réunion des musées de France et autres*, AJDA 1963. II. 486, note J. Dufau ; v. aussi, F. Hourquebie, Le domaine public mobilier, RD publ. 2005. 655 ; J.-G. Sorbara, Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques, AJDA 2007. 619 ).

Par ailleurs, le champ d'application de l'affectation ne se limite pas à la domanialité publique. Certaines dépendances du domaine privé étaient affectées à des services publics jusqu'au décret n° 2008-1248 portant abrogation des articles R. 51 à R. 91 du code du domaine de l'Etat de 1957. Il n'est pas certain que ce décret ait mis fin aux autres dépendances du domaine privé affecté telles que les logements des offices d'habitation à loyer modéré.

En outre, des biens du domaine public affectés à l'usage du public peuvent être matériellement désaffectés tout en conservant leur caractère de domanialité publique jusqu'à l'intervention d'un acte de déclassement (sous réserve pour les biens affectés à un service public de la possibilité d'un déclassement différé dans les conditions fixées par l'article L. 2111-2 du CGPPP).

Enfin et surtout, l'affectation n'est plus la clef de voûte de la domanialité publique.

Au cours de ces dernières années, on a assisté à une multiplication des textes tels que le CGPPP ou des textes spécialisés propres à certains secteurs qui ont classé dans le domaine public un nombre relativement élevé de biens publics. Ces biens du domaine public par détermination de la loi ont abouti à une extension du périmètre et du régime de la domanialité publique ; mais sans qu'il y ait eu lieu de rechercher si les biens désignés par le législateur répondaient ou non au critère ponctuel défini à l'article L. 2111-1 du CGPPP et notamment à la condition d'affectation requise par la jurisprudence traditionnelle.

Une telle recherche ne s'impose qu'en l'absence d'une qualification textuelle. En cas de domanialité publique par détermination de la loi, la condition d'affectation est considérée comme satisfaite. Autrement dit, compte tenu de l'importance que revêt actuellement la domanialité publique par détermination de la loi, désormais l'affectation ne jouera plus dans la plupart des cas qu'un rôle résiduel.

Les biens incorporés au domaine public quel que soit leur mode d'incorporation - par détermination de la loi ou par application du critère général de l'article L. 2111-1 du CGPPP - présentent un certain nombre de traits caractéristiques qui constituent la spécificité du régime de droit public auquel ils sont assujettis.

Quels sont les éléments constitutifs de ce régime ?, telle est la question qui fera l'objet des développements qui suivent.

Les éléments constitutifs du régime de la domanialité publique
Ce régime comporte à la fois des prérogatives et des sujétions de puissance publique qui seront évoquées successivement.

Les prérogatives de puissance publique
Parmi les principales prérogatives, on mentionnera :

• Les modalités d'incorporation des biens au domaine public. S'agissant du domaine public naturel, sa consistance résulte d'un phénomène physique : la submersion par la marée. Quant aux biens du domaine public artificiel, autres que les biens du domaine public par détermination de la loi, ils font l'objet d'une procédure spéciale qui constate une affectation de fait à une destination publique.

• Les procédures de délimitation unilatérale du domaine sont, en particulier pour les voies publiques, celles de l'alignement qui permet de réaliser des transferts autoritaires de propriété au profit de l'administration.

• La théorie de l'accessoire (art. L. 2111-2 CGPPP) qui consiste à étendre le régime de la domanialité publique à un autre bien situé au-dessus, au-dessous ou à proximité d'un bien incorporé lui-même au domaine public et dont il constitue un accessoire indispensable au bien principal.

• La police de la conservation destinée à protéger l'intégrité matérielle du domaine public, mais qui n'est pas pour autant une simple prérogative patrimoniale.

Cette police, outre la protection de l'intégrité du domaine, a surtout pour but de prévenir et de réprimer les faits susceptibles de compromettre l'usage auquel le domaine est normalement affecté.

C'est ainsi que les infractions à la police de la circulation sur les voies navigables ou dans les ports qui ne comportent aucune atteinte à l'intégrité du domaine public sont réprimées au titre des contraventions de grande voirie. Selon Maroger (préc.), la police de la conservation est un « mode d'organisation de l'affectation ». Le caractère patrimonial de cette police serait de toute façon incompatible avec la règle selon laquelle en principe seul le préfet a qualité pour poursuivre les contraventions de grande voirie.

• Le pouvoir de gestion du domaine public. Ce pouvoir, qui a été parfois rattaché au droit de propriété (CE 10 nov. 1972, *Dame Dubois et Dame veuve Goursaud et Ville de Limoges c/ Dame Drouet*, req. n° 82263 , Dr. adm. 1978, n° 4000 ; CE 23 juill. 1974, *Commune de Saint-Gaudens*, req. n° 83178, Lebon 442 ) est en réalité, une prérogative de nature domaniale qui confère à l'autorité gestionnaire du domaine le droit :

- de délivrer les autorisations d'occupation privative du domaine public ;

- de fixer les modalités de la redevance (CE 8 juill. 1996, *Merie*, req. n° 121520, Lebon 272 ; RDI 1996. 559, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé ) ;

- de modifier les clauses du contrat d'occupation notamment les conditions fiscales auxquelles l'occupation était subordonnée (CE 5 mai 2010, *Bernard*, req. n° 301420 , AJDA 2010. 982 ; RJEP sept. 2010, p. 264, concl. N. Escaut et déc. 2010, p. 19, note C. Chamard-Heim) ;

- d'assortir les autorisations d'occupation d'obligations de service public (CE 23 juin 1939, *Chambre syndicale des entrepreneurs,* Lebon 420 ; CE 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique Orientale*, req. n° 66679 , RD publ. 1944. 236, concl. Chenot) ;

- d'assurer la protection des services publics dont les activités s'exercent sur le domaine public en application de la jurisprudence issue de l'arrêt *Société des autobus antibois* (CE 29 janv. 1932, req. n° 99532 , *GAJA*, 17e éd., 2009, n° 44) ;

- de demander par la voie du référé l'expulsion des occupants sans titre (CE 16 mai 2003, *Société Icomatex c/ Société Samins*, req. n° 249880 , AJDA 2003. 1156 , chron. F. Donnat et D. Casas ; D. 2003. 1482 ; Dr. adm. 2003, n° 149) ;

- de recourir à la technique des mutations domaniales autorisant l'Etat à modifier unilatéralement l'affectation des dépendances du domaine public des collectivités locales privant ainsi ces collectivités du droit d'user et de disposer librement de leurs biens (CE 18 juin 1909, *Ville de Paris*, Lebon 271 ; D. 1924. 37, concl. Rivet, note Waline).

Les sujétions de puissance publique
Ces sujétions englobent notamment :

- « la règle » de l'inaliénabilité du domaine destinée à protéger l'affectation et qui s'oppose, en l'absence de déclassement, aux aliénations du domaine au profit des personnes privées ainsi qu'à l'instauration de droits réels sur le domaine et à la conclusion de baux commerciaux ;

- l'obligation de n'accorder que des autorisations compatibles avec la destination du domaine (CE 19 juin 1933, *Ville de Sarreguemines*, Lebon 657), plus particulièrement conciliables avec l'usage normal que le public est en droit d'exercer sur le domaine (CE 3 mai 1963, *Ministre des travaux publics et des transports c/ Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, req. n° 45478, Lebon 259 ; AJDA 1963. II. 356) ;

- l'interdiction de permettre aux occupants domaniaux de céder les autorisations (CE 10 mai 1989, *Munoz*, req. n° 73146 , Dr. adm. 1989, n° 386 ; RD publ. 1989. 1807) ;

- le caractère obligatoire des travaux d'entretien de certaines dépendances domaniales (v. pour les collectivités territoriales, art. L. 3321-1 CGCT) ;

- l'obligation de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que le droit de la concurrence (CE 6 juin 2001, *Commune de Vannes*, req. n° 199674 ; CE 30 juin 2004, *Département de la Vendée c/ Société Vedettes Inter-Iles Vendéennes*, req. n° 250124 , AJDA 2004. 2210 , note S. Nicinski et 2309, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit ; RJEP 2004. 487, concl. P. Collin).

Les privilèges et sujétions des personnes publiques liés aux exigences de la domanialité publique ne font pas obstacle à l'application du régime de la propriété. Il existe, en effet, des matières attribuées à la propriété, mais le droit de propriété appliqué aux dépendances du domaine public est assorti d'importantes limites.

**Le rôle réduit du régime de la propriété**

Le domaine public en tant qu'objet de propriété obéit à des règles spéciales en raison de la qualité juridique de la personne publique propriétaire (interdiction des cessions des biens à vil prix, régime particulier d'acquisition des biens) qui s'applique à l'ensemble des personnes publiques. Seules seront envisagées les autres règles de caractère organique destinées à soumettre les biens du domaine public à une politique de gestion patrimoniale adaptée aux nécessités de l'économie. Mais on verra que cette politique doit désormais se concilier avec la remise en cause au cours de ces dernières années du régime de propriété.

La conception patrimoniale du domaine public et ses applications

En réaction contre une certaine tradition hostile à la reconnaissance du droit de propriété des personnes publiques, les auteurs du CGPPP de 2006 ont privilégié « une approche par la propriété publique qui rompt avec l'approche domaniale du code du domaine de l'Etat du 29 décembre 1957 » (rapport annexé à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avr. 2006).

Indépendamment de son intitulé même, le nouveau code présente une structure qui s'inscrit dans le cadre du plan retenu par le code civil ; il traite en priorité les procédures d'acquisition des biens et ensuite leurs modes de gestion et d'aliénation.

Cette conception patrimoniale du domaine a été contestée par certains représentants de la doctrine, en particulier Pierre Delvolvé (Le code général de la propriété des personnes publiques. Regard extérieur sur le code, RFDA 2006. 899 ).

L'auteur estime que « la propriété n'est ni nécessaire ni suffisante pour reconnaître et protéger le domaine public ». A l'appui de cette argumentation, il cite les eaux des cours d'eaux domaniaux, les dispositions de l'article L. 3112-3 du CGPPP qui prévoient d'échanger après déclassement un bien du domaine public avec un bien d'une personne privée ou relevant du domaine privé d'une personne publique et il invoque enfin le régime de l'espace hertzien.

S'agissant des cours d'eaux, la domanialité publique du lit s'étend « aux surfaces des versants atteintes par les eaux » (CE 9 déc. 1904, *Deruisseau*, Lebon 778). Dans le cas de l'article L. 3112-3, aucune règle de domanialité publique n'est applicable puisque, au moment de la réalisation de l'échange des biens, l'un ne fait plus partie du domaine public et l'autre n'en a jamais fait partie en raison de son appartenance à une personne privée ou au domaine privé. Quant à l'espace hertzien, dans lequel se propagent les ondes, il constitue une dépendance du domaine public par détermination de la loi (loi du 30 sept. 1986 ; loi du 2 juill. 1990, art. 32 ; art. L. 97-1 code des P et T ; art. L. 2111-1 CGPPP).

Quel que soit le bien-fondé des critiques qui ont pu lui être adressées, la conception patrimoniale du domaine public implique l'exercice de prérogatives et de sujétions de la propriété empruntées au code civil.

Les prérogatives de propriété

Ces prérogatives offrent aux personnes publiques la possibilité :

- d'assurer la protection du domaine au moyen d'actions possessoires (CE 10 oct. et 20 nov. 1956, AJDA 1957. II. 41 ; CE 4 janv. 1965, JCP 1965. II. 14077, note M. G.) et de l'action en revendication (Cass. civ. 2 oct. 1963, AJDA 1963. II. 486, note Dufau) ou encore des sanctions pénales en application des articles 322-1 et 322-2 du code pénal ;

- d'obtenir par des actions civiles en responsabilité la réparation des dommages causés au domaine public (Cass. civ. 11 juin 1936, S. 1956. II. 346 ; v. sur cette question, J. Fournier,

concl. sur CE 3 oct. 1964, *Commune d'Ussel*, AJDA 1964. 706) ;

- d'étendre leur droit de propriété par application de la règle de l'accession (CE 7 mai 1931, *C^ie^ nouvelle des Chalets de nécessité*, Lebon 491) ;

- de consentir des servitudes conventionnelles conformément aux dispositions prévues par l'article L. 2122-4 du CGPPP ;

- de percevoir les revenus produits par le domaine qu'il s'agisse des fruits naturels (CE 14 févr. 1911, *Jacquemin*, S. 1912. III. 73) ou des ressources civiles (CE 4 nov. 1994, *Abbé Chalumey*, req. n° 135842, Lebon 491 ; AJDA 1995. 252 , obs. P. L. M. ; RFDA 1995. 986, concl. R. Schwartz ).

Les sujétions liées à la propriété
En contrepartie des prérogatives dont elles disposent, les personnes publiques propriétaires doivent supporter comme les simples particuliers diverses obligations notamment :

- entretenir leurs biens chaque fois qu'un éventuel défaut d'entretien serait de nature à compromettre les usages normaux des biens par le public (CE 4 avr. 1962, *Ministre des TP c/ Société des Chaix d'Armagnac,* AJDA 1962. 592, concl. G. Braibant ; CE 3 mai 1963, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, préc., AJDA 1963. I. 343 et II. 356) ;

- réparer les dommages résultant de l'existence même des ouvrages, de leur vice d'exécution, de leur défaut d'entretien ou de leur fonctionnement normal ou défectueux (v., sur ces divers points, J. Dufau, *Droit des travaux publics*, PUF, p. 456) ;

- indemniser les particuliers dont le terrain a été englobé à tort dans le domaine public à l'occasion d'une opération de délimitation (CE 11 janv. 1973, *de Paris-Labrosse*, D. 1873. III. 70).

La soumission des biens du domaine public à des prérogatives et des sujétions inspirées du code civil pose la question de savoir quelle est la nature de la propriété de ces biens.

Pour les adeptes de la thèse de la propriété administrative (v. Hauriou, A. de Laubadère), il s'agit d'une propriété « administrative », distincte de la propriété privée en raison de son affectation à l'utilité publique ; alors que la majorité des auteurs se prononce en faveur de l'identité de nature du domaine public et de la propriété privée au motif que c'est le juge judiciaire qui est compétent pour déterminer, en cas de litige, quel est le titulaire du droit de propriété. Effectivement, lorsqu'il est saisi de cette question, le juge administratif doit sursoir à statuer jusqu'à la décision du juge judiciaire (CE 10 nov. 1960, *Commune du Bugue*, Lebon 390).

Cette argumentation n'est pas décisive. La compétence du juge judiciaire comporte des exceptions.

Le juge administratif demeure compétent :

- lorsqu'aucun titre privé n'est invoqué par les parties à l'appui de leurs prétentions (*Commune du Bugue*, préc.) ;

- lorsque l'interprétation ou l'appréciation des titres privés ne soulève aucune difficulté sérieuse (CE 3 mai 1963, *Ministre des TP*, AJDA 1963. II. 489) ;

- lorsqu'il est fait état de titres de propriété antérieurs à l'ordonnance de Moulins sur l'inaliénabilité du domaine de la couronne de février 1566 ou lorsque la question de propriété porte sur une dépendance du domaine public naturel (v. sur ces questions, J. Dufau, *Le domaine public*, préc., p. 84).

En outre, si dans un litige, la question de propriété est enchevêtrée avec la question de la domanialité, les juridictions des deux ordres attribuent le litige au juge administratif (v. A. de Laubadère, art. préc., p. 29).

Enfin, et d'une manière plus générale, en raison tant de sa finalité que des règles qui le régissent, largement dominées par des principes et des techniques exorbitants du droit commun, l'application du régime de la domanialité publique aurait pour conséquence d'altérer profondément les attributs du droit de propriété de l'article 544 du code civil.

La remise en cause du régime de la propriété
La remise en cause du régime de la propriété revêt trois aspects principaux.

Le caractère « expansionniste » du régime de la domanialité publique
Le caractère « expansionniste » du régime de la domanialité publique, selon la formule d'Hervé Moysan (préc., p. 90), a été mis en évidence par le commissaire du gouvernement Henri Toutée (concl. sur CE 11 févr. 1994, *C^ie^ d'assurance La Préservatrice foncière*, RFDA 1994. 501 ). Pour le commissaire du gouvernement, la domanialité publique « exclut les règles qu'elles soient issues de la loi ou du contrat qui lui sont contraires ».

Ainsi s'expliquent les immixtions de plus en plus nombreuses du régime de la domanialité publique dans les matières réservées en principe à la propriété.

Si la charge de l'entretien d'une voie publique incombe normalement au propriétaire de la voie, cette charge peut être imposée à la personne publique affectataire de la voie avec toutes les conséquences qui en résultent au plan de la responsabilité.

Lorsqu'un accident se produit sur une route nationale ou départementale dans la traversée d'une agglomération et que cet accident a été provoqué ou aggravé par la négligence de la commune affectataire qui n'a pas exécuté les travaux d'entretien nécessaires, la victime de l'accident peut non seulement poursuivre le maître de la voie (Etat ou département), mais encore diriger son action contre la commune en invoquant le défaut normal d'entretien de la voie (CE 14 avr. 1961, *Rastouil*, AJDA 1961. II. 301, concl. Heumann ; CE 18 janv. 1980, *Commune d'Echirolles*, req. n° 06714, Lebon 35 ).

Lorsqu'un ouvrage est entré dans le domaine public d'une autorité concédante, à tort ou non, l'autorité concédante propriétaire est responsable des dommages consécutifs non seulement au défaut d'entretien, mais également à la présence et à l'existence de l'ouvrage (v. J. Dufau, *Le droit des travaux publics*, préc., p. 632).

S'il appartient aux collectivités propriétaires de bénéficier des produits du domaine public, la plupart du temps les redevances d'occupation sont attribuées à l'affectataire du domaine (CE 8 déc. 1950, *C^ie^ générale des eaux*, S. 1951. III. 33 ; CE 29 févr. 1996, *Fouquet,* LPA 19 juin 1996, p. 14, concl. J. Arrighi de Casanova), même lorsque l'autorisation d'occupation est délivrée par l'Etat sur le domaine concédé (CE 8 déc. 1950, préc.).

Lorsqu'un bien est mis à la disposition d'un ministre du culte, la relation entre la collectivité publique propriétaire du bien et le bénéficiaire de la mise à disposition font l'objet de règles spéciales empruntées au régime de la domanialité publique (v. H. Moysan, préc., p. 128).

La propriété des biens n'est pas nécessairement la condition de leur appartenance au domaine public
Si, en règle générale, la domanialité publique suppose la propriété publique, cette règle est assortie d'exceptions notamment en ce qui concerne l'identification des biens dits « de retour » édifiés dans le cadre d'une autorisation d'occupation du domaine public et destinés à l'exploitation d'un service public (v. G. Mollion, Vers l'érosion de la théorie des biens de retour ?, AJDA 2011. 363 ).

Alors que, normalement, l'occupant est considéré comme propriétaire des ouvrages qu'il a aménagés dans les conditions prévues par le titre d'autorisation (v. J. Dufau, *Les concessions de service public*, Le Moniteur, 1979, p. 137 et *Le domaine public*, pp. 40 et s.), ces ouvrages sont incorporés *ab initio* dans le domaine public de l'autorité gestionnaire du domaine dès lors que l'autorisation d'occupation « a été accordée en vue de répondre aux besoins d'un service public auquel le domaine est affecté » (CE 21 avr. 1997, *Ministre du budget c/ Société Sagifa*, req. n° 147602, RDI 1997. 418, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé ; RFDA 1997. 935, note E. Fatôme et P. Terneyre ; Dr. adm. 1997, comm. 316, note C. Lavialle ; v. dans le même sens, CE 23 juill. 2010, *Société Neuville Foster Delaunay Bellerive*, Contrat Marchés publ. oct. 2010, n° 350, note G. Eckert).

En outre, l'appartenance d'un bien au domaine public peut se déduire tout simplement de son affectation à l'utilité publique (v., en ce sens, à propos d'un mur édifié en surplomb d'une route pour maintenir les terres et retenir les chutes de matériaux provenant d'une propriété, le mur a été considéré comme un accessoire de la route en l'absence de titre en attribuant la propriété au propriétaire de la parcelle, CE 23 janv. 2012, *Département des Alpes-Maritimes*, *Epoux Servetti*, req. n° 334360 , AJDA 2012. 124 ; Dr. adm. 2012, comm. 36, note F. Melleray).

Les transferts forcés et gratuits de propriétés publiques
Ces transferts sont susceptibles de revêtir deux modalités correspondant à deux catégories de propriétaires publics.

Les transferts de propriété du domaine public au profit des personnes publiques
Dans sa décision du 26 juin 1986 (n° 86-207 DC, AJDA 1986. 575, note J. Rivero ; RD publ. 1989. 399, note L. Favoreu), le Conseil constitutionnel avait étendu à la propriété publique la protection accordée à la propriété privée par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 en considérant que la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques devait être protégée à un titre égal à celle des particuliers. Ce mode de raisonnement supposait que l'opération de transfert devait être précédée d'une indemnisation juste, versée à la personne publique privée de sa propriété.

Or, dans une décision du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur avait pu transférer d'autorité et gratuitement à la RATP les droits et obligations attachés aux infrastructures ferroviaires du Syndicat des transports d'Ile-de-France (Cons. const. 3 déc. 2009, n° 2009-594 DC, Rec. Cons. const. 200 ; AJDA 2010. 596, chron. S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; Constitutions 2010. 233, obs. A.-L. Cassard-Valembois et 406, obs. P. De Baecke ; Dr. adm. août-sept. 2010, p. 7, note F. Hoffman). Le Conseil a estimé que l'opération de transfert n'était pas contraire aux exigences constitutionnelles résultant de l'existence et de la continuité des services publics auxquels les infrastructures étaient affectées.

Au soutien de sa décision, le Conseil a invoqué un argument supplémentaire tiré du droit au respect des biens des personnes publiques qui tire son origine de deux principes consacrés par la Déclaration de 1789 ; l'égalité devant la loi et les charges publiques (art. 6 et 13) et la protection du droit de propriété. Mais il y a tout lieu de penser que ces deux principes ne visent que la propriété des particuliers et non celle des personnes publiques.

Cependant, dans une décision du 8 avril 2011, *Lucien M.*, le Conseil constitutionnel a confirmé la solution consacrée le 3 décembre 2009. Ayant à apprécier la constitutionnalité de l'article L. 2411-12-1 du code général des collectivités territoriales qui autorise le transfert gratuit des biens d'une section de commune, le Conseil constitutionnel a jugé que cet article ne méconnaissait pas les exigences constitutionnelles en matière de propriété (Cons. const. 8 avr. 2011, n° 2011-118 QPC, AJDA 2011. 758 ; D. 2011. 2298, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; AJCT 2011. 303, obs. F. Scanvic ; Dr. adm. juin 2011, p. 29, note Hoffmann).

Le transfert des propriétés publiques au profit des personnes privées
Il s'agit de transferts concernant des propriétés publiques rangées après déclassement, dans le domaine privé de certaines entreprises publiques.

Le principe de l'inaliénabilité des biens du domaine public n'étant pas un principe à valeur constitutionnelle (Cons. const. 26 juin 1986, préc. et Cons. const. 21 juill. 1994, n° 94-346 DC, AJDA 1994. 786 , note G. Gondouin ; D. 1995. 347 , obs. J. Pini ; RDI 1994. 427, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé ; RFDA 1994. 1106, étude C. Lavialle ; RTD civ. 1995. 656, obs. F. Zenati ), le législateur a transféré à des personnes privées après déclassement mais sans désaffectation, des ouvrages affectés à l'exploitation d'un service public qui avaient jusqu'à la décision de transfert, été incorporés au domaine public et qui étaient devenus, du fait de leur déclassement, des dépendances du domaine privé.

Le Conseil constitutionnel a imposé au propriétaire de ce domaine privé un « régime de substitution » inspiré de la formule suggérée par René Capitani afin d'assurer le maintien de l'affectation au service public des biens déclassés. Autrement dit, le patrimoine des personnes publiques peut être transféré à une personne privée à la condition que le service public soit sauvegardé.

Dans la décision du 23 juillet 1996, le Conseil constitutionnel a validé le transfert à la société France Télécom des infrastructures de l'exploitant France Télécom dès lors que ces infrastructures étaient soumises à un régime de substitution garantissant l'existence et la continuité de l'affectation au service public (Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, AJDA 1996. 694 , note O. Schrameck ; D. 1998. 151 , obs. F. Mélin-Soucramanien ; RFDA 1996. 909, étude J. Chevallier et 1124, note C. Lavialle ).

Une solution analogue a été retenue lors du transfert des infrastructures d'Aéroport de Paris, déclassées et remises à la société commerciale ADP par la loi du 20 avril 2005. Outre l'application d'un régime d'opposition à la cession des ouvrages d'infrastructures susceptibles de porter atteinte à l'exécution du service public, la loi a soumis la société ADP à un cahier des charges qui fixe les conditions d'exercice du service public par la société. Ces dispositions de la loi du 20 avril 2005 ont été jugées conformes à la Constitution (Cons. const. 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, AJDA 2006. 178, étude E. Fatôme ; Dr. adm. 2005. 86, note R. Fraisse ; J.-F. Brisson, L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires, AJDA 2005. 1835 ).

Toutefois, la protection constitutionnelle de la propriété publique ne peut bénéficier qu'aux personnes privées investies d'une mission de service public.

S'agissant du transfert à l'Association pour la formation professionnelle des adultes (AFPA), à titre gracieux et sans aucune condition particulière, de biens immobiliers appartenant à l'Etat, le Conseil constitutionnel a jugé que des biens publics ne pouvaient pas être aliénés à des personnes privées poursuivant des fins privées sans contrepartie appropriée ou lorsque l'opération de transfert ne comporte aucune garantie permettant le maintien de l'affectation à des missions de service public ; ce qui était le cas pour les biens mis à la disposition de l'AFPA (Cons. const. 17 déc. 2010, n° 2010-67/86 QPC, AJDA 2010. 2455 ; RDI 2011. 114, obs. R. Leonetti et P.-A. Rohan ; RJEP août-sept. 2010, note H. Pauliat ; Ph. Yolka, L'inconstitutionnalité du transfert à titre gracieux des immeubles de l'Etat mis à la disposition de l'AFPA, JCP Adm. 2011, n° 2002).

Au terme de cette analyse des relations entre propriété et domanialité publiques, force est de constater que l'un des éléments du dispositif applicable au domaine public est désormais sujet à caution.

Le régime de la domanialité publique a été considéré par la doctrine la plus autorisée (v. not., Ph. Yolka, *La propriété publique*, préc. et Y. Gaudemet, *Droit administratif*, t. 2, p. 17) comme un ensemble de prérogatives et de contraintes qui se superposent à l'élément organique que constitue la propriété du domaine.

Or, cette interprétation est contredite par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, inspirée de la conception défendue par René Capitani dans son commentaire de l'arrêt *Commune de Barran*. Dans ce commentaire, en effet, l'auteur soutenait que l'inaliénabilité des biens publics s'appliquait à l'affectation et non à la propriété (v. sur ce point, F. Hoffman, art. préc.). En faveur de cette thèse, on pourrait invoquer un autre argument tiré de la réforme du statut de certaines entreprises publiques (France Télécom, EDF, GDF, Aéroports de Paris).

Après avoir déclassé et donc levé l'obstacle lié à la propriété du domaine, ce statut a mis en place comme on l'a vu un système de substitution destiné également à préserver la mission de service public à laquelle les biens de ces entreprises demeurent affectés.

En définitive, comme l'a fait observer, Jean-Bernard Auby (Propriété et gestion domaniale, Dr. adm. 2011. 2), « le droit des biens publics n'est plus que faiblement un droit de la propriété ».

**Mots clés :**
**DOMAINE** * Domaine public * Protection * Propriété publique

AJDA © Editions Dalloz 2012