

Le droit de propriété des personnes publiques : un quiproquo de la jurisprudence constitutionnelle

IOANNIS MICHALIS

L'instauration d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois a déclenché un mouvement de constitutionnalisation des différentes branches du droit¹. Les biens des personnes publiques n'ont pas échappé à cette évolution.

L'existence d'un droit des personnes publiques sur les biens n'a pas toujours été évidente. Pendant longtemps, il était considéré que seules les dépendances du domaine privé pouvaient faire l'objet d'un droit de propriété régi par le Code civil, tandis que les dépendances du domaine public ne pouvaient faire l'objet d'un droit de garde. À la suite de la reconnaissance de la personnalité publique², il a été admis, à partir du début du XX^e siècle, que les personnes publiques exercent un droit de propriété sur les deux types de domaines³.

La transposition du droit de propriété au droit administratif a donné lieu à un débat sur la nature de ce droit⁴. Bien que la question ne soit pas tranchée, il est aujourd'hui accepté que les biens des personnes publiques, en raison de la seule qualité publique de leur propriétaire, soient soumis à des règles spéciales protectrices⁵. Dans le cadre de l'émergence du contrôle de constitutionnalité et de la consécration des droits fondamentaux, la question de la protection de la propriété publique n'a pas tardé à être posée. Le Conseil constitutionnel a affirmé en 1986 la valeur constitutionnelle du droit de propriété des personnes

Ioannis Michalis, Doctorant – ATER, IRJPS – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

1. Voir L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *L'Unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25-42 ; M. Verpeaux, « Brèves considérations sur la constitutionnalisation des branches du droit », *RFDA*, 2014, n° 6, p. 1203-1210.

2. Voir P. Yolka, « Personnalité publique et patrimoine », in *AFDA, La personnalité publique*, Paris, LexisNexis, « Colloques et Débats », 2007, p. 35-49.

3. R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris, Montchrestien, Précis Domat, 2001, t. 2, p. 363 sq. ; v. N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 8 sq.

4. Voir not. M. Xifaras, « Le Code hors du Code, Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », *Droits*, 2005, n° 42, p. 49-74 ; X. Bioy, « La propriété éminente de l'État », *RFDA*, 2006, n° 5, p. 963-980.

5. Voir en part. P. Yolka, *La propriété publique*, thèse, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », t. 191, 1997, p. 561 sq.

publiques⁶ et la jurisprudence administrative considère que ce droit constitue une liberté fondamentale, au sens de l'article L521-2 du Code de justice administrative⁷. L'attribution de droits fondamentaux aux personnes publiques a suscité des débats au sein de la doctrine⁸.

Or, mis à part cette question théorique, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence assez particulière sur le droit de propriété des personnes publiques. C'est pourquoi cette étude sera centrée sur la jurisprudence constitutionnelle et son raisonnement atypique. En effet, il apparaît que, lorsque le juge constitutionnel se fonde sur le droit de propriété des personnes publiques, il ne cherche pas à le protéger, mais à le restreindre, afin de protéger d'autres droits ou principes de valeur constitutionnelle. Dans la plupart des décisions invoquant le droit de propriété, la consécration d'un droit de propriété de valeur constitutionnelle n'était ni indispensable pour trancher le litige, ni utile pour la personne publique propriétaire. Toutefois, dans la mesure où ce droit est garanti par la Constitution, le juge doit adopter un raisonnement qui rend claires les possibilités et les limites de sa restriction.

Ainsi, malgré les problèmes relatifs à la consécration de la valeur constitutionnelle du droit de propriété des personnes publiques (I), les conséquences que cette dernière implique (II) doivent être tirées.

I – LES PROBLÈMES DE LA CONSÉCRATION

La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de propriété des personnes publiques présente des incohérences (A), qui entraînent des confusions entre ce droit et d'autres principes et droits de valeur constitutionnelle (B).

A – LES INCOHÉRENCES DE LA CONSÉCRATION

Dans un État de droit, le juge est chargé d'une fonction essentielle : garantir le respect par la loi des normes supérieures⁹. La consécration

6. CC, décis. n° 86-207 DC, 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, cons. n° 58.

7. CE, 21 novembre 2002, *GDF*, req. n° 251726, *Rec.*, p. 408.

8. Voir R. Drago, « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, n° sp., p. 130-135 ; E. Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° 9, p. 651-666 (661 *sq.*) ; G. Marcou, « Le référé administratif et les collectivités territoriales », *LPA*, 2001, n° 95, p. 43-47 (46 *sq.*) ; P. Wachsmann, « Personnes publiques et droits fondamentaux », in AFDA, *La personnalité publique*, *op. cit.*, p. 145-165 ; O. Maetz, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, thèse, Strasbourg, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, « Collection de thèses », 2011.

9. S. Hennette-Vaucher, D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, 3^e éd., Paris, Dalloz, « HyperCours », 2017, p. 270-271.

d'un droit de valeur constitutionnelle devrait entraîner sa protection par le juge constitutionnel. Néanmoins, l'étude de la jurisprudence sur le droit de propriété des personnes publiques démontre que le Conseil constitutionnel se fonde sur ce droit pour y apporter des restrictions (1), qui sont, d'ailleurs, en mutation permanente (2).

1 – Une consécration limitative

Contrairement à ce qui pourrait être attendu, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du droit de propriété des personnes publiques a déclenché un mouvement jurisprudentiel de restriction du droit consacré.

Selon l'article 544 du Code civil, le droit de disposer de son bien est l'un des deux attributs caractéristiques du droit de propriété¹⁰. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de déclarer la constitutionnalité de cette disposition¹¹. Or, cette dernière ne concerne que la propriété privée¹² car le Conseil constitutionnel a consacré le droit de propriété des personnes publiques, afin justement d'apporter des restrictions à leur droit de disposer de leurs biens.

Dans l'affaire des privatisations de 1986, les députés ont saisi le Conseil constitutionnel pour le faire, entre autres, contrôler la contrepartie du transfert des propriétés du secteur public au secteur privé. Conscients du fait que l'article 17 de la Déclaration ne protège que contre l'aliénation forcée et l'expropriation irrégulière¹³, ils ont essayé de trouver l'équivalent de la « juste et préalable indemnité » de cette disposition applicable aux nationalisations dans le principe d'égalité devant les charges publiques, qui devrait s'appliquer aux privatisations¹⁴. Le transfert des propriétés publiques à un prix inférieur à leur prix réel bénéficierait à l'acquéreur, à la charge de la collectivité des contribuables¹⁵. Le Conseil constitutionnel a adopté l'argument des auteurs de la saisine et il a affirmé que la Constitution s'oppose à ce

10. Voir S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences des juridictions suprêmes française, européennes et internationales*, thèse, Paris, LGDJ, 2006, p. 85 *sq.* ; F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3^e éd., Paris, Puf, « Collection Droit fondamental », 2008, p. 335 *sq.* ; W. Dross, *Droit des biens*, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, « Précis Domat », 2017, p. 32 *sq.*

11. CC, déc. n° 2011-169 QPC, 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres*.

12. Voir sur ce point P. Delvolvé, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de propriété », in *Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 145-167 (148) ; F. Bourrachot, « La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens », *RFDA*, 2003, n° 6, p. 1110-1119.

13. Voir Y. Gaudemet, « Constitution et biens publics », *NCCC*, 2012, n° 37, p. 65-73 (70).

14. Sur cette équivalence v. J. Rivero, note sous la décision, *AJDA*, 1986, n° 10, p. 581-584 (583).

15. Les saisines sont disponibles sur le site Internet du Conseil constitutionnel.

que les biens des personnes publiques soient « cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ». Il a précisé que cette interdiction découle du principe d'égalité en général, et non pas de l'égalité devant les charges publiques invoquée par le requérant. Toutefois, il a considéré nécessaire d'ajouter, sans que cela soit requis ni pour répondre aux auteurs de la saisine¹⁶, ni pour trancher le litige¹⁷, que cette interdiction « ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relatives au droit de propriété », en précisant que cette protection « ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques »¹⁸. Il a ainsi reconnu la valeur constitutionnelle du droit de propriété en affirmant que le droit de disposition de cette propriété est limité¹⁹.

La jurisprudence postérieure s'est fondée sur ce principe pour apporter d'autres restrictions. En 1994, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une loi permettant la constitution de droits réels sur le domaine public. Les auteurs de la saisine considéraient que dans la mesure où il s'agissait de dépendances qui ont été acquises suite à une expropriation, la loi aurait pour effet de permettre *a posteriori* une expropriation à utilité privée. L'article 17 de la Déclaration a alors été invoqué, afin de protéger la propriété privée. Cependant, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur cette disposition pour « protéger » la propriété publique. Il a transposé le principe de 1986 aux droits réels, en affirmant que ceux-ci ne pouvaient être constitués « sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle [du] patrimoine »²⁰.

Enfin, étant donné que l'interdiction de cession à vil prix ne concerne que les ventes des biens d'une personne publique à une personne privée²¹, le transfert gratuit entre personnes publiques n'est pas contraire à la Constitution selon le Conseil constitutionnel²². Cette jurisprudence

16. Les sénateurs, qui ont aussi saisi le Conseil constitutionnel, n'ont pas invoqué la question.

17. Note sous la décision, in P. Gaïa *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd., Paris, Dalloz, « Grands arrêts », 2018, n° 18, p. 267-283 (279).

18. CC, déc. n° 86-207 DC, 26 juin 1986, précitée, cons. n° 58.

19. Dans le même sens CC, déc. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. n° 47.

20. CC, déc. n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, *Loi complétant le code du domaine de l'État relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, cons. n° 3.

21. N. Bettio, *La circulation des biens entre personnes publiques*, thèse, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », t. 295, 2011, p. 36.

22. CC, déc. n° 2009-594 DC, 3 décembre 2009, *Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, cons. n° 15 ; CC, déc. n° 2011-118 QPC, 8 avril 2011, *M. Lucien M.*, cons. n° 5 ; CC, déc. n° 2013-687 DC, 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, cons. n° 52.

semble aller à l'encontre de l'article 17 de la Déclaration qui dispose que nul, y compris donc les personnes publiques, ne peut être privé de sa propriété sans indemnité préalable. C'est pourquoi, quand il s'agit d'un transfert gratuit entre personnes publiques, le Conseil constitutionnel ne se réfère pas au droit de propriété, mais « au droit de respect des biens »²³, qui découle tant des dispositions de la Déclaration sur la propriété, que de celles sur l'égalité. La nouvelle formulation, qui est inspirée de la jurisprudence strasbourgeoise²⁴, illustre la plasticité de la jurisprudence sur le droit de propriété des personnes publiques.

2 – Une consécration en mutation permanente

La consécration du droit de propriété des personnes publiques par une formulation malheureuse a conduit le Conseil constitutionnel, à plusieurs reprises, à modifier son considérant de principe, afin de l'adapter aux exigences de l'affaire qui lui est soumise chaque fois.

Initialement, le Conseil constitutionnel affirmait que le droit de propriété concernait « à titre égal » la propriété publique et la propriété privée²⁵. Cette égalité a été interprétée, d'une part, comme l'absence de différence de nature entre les deux types de propriétés²⁶, mais même les auteurs qui défendent l'identité de nature soulignent que la propriété publique présente des aspects spécifiques²⁷. D'autre part, il a été considéré que cette égalité concerne la différenciation dans la protection contre les limitations et les privations²⁸. Cependant, la jurisprudence sur le transfert gratuit des biens entre personnes publiques démontre que l'article 17 de la Déclaration n'est pas opérant dans les rapports entre personnes publiques, car la propriété ne reçoit aucune protection constitutionnelle dans ce qu'elle a de plus essentiel, la garantie contre les privations autoritaires²⁹. C'est pourquoi, à partir des années 2000, la jurisprudence ne fait plus référence à une protection égale, mais vise à

23. Ibid.

24. F. Hoffmann, « La propriété publique à l'épreuve de la libre circulation des biens des personnes publiques », note sous la décision, *DA*, 2010, n° 8-9, étude 16, p. 7-12 (8).

25. CC, déc. n° 86-207 DC, 26 juin 1986, précitée, cons. n° 58 ; CC, déc. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, précitée, cons. n° 47 ; CC, déc. n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, précitée, cons. n° 3.

26. C. Nivard, « La protection constitutionnelle de la propriété publique à la nature de la jurisprudence récente », in A. Dionisi-Peyrusse, B. Jean-Antoine (dir.), *Droit et Patrimoine*, Presses universitaires de Rouen et du Havre, « JuriS-Seine », 2015, p. 169-177 (170).

27. Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, 15^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 21 sq. ; C. Chamard-Heim, « Les propriétés publiques », in P. Gonod et al. (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, « Traité Dalloz », 2011, t. 2, p. 283-341 (303 sq.).

28. E. Langelier, « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens ? », *RDP*, 2011, n° 6, p. 1493-1520 (1495).

29. B. Schmaltz, *Les personnes publiques propriétaires*, thèse, Paris, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », vol. 160, 2016, p. 162.

distinguer le régime de protection constitutionnelle des deux types de propriétés³⁰.

D'ailleurs, la jurisprudence a nuancé la contrepartie exigée pour que la cession des biens publics soit conforme à la Constitution. L'interdiction générale de cession des biens publics à un prix inférieur à leur valeur, affirmée dans la décision de consécration de 1986, a laissé place à une interdiction de cession ou de constitution de droits réels « sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine »³¹. Pour sa part, le Conseil d'État admet la cession à vil prix, si elle est « justifiée par des motifs d'intérêt général, et comporte des contreparties suffisantes »³². Il n'est pas certain qu'il existe une différence entre les deux juridictions : sur les contreparties suffisantes, il n'est pas clair qu'elles se distinguent des contreparties appropriées³³, tandis que le critère de l'intérêt général est également appliqué par le Conseil constitutionnel. Ainsi, le transfert gratuit des biens de l'État à une association chargée des missions de service public a été censuré, après que le Conseil constitutionnel a vérifié que les biens en cause n'étaient pas utilisés pour une mission d'intérêt général³⁴.

Enfin, certaines restrictions jurisprudentielles ont été d'abord affirmées pour le domaine public avant d'être généralisées à l'intégralité des biens des personnes publiques. Ainsi, dans un premier temps, le juge a conditionné la constitution de droits réels sur le domaine public à l'existence de contreparties appropriées³⁵, avant de soumettre toutes les propriétés publiques à cette restriction³⁶. De même, le transfert gratuit des biens entre personnes publiques ne concernait à l'origine que les dépendances du domaine public³⁷, mais lorsque la question lui a été posée, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à appliquer cette jurisprudence aux dépendances du domaine privé³⁸. Mis à part son opportu-

30. Voir le commentaire autorisé sous la décision CC, décisis. n° 2011-118 QPC, 8 avril 2011, *M. Lucien M.*, p. 7.

31. CC, décisis. n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, précitée, cons. n° 3 ; CC, décisis. n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. n° 25.

32. CE, Sect., 3 novembre 1997, *Cne de Fougerolles*, req. n° 169473, *Rec.*, p. 391 ; CE, 25 novembre 2009, *Cne de Mer*, req. n° 310208, *Rec.*, p. 472 ; CE, 14 octobre 2015, *Cne de Châtillon-sur-Seine*, req. n° 375577, *Rec.*, p. 344.

33. Voir R. Noguellou, « Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », *AJDA*, 2013, n° 17, p. 986-991 (989).

34. CC, décisis. n° 2010-67/68 QPC, 17 décembre 2010, *Région Centre et Région Poitou-Charentes*.

35. CC, décisis. n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, précitée, cons. n° 3 ; v. aussi CC, décisis. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, cons. n° 14.

36. CC, décisis. n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008, précitée, cons. n° 25.

37. CC, décisis. n° 2009-594 DC, 3 décembre 2009, précitée, cons. n° 15 ; CC, décisis. n° 2010-618 DC, 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, cons. n° 44.

38. CC, décisis. n° 2011-118 QPC, 8 avril 2011, précitée, cons. n° 5 ; CC, décisis. n° 2013-687 DC, 23 janvier 2014, précitée, cons. n° 52.

nisme, cette évolution jurisprudentielle n'est pas sans lien avec les confusions du Conseil constitutionnel sur le droit consacré.

B – LES CONFUSIONS SUR LA CONSÉCRATION

La jurisprudence semble confondre le droit de propriété avec les questions liées au domaine public (1) et au domaine de compétence du législateur (2).

1 – Propriété et domaine public

Les liens entre propriété publique et domaine public ont fait l'objet des longs débats au sein de la doctrine. L'identification de la propriété publique au domaine public a été remplacée au cours du XIX^e siècle par l'exclusion radicale de toute idée de propriété sur le domaine public, avant que la complémentarité de la propriété et du domaine public soit admise³⁹. L'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques a solennellement consacré le droit de propriété des personnes publiques⁴⁰. Les professeurs Yves Gaudemet⁴¹ et Philippe Yolka⁴², même s'ils ne partagent pas une conception identique de la nature du droit de propriété des personnes publiques, ont démontré que le domaine public et le domaine privé sont des régimes fonctionnels, qui se superposent à la propriété. Cette thèse se confirme par le fait que le Code traite la domanialité dans la deuxième partie, qui concerne la gestion de la propriété⁴³.

La propriété des personnes publiques étant protégée par la Constitution, la question se pose de savoir si le régime du domaine public est, lui aussi, protégé par la Constitution. Les jurisprudences constitutionnelle⁴⁴ et administrative⁴⁵, qui considèrent que l'article 17 de la Déclaration protège le domaine public, illustrent la confusion des juges entre la domanialité et la propriété publiques. Fonder la protection du domaine public sur le droit de propriété paraît contestable, car cela méconnaît, d'une part,

39. Voir A. Hauriou, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Mélanges François Gény*, Paris, Sirey, 1935, t. 3, p. 92-99 (96) ; P. Yolka, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 113 sq.

40. Voir P. Delvolvé, « Regard extérieur sur le Code », *RFDA*, 2006, n° 5, p. 899-905 ; H.-G. Hubrecht, F. Melleray, « Le Code général de la propriété des personnes publiques », *DA*, 2006, n° 8-9, étude 15, p. 4-12 (6).

41. Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 18 sq.

42. P. Yolka, *La propriété publique*, *op. cit.*, notam. p. 609.

43. C. Maugué, G. Bachelier, « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, n° 20, p. 1073-1086 (1075).

44. CC, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habitant le gouvernement à simplifier le droit*, cons. n° 29.

45. CE, 21 mars 2003, *SIPPEREC*, req. n° 189191, *Rec.*, p. 144.

le fait que la propriété comprend aussi le domaine privé⁴⁶ et, d'autre part, les particularités de l'affectation du domaine public.

L'ancrage constitutionnel de la domanialité publique devrait être déterminé selon l'affectation. Ainsi, en ce qui concerne la propriété immobilière, la seule à être traitée par la jurisprudence constitutionnelle, le bien public relève du domaine public lorsqu'il est affecté soit à un service public, pourvu que le bien fasse l'objet d'un aménagement spécial, soit à l'usage direct du public⁴⁷. Pour le premier cas, le Conseil constitutionnel affirme que le législateur est tenu de respecter l'existence et la continuité des services publics⁴⁸, se référant, d'une part, aux services publics dont l'existence même découle de la Constitution⁴⁹ et, d'autre part, au principe constitutionnel⁵⁰ de continuité des services publics. Quant au second cas, la doctrine a proposé d'attacher l'affectation aux libertés constitutionnelles que le domaine public affecté à l'usage direct du public permet aux citoyens d'exercer⁵¹. Le Conseil constitutionnel a fini par adopter cet ancrage constitutionnel du domaine public à côté du principe de continuité des services publics⁵².

Or, au lieu de faire la distinction entre propriété publique et affectation du domaine public, la jurisprudence constitutionnelle vérifie parfois si la continuité du service public n'est pas méconnue par la loi qui lui est déférée pour affirmer que le droit de propriété n'a pas été méconnu. C'était notamment le cas de la décision de 2009 sur le transfert des dépendances du domaine public du Syndicat de transport d'Île-de-France à la RATP. Les auteurs de la saisine ont invoqué le droit de propriété du syndicat, qui est une personne publique, et la nécessité d'une indemnité pour le transfert de ses biens, mais le Conseil constitutionnel a vérifié le respect des exigences relatives à l'existence et la continuité du service public pour affirmer que, dès lors, la loi en cause ne méconnaît pas la propriété publique⁵³. D'ailleurs, pareille confusion se constate entre le droit de propriété et le domaine réservé au législateur.

46. Voir E. Fatôme, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (suite) », note sous la décision du Conseil constitutionnel, *AJDA*, 2003, n° 26, p. 1404-1405 (1404).

47. Art. L2111-1 CG3P.

48. CC, déc. n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, précitée, cons. n° 2.

49. CC, déc. n° 86-207 DC, 26 juin 1986, précitée, cons. n° 53.

50. CC, déc. n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, cons. n° 1.

51. J.-P. Brouant, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *LPA*, 1994, n° 84, p. 21-25 ; Y. Gaudemet, « Libertés publiques et domaine public », in *Mélanges Jacques Robert*, Paris, LGDJ, 1998, p. 125-134.

52. CC, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, précitée.

53. CC, déc. n° 2009-594 DC, 3 décembre 2009, précitée, cons. n° 16 ; cette confusion peut aussi être détectée dans la décision CC, déc. n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, précitée, dans laquelle des éléments de la propriété (v. cons. n° 9 sur les hypothèques) sont mélangés avec des éléments de l'affectation (v. cons. n° 8) lors du contrôle du juge (v. aussi cons. n° 14).

2 – Propriété et domaine de la loi

Une des innovations les plus remarquées de la Constitution de 1958 tient à l'inversion des rapports entre la loi et le règlement qui été inversés. Désormais, le législateur ne peut intervenir que dans les domaines énumérés par la Constitution, et notamment l'article 34, tandis que l'ensemble des autres matières relèvent, selon l'article 37, du pouvoir réglementaire. Malgré les réactions initiales⁵⁴, l'importance de ce changement a pu ensuite être nuancée⁵⁵.

L'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, mais il réserve une place à part pour la propriété, dont la protection constitue, selon la Déclaration, le but de toute association. Selon la Constitution, il relève du législateur de déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété⁵⁶. Si le Conseil constitutionnel a pu dégager de la généralité de la formulation de l'article 17 de la Déclaration la protection, non seulement de la propriété privée, mais aussi de la propriété publique sans dénaturer son sens⁵⁷, il devrait *a fortiori* en faire autant avec l'article 34 de la Constitution et considérer qu'il relève du législateur de fixer les principes fondamentaux concernant non seulement la propriété privée, mais aussi la propriété publique.

Ainsi, le fondement de répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir exécutif ne devrait pas être recherché dans l'article 17 de la Déclaration, mais dans l'article 34 de la Constitution⁵⁸. Cependant, le Conseil constitutionnel ne suit pas toujours cette démarche. Dans la décision sur la loi de réforme des collectivités territoriales de 2010, les députés ayant saisi le Conseil constitutionnel ont considéré, concernant la création des métropoles, que dans la mesure où la loi ne précisait pas les conditions dans lesquelles les biens des collectivités territoriales devraient être transmis aux métropoles, elle était entachée d'incompétence négative. La violation du droit de propriété n'a pas été invoquée par les parlementaires, car le transfert des biens devrait être opéré par

54. P. Durand, « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République », *JCP*, 1959, 1470 ; J. de Soto, « La loi et le règlement de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, 1959, n° 2, p. 240-297.

55. Voir les actes du colloque *Le domaine de la loi et du règlement*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979.

56. Voir H. Pauliat, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, thèse, Limoges, Puf, 1994, t. 1, p. 227 sq.

57. P. Yolka, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 574.

58. *Contra* E. Langelier, « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens ? », *art. cit.*, p. 1496, qui considère que les articles 2 et 17 de la Déclaration offrent une base constitutionnelle pour la répartition des compétences, en renvoyant à la décision CC, décis. n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, précitée, cons. n° 3. Or, cette dernière se fonde, à juste titre, sur l'article 34 de la Constitution.

un accord amiable. Or, afin de vérifier si le législateur a épuisé sa compétence⁵⁹, le Conseil constitutionnel a visé le droit de propriété des personnes publiques⁶⁰, qui ne s'oppose pas, selon le juge constitutionnel, au transfert gratuit des biens entre personnes publiques. Après avoir vérifié que le législateur a fixé de manière précise les conditions de transfert des propriétés, le Conseil constitutionnel a affirmé que le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence, sans pourtant se référer à l'article 34 de la Constitution⁶¹.

Malgré toutes ces problématiques de la jurisprudence relative au droit de propriété des personnes publiques, la consécration de ce droit est une réalité juridique, dont les conséquences doivent être tirées.

II – LES IMPLICATIONS DE LA CONSÉCRATION

La consécration de la valeur constitutionnelle du droit de propriété des personnes publiques implique, d'une part, la justification de cette consécration du point de vue théorique (A) et, d'autre part, le respect de cette consécration (B).

A – UNE CONSÉCRATION À JUSTIFIER

La consécration de la valeur constitutionnelle du droit de propriété des personnes publiques pourrait paraître comme une dénaturation de ce droit, qui est supposé protéger l'homme contre l'arbitre étatique. Cette jurisprudence ne soulève pas seulement un problème théorique, mais aussi une question de droit positif⁶². Il importe de justifier pourquoi les juges ont conçu une protection des personnes publiques par des droits, alors même que ces personnes exercent des compétences⁶³. Lors de la délibération sur les privatisations, le président du Conseil constitutionnel Robert Badinter a évoqué une décision du juge constitutionnel allemand concernant la question de la contrepartie⁶⁴, sans pour autant traiter la jurisprudence de Karlsruhe sur la question de principe de

59. Sur le contenu de l'incompétence négative v. A. Vidal-Naquet, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, 2015, n° 46, p. 7-19.

60. CC, déc. n° 2010-618 DC, 9 décembre 2010, précitée, cons. n° 44.

61. Cons. n° 45-47 de la décision.

62. L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 7^e éd., Paris, Dalloz, « Précis », 2016, p. 99.

63. O. Maetz, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 91.

64. Voir le compte rendu des séances des 25 et 26 juin 1986 (p. 33), disponible sur le site Internet du Conseil.

consécration des droits fondamentaux des personnes publiques. Or, cette jurisprudence est assez riche et elle affirme qu'une telle consécration est en principe injustifiée (1). La jurisprudence française a une approche différente, mais en matière de propriété, cette consécration ne paraît pas très utile aux personnes publiques (2).

1 – Une consécration non justifiée en Allemagne

L'article 14 de la Loi fondamentale garantit le droit de propriété, mais en ce qui concerne les personnes publiques la jurisprudence est ferme : ce droit fondamental ne protège que la propriété des personnes privées⁶⁵. Les personnes publiques peuvent acquérir des propriétés selon les dispositions législatives, mais leurs propriétés sont dépourvues de protection constitutionnelle⁶⁶.

Cette jurisprudence s'inscrit dans une problématique plus large relative aux droits fondamentaux des personnes publiques. L'article 19 alinéa 3 de la Loi fondamentale dispose que : « Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet⁶⁷. » Même si la disposition se réfère de manière générale aux personnes morales, le juge constitutionnel considère qu'elle n'assimile pas les personnes publiques aux personnes privées. Selon une jurisprudence constante⁶⁸, les personnes publiques ne peuvent pas être titulaires de droits fondamentaux. Cette restriction s'applique aussi aux sociétés commerciales, dont l'État est l'actionnaire principal⁶⁹.

Le juge justifie cette jurisprudence selon deux séries de motifs. La première est ce qui a été appelé la « théorie de l'absence d'un substrat humain »⁷⁰. En Allemagne, la protection de la dignité humaine constitue le fondement des droits fondamentaux⁷¹. Ces derniers garantissent la liberté et la dignité des personnes physiques et l'article 19 alinéa 3 de la Loi fondamentale doit être interprété sous cette vision. Ainsi, les personnes morales sont titulaires des droits fondamentaux seulement

65. BVerfGE, 61, 82, 108 sq.

66. H.-J.Papier, F.Shirvani, art. 14, in T. Maunz, G. Dürig (éd.), *Grundgesetz*, 87^e éd., C. H. Beck, Munich, 2019, n° 337.

67. « Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind ».

68. BVerfGE, 21, 362, 369 ; BVerfGE, 25, 198, 205 ; BVerfGE, 45, 63, 78 ; BVerfGE, 137, 108, 154.

69. BVerfGE, 128, 226, 246 sq. ; J. Masing, « Droits fondamentaux et privatisations », *Jus Politicum*, 2013/9, p. 1-22.

70. « *Lehre der fehlenden personalen Substrat* », v. T. Hochmann, « § 7 : Grundrechte », in N. Marsch et al. (éd.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2015, p. 323-372 (339 sq.) ; B. Remmert, art. 19 Abs. 3, in T. Maunz, G. Dürig (éd.), *Grundgesetz*, op. cit., n° 38.

71. BVerfGE, 93, 266, 293 ; BVerfGE, 107, 275, 284.

dans la mesure où cela offre une protection indirecte à des personnes physiques⁷².

Le juge constitutionnel considère aussi que cette jurisprudence lui permet d'éviter la confusion entre les titulaires et les débiteurs des droits fondamentaux. En réalité, dans les conflits entre personnes publiques, les dernières ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle d'un individu⁷³. Le conflit correspond plutôt à une question de répartition de compétences qui ne devrait pas être tranchée sur le fondement des droits fondamentaux⁷⁴.

Cette jurisprudence, qui est largement critiquée par la doctrine⁷⁵, connaît, pourtant, des exceptions. Les personnes publiques peuvent invoquer les droits fondamentaux de procédure, qui ne constituent pas de vrais droits fondamentaux proclamés par les premières dispositions de la Loi fondamentale⁷⁶, mais des principes objectifs de procédure⁷⁷. Par ailleurs, la jurisprudence a exceptionnellement reconnu des droits fondamentaux à des personnes publiques. Les universités sont titulaires de la liberté fondamentale de recherche et d'enseignement⁷⁸ et les radios publiques de celle d'informer par la radio⁷⁹. Il s'agit des deux cas particuliers, dans lesquels la protection des droits fondamentaux est une garantie institutionnelle⁸⁰. Or, ces deux catégories de personnes publiques ne peuvent pas invoquer le droit fondamental de propriété⁸¹. Les églises sont les seules personnes publiques, lorsqu'elles ont cette qualité, à jouir du droit de propriété en vertu de l'article 138 alinéa 2 de la Constitution de Weimar, auquel renvoie l'article 140 de la Loi fondamentale.

Contrairement à la jurisprudence allemande, la jurisprudence française ne semble pas faire une distinction de principe entre la nature publique ou privée de la personnalité morale pour déterminer les titu-

72. BVerfGE, 21, 362, 369 ; BVerfGE, 61, 82, 101 ; BVerfGE, 143, 246.

73. « *grundrechtstypische Gefährdungslage* », BVerfGE, 45, 63, 78 ; BVerfGE, 61, 82, 102 ; BVerfG, NJW, 2017, 217, 218.

74. M. Ludwigs, C. Friedmann, « Die Grundrechtsberechtigung staatlich beherrschter Unternehmen und juristischer Personen des öffentlichen Rechts », *NVwZ*, 2018, n^{os} 1-2, p. 22-28 (24).

75. K.-A. Bettermann, « Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger », *NJW*, 1969, n^o 31, p. 1321-1328 ; F. Schnapp, « § 52 : Zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts », in D. Merten, H.-J. Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg, C. F. Müller, 2006, t. 2, p. 1235-1254.

76. Il s'agit des art. 101 *sq.* de la Loi fondamentale.

77. « *objektive Verfahrensgrundsätze* », BVerfGE, 3, 359, 363 ; BVerfGE, 12, 6, 8 ; BVerfGE, 61, 82, 104.

78. BVerfGE, 15, 256, 262.

79. BVerfGE, 31, 314, 322 ; BVerfGE, 107, 299, 310 ; BVerfGE, 119, 181, 211.

80. S. Papenbrock, *Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, « Schriften zum Öffentlichen Recht », 2019, p. 47.

81. BVerfGE, 78, 101, 102 pour les radios publiques.

lares des droits garantis par la Constitution, sans que cela offre une meilleure protection de la propriété des personnes publiques.

2 – Une consécration peu utile en France

Bien que les membres du Conseil constitutionnel ne se soient pas posé la question de la reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes publiques⁸², la consécration de la valeur constitutionnelle du droit de propriété des personnes publiques ne se heurte pas aux mêmes obstacles qu'en Allemagne. La dignité de la personne humaine, malgré sa valeur constitutionnelle⁸³, ne joue pas le même rôle qu'en Allemagne⁸⁴. La titularité des droits garantis par la Constitution n'est pas liée à l'humanité ou à la dignité du sujet de droit qui en conteste la violation, mais à la jouissance de la personnalité juridique⁸⁵. D'ailleurs, l'attribution de ces droits aux personnes publiques est facilitée par le caractère objectif du contentieux constitutionnel français : le juge contrôle de manière abstraite la constitutionnalité des dispositions qui lui sont déférées et il ne cherche pas à protéger les droits des requérants⁸⁶. C'est grâce à ce caractère objectif que des collectivités territoriales ont pu soulever une question prioritaire de constitutionnalité pour défendre le droit de propriété de l'État⁸⁷. Ainsi, les droits constitutionnels de l'État ne sont plus une simple hypothèse théorique⁸⁸.

La reconnaissance de droits de valeur constitutionnelle aux personnes publiques repose en priorité sur des considérations pragmatiques⁸⁹. Elle permet, par exemple, aux collectivités territoriales qui n'ont pas accès au contrôle *a priori* de demander au juge constitutionnel de contrôler *a posteriori* la conformité des lois à leur libre administration. Cette nécessité ne se présente pas en Allemagne, car la Loi fondamentale prévoit une procédure distincte de garantie de la libre administration des communes⁹⁰.

82. Voir le compte rendu des séances des 25 et 26 juin 1986 (notamment p. 32).

83. CC, décis. n° 94-343/344 DC, 27 juin 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. n° 2.

84. T. Hochmann, « § 7 : Grundrechte », *art. cit.*, p. 347 ; cf. B. Mathieu, « Pour une reconnaissance des "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *chron., D.*, 1995, n° 27, p. 211-212.

85. O. Maetz, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 89.

86. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 4^e éd., Paris, Puf, « Thémis Droit », 2016, p. 360 ; G. Drago, « QPC et droit des collectivités territoriales : premier bilan », *JCP A*, 2011, n° 24, 2211, p. 12-17 (12).

87. CC, décis. n° 2010-67/68 QPC, 17 décembre 2010, précitée.

88. Voir O. Maetz, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 99 sq.

89. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Puf, « Thémis Droit », 2018, p. 58.

90. Art. 93 al. 1 n° 4b de la Loi fondamentale.

Or, en ce qui concerne le droit de propriété des personnes publiques, la consécration jurisprudentielle présente peu d'intérêt pratique. Dans toutes les décisions se fondant sur ce droit, le juge cherche à protéger un autre droit ou principe de valeur constitutionnelle. Ainsi, pour l'interdiction de céder les biens publics et de les grever durablement des droits réels sans contrepartie suffisante, le principe d'égalité devant les charges publiques se prête mieux pour trancher le litige⁹¹. C'est pourquoi, depuis 2008⁹², le Conseil constitutionnel se fonde de manière concomitante sur l'égalité et sur le droit de propriété pour affirmer cette interdiction. De même, pour la protection de principes de la commande publique⁹³ le fondement de l'égalité devant les charges publiques ou du bon usage des deniers publics aurait suffi.

La consécration constitutionnelle du droit de propriété pourrait, pourtant, s'avérer utile pour les personnes publiques secondaires lors des transferts gratuits de leurs biens par le législateur. L'interdiction de cession à vil prix ne s'applique pas pour les transferts des biens entre personnes publiques. Or, si cette interdiction découle du principe d'égalité devant les charges publiques, il faut souligner que ce principe peut être invoqué dans les relations entre personnes publiques⁹⁴ et l'interdiction devrait s'appliquer aussi aux transferts des biens entre personnes publiques. Si, en revanche, l'interdiction découle du droit de propriété, la seule référence au « *droit de protection des biens* » ne saurait suffire pour dispenser le Conseil constitutionnel de l'obligation de respecter le droit qu'il a lui-même consacré et qu'il continue à reconnaître⁹⁵.

B – UNE CONSÉCRATION À RESPECTER

Indépendamment de la nature publique ou privée du titulaire, les droits garantis par la Constitution peuvent faire l'objet de restrictions, afin de permettre une jouissance effective ou d'assurer la coexistence avec d'autres intérêts légitimes ou la liberté d'autrui⁹⁶. Toutefois, ces restrictions, qui doivent être légitimes (1), sont encadrées (2) par le juge constitutionnel.

91. R. Noguellou, « Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », art. cit., p. 991.

92. CC, déc. n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008, précitée, cons. n° 25.

93. *Ibid.*, cons. n° 9 ; CC, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, précitée, cons. n° 18.

94. CC, déc. n° 2018-711 QPC, 8 juin 2018, *Communauté d'agglomération du Grand Sénois*.

95. Voir la décision postérieure (CC, déc. n° 2016-737 DC, 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, cons. n° 27) démontrant que la référence au « droit de protection des biens » ne marque pas un abandon de la jurisprudence antérieure.

96. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 139.

1 – La légitimité des restrictions

La lecture des dispositions de la Déclaration de 1789 peut donner l'impression que la privation est le seul type d'atteinte possible au droit de propriété. Cependant, la jurisprudence constitutionnelle admet que d'autres restrictions, moins drastiques, peuvent être apportées à ce droit par le législateur pour des raisons d'intérêt général⁹⁷.

Pour la propriété des personnes privées, le type de l'atteinte est déterminant pour la disposition applicable. L'article 17 de la Déclaration et les conditions strictes qu'il prévoit s'appliquent exclusivement à la privation, tandis que l'article 2 de la Déclaration s'applique à toutes les autres restrictions du droit⁹⁸. Dans le premier cas, l'atteinte au droit n'est possible que si la nécessité publique légalement constatée l'exige. Adoptant une interprétation actualisée de la Déclaration, la jurisprudence se réfère à l'utilité publique, au lieu de la nécessité publique⁹⁹. Dans le second cas, la réglementation ou la restriction du droit de propriété est légitime pour des motifs d'intérêt général. La notion n'est pas définie par la jurisprudence et il existe le risque d'un contrôle juridictionnel d'opportunité des choix effectués par le législateur. C'est pourquoi le juge souligne qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »¹⁰⁰ et il privilégie les démembrements de l'intérêt général qui ont pris corps dans des normes constitutionnelles¹⁰¹, comme les principes¹⁰² ou les objectifs¹⁰³ de valeur constitutionnelle, sans qu'un fondement constitutionnel soit indispensable¹⁰⁴.

Pour les personnes publiques, bien que sa démarche soit moins claire, le juge constitutionnel admet la restriction de leur droit de propriété

97. S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences des juridictions suprêmes française, européennes et internationales*, op. cit., p. 248 ; D. Rousseau et al., *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, « Précis Domat », 2016, p. 701, y voyant une influence de J. Robert.

98. CC, déc. n° 2010-60 QPC, 12 novembre 2010, *M. Pierre B.*, cons. n° 3.

99. S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences des juridictions suprêmes française, européennes et internationales*, op. cit., p. 354 ; v. aussi CC, déc. n° 89-256 DC, 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, cons. n° 18.

100. CC, déc. n° 2014-691 DC, 20 mars 2014, *Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, cons. n° 23.

101. S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences des juridictions suprêmes française, européennes et internationales*, op. cit., p. 355.

102. Protection de la santé : CC, déc. n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. n° 8.

103. Droit à un logement décent : CC, déc. n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. n° 7.

104. Voir CC, déc. n° 91-303 DC, 15 janvier 1992, *Loi renforçant la protection des consommateurs*, cons. n° 10 : « limitations destinées à assurer la loyauté des transactions commerciales et à promouvoir la défense des intérêts des consommateurs ».

pour des motifs d'intérêt général. Ainsi, l'interdiction de céder les biens publics et de les grever durablement des droits réels sans contrepartie suffisante constitue une restriction du droit de propriété qui vise à assurer le respect du principe d'égalité devant les charges publiques, même si le juge juxtapose les deux normes constitutionnelles sans préciser que la deuxième apporte des restrictions à la première. L'interdiction de libéralités en droit administratif¹⁰⁵ trouve ainsi son fondement constitutionnel.

La question est plus compliquée concernant le transfert gratuit des biens entre personnes publiques. Les fondements de validation de ces transferts sont les mêmes que ceux de l'interdiction de cession à vil prix¹⁰⁶. Cependant, l'égalité devant les charges publiques ne saurait justifier cette restriction au droit de propriété. Dans la mesure où les transferts de biens sont consécutifs au transfert de compétences¹⁰⁷, ils sont justifiés par la compétence dont dispose l'État de répartir les compétences entre les personnes publiques¹⁰⁸. Or, quand le Conseil constitutionnel a été saisi du transfert gratuit des biens d'une section de commune à la commune, qui n'était pas accompagné d'un transfert de compétences, il a été obligé d'ajouter que ce transfert doit poursuivre un objectif d'intérêt général¹⁰⁹. Toutefois, cette restriction doit être encadrée, comme c'est le cas pour les restrictions des propriétés privées.

2 – L'encadrement des restrictions

Pour la propriété privée, l'encadrement des restrictions dépend de la nature de l'atteinte. S'il s'agit d'une privation de la propriété, une indemnité juste et préalable est nécessaire selon l'article 17 de la Déclaration. En revanche, s'il s'agit d'une simple restriction, le juge vérifie si la restriction est proportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi¹¹⁰. Si l'atteinte présente un « caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée » du droit de propriété, la disposition contestée est censurée¹¹¹.

105. CE, 17 mars 1893, *Compagnie du Nord, de l'Est et autres*, req. n° 65961, *Rec.*, p. 245 ; Y. Gaudemet, « Constitution et biens publics », art. cit., p. 70.

106. C. Chamard-Heim, « Les transferts gratuits et forcés de biens entre personnes publiques : la contribution du Conseil constitutionnel », note sous la décision précitée du 3 décembre 2009, *RJEP*, 2010, n° 676, comm. 33, p. 30-34 (32).

107. C'est le cas dans la décision CC, déc. n° 2009-594 DC, 3 décembre 2009, précitée.

108. N. Bettio, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 222 sq. ; B. Schmaltz, *Les Personnes publiques propriétaires*, *op. cit.*, p. 161.

109. CC, déc. n° 2011-118 QPC, 8 avril 2011, précitée.

110. CC, déc. n° 2010-60 QPC, 12 novembre 2010, *M. Pierre B.*, cons. n° 3.

111. Voir *Ibid.*, cons. n° 6 ; CC, déc. n° 2011-193 QPC, 10 novembre 2011, *Mme Jeannette R.*, cons. n° 7.

La distinction entre privation et simple restriction est alors déterminante, mais elle n'est pas évidente. Certaines privations ne relèvent pas de l'article 17¹¹². Le Conseil constitutionnel a jugé que l'interdiction faite au propriétaire par l'article 376 du Code des douanes de réclamer les objets saisis ou confisqués ne constitue pas une privation de la propriété au sens de l'article 17¹¹³. De même, il a été jugé que la procédure de dessaisissement des armes ne constitue non plus une privation de la propriété¹¹⁴. Cependant, le juge a procédé dans les deux cas à un contrôle de proportionnalité de la restriction du droit. Dans le premier cas, la disposition a été déclarée non conforme à la Constitution. La solution inverse dans le second cas pourrait être justifiée par le fait que la procédure est déclenchée dans le cas où le propriétaire de l'arme a refusé de la vendre ou de la neutraliser.

Même si dans les deux cas susmentionnés il ne s'agit pas de transfert des biens à un nouveau propriétaire, il pourrait être soutenu, non sans difficulté¹¹⁵, que le transfert des biens entre personnes publiques constitue une simple restriction du droit de propriété. La gratuité du transfert des biens serait ainsi justifiée du point de vue constitutionnel, mais demeure le problème de l'absence de contrôle de proportionnalité. En cas de cession de propriété entre personnes publiques, le juge considère que le législateur peut exercer son plein pouvoir d'appréciation¹¹⁶ et aucun contrôle n'est effectué sur la nécessité, par exemple, de ce transfert¹¹⁷. L'intensité du contrôle de proportionnalité est variable¹¹⁸, mais, même s'il est restreint, ce contrôle est nécessaire. Il est d'ailleurs aussi effectué pour les restrictions du droit de propriété des personnes publiques¹¹⁹. Ainsi, la jurisprudence sur le transfert gratuit des biens entre personnes publiques ne semble respecter ni l'article 2 ni l'article 17.

D'ailleurs, le caractère gratuit du transfert crée certains paradoxes. Dans le cas de transfert des biens des sections de commune, le juge constitutionnel affirme que les membres de la section peuvent demander

112. D. Rousseau et al., *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 701.

113. CC, décis. n° 2011-208 QPC, 13 janvier 2012, *Consorts B*.

114. CC, décis. n° 2011-209 QPC, 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G*.

115. Voir S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences des juridictions suprêmes française, européennes et internationales*, *op. cit.*, p. 252 : « Le transfert demeure l'un des caractéristiques essentielles des atteintes de nature privative. »

116. Commentaire autorisé sous la décision précitée CC, décis. n° 2009-594 DC, 3 décembre 2009, p. 10.

117. F. Hoffmann, « La propriété publique à l'épreuve de la libre circulation des biens des personnes publiques », *art. cit.*, p. 8-9.

118. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 159.

119. L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 314 : contrôle d'absence de dénaturation dans la décision CC, décis. n° 94-346 DC, 21 juillet 1994, précitée.

une indemnisation pour rupture d'égalité en cas de lésion disproportionnée du droit de jouissance, mais la section qui est privée de sa propriété ne peut prétendre à une indemnisation. De manière plus générale, il existe un *hiatus* par rapport à la jurisprudence administrative¹²⁰, qui prévoit l'indemnisation de la personne publique privée de sa propriété¹²¹.

Toutefois, même si la consécration du droit s'avère peu utile pour les propriétaires publics, son abandon paraît peu probable. Il convient alors au juge constitutionnel, respectant le droit qu'il a lui-même consacré, de justifier la légitimité des atteintes et de vérifier leur proportionnalité, comme il le fait pour d'autres droits des personnes publiques garantis par la Constitution¹²².

120. P. Yolka, « Synthèse – Protection des propriétés publiques », *JCl. Propriétés publiques*, 2018, pt. 6.

121. CE, 15 mai 2012, *Hayart*, req. n° 433637, *Rec. T.*, p. 610 ; v. déjà CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris*, req. n° 22925, *Rec.*, p. 707, sur la théorie largement contestée des mutations domaniales.

122. Voir CC, décis. n° 2014-391 QPC, 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains*, cons. n° 8 pour la libre administration des communes.