

# fiches de Droit administratif des biens

2<sup>e</sup> édition

Rappels de cours et exercices corrigés

Marjolaine Monot-Fouletier



# L'émergence d'un régime juridique spécifique aux biens du domaine public

- I. Aspects historiques
- II. Enjeux actuels

## DÉFINITIONS

- **Biens publics** : ensemble des propriétés détenues par une personne publique.
- **Domaine public** : biens placés sous la propriété plénière d'une personne publique et disposant d'un régime exorbitant du droit commun soit du fait de dispositions législatives spéciales, soit du fait de leur affectation à l'usage direct du public ou à un service public au regard duquel ils disposeront d'un aménagement indispensable au fonctionnement de celui-ci.
- **Domaine privé** : tout autre bien d'une personne publique ne répondant pas au critère de l'affectation au public ou à un service public, ou désigné comme tel par la loi, qui suit un régime essentiellement de droit commun.
- **Domianialité publique** : régime juridique exorbitant du droit commun et applicable aux biens affectés soit à l'usage de tous, soit à un service public.

Certains des biens détenus par les personnes publiques sont soumis, depuis l'ancien régime, à un régime juridique exorbitant du droit commun justifié par la nécessité d'assurer leur conservation en tant que patrimoine appartenant à tous. Une distinction plus précise s'est opérée progressivement au sein des biens publics entre un domaine dit privé et un domaine dit public (I). Cette classification repose sur l'affectation particulière d'utilité publique des biens du domaine public, qui impose leur soumission à un droit spécifique permettant d'assurer tout à la fois leur conservation et leur valorisation (II).

## I. Aspects historiques

La volonté de soumettre certains biens à un régime exorbitant du droit commun est présente dès l'ancien régime (A), mais la distinction entre domaine public et domaine privé n'a été consacrée qu'au XIX<sup>e</sup> siècle (B).

### A. Biens de la Couronne et biens de la Nation

L'ancien régime distinguait les biens propres du roi et ceux dits « de la Couronne ». L'on estimait en effet déjà que ces derniers n'étaient pas propriété du roi, qui n'en était que le gardien et ne pouvait en disposer librement. Ce domaine de la Couronne était particulièrement hétéroclite : il pouvait s'agir de biens matériels (routes, rivières) ou immatériels (en particulier des péages sur les routes, des monopoles relatifs aux tabacs ou aux postes). Ces biens dont le roi disposait ont progressivement été soumis à un principe d'inaliénabilité venant appuyer le principe de l'indisponibilité de la Couronne. Ce principe d'inaliénabilité, destiné également à préserver un domaine dont les revenus servaient les dépenses publiques, tenait lieu de loi fondamentale du royaume. Mais n'étant pas rigoureusement respecté par les souverains successifs, il dut être solennellement réaffirmé dans l'Édit de Moulins du 13 mai 1566 (cf. fiche n° 10). Il sera complété un siècle plus tard par l'Édit d'avril 1667, inspiré de Colbert, consacrant le principe d'imprescriptibilité du domaine, destiné à préserver celui-ci de l'usure du temps (Loysel, jurisconsulte, disait en 1607 : « qui a mangé l'oie du roi, cent ans après en rend la plume »). Notons que l'Édit de Moulins permettait néanmoins l'aliénation des biens de la Couronne pour permettre de constituer les apanages des puînés mâles, et pour subvenir aux besoins de guerre le cas échéant.

Dès octobre 1789, l'assemblée constituante met en place un comité du domaine qui va élaborer un code domanial mis en vigueur dès décembre 1790, dont l'objectif était d'adapter les règles relatives au domaine de la couronne au nouveau principe de souveraineté nationale : le domaine change de propriétaire et devient domaine de la Nation (laquelle détient désormais la souveraineté en lieu et place du roi), tandis que le principe d'inaliénabilité est conservé, sauf à admettre la volonté contraire du législateur qui en ce cas devra servir l'intérêt général.

Par ailleurs, le code domanial exclut du domaine de la Nation les droits incorporels financiers, désormais intégrés aux finances publiques.

Le Code civil réservant à un futur code administratif (qui n'interviendra pas) le soin de traiter de la question du domaine de l'État, se contenta de reprendre en quatre articles (article 538 à 541) l'essentiel de la loi domaniale de 1790, énumérant les différentes dépendances domaniales (sans que l'on puisse évoquer à cet égard un quelconque inventaire) et affirmant laconiquement que sont considérés comme dépendant du domaine public les biens « qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée ».

## ATTENTION

Les biens de la Couronne ne correspondent pas à la vision actuelle du domaine public. De même, ni les biens de la Nation, ni le domaine public ou domaine national proprement dit du Code civil ne correspondent au domaine public actuel. En effet, ces expressions renvoient à tout bien appartenant aux personnes publiques, sans distinction de régime juridique en fonction de leur affectation à une utilité commune.

## B. La distinction domaine public et domaine privé

### 1. Le point de vue de la doctrine

La doctrine du XIX<sup>e</sup> va entreprendre de reconstruire la théorie des biens des personnes publiques en cherchant à distinguer en leur sein les biens spécifiques qui devraient seuls bénéficier d'un régime exorbitant du droit commun articulé autour du principe d'inaliénabilité repris de l'ancien droit.

La théorie du domaine public a été tout particulièrement systématisée par Victor Proudhon, Doyen de la Faculté de droit de Dijon, dans son *Traité du domaine public* écrit en 1833. S'appuyant sur l'article 538 du Code civil, il fait reposer la distinction entre domaine public et domaine privé sur l'idée fondamentale que certains biens doivent être hors du commerce (*res extra commercium*) et insusceptibles d'une propriété privée parce qu'ils sont affectés à l'usage de tous (par exemple la mer, les routes). Eux seuls devront être protégés par le principe d'inaliénabilité. Il s'agit là d'une vision minimaliste du domaine public, limité en quelque sorte à l'idée d'un domaine public par nature.

L'école du service public, menée par le Doyen Duguit, proposera une vision plus extensive du domaine public et donc de l'application d'un régime protecteur exorbitant du droit commun, en retenant comme critère l'affectation du bien considéré non plus à l'usage du public mais à un service public (ainsi par exemple, vont bénéficier du régime protecteur du domaine public les voies ferrées, affectées au service public du transport mais non utilisées directement par le public). Allant plus loin encore tout en ralliant les deux précédentes constructions doctrinales, le Doyen Hauriou retient comme critère du domaine public son affectation à l'utilité publique.

Ces différentes théories trouveront toutes partiellement un écho en jurisprudence, même si certains des prérequis sur lesquelles elles reposent seront remis en cause : on finira par admettre l'existence d'un droit de propriété au profit des personnes publiques (cf. fiche n° 2), en revanche on réfutera l'idée d'un simple domaine public par nature ; de la sorte la notion de domaine public a pu prendre un essor considérable.

L'évolution doctrinale relative au critère de distinction entre domaine public et domaine privé est étroitement liée aux finalités que l'on veut assurer en soumettant des biens à un régime juridique exorbitant du droit commun. Pour que cette distinction garde son sens et que tous les biens propriété de personnes publiques ne soient pas soumis à un régime tout à la fois protecteur et contraignant, la doctrine a cherché à contenir le critère d'inclusion au domaine public, en particulier en soutenant que le bien concerné devait non seulement être affecté à une utilité publique, mais encore qu'il devait être spécialement aménagé en vue de cette affectation. Duguit défendra *in fine* qu'on ne saurait opposer de façon rigide domaine public et domaine privé, domanialité publique et droit privé, mais qu'il convient plutôt d'admettre qu'il existe une « échelle de la domanialité », c'est-à-dire un degré de publicisation du régime juridique des biens en fonction de ce qui est nécessaire à leur protection, et que ce degré de publicisation est nécessairement évolutif dans le temps. En l'occurrence, les textes et la jurisprudence lui donnent aujourd'hui raison.

## 2. La traduction dans les textes

Il existait depuis 1957 un code du domaine de l'État largement incomplet, parfois obsolète, par suite peu suivi par le juge, de sorte que l'essentiel du droit du domaine public était d'origine jurisprudentielle.

Dans son rapport sur les propriétés publiques de 1986, le Conseil d'État avait posé son diagnostic sur le droit domanial, en insistant sur l'urgence d'une réforme de fond permettant, tout en conservant les grandes théories du droit domanial, de clarifier et de moderniser ce droit. Le gouvernement l'a suivi en entreprenant une réforme d'ampleur qui a trouvé son aboutissement par l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006. Cette codification a la particularité de n'être pas seulement à droit constant. Si les grands principes du droit domanial sont bien confirmés, la nouvelle législation entend sans ambiguïté remédier à l'hypertrophie du champ de la domanialité publique, hypertrophie de moins en moins compatible avec la double nécessité d'un mode de gestion assoupli et d'une valorisation économique effective des propriétés publiques (le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance précisait bien que la démarche de codification souhaitait « proposer une définition qui réduit le périmètre de la domanialité publique », cf. JO 22 avril 2006 p. 6017).

Il n'est pas indifférent de constater que les rédacteurs n'ont pas retenu dans la présentation du Code la distinction domaine public/domaine privé mais lui ont préféré un découpage mettant en avant la logique de vie du domaine du point de vue de son propriétaire (le code distingue ainsi cinq parties reprenant successivement les problématiques d'acquisition, de gestion puis d'aliénation des biens, auxquelles s'ajoutent des régimes spécifiques). Reste que le

code conserve néanmoins la distinction entre un domaine privé et un domaine public, celui-ci étant officiellement circonscrit par les critères suivants : « *sous réserve des dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* » (art. L 2111-1 CGPPP). Par ailleurs, l'article L2111-2 prévoit l'hypothèse de la théorie de l'accessoire en posant que « *font également partie du domaine public les biens des personnes mentionnées à l'article L1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine, en constituent un accessoire indissociable* », notion délicate à apprécier.

Ce faisant, le nouveau code conserve en apparence les lignes directrices fixées par la jurisprudence ; cependant nous verrons (cf. fiches n° 3 et n° 4) que les nuances sont de taille, à commencer par la mise en exergue du fait qu'indépendamment des critères traditionnels retenus, c'est au législateur qu'appartient le choix de faire entrer dans le domaine public ou à l'inverse d'exclure de cette catégorie des biens qui pourraient y prétendre au regard de ces mêmes critères.

Par ailleurs, les réformes législatives intervenues depuis 2006 vont dans le sens d'une modernisation, certains diront d'une banalisation du droit de la propriété publique, notamment au regard des droits nouveaux reconnus aux occupants du domaine publics (cf. *infra* fiche n° 16) et à l'alignement partiel sur les impératifs du droit européen de la concurrence (cf. notamment l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, *JORF* n° 0093 du 20 avril 2017). Plus largement, il faut souligner que le droit administratif des biens n'échappe pas aux exigences du droit européen en général, et notamment à la protection des droits et libertés (cf. CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c. RFA*, aff. C-503-04 : l'article 345 du TFUE n'a « pas pour effet de faire échapper les régimes de propriétés existant dans les États membres aux règles fondamentales du Traité »).

## II. Enjeux actuels

Chaque époque a pu soutenir une approche spécifique du périmètre de la domanialité publique, le faisant évoluer au gré d'une pensée qui valorise plus ou moins l'initiative privée ou au contraire insiste sur la nécessaire régulation par le biais de l'intervention de l'État, mais sans jamais véritablement remettre en cause le principe de la distinction entre un domaine public et un domaine privé (A).

Cela étant, le droit de la domanialité est entré depuis la fin des années 80 dans une période de profonde mutation. En effet, si l'histoire classique du domaine public est celle d'un développement permanent destiné à

accompagner les besoins de satisfaction d'un intérêt général extensif, la logique de ces trente dernières années tient dans la recherche de sa contention voire de sa restriction, à raison des contraintes de gestion que son régime fait peser sur son propriétaire. Le régime juridique du domaine public élaboré dans une approche exclusive de protection du patrimoine inclut désormais une logique dominante de valorisation de ce même patrimoine (B).

## **A. Pertinence de la distinction domaine public/domaine privé**

La distinction établie entre le domaine public et le domaine privé apparaît pertinente parce qu'elle est pédagogique et renvoie à une réalité juridique : le domaine public est soumis par principe à un régime juridique de droit public organisé autour du principe d'inaliénabilité et d'une prédominance de l'intérêt général justifiant des mécanismes exorbitant du droit privé, les contentieux le concernant relèvent du juge administratif. A contrario, le domaine privé est soumis par principe à un régime juridique de droit privé et les différents y relatifs sont soumis à la compétence des juridictions judiciaires.

Cela étant, la réalité n'est pas si tranchée et en tout premier lieu on pourrait opposer à cette distinction d'apparence rigide le fait que tous les biens des personnes publiques sont par définition affectés à l'intérêt général qui est leur mission fondamentale ; en outre, d'une part les biens du domaine public n'échappent pas à une logique de rentabilité, d'autre part la gestion de biens du domaine privé peut être dominée par des considérations d'intérêt général (par exemple, la gestion des forêts domaniales). En outre, sur le plan juridique rares sont les biens soumis à un régime juridique purement privé ou purement public : l'échelle de la domanialité proposée par Duguit et reprise par J. M. Auby reflète plus que jamais la réalité des nuances subtiles de droit public et droit privé qui colorent aujourd'hui les régimes applicables aux biens des personnes publiques.

Dans son rapport de 1986 sur le droit des propriétés publiques, le Conseil d'État indiquait qu'il faut « *maintenir la ligne générale de droit positif actuel qui est celle d'une adaptation des règles aux différentes catégories de biens appartenant aux personnes morales de droit public* » ; s'il critique le droit positif pour son manque de lisibilité et son caractère parfois obsolète, à aucun moment il ne remet véritablement en cause la distinction entre domaine public et domaine privé. En somme, les biens publics s'organisent (et se déplacent potentiellement) le long d'une échelle de domanialité allant des biens appartenant au domaine public classique ou par détermination de la loi, soumis à un régime strict de droit public, jusqu'aux biens du domaine privé strictement soumis au droit privé, en passant par des biens intermédiaires disposant de régimes juridiques adaptés à leurs besoins de protection ou de souplesse de

gestion. Cette présentation reflète la position adoptée par le CGPPP qui tout en organisant des régimes juridiques hybrides pour certains biens, amenant à relativiser la *summa divisio* des biens publics, ne la renie pas pour autant.

Quand on a dit cela, reste encore bien entendu à déterminer les objectifs sous-jacents à la distinction pérenne entre domaine public et domaine privé.

## **B. Objectifs de la distinction domaine public/domaine privé**

Historiquement, l'existence même de la distinction domaine public/domaine privé repose sur une recherche de conservation de biens qualifiés d'essentiels à l'utilité publique, permise par la soumission à un régime juridique assurant une protection du bien à la fois contre les tiers et contre son propriétaire. L'époque contemporaine conserve cette distinction mais déplace la ligne de partage domaine public/domaine privé et réduit les points de divergence entre ces deux catégories en atténuant le particularisme du régime de la domanialité publique.

Ainsi, traduisant la prise en considération du fait que la protection offerte aux biens du domaine public par leur régime de droit public peut constituer une prison dorée contraignant le propriétaire public au-delà de ce qu'exige la protection de certains de ces biens et mettant en péril leur nécessaire valorisation, le CGPPP consacre des modifications importantes apportées par le législateur au régime classique de la domanialité publique et en introduit de nouvelles (par exemple : la légalité sous condition d'un déclassement anticipé d'un bien du domaine public – cf. fiche n° 6 –, l'admission sous conditions de servitudes conventionnelles sur le domaine public – cf. fiche n° 11 – ou encore l'élargissement des possibilités de constituer des droits réels sur le domaine public – cf. fiche n° 15).

La question est alors de savoir jusqu'à quel point va s'étendre ce mouvement progressif de dénaturation du régime spécifique aux biens du domaine public, comment seront effectivement conciliés le souci de protection des biens affectés et la nécessité de leur valorisation (étant entendu que celle-ci peut être indispensable à celle-là, une gestion valorisée du bien étant une condition de sa protection efficace). Sur ce point, le CGPPP adopte une double stratégie qui consiste à agir à la fois sur l'étendue du domaine public et sur la substance de son régime juridique : la domanialité publique devient moins exigeante dans son contenu, tandis que la consistance du domaine public tend à se réduire, sous le contrôle du juge.

## ATTENTION

Il ne faut pas confondre la domanialité publique, régime juridique exorbitant du droit commun applicable à certains biens en raison de leur affectation, avec le domaine public, qui désigne des biens qui sont affectés à une utilité publique et appartiennent à une personne publique, de sorte qu'ils sont d'autant plus soumis à un régime exorbitant du droit commun. Ainsi, un bien peut être soumis au régime de la domanialité publique (on parle également de régime de substitution, cf. fiche n°3) sans être compris dans le domaine public d'une personne publique.

## À RETENIR

La prise en considération de l'usage spécifique de certains biens publics, patrimoines destinés à l'usage de tous, a conduit dès l'ancien régime à établir une distinction entre deux types de biens, « biens de la Couronne » et biens propres du souverain, les premiers étant soumis à un régime exorbitant du droit commun contraignant les tiers mais aussi leur propriétaire afin d'assurer leur conservation. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la distinction s'établit désormais au sein du patrimoine public entre un domaine public soumis au droit public à raison de son affectation d'utilité publique et un domaine privé largement dominé par l'application du droit privé. Cette répartition, si relative soit-elle désormais en raison de multiples aménagements des régimes juridiques applicables, est pérennisée dans le CGPPP qui entérine la spécificité des biens spécialement affectés à une utilité publique devant à ce titre à la fois bénéficier et se plier à un régime exorbitant du droit commun.

