

L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public : une reformulation a-propiétariste

The Allocation of Real Rights to Users of Public Space: setting ownership aside

Jean Grosdidier



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/add/821>

DOI : 10.4000/add.821

ISSN : 2606-1988

Éditeur

Presses universitaires de Rouen et du Havre

Édition imprimée

Date de publication : 1 avril 2015

Pagination : 111-136

ISSN : 1955-0855

Référence électronique

Jean Grosdidier, « L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public : une reformulation a-propiétariste », *Les Annales de droit* [En ligne], 7 | 2013, mis en ligne le 03 mai 2018, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/add/821> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/add.821>

L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public : une reformulation a-propiétariste

Jean GROSIDIER

Dans une note sous l'arrêt *Mure* rendu le 7 février 1913 par le Conseil d'État, Maurice Hauriou signalait déjà les « hypothèses variées, révélées par la pratique, [qui] faisaient ressortir l'intérêt qu'il y aurait à leur reconnaître [aux compagnies concessionnaires, collaboratrices de l'Administration], sur l'objet de la concession, un droit réel spécial¹ [...] »

Un siècle après Maurice Hauriou, la reconnaissance de droits réels est toujours vue comme l'instrument privilégié d'une stabilité garantie dans l'utilisation du domaine public, mais aussi d'un meilleur financement des installations réalisées par les occupants privés sur ce domaine public – la protection de l'occupant rejoignant la rentabilité de son occupation². Cependant, la doctrine a longtemps avancé que le principe d'inaliénabilité emportait l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public au profit de ses occupants privés³. Cette interdiction est en effet conceptuellement nécessaire si les droits réels sont vus comme un démembrement du droit de propriété⁴. En ce sens, les droits réels sont des droits portant sur des choses (du latin *res*). Ils s'opposent au sein de la classe des droits patrimoniaux aux droits personnels en ce qu'ils relient non pas un créancier et un débiteur mais

1. Maurice Hauriou, *La Jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, d'après les « Notes d'arrêts » du recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, t. III, p. 281 et suiv.

2. Les références citées par la suite sont toujours en ce sens.

3. Voir les références données par Philippe Yolka, *La Propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, p. 342, n 3.

4. Un démembrement du droit de propriété s'entendant comme un acte de disposition, voir la démonstration de Benoît Plessix, *L'Utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 568 et suiv.

un titulaire et un objet⁵. D'un point de vue procédural, le droit réel est un pouvoir sur la chose s'exerçant directement sans la médiation d'un débiteur désigné. Ce droit portant sur un objet se trouve opposable à tous. Les droits réels peuvent néanmoins se distinguer du droit de propriété, en tant qu'ils supposent la propriété d'autrui. Le droit réel est alors un droit direct sur la propriété d'autrui, sans médiation du propriétaire pour son exercice. Les droits réels, en tant qu'ils portent sur la chose, se transmettent aussi avec celle-ci à travers les changements de titulaires. La doctrine privatiste distingue encore droits réels principaux et droits réels accessoires, qui sont des garanties dont peuvent bénéficier les créanciers du propriétaire⁶. Les présentations classiques des droits réels par la doctrine administrativiste – de René Chapus⁷ ou de Jean Dufau⁸ notamment – comme étant de la nature du droit de propriété s'inscrivent alors en substance dans cette conception civiliste du droit réel, et démembrer son droit de propriété revient nécessairement à aliéner cette propriété.

Face à cette interdiction de conférer des droits réels aux occupants du domaine public, le législateur a créé des titres d'occupation particuliers, qui sont venus s'ajouter aux titres déjà existants. L'autorisation occupation temporaire (AOT), les différents baux emphytéotiques administratifs (BEA), ou les contrats de partenariat se sont progressivement complexifiés. Des régimes très différents leur sont corrélativement applicables⁹. C'est donc un constat souvent partagé : les règles relatives aux droits réels sur le domaine public sont incohérentes¹⁰. Leur dispersion se disputant leur insuffisance, une part non négligeable de la doctrine appelle à une réécriture législative. Mais s'il n'est guère douteux que la vision d'ensemble ne fût pas l'élément prépondérant de cette œuvre

5. Sur la théorie juridique des droits réels, voir Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les Biens*, Paris, PUF, 2008, n° 311 et suiv.

6. *Ibid.*, n° 297.

7. René Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 1996, t. II, p. 383.

8. Jean Dufau, *Le Domaine public*, Paris, Le Moniteur, 2001, p. 216 et suiv.

9. Sur ce point, ainsi que le soulignent François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, le Code « réalise, pour une large part, une codification non seulement à droit constant, mais aussi à problèmes constants » (« Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », *Revue française de droit administrative (RFDA)*, 2006, p. 935, spécialement p. 950, n° 56).

10. Pierre Delvolvé, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine public : l'incohérence », *Revue de droit immobilier*, 2010, p. 584 ; François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, art. cité, p. 935.

normative¹¹, l'incohérence comme figure rhétorique n'est pas dénuée de considérations prescriptives. Dans ce cas comme dans d'autres¹², la doctrine justifie son discours par la nécessité pratique pour la sécurité juridique d'une systématisation claire et opératoire du droit. Or cette justification du discours doctrinal est d'autant plus forte qu'une mise en cohérence du droit applicable à cet occupant rejoint le souci de sa protection qui présidait à la création de ces droits réels. Autrement dit, le législateur veut protéger l'occupant domanial (la sécurité juridique comme justification pratique de premier rang). Or un discours clair et cohérent est nécessaire à l'application efficace de la loi (la sécurité juridique comme justification de second rang). Donc la protection de l'occupant privatif (sa sécurité juridique) rend nécessaire un cadre juridique clair et cohérent. L'argument de la sécurité juridique rapporte ainsi le travail de la doctrine à celui du législateur. La doctrine se justifie elle-même suivant cette même valeur de sécurité juridique qui présiderait à la reconnaissance de ces droits réels. Critique à l'égard de la loi, elle ne le serait alors finalement plus vraiment en poursuivant ce que le législateur aurait mal achevé. Relever l'incohérence du cadre juridique des droits réels sur le domaine public lui permet ainsi de masquer ses prescriptions puisqu'elle resterait bien cantonnée dans le rôle qui lui est dévolu, celui de la clarification du droit.

Mais la cohérence du discours doctrinal n'est elle-même pas évidente. Sur ces droits réels en effet, logique domaniale et logique propriétaire s'affrontent à travers les prises de position des auteurs soucieux de les ordonner – subordonner ? – l'une à l'autre¹³. D'un côté, la doctrine promeut un assouplissement des conditions d'occupation privative des biens du domaine public en faisant bénéficier l'occupant des facilités essentielles à leur utilisation. De l'autre, elle prend soin de ne pas occulter ce qui est présenté comme la nécessaire protection du domaine public¹⁴.

11. Ainsi que le montre la loi du 5 février 1988 introduite par le député de la circonscription témoin des circonstances de l'arrêt *Eurolat* et le mouvement désordonné de lois spéciales votées par la suite.

12. Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La Doctrine*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2004.

13. Seraient ainsi représentatifs de la prévalence d'une logique domaniale Jean Dufau (voir notamment « Propriété publique et domanialité publique », *Actualité juridique, droit administratif* (AJDA), 2012, p. 1381) ou Jean-Bernard Auby (voir par exemple « Propriété et gestion domaniale », *Droit administratif*, n° 7, juillet 2007, repère 7). Au contraire, Philippe Yolka (*op. cit.*) mettraient plus en valeur une logique propriétaire distincte.

14. Voir Sophie Nicinski, « Les logiques du CG3P : de la pluralité au risque de contradiction », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 37, juillet 2008, p. 45.

En arrière-plan, se pose encore la question lancinante de l'importation des notions du droit civil en droit administratif¹⁵. Un premier courant succombe à l'irréductibilité des univers de référence dans une guerre des dieux sans vainqueur ni vaincu, où prévalait surtout l'impossibilité logique de la compatibilité des droits réels et du domaine public¹⁶. D'autres auteurs¹⁷ essayent de justifier d'une administrativisation de la notion même de droits réels. Une conciliation serait finalement permise en distinguant deux niveaux, un premier conceptuel pour la propriété, et un second fonctionnel pour le domaine public¹⁸. Or il semblerait que cette analyse ne permette pas une explication optimale du phénomène concomitant d'émergence législative des droits réels. Dans cette théorie, une conciliation est en effet donnée de facto par l'application d'un régime fonctionnel de domanialité publique (l'inaliénabilité étant aussi une notion fonctionnelle) sur un régime distinct, car formel de la propriété (notion conceptuelle¹⁹). La loi n'est donc pas juridiquement nécessaire, le juge du Palais-Royal aurait pu de lui-même admettre la conformité des droits réels sur le domaine public. Cette conciliation théorique crée donc un brouillage sur le mécanisme des droits réels – nature, objet et fonction – ainsi que sur leur attribution – nécessaire, conditionnée ou discrétionnaire ? De plus, la distance entre la théorie et le mécanisme législatif permet d'introduire l'idée d'une reconnaissance imparfaite des droits réels sur le domaine public. La loi n'est plus que le médium d'une consécration en trompe l'œil des « véritables » droits réels. Portant alors ses critiques sur le mécanisme législatif, le statut épistémique de cette analyse s'en trouve brouillé²⁰.

Il est cependant possible d'inverser les positions. Ce n'est pas la loi qui trahit la théorie mais la théorie qui déforme la loi et son explication. L'analogie avec l'interprétation d'une œuvre d'art est éclairante. Prenons Allan McCollum qui est devenu célèbre en substituant des céramiques sur plâtre à de véritables tableaux ; ses *Plaster Surrogates*²¹ imitant de

15. Voir Benoît Plessix (*op. cit.*)

16. André de Laubadère soutient ainsi la thèse d'une dénaturation des droits réels dans son *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1963, t. II, 3^e éd., p. 163.

17. Maurice Hauriou, Achille Mestre...

18. Voir Philippe Yolka (*op. cit.*), spécialement la conclusion.

19. Sur ces notions, voir les écrits classiques de Georges Vedel et spécialement « Les bases constitutionnelles du Droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État (EDCE)*, n° 8, 1954, p. 2.

20. Se reporter à nos développements précédents sur le topos de l'incohérence en doctrine. Cette conciliation est-elle alors réellement descriptive du droit positif ou le droit positif non compatible avec la cohérence du système devrait-il s'incliner ?

21. Réalisée en 1985, une de ces œuvres est exposée au centre Pompidou.

manière minimaliste et générique le cadre et la Marie-Louise de la toile de maître classique décalent l'objet (le tableau) et sa signification artistique (l'imitation).

Tout comme l'amateur d'art avec ces substituts, le juriste ne doit pas se prendre à l'illusion des droits réels utilisés pour le domaine public. Si le mécanisme législatif des droits réels de l'occupant du domaine public est un produit de l'imitation des mécanismes du droit privé (c'est-à-dire les droits réels du Code civil), alors les cadres d'analyse du modèle ne peuvent plus servir d'outils de compréhension de l'imitation sans la trahir²². Pour saisir les droits réels sur le domaine public (c'est-à-dire l'imitation), les cadres d'analyse issus du droit privé (c'est-à-dire le modèle) sont donc inadaptés. Le juriste doit se saisir de cette incongruité et proposer une analyse prenant directement en compte ce déplacement du sens pour reconstruire une interprétation plus adaptée. Dans cette démarche, il pourra s'appuyer sur des référents extérieurs à l'interprétation pour ainsi la juger²³. Sans nier la relativité contextuelle d'un tel jugement²⁴, les référents fixés dans la perspective d'une pragmatique du droit demanderont à une interprétation d'être la moins prescriptive possible et la plus efficace d'un point de vue pratique.

En restreignant volontairement le propos aux dispositifs législatifs²⁵, le cadre théorique et conceptuel qui préside à la présentation de ces droits réels devra donc être analysé. Il s'agira d'abord de déconnecter l'analyse de ces droits réels législatifs de la notion de propriété. À partir de l'idée simple – voire simpliste – que les droits réels attribués aux occupants du domaine public ne sont constitués que par des titres, une reformulation a-propiétariste permet ensuite de clarifier leurs conditions d'attribution

22. L'art fait justement émerger cette distance entre l'objet représenté et sa représentation. Voir par exemple John Dewey, *Art as experience*, New York, Berkley Publishing Group, 1934, spécialement le chap. v « The Expressive Object ». Les *Plaster Surrogates* apparaissent alors comme une mise en abîme d'une esthétique du tableau se situant dans son expérience.

23. La distinction entre le discours du droit et un métadiscours sur le droit est ici centrale, voir Michel Troper, *La Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2008, p. 26 et suiv.

24. D'autres référents sont en effet possibles, leur choix dépend en effet fortement d'une conception du droit et de sa connaissance. L'objet de notre étude nous incite cependant au choix prudent de cette pragmatique consistant à juger l'interprétation à son utilité pour le juriste praticien. Sur le pragmatisme, voir William James, *Pragmatism: a New Name for some Old Ways of Thinking*, New York, Longmans, Green, and Co., 1907 ; Jean-Pierre Cometti, *Qu'est-ce que le pragmatisme ?*, Paris, Gallimard, « Folio Essais », 2010.

25. Ce sont d'ailleurs quasi-exclusivement ces derniers qui font l'objet de toute l'attention doctrinale. D'autre part, la jurisprudence – y compris sur ces dispositifs législatifs – reste pour le moins encore très parsemée.

et leur régime. Selon une présentation normativiste où l'existence d'un titre implique la faculté de l'édicter²⁶, l'auteur du titre attributif de droits réels se trouve déjà enserré dans un réseau d'habilitations plus larges (les compétences des personnes publiques). En élargissant ainsi l'horizon d'analyse de l'attribution des droits réels, ces habilitations n'auront pas toujours de lien avec le domaine public ou la propriété publique. Il est alors possible de poursuivre cette prise de distance, tant avec la propriété, qu'avec le domaine public, à travers l'imputation des droits réels sur le titre. Cette imputation permet de reformuler la question de leur conformité avec les principes de la domanialité publique. Finalement, seule l'occupation doit être compatible avec l'affectation. Sans fondement propriétaire, le régime de ces droits réels émerge plus clairement. Ayant pour but de permettre ce qui est financièrement nécessaire à l'occupation effective, l'attribution de droits réels et les opérations postérieures éventuellement effectuées sur leur fondement sera seulement limitée par l'occupation. Libérés de l'essentialisme des notions, ces droits réels apparaissent cantonnés à un mode de valorisation de l'occupation du domaine public. À chercher à leur faire dire autre chose, on en perd leur signification...

1. L'attribution de droits réels : un jeu des habilitations

L'évolution du droit applicable aux droits réels conférés lors d'une autorisation d'occupation du domaine public ne permet pas une présentation immédiatement ordonnée. Loin de se contenter de souligner ce point, il est cependant possible de partir de la schématisation normative de cette évolution afin de l'interpréter à partir du concept de « norme d'habilitation ». Les solutions différentes adoptées pour le domaine public de l'État et pour celui des collectivités territoriales s'inscrivent d'ailleurs dans un réseau plus large d'habilitations, sans lien nécessaire avec la propriété ou le domaine public.

1.1. L'habilitation : un modèle d'interprétation pour l'attribution des droits réels

L'attribution de droits réels a fait l'objet d'une importante évolution passant de l'interdiction à des autorisations tenant de l'impressionnisme

26. Voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* [1960], Charles Eisenmann (trad.), Paris, Dalloz, 1962 ; et *Théorie générale des normes* [1979], Olivier Beaud (trad.), Paris, PUF, 1996.

juridique. Ce mouvement peut être schématiquement interprété à travers le concept de « norme d'habilitation ».

1.1.1. L'inaliénabilité du domaine public

vue comme interdisant la constitution de droits réels

La constitution de droits réels sur le domaine public a longtemps été présentée comme interdite par le principe d'inaliénabilité du domaine public. Les démonstrations classiques de René Chapus ou Jean Dufau sur ce point n'y sont pas étrangères. Ainsi le droit réel assimilé au droit de propriété, puisqu'étant de même nature, vient se heurter de front avec le principe d'inaliénabilité voulant que les personnes publiques ne puissent être privées de leur propriété sur les dépendances du domaine public. Une telle présentation était en outre soutenue par une interprétation de l'arrêt du Conseil d'État *Association Eurolat et Crédit foncier de France* rendu aux conclusions de Bruno Genevois le 6 mai 1985 considérant que sont incompatibles « avec les principes de la domanialité publiques » des clauses de conventions qui comportent l'attribution, par un bail emphytéotique, de droits réels sur le domaine public. Conséquence logique et nécessaire de l'inaliénabilité : seule la loi pouvait écarter cette interdiction.

1.1.2. La reconnaissance éclectique de droits réels sur le domaine public

À la suite de l'arrêt *Eurolat* où la doctrine avait vu un principe à valeur législative d'interdiction de la constitution de droits réels sur le domaine public²⁷, le législateur est venu consacrer au cas par cas la possibilité de ces derniers. C'est ainsi qu'a été créé le bail emphytéotique (dit par la suite « administratif ») par la loi du 5 janvier 1988²⁸ au profit des collectivités territoriales. Ce texte affirmait d'ailleurs l'inaliénabilité du domaine public et ajoutait que son occupation ne confère aucun droit réel (disposition depuis abrogée). Puis la loi du 25 juillet 1994²⁹ permet expressément la constitution de droits réels sur le domaine public de l'État via le mécanisme connu des AOT. Ensuite, l'ordonnance du 17 juin

27. Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, 2007, p. 259, n° 501.

28. Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, *Journal officiel de la République française (JORF)*, 6 janvier 1988, p. 208.

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

2004³⁰ crée également un mécanisme de droits réels sur le domaine public au profit du partenaire privé. Sans pour autant être exhaustif, il faut encore citer le Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) du 21 avril 2006³¹ qui codifie à droit quasi-constant toutes ces solutions permettant constitution de droits réels sur le domaine public, ainsi que la loi du 23 juillet 2010³² relative aux BEA de valorisation sur le domaine public de l'État. Cet inventaire partiel rend compte du mouvement particulièrement désordonné de la loi venant permettre la constitution de droits réels au profit de l'occupant privatif du domaine public.

1.1.3. La possibilité de conférer des droits réels : une faculté juridique complexe

Afin de mettre de l'ordre dans ce désordre, il est opportun de raisonner de façon simple sur l'opération d'attribution des droits réels. En mettant – temporairement – de côté les questions du fondement et de la consistance des droits réels³³, la possibilité d'attribution de droits réels à l'occupant privatif du domaine public s'analyse comme une faculté de réaliser un acte juridique. Cette faculté est le résultat d'une « norme d'habilitation³⁴ ». Autrement dit, alors que l'attribution de droits réels à l'occupant privatif du domaine public était (généralement³⁵) interdite, si cette faculté est reconnue (plus généralement), c'est la conséquence d'une « norme d'habilitation » (plus générale).

L'introduction de ce concept de « norme d'habilitation » comporte deux avantages.

Elle permet d'abord de mettre à distance les préconceptions du juriste formé au droit civil qui surgissent inmanquablement à la reconnaissance du vocable « droits réels ». Avec le terme « générique » de « norme

30. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *JORF*, 19 juin 2004, p. 10994.

31. Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du CG3P, *JORF*, 22 avril 2006, p. 6024.

32. Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, *JORF*, 24 juillet 2010, p. 13650.

33. Étudiées dans la deuxième partie de cet article, il leur est fait grief de contribuer à la complexification de ce régime en doctrine.

34. Guillaume Tusseau, *Les Normes d'habilitation*, Michel Troper (préf.), Paris, Dalloz, 2006.

35. Des cas (rares et controversés) d'attribution de droits réels ont en effet été reconnus en doctrine avant les lois précitées. Voir par exemple Pierre Delvolvé, « L'utilisation privative des biens publics », *RFDA*, 2009, p. 229 et suiv.

d'habilitation », on peut ainsi se prémunir de la tentation de faire de la notion de propriété (qu'elle soit publique ou non) le fondement de ces droits réels³⁶.

Le deuxième avantage de l'introduction de cette notion consiste dans la possibilité de se garder d'une simplification abusive de l'opération d'attribution des droits réels. À la différence de la notion de propriété (consistant à dire par exemple : « Si X est propriétaire, alors X a le pouvoir d'attribuer des droits réels »), on peut distinguer³⁷ les différentes composantes de cette « norme d'habilitation » pour expliquer cette faculté³⁸. La faculté d'attribution de droits réels se précise alors selon des conditions tenant à l'acteur habilité, à l'action par laquelle l'acteur produit la norme, et au champ de l'autorisation (type de signification normative – interdiction, permission, prescription – dont la production est autorisée et champ d'application de l'habilitation). Ce champ d'application est déterminé par des critères spatio-temporels, matériels et/ou personnels. Le concept de « norme d'habilitation » dans cette dimension analytique permet ainsi de prendre en compte la complexité des normes encadrant la faculté d'accorder des droits réels.

Or l'appréhension de cette complexité est toujours sous-jacente au débat doctrinal sur la notion de droits réels³⁹. Les concepts de systématisation proposés (et souvent déclinés de la notion de propriété) n'empêchent pas que cette complexité resurgisse lors de l'étude approfondie du droit positif⁴⁰. Avec ce concept de « norme d'habilitation », l'idée n'est pas de faire une étude exhaustive du contenu de ces normes, mais d'interroger les fondements proposés par la doctrine pour expliquer ces droits réels. Pour tester ces « fondements » (ou « principes », les termes sont ici équivalents), on se propose de croiser les différents types de composantes de l'habilitation en les faisant interagir comme

36. Sur la question du fondement, se reporter à nos développements sous 2.1.

37. Suivant la démonstration de Guillaume Tusseau (*op. cit.*)

38. Le discours explicatif doit ici passer d'une proposition analytique (la faculté est le résultat d'une norme d'habilitation) à une (ou des) proposition(s) synthétique(s). Voir Willard Van Orman Quine, « Les deux dogmes de l'empirisme » [1951], dans Pierre Jacob (dir.), *De Vienne à Cambridge*, Paris, Gallimard, 1996, p. 93 et suiv.

39. Voir l'introduction à ce propos.

40. Pour une déclinaison du thème de la complexité, voir, par exemple, Marion Ubaid-Bergeron, « La notion de droit réel en droit administratif », dans *Les Notions juridiques*, Paris, Economica, « Études juridiques, 31 », 2009, p. 85.

les variables d'une fonction⁴¹. On peut ainsi comparer les différentes modalités d'attribution des droits réels et questionner la liaison opérée entre ces conditions d'attribution (les principes qui président aux rapports entre deux normes d'habilitation données). Une telle comparaison des facultés d'attribution des droits réels permettra alors de faire droit à la complexité de ces mécanismes et de mobiliser des principes explicatifs mieux assurés.

La propriété (publique) est ainsi l'un de ces fondements les plus souvent mobilisés pour expliquer cette faculté. C'est un fondement expansionniste qui se heurte directement au fait que dans leurs facultés d'attribution de droits réels sur le domaine public, les autorités administratives ne sont pas soumises aux mêmes conditions suivant que leur acte est pris au nom de l'État ou au nom d'une collectivité territoriale. Faire de la propriété le principe de l'habilitation pose alors directement la question de l'égalité des propriétés publiques. Or un tel problème s'évanouit avec une analyse (permise par la notion d'habilitation) fondée sur les compétences des personnes publiques.

1.2. Les compétences des personnes publiques et l'habilitation

Le CG3P du 21 avril 2006 permet la constitution de droits réels pour l'occupant domanial mais de manière inégale suivant qu'il s'agisse du domaine public de l'État ou de celui des collectivités territoriales. Considérant cette distinction non justifiée⁴², on a pu appeler à une unification de la possibilité de conférer des droits réels sur le domaine public. L'idée ici sous-jacente est que tout propriétaire peut conférer des droits réels. Si on constate une restriction dans cette possibilité, alors on restreint le droit de propriété, et ce y compris lorsque cette propriété est soumise au régime du domaine public. Selon cette présentation en effet, puisque l'affectation est la mesure de l'inaliénabilité, seule la nécessité de

41. Nous nous inspirons ici de la méthode des « variations concomitantes » du sociologue Émile Durkheim. Dans *Les Règles de la méthode sociologique* (1895) notamment, il propose de comparer des séries construites à partir de faits dûment sélectionnés afin de mettre à jour des corrélations. Analysant des normes, nous n'utiliserons pas le principe d'interprétation retenu par lui (causalité forte), mais celui d'imputation (voir Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 105 et suiv. ; et *Théorie générale des normes*, *op. cit.*) Plusieurs imputations pouvant être simultanées dans cette méthode, il faudra bien sûr alors l'affiner en utilisant d'autres outils d'interprétation.

42. Voir notamment Yves Gaudemet, *op. cit.*, p. 269, n° 518 ; et Pierre Delvolvé, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine public... », art. cité, p. 584 et suiv.

la compatibilité avec l'affectation peut faire obstacle à l'attribution des droits réels⁴³. Tout autre critère porte alors nécessairement atteinte au droit de propriété.

On peut cependant douter que la propriété publique soit véritablement en cause dans cette distinction. Puisqu'il s'agit toutefois de l'attribution de droits réels à l'occupant du domaine public, il faudra d'abord vérifier que la distinction ne puisse s'expliquer par des différences d'affectation des domaines publics.

1.2.1. L'affectation, absente du critère de distinction entre personnes publiques

Concernant les AOT, les collectivités territoriales sont soumises à une solution de principe « inverse de celle qui vaut pour l'État mais qui rejoint l'exception qui est prévue pour lui⁴⁴ ». L'article L 2122-20-2 du CG3P renvoie aux articles L 1311-5 à L 1311-8 du CGCT. Il est ainsi prévu que l'AOT puisse conférer de manière expresse des droits réels, mais cette possibilité est en outre restreinte à des activités ayant en vue « l'accomplissement, pour le compte de la collectivité qui l'accorde, d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ».

Alors que l'État n'est pas directement restreint (puisque'il peut conférer des droits réels à des occupants poursuivant une activité privée), les collectivités territoriales ne peuvent attribuer de droits réels que pour les seules activités de service public ou d'intérêt général relevant de la compétence de la personne publique en question. La loi pose ici un critère personnel afin de définir la faculté des collectivités territoriales (les acteurs ayant tel type d'activité). L'activité du titulaire de l'autorisation est donc le critère de distinction dans cette possibilité d'attribution de droits réels pour les collectivités territoriales.

Cependant le critère de l'activité n'est pas mis en relation avec l'affectation du domaine, mais avec le service public ou la compétence de la personne publique en question. Le critère de l'activité autorisée s'ajoute à celui de la compatibilité avec l'affectation. Ils sont indépendants, puisqu'une occupation peut être compatible sans pour autant que l'activité dont elle est le support soit d'intérêt général (activité privée), et une

43. Yves Gaudemet indique ainsi que « la reconnaissance de droits réels, dès lors que compatible avec l'affectation, n'affecte en rien le principe d'inaliénabilité du domaine » (*op. cit.*)

44. Pierre Delvolvé, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine public... », art. cité, p. 584 et suiv.

occupation pourrait être incompatible tout en pouvant être le support d'une activité d'intérêt général.

Le raisonnement peut a fortiori être étendu aux BEA. L'article L 1311-2 du CGCT prévoit en effet que l'affectation peut notamment résulter directement du bail⁴⁵. Pour que cette disposition soit opératoire, il est nécessaire que le critère d'attribution des droits réels ne soit pas impliqué par l'affectation. Selon ces dispositions, pour que le même critère (l'activité) puisse commander à la fois l'affectation et l'attribution des droits réels, il faut nécessairement que (dans ce cas au moins) l'affectation ne conditionne pas l'activité. Sinon, l'activité étant toujours compatible avec l'affectation (puisqu'elle résulte du bail autorisant l'activité), l'attribution de droits réels ne serait plus limitée, et la distinction dénoncée disparaîtrait.

Le critère de distinction des facultés d'attribution des droits réels à l'occupant du domaine public des collectivités territoriales ne saurait donc résulter de l'affectation. L'affectation est ainsi une exigence indépendante (mais non exclusive) du critère de l'activité retenu par la loi⁴⁶. Elle n'explique pas la distinction entre les facultés de l'État et des collectivités territoriales. Leur droit de propriété est-il pour autant concerné ?

1.2.2. Des composantes de l'habilitation sans lien avec la propriété

Sans lien nécessaire avec l'affectation du domaine public, la restriction de la faculté de conférer des droits réels ne saurait non plus s'expliquer par une limitation du droit de propriété des collectivités territoriales relativement à celui de l'État. Présentée ainsi, la remarque est surtout tautologique. La restriction du droit de propriété est réciproquement déduite de la limitation de la faculté de conférer des droits réels. Dans ce raisonnement en effet, la cause sert de conséquence et inversement.

On peut cependant sortir de la tentation de l'auto-fondation avec un critère non déduit des droits réels. Par exemple, et de manière

45. Cet article dispose : « Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie. »

46. Sur les rapports entre la norme d'affectation et les droits réels, se reporter à nos développements sous 2.2.

schématique, le fondement de cette différence de traitement entre personnes publiques s'inscrirait dans la décentralisation. Un état du droit positif (l'organisation au niveau central des compétences de certaines personnes publiques) serait donc souligné par ces dispositions du droit administratif des biens : les collectivités territoriales n'ont pas les mêmes compétences juridiques que l'État (aussi) en ce qui concerne la délivrance de titres d'occupation privative du domaine public constitutifs de droits réels. Le professeur Delvolvé y fait d'ailleurs allusion en reconnaissant que l'« on peut voir la volonté du législateur d'obliger les collectivités territoriales à prendre conscience de l'étendue du droit accordé à l'occupant⁴⁷ ». Cette faculté d'attribuer des droits réels est ainsi limitée en ce qui concerne les collectivités territoriales par un principe d'organisation de leurs compétences. Le régime des droits réels n'est pas concerné par la restriction⁴⁸, montrant ainsi l'absence de fondement en droit des biens.

Ainsi, les rapports entre normes d'habilitations pour l'État et les collectivités territoriales ne sont pas fondés sur le principe de propriété, mais pourraient l'être sur celui de la compétence de la personne publique. L'autorité attributive de droits réels s'inscrit dans le domaine d'action attribué à la personne publique au nom de laquelle l'acte est pris. L'État n'étant pas limité dans ses compétences, il n'est donc pas besoin de faire référence à celles-ci (une telle référence n'ayant aucune signification normative⁴⁹). La loi pose ainsi aux collectivités territoriales une limite à laquelle l'État ne pourrait pas être obligé⁵⁰.

47. Pierre Delvolvé, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine public... », art. cité, p. 584 et suiv.

48. Il est par ailleurs aisé de vérifier, comme le font François Llorens et Pierre Soler-Couteaux (art. cité, p. 935 et suiv., spécialement p. 937, n° 6), que « les autorisations d'occupation temporaire (qui peuvent être aussi bien contractuelles qu'unilatérales) obéissent ainsi désormais au même régime sur le domaine public de l'État et sur celui des collectivités territoriales en ce qui concerne les droits conférés à l'occupant, la durée de l'autorisation, les conditions de cession du titre d'occupation, les droits qui lui sont attachés, les modalités et conséquences de son expiration, ou encore la possibilité de recourir à l'hypothèque ».

49. Puisque toute activité relève de ses compétences, celles-ci ne sauraient constituer une limite.

50. Ainsi, pour le caractère exprès de l'attribution, l'État est soumis à la même contrainte que les collectivités territoriales sur le seul fondement du service public, notion distincte d'un domaine de compétence illimité. Voir l'article L 2122-10 du CG3P : « Lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public, les dispositions de l'article L 2122-6 ne leur sont applicables que sur décision de l'État. »

L'étude critique des facultés d'attribution des droits réels pour les collectivités territoriales relativement à l'État éclaire déjà en partie le jeu des différentes composantes de la norme d'habilitation envisagée précédemment. Sur cette question, la composante de l'auteur de l'acte se combine avec le champ d'application de sa faculté. À travers le critère de l'activité autorisée, ce dernier est défini par la compétence de la personne morale au nom de laquelle l'acte en question est édicté. Ainsi pour les collectivités territoriales, qui disposent de compétences en vertu de la loi, la faculté de délivrer des autorisations constitutives de droits réels devra se rapporter à ces compétences⁵¹. Ce critère d'attribution portant directement sur les titres attributifs de droits réels et non sur le droit de propriété (une limitation de celui-ci n'en étant que le résultat), il y a bien des composantes de la norme d'habilitation qui ne dépendent pas du droit de propriété. Autrement dit, dans le régime d'attribution des droits réels, tout ne relève pas d'une faculté de démembrement.

Au-delà, c'est notamment ce fondement de la propriété impliquant la faculté de démembrement qui contribue à la complexité de l'analyse de ces mêmes droits réels.

2. Droits réels, propriété et domaine public : éviter les anamorphoses

Le prisme propriétaire déforme, à la manière d'un miroir courbe, l'attribution de droits réels à l'occupant du domaine public. Afin d'éviter cette première anamorphose, il faut clarifier ce qui attribue les droits réels, c'est-à-dire pour reprendre un concept du droit privé, la cause juridique des droits réels, ou pour préférer une terminologie plus normativiste, leur imputation. Après cette distance critique face à l'anamorphose propriétaire, le régime des droits réels doit cependant éviter de trop se réfléchir dans le domaine public, une vision strictement domaniale s'avérant tout aussi déformante. Ces droits réels existent plutôt selon une modalité bien délimitée, non pas par l'affectation de la dépendance occupée, mais par une valorisation de l'occupation du domaine public.

51. Cette liaison opérée entre la compétence de la personne publique et les droits réels au nom de laquelle ils sont attribués trouvera une justification supplémentaire avec la fonction des droits réels (se reporter à nos développements sous 2.2). Les facilités de financement des investissements de l'occupant sont limitées aux compétences de la personne publique. Autrement dit, une personne publique ne peut accorder des facilités de financement que pour les activités qui relèvent de ses compétences.

2.1. Le fondement juridique des droits réels : le titre

Le domaine public peut faire l'objet d'une grande diversité d'occupations privatives. Quelles qu'elles soient, le principe d'imprescriptibilité entraîne l'obligation d'une autorisation administrative pour cette occupation. Le bénéfice de droits réels pour l'occupant du domaine public découlera de ce titre d'occupation privative. L'imputation exclusive ainsi présentée permettra alors d'éclairer la nature de ce droit.

2.1.1. Principe et conditions d'imputation des droits réels sur le titre

L'arrêt *Couach* du Tribunal des conflits du 24 février 1992 rappelle que « du fait de l'imprescriptibilité et de l'inaliénabilité du domaine public, aucune possession utile ne peut être opposée à la libre disposition par l'autorité domaniale d'un élément de ce domaine. » Le principe d'imprescriptibilité du domaine public impose donc une autorisation administrative pour tout occupant privatif. Ainsi l'article L 2122-1 du CG3P dispose : « Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage reconnu à tous. »

Contribuant à la complexification de l'analyse des titres d'occupation du domaine public, les constructions ou ouvrages sont pourtant un aspect prépondérant de l'attribution de droits réels à l'occupant du domaine public. L'utilisation du domaine public par un occupant privatif sans emprise sur celui-ci ou permis de stationnement n'est en effet par interprétation *a contrario* pas attributive de droits réels⁵². Il est donc possible d'inférer que seuls certains titres pourront être attributifs de droits réels. Ces titres doivent permettre l'occupation avec emprise. Cela ressort notamment de l'alinéa 3 de l'article L 2122-6 du CG3P qui indique que la durée est fixée « en fonction de la nature des ouvrages autorisés ».

Puisque la constitution de droit réel est subordonnée à une emprise, il en résulte que les permis de stationnement ne sauraient attribuer de

52. Voir Étienne Fatôme, « Les autorisations d'occupation du domaine public : une réforme qui reste à faire », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 37, juillet 2008, p. 73, spécialement p. 74 ; insistant sur la nécessité d'opérations positives de constructions ou au minimum de « travaux réhabilitant, étendant ou modifiant de façon substantielle des constructions existantes ».

droits réels⁵³. On pourrait alors être tenté de déduire l'existence de ces derniers d'une occupation avec emprise.

Mais la loi permet également d'envisager l'hypothèse de l'occupation avec emprise sans droits réels. Il en va ainsi en cas de refus explicite de les conférer ou de l'absence de réalisation de la condition posée pour les collectivités territoriales. Pierre Delvolvé relève en ce sens que « l'octroi de ces droits réels est dans tous les cas conditionné par la délivrance d'un titre particulier ». Il ajoute que « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public dispose de droits réels du fait même de l'autorisation, mais celle-ci peut être assortie d'une prescription contraire⁵⁴ ».

Un retour à la théorie des droits réels administratifs (mêmes inopposables à l'administration et précaires) viendrait vider de sens, et l'article précité, et cette possibilité d'emprise sans droit réel. Par l'imputation au titre, il est en outre possible de se passer de cette théorie. Alors que le droit réel du droit civil est la cause juridique de l'occupation, il faut plutôt envisager un principe d'imputation des droits réels sur le titre, et les distinguer de l'occupation. Les droits réels ne se déduisent pas de l'occupation.

Cela se retrouve avec l'ordonnance du 21 avril 2006 qui étend aux collectivités territoriales la solution de l'AOT conférant des droits réels. La rédaction du premier alinéa de l'article L 1311-5-I du CGCT est ici intéressante puisqu'elle souligne, non sans redondance, que « le titulaire de ce titre possède un droit réel [...] » Il y a donc une relation d'appartenance entre le titulaire et le droit réel qui n'est possible que par la médiation du titre. C'est le titre qui fait « posséder » (*sic*) le droit réel à son titulaire. Autrement dit, les droits réels de l'occupant privatif du domaine public n'existent que si son titre le prévoit (même implicitement⁵⁵) et ceci sans déduction possible à partir de l'occupation. L'occupation prévoyant une emprise devient alors une simple condition nécessaire pour pouvoir attribuer des droits réels.

53. François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, art. cité, p. 935 et suiv., spécialement p. 945, n° 37 : « Les autorisations sans emprise du domaine public artificiel ne prévoyant pas la réalisation d'ouvrages, de constructions ou d'installations de caractère immobilier par l'occupant [sortent du champ d'application des dispositions légales relatives aux autorisations constitutives de droits réels], puisque le droit réel consacré par le Code ne porte que sur ces ouvrages, constructions et installations. »

54. Pierre Delvolvé, « L'utilisation privative des biens publics », art. cité, p. 229, spécialement p. 242.

55. Le décret d'application est même contradictoire car prévoyant mention expresse de la consistance et de la durée du droit réel. Voir article R. 2122-17 du CG3P.

Avec cette imputation des droits réels sur le titre, la propriété est-elle encore une condition nécessaire à l'attribution de droits réels ? Cette question transparaît directement dans le débat sur la nature des droits réels et donne ainsi l'occasion de s'en saisir.

2.1.2. Nature des droits réels

L'idée est commune. Les droits réels mentionnés par le CG3P sont des démembrements de la propriété publique. Ils sont toujours « de la nature du droit de propriété⁵⁶ ». Ce mouvement de consécration des droits réels est aussi présenté comme une « reconnaissance à l'occupant domanial des attributs du propriétaire ». Est alors reprise la théorie privatiste du droit de superficie : « Le droit réel reconnu par la loi à l'occupant domanial sur les équipements et installations qu'il réalise au titre de cette occupation autorisée constitue une transposition raisonnée et volontaire du droit de superficie du droit privé à l'hypothèse particulière d'une occupation du domaine public⁵⁷. » L'AOT organiserait concomitamment un « démembrement du droit de propriété entre le maître du domaine conservant la propriété du fond et l'occupant bénéficiant du droit d'en utiliser la superficie aux fins de construire et d'exercer son activité⁵⁸. » La superficie se comprendrait donc aussi avec la notion d'usufruit. Ici, les attributs de la propriété se distribueraient temporairement entre le propriétaire initial et « une sorte d'usufruitier à temps ».

Mais dans ce cas pourquoi l'occupation n'est-elle pas la conséquence du droit réel comme en droit privé ? Cette présentation de la nature du droit réel mentionné par le CG3P est contradictoire.

Or avec l'imputation des droits réels au titre, l'AOT n'est pas l'octroi d'un droit de superficie mais simplement une autorisation d'occupation avec emprise. Il n'y a donc plus ici de démembrement du droit de propriété, simplement une occupation sur une dépendance publique. Les droits réels permettent seulement à l'occupant d'être « propriétaire » des constructions réalisées sur la dépendance occupée⁵⁹. Il n'est donc plus besoin de parler de droit de superficie entendu par le droit civil comme étant de la nature du droit de propriété. Le droit de superficie n'est pas la cause de l'occupation mais simplement son effet. Le titre

56. Voir les références données en introduction.

57. Yves Gaudemet, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 2006, p. 1095.

58. François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, art. cité, p. 935 et suiv., spécialement p. 943, n° 27 reprenant la démonstration d'Yves Gaudemet.

59. François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, art. cité, p. 935 et suiv., spécialement p. 943, n° 27.

suffit aux effets du droit de superficie, il peut par exemple les moduler notamment en prévoyant à son échéance la destruction ou non des ouvrages⁶⁰.

La loi du 13 décembre 2010 relative au patrimoine immobilier universitaire achève de montrer la déconnexion entre propriété publique et attribution de droits réels. Les universités, auxquelles les biens appartenant à l'État sont seulement affectés, ont en effet compétence pour délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droits réels⁶¹. L'imputation sur le titre n'appréhende plus cette possibilité comme une exception, mais comme une modalité différente de constitution de droits réels. C'est donc le titre qui autorise l'occupation et qui peut, par ailleurs et sous certaines conditions, conférer des droits réels. La propriété n'est pas une condition suffisante de l'habilitation, mais elle n'en est même plus une condition nécessaire⁶². La « norme d'habilitation » envisagée est donc plus complexe qu'un démembrement du droit de propriété, elle ne s'y ramène pas et s'en écarte même souvent résolument. Comment dans ce cas envisager la consistance des droits réels ?

2.2. Des droits réels comme mode de valorisation

Les droits réels imputés sur le titre autorisant l'occupation peuvent alors juridiquement impliquer une indétermination de leur objet. La déduction à partir de la propriété n'étant plus d'aucun secours, c'est vers les textes qu'il faut se (re)tourner pour le saisir. Ce faisant, la condition de la compatibilité de l'occupation avec l'affectation devra rester circonscrite. En réorganisant la conciliation entre affectation et droits réels, ces droits réels apparaissent ne constituer qu'une modalité de financement de cette occupation.

2.2.1. Objet des droits réels

S'agissant de leur objet, il n'est pas toujours très clair de savoir si le droit réel porte sur la dépendance domaniale ou sur les ouvrages que l'occupant privatif est autorisé à y établir, ou si le droit réel conféré sur la dépendance

60. Voir article L 2122-9 du CG3P.

61. Corinne Manson, « La reconnaissance de droits réels sur le domaine public universitaire. Suites de la loi LRU », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales (JCP A)*, 2011, p. 2063.

62. À moins de présenter l'imputation des droits réels sur la propriété comme une nécessité « logique » et exclusive. Seule la dogmatique civiliste vient alors au soutien de cette idée (pourtant non nécessaire au domaine public).

domaniale permet à son bénéficiaire d'avoir un véritable droit de propriété sur les ouvrages qu'il construit⁶³.

Le débat théorique sur l'objet des droits réels est donc toujours brûlant. Néanmoins le principe d'imputation des droits réels sur le titre pourrait contribuer à une systématisation. Il faut alors distinguer entre les BEA et les AOT. Concernant ces dernières, le Code a apporté une nécessaire clarification, ne mentionnant de droits réels que sur les constructions et installations réalisées par l'occupant. Il n'y a donc plus lieu de distinguer un droit réel sur la dépendance occupée⁶⁴. Le Code reste par ailleurs « muet sur l'existence d'un droit de superficie ou d'occupation qui pourrait être valorisé séparément⁶⁵. » Il peut alors être relevé que « l'occupant privatif est titulaire d'un simple droit d'occupation de la dépendance concernée et que le droit réel dont il dispose ne porte que sur les ouvrages qu'il réalise⁶⁶. » Au soutien de cette conclusion, l'apport des droits réels ne joue que lorsque la construction est réalisée. La dite « valorisation indépendamment de la réalisation d'ouvrages⁶⁷ », en effet possible, l'est pour toute occupation privative du domaine public. Les prérogatives conférées au titre des droits réels ne joueront donc que sur les constructions⁶⁸.

Le mécanisme des BEA complexifie certes l'analyse. On distingue en effet deux objets pour les droits réels résultants des BEA, avec un droit réel portant sur la dépendance occupée. Compte-tenu du régime particulièrement dérogoire de ces types de baux emphytéotiques⁶⁹, il est possible de reprendre la conclusion avancée au sujet des AOT.

63. Pierre Delvolvé, « L'utilisation privative des biens publics », art. cité, p. 229, spécialement p. 243.

64. François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, art. cité, p. 935 et suiv., spécialement p. 942, n° 23.

65. *Ibid.*, n° 24 niant l'existence de droits réels sur la dépendance occupée.

66. *Ibid.*

67. Christine Maugüé et Gilles Bachelier, « Genèse et présentation du CG3P », *AJDA*, 2006, p. 1073.

68. Concernant la possible contradiction entre les articles L 2122-6 et L 2122-7 du CG3P, il pourrait être possible d'envisager que la fameuse disposition « Le droit réel conféré par le titre » ne fasse non pas référence à la superficie de la dépendance du domaine public occupé, mais aux « prérogatives et obligations du propriétaire » de l'article précédent. Cette disposition envisagerait alors le démembrement par l'occupant domanial du droit réel conféré par le titre, ou encore la constitution de sûretés autres que l'hypothèque (qui serait aussi et de manière cohérente soumise à approbation préalable). Ainsi résolue, cette contradiction ne saurait alors plus servir de justification à l'existence d'un droit réel sur la dépendance occupée.

69. La définition de l'affectation par l'activité autorisée en étant le cas le plus topique, se reporter à nos développements sous 1.2.

L'occupation est alors seulement médiatisée par le droit réel portant sur la dépendance. Au vu des conditions nécessaires pour conclure un BEA, l'analyse proposée ici au sujet des droits réels sur les constructions reste valable. La médiation du bail permet simplement de plus grandes opportunités pratiques en distinguant construction et occupation⁷⁰ dans l'usage des prérogatives conférées au titulaire du bail.

Les interprétations successives du principe d'inaliénabilité rappelé à l'article L 3111-1 du CG3P viennent alors expliquer la solution retenue au sujet de l'AOT alors que le BEA est une exception directe à celui-ci. L'emprise est dans tous les cas centrale. Alors que l'occupation sans emprise ne nécessite pas de facilités de financement, il en va différemment à partir du moment où l'intérêt de l'occupation est la construction sur la dépendance du domaine public. Au premier abord, les droits réels conférés par le titre d'autorisation de l'occupation privative sont prévus en tant que facilitant l'occupation. Mais leur conditionnement par l'affectation de la dépendance occupée est pour le moins problématique. Son analyse permettra alors de rendre décisive cette facilitation financière des constructions.

2.2.2. L'affectation : mesure de la compatibilité de la constitution de droits réels sur le domaine public ?

À la suite de Maurice Hauriou, Louis Rigaud avait déjà soutenu dans sa thèse l'idée que « le commerce administratif ne fonde des droits au profit des individus qu'en tant que ces droits sont compatibles avec cet intérêt public dont l'affectation des biens du domaine public constitue la représentation juridique et l'inaliénabilité la sauvegarde⁷¹. » Logiquement si l'affectation est la mesure de l'inaliénabilité, ainsi que le présentait René Capitant⁷², alors, le respect de l'affectation devrait permettre l'attribution de droits réels. Yves Gaudemet se fait sur ce point très explicite : « doivent être interdits au nom du principe d'inaliénabilité, non pas toute espèce de droits réels sur le domaine mais uniquement ceux qui, contrariant l'affectation, seraient réputés incompatibles avec celle-ci⁷³. »

Mais permettre l'attribution de droits réels aux occupants du domaine public sous réserve de compatibilité avec l'affectation laisse pour le moins indéterminée la question de leurs rapports réciproques. Deux

70. Ainsi par exemple pour l'hypothèque, l'article L 1311-3 du CGCT.

71. Louis Rigaud, *La Théorie des droits réels administratifs*, Paris, Sirey, 1914, p. 294.

72. René Capitant, note sur l'arrêt CE, 17 février 1933, *Commune de Barran, Recueil périodique Dalloz*, n° 3, 1933, p. 49 et suiv.

73. Yves Gaudemet, *op. cit.*, p. 197, n° 318, et p. 295, n° 500.

interprétations contradictoires sont en effet permises, et les deux sont successivement présentes dans la décision du Conseil constitutionnel du 21 juillet 1994 sur la loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. Une première interprétation subordonne ces droits à une occupation compatible avec l'affectation, l'autre fait prévaloir la compatibilité abstraite des droits réels avec le domaine public et partant avec l'affectation de la dépendance occupée. Le Conseil privilégie d'abord le premier terme de cette alternative puisque la disposition sur les AOT constitutives de droits réels « ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public doit être entendue comme excluant toute autorisation d'activités qui ne seraient pas compatibles avec l'affectation du domaine public concerné » (considérant 5). Puis le considérant 14 indique de manière très abstraite que « le principe selon eux [les députés saisissant] à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public » ne saurait contrevenir à la constitution des droits réels prévus par la loi puisqu'elle « n'a [pas] pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public. » Dans un troisième temps, la décision exige du législateur qu'il respecte :

[...] les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernant pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ; [dispositions qui] font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté.

L'affectation est-elle alors toujours la mesure de l'inaliénabilité ? Autrement dit, conditionne-t-elle directement la constitution et l'existence des droits réels ?

2.2.3. Stabilité de l'affectation et utilité des droits réels

Maurice Hauriou relevait en 1913, dans la note précitée :

Une analyse plus serrée du principe de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public faisait voir toute la relativité de ce principe. Fondé sur la destination de la chose, devant servir à protéger cette destination, mais disparaissant avec elle, il devait fatalement se modeler sur la destination. Or dans bien des hypothèses, il n'est pas contraire à la destination de la chose que des droits réels soient, créés sur elle, au profit de tiers. Au contraire, il arrive souvent qu'il soit conforme à la destination de la chose, que des droits réels soient créés, il se peut même que ce soit indispensable.

On y retrouve l'analyse de la compatibilité conceptuelle entre droit réel et affectation. Puisque la mise en œuvre de droits réels ne remettrait pas en cause l'affectation du domaine public et pourrait même permettre de mieux la satisfaire, il est souhaitable de permettre la constitution de droits réels (quitte à l'encadrer pour leur faire atteindre ce but ou éviter de compromettre l'affectation). Or si leur encadrement est justement fondé sur cette même affectation avec laquelle les droits réels sont dits compatibles, le raisonnement est circulaire et les droits réels ne sont compatibles avec l'affectation que parce qu'ils sont justement dits l'être.

Il faut rejeter l'analyse conceptuelle, tant sur la dérivation des droits réels à partir de la propriété⁷⁴, que sur la compatibilité avec l'affectation. Il faut au contraire tenter de surmonter la question de la compatibilité afin d'éclairer le régime de ces droits réels. Ces derniers ne sauraient être assimilés aux droits réels du droit civil. Les droits réels ici étudiés, plutôt que d'autoriser l'occupation, lui sont subordonnés. L'occupation compatible avec l'affectation n'est donc qu'une condition nécessaire aux droits réels mais en aucun cas une condition suffisante.

Quelques exemples des dispositions législatives en question permettront de vérifier que les dispositions concernant les droits réels attribués à l'occupant du domaine public n'imposent de limites à leur constitution qu'au regard de l'occupation définie *in concreto*.

L'article L 2122-6 du CG3P lie occupation et droits réels, qui ne sont autorisés que « sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il [l'occupant] réalise *pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre* ». Son alinéa 3 précise aussi que « le titre fixe la durée de l'autorisation, *en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers*, sans pouvoir excéder soixante-dix ans. » L'utilisation des droits réels comme garantie de financement est aussi directement fonction de l'occupation. Pour les AOT, « le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation *en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée* » et les droits des créanciers chirographaires sont limités (ni mesures conservatoires, ni exécution forcée⁷⁵).

74. Se reporter à nos développements sous 2.1.1.

75. Articles L 2122-8 al. 2 du CG3P et L 1311-6-1 du CGCT, nous soulignons.

Si les BEA locaux et nationaux ne peuvent être conclus que pour la poursuite de buts énumérés par la loi, les droits réels sont ensuite l'objet (pour le seul domaine public) des mêmes limitations que celles mentionnées pour l'AOT. Par exemple, l'hypothèque ne concerne que la garantie des emprunts contractés pour financer les réalisations immobilières de l'occupation⁷⁶.

S'agissant de la transmission du droit réel, cette subordination est encore plus nette. L'autorisation de la personne publique propriétaire est toujours nécessaire et subordonnée à une « *utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé*⁷⁷ ».

Parallèlement à ces dispositions législatives, la décision précitée du Conseil constitutionnel rappelle en son considérant 5 que les titres attributifs de droits réels ne doivent pas permettre une occupation incompatible avec l'affectation du domaine public. À nouveau, seule l'occupation doit être compatible avec l'affectation de la dépendance du domaine public occupé. L'affectation n'est pas directement une limite à l'attribution des droits réels.

Dans les dispositions précitées en effet, l'occupation (et non l'affectation) sert seule de référence, elle seule constitue une limite à l'attribution de droits réels. Au-delà de leur attribution, cette subordination vis-à-vis de l'occupation perdure lors de l'exercice des droits réels à travers les diverses obligations d'obtenir une autorisation pour une cession ou une constitution d'hypothèque par exemple. Autrement dit, les droits réels ne permettent pas de dépasser l'occupation autorisée.

En généralisant, le régime des droits réels consiste à ce que l'autorité administrative puisse garantir en toute circonstance la stabilité du respect de l'affectation par l'occupation. Les droits réels ne doivent pas permettre de contourner l'interdiction d'une utilisation de la dépendance du domaine public occupé qui soit non compatible avec l'affectation. Ainsi doit s'entendre l'article L 2121-1 du CG3P qui dispose : « Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation. »

Les droits réels ne doivent ainsi pas faire obstacle à la compatibilité de l'occupation avec l'affectation de la dépendance occupée.

76. Article L 1311-3-2 du CGCT ; loi du 17 février 2009 et article L 2341-1 du CG3P, nous soulignons.

77. Article L 2122-7 du CG3P, nous soulignons.

La conciliation de la domanialité publique et des droits réels s'opère alors clairement. En reprenant le concept de « norme d'habilitation⁷⁸ » sa démonstration se fait aisément. L'autorité administrative a le « pouvoir » de délivrer des droits réels tant que son « devoir » d'assurer la compatibilité de l'occupation avec l'affectation du domaine occupé n'est pas minoré. Corrélativement, l'occupant doit toujours faire de la dépendance du domaine public occupée une utilisation compatible avec cette affectation. Les droits réels conférés sont quant à eux subordonnés à ce qui est nécessaire à cette utilisation de la dépendance du domaine public occupé. En cela, les droits réels conférés à l'occupant du domaine public sont conditionnés à leur utilité⁷⁹ pour l'occupation domaniale. Les droits réels ne justifient donc pas l'occupation du domaine public. En des termes plus civilistes, l'occupant titulaire de droits réels n'a pas plus de droits concernant la définition de l'utilisation de la dépendance du domaine public occupée que l'occupant sans droits réels. Les droits réels ne sont pas un « pouvoir » pour l'occupant de définir l'utilisation qu'il fait ou fera de la dépendance occupée. Ainsi, ces droits réels ne permettent pas d'esquiver le respect de l'affectation assuré vis-à-vis de la seule utilisation du bien. Cet occupant se voit seulement attribuer un « pouvoir » limité à une facilitation du financement de cette utilisation – et cela en lien avec l'objet de ces droits⁸⁰. Ces droits réels sont donc avant tout une modalité (juridique) de facilitation financière de l'occupation du domaine via les garanties qu'ils autorisent – le terme « garanties » étant alors pris à la fois au sens juridique de droits réels accessoires, mais aussi au sens économique à travers l'utilisation du terme, rassurant pour les créanciers, de « propriétaire ».

Une distinction de l'occupation et des droits réels concernant la compatibilité avec l'affectation du domaine public occupée évite ainsi l'aporie de la conciliation entre domaine public et droits réels.

78. Il s'agit ici d'analyser plus particulièrement sa signification normative dans son champ de réglementation. Se reporter à nos développements sous 1.1.3.

79. Dans une perspective différente, Stéphane Braconnier distingue une logique domaniale et une logique de partenariat public-privé (PPP) dans l'attribution des droits réels, ce qui pourrait se ramener à deux types d'interprétation du lien de nécessité ici avancé (une forte pour la logique domaniale et une faible ou médiate pour la logique PPP). Voir « Les BEA et AOT constitutives de droits réels », *JCP A*, 2011, p. 2395. On peut reprendre une idée similaire à propos de la distinction dans l'attribution des droits réels suivant que l'utilisation est un service public (attribution expresse) ou non (attribution « implicite »), voir article L 2122-10 du CG3P.

80. Se reporter à nos développements sous 2.2.1.

D'une part, aucune disposition législative ne prévoit, à notre connaissance, d'assurer directement la compatibilité des droits réels avec l'affectation du domaine public. Ce principe de la compatibilité avec l'affectation ne porte donc toujours que sur l'occupation, et ce de manière classique. La norme d'affectation encadre le mode d'utilisation de la dépendance sur laquelle elle porte (elle délimite des occupations conformes, compatibles et incompatibles). Elle ne concerne pas directement les droits réels qui pourraient être attribués à l'occupant. La proposition complémentaire (ou contraire du type « ces droits réels sont conformes à l'affectation de la dépendance occupée ») mène d'ailleurs à l'apagogie. Il serait en effet difficile d'expliquer comment un mode de financement pourrait réaliser l'affectation d'une dépendance du domaine public. Le même raisonnement s'impose alors *a fortiori* à propos non plus d'une utilisation conforme mais seulement compatible avec l'affectation.

D'autre part, les droits réels ne sont pas un mode d'utilisation du bien occupé mais un mode de financement de l'occupation. L'occupant est investi d'un « pouvoir » de constitution de garanties et autres mécanismes ayant cet objet. Comme mode de financement, ces droits réels attribués à l'occupant du domaine public n'ont certes plus grand-chose à voir avec ceux du droit civil. Mais cela ne porte atteinte qu'aux discours (politiques) de convergence du droit administratif et du droit civil et non plus à l'explication du droit positif.

Conclusion

Dans ce régime, les droits réels ne résultent pas, excepté dans les termes choisis par le législateur, d'une quelconque nécessité de la notion de propriété abstraitement compatible avec la domanialité publique, mais d'une volonté d'élargissement des facilités (économiques) d'occupation de ce domaine. Mais la volonté de facilitation financière des occupations privatives du domaine public n'est pas seulement la raison (de politique législative) qui préside à la consécration législative de la notion de droit réel pour le domaine public. S'inscrivant dans un réseau d'habilitations plus large (dont les compétences de la personne publique au nom de laquelle les droits réels sont attribués), l'attribution des droits réels s'interprète comme une facilité de financement pour les installations de l'occupant privatif.

L'imputation des droits réels sur le titre a ainsi permis de distinguer deux obligations portant sur l'occupation d'une part, et sur les droits réels d'autre part. L'appréciation de leur respect en sera facilitée, tout en laissant à l'autorité administrative et au juge une marge d'appréciation

certaine du fait de l'indétermination des critères utilisés – que ce soit la compatibilité de l'occupation avec l'affectation du domaine public, ou la modalité de facilitation du financement de l'occupation. Dans cette opération d'attribution des droits réels, l'autorité administrative n'est pas limitée directement par l'affectation du domaine public, mais par le cantonnement de ce mécanisme à la seule valorisation financière. En effet, la compatibilité de l'occupation avec l'affectation du domaine public devra – et de manière concrète – toujours être assurée.

De l'utilisation de la notion civiliste de droits réels, il ne reste donc essentiellement que cette idée de valorisation économique. La valorisation revient alors à permettre une occupation qui n'aurait pas été possible sans ces montages financiers devenus autorisés à travers les droits réels. Que cette occupation ait plus de valeur, c'est une autre question.

Master de théorie et analyse du droit,
université Paris-Ouest – Nanterre,
programme doctoral de l'école de droit de Sciences-Po