

Recueil Dalloz 1994 p.183**La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques****(commentaire de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994)****Martine Lombard**

Nécessaire pour faciliter le financement des investissements sur le domaine public, attendue depuis l'adoption en 1986 d'une étude sur les propriétés publiques par la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, la réforme opérée par la loi du 25 juill. 1994 (*JO* 26 juill., p. 10749 ; *D.* et *ALD* 1994.392), complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, a-t-elle une portée suffisante pour répondre utilement à l'objectif sus-énoncé ?

La question mérite d'autant plus d'être posée que les travaux parlementaires ont souligné à l'envi le caractère de « loi d'étape » de la réforme proposée (Sénat, 2e sess. ord. 1993/1994, rapp. n° 494 de M. Rufin, p. 20 s.), sa nature « prudente et nécessairement provisoire », qui n'en fait qu'« une étape vers la constitution d'un code des propriétés publiques » (Ass. nat., 10e législature, rapp. n° 1209 de M. Mercier, p. 3 s.). Au-delà de cette « apparence modeste » (rapp. Sénat préc., p. 5), certains parlementaires ont bien relevé, cependant, que ce texte était « l'occasion pour le législateur de faire évoluer fondamentalement le régime des immeubles construits par les titulaires d'autorisations unilatérales ou conventionnelles d'occupation temporaire du domaine public artificiel de l'Etat et de ses établissements publics » (*ibid.*).

Il est vrai que le principe fondamental de l'inaliénabilité du domaine public a toujours été interprété comme excluant en principe la constitution sur le domaine public de droits réels. En effet, ainsi que le rappelait M. Chapus, « permettre que le domaine public puisse être grevé, au profit de tiers, de droits réels, tels que les droits d'usufruit, d'emphytéose ou de servitudes, serait permettre un démembrement du droit de propriété dont il fait l'objet, et par suite une aliénabilité partielle du domaine public » (*Droit administratif général*, t. 2, 6e éd., n° 448). Le Conseil d'Etat en avait notamment déduit qu'une clause conférant un droit réel sur un terrain appartenant à une collectivité publique et destiné à être aménagé pour les besoins d'un service public était « incompatible avec les principes de la domanialité publique » et que sa nullité, comme celle d'autres clauses autorisant notamment la constitution d'hypothèques sur les immeubles au bénéfice de l'établissement prêteur, entachait de nullité l'ensemble de la convention (CE, 6 mai 1985, *Assoc. Eurolat Crédit Foncier de France, Lebon*, p. 141 ; *RFD adm.* 1986.21, concl. Genevois ; *AJDA* 1985.620, note Fatôme et Moreau ; *RD sanit. soc.* 1986.296, note Alfandari ; *Petites affiches* 23 oct. 1985, p. 4 note Llorens).

Certes, pour atténuer la rigueur des conséquences de ce principe, le législateur y avait apporté une dérogation limitée dans la loi n° 88-13 d'amélioration de la décentralisation du 5 janv. 1988 (*JO* 6 janv., p. 207 ; *D.* et *ALD* 1988.82). Après avoir rappelé l'inaliénabilité du domaine public des collectivités locales et de leurs établissements publics, l'art. 13 de la loi avait en effet autorisé ces collectivités et établissements à consentir désormais sur leur domaine public des baux emphytéotiques, par référence aux art. 451-1 s. c. rur. alors même que ces derniers ont pour caractéristique essentielle d'investir le preneur d'un droit réel. Cependant, cette dérogation restait d'ampleur limitée, puisqu'en était exclu l'ensemble des dépendances du domaine public soumises au régime de la contravention de voirie, c'est-à-dire le domaine public routier mais aussi portuaire, aéroportuaire, fluvial, etc. En outre, le droit réel ne pouvait ni être cédé, ni être susceptible d'hypothèque sans l'agrément de la personne publique. Ces dispositions n'ont donc permis qu'un essor relativement modeste de la formule du bail emphytéotique sur les biens appartenant au domaine public des collectivités locales et de leurs établissements publics, et ce malgré une interprétation libérale par le Conseil d'Etat des facilités ainsi offertes par la loi à ces personnes publiques pour mieux mobiliser les financements nécessaires aux investissements sur leur domaine public (CE, sect., 25 févr. 1994, *SA Sofap Marignan Immobilier et autres, D.* 1994.536, note Lombard  ; *RFD adm.* 1994.510, concl. J. Arrighi de Casanova .

Par ailleurs, en marge des textes, s'étaient développées certaines pratiques de recours au crédit-bail pour financer les travaux opérés sur certaines dépendances du domaine public, notamment portuaire, aéroportuaire et ferroviaire. Cependant, saisi d'une demande d'avis sur les conditions auxquelles un droit immobilier permettant d'asseoir une sûreté réelle pourrait être conféré aux investisseurs implantant des installations sur le domaine public portuaire ou

aéroportuaire, le Conseil d'Etat avait, par un avis du 13 juin 1989, exclu cette possibilité en l'état actuel du droit.

Il est vrai que, dès 1986, le groupe de travail créé au sein de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat pour réfléchir aux orientations du droit des propriétés publiques, avait souligné la nécessité du recours à la voie législative, dans la mesure où « d'une part, les textes qui régissent actuellement le domaine public sont anachroniques et inadaptés et il faudra de toute façon les revoir ; d'autre part, l'intervention de la jurisprudence est trop occasionnelle et aléatoire pour pouvoir fournir dans des délais rapides une solution globale ». L'orientation proposée par ce groupe de travail, qui n'a finalement pas été retenue par le législateur, reposait alors sur l'idée que, « si le « noyau dur » du domaine public doit être impérativement maintenu, le régime juridique des autres immeubles peut être conçu de façon à assurer un peu plus de liberté aux collectivités publiques dans le choix des contrats leur permettant d'atteindre dans les meilleures conditions possibles leur finalité globale » (EDCE1987, n° 38, p. 19). C'est cependant vers une autre solution que s'est orienté le groupe de travail interministériel présidé par M. Querrien, conseiller d'Etat, chargé en avril 1990 de réfléchir à l'élaboration d'un code des propriétés publiques. Tentant de trouver un équilibre entre les nécessités de la valorisation du domaine public, qui supposent que soient levées les difficultés de financement auxquelles se heurtent actuellement les investisseurs potentiels compte tenu de l'insuffisance des garanties qu'ils peuvent offrir sur les constructions qu'ils édifient, d'une part, et le souci de préserver la protection due à la propriété publique, d'autre part, il est parvenu à une proposition de compromis se traduisant par la constitution d'un droit réel accordé à l'occupant régulier du domaine public, sur les immeubles qu'il construit. A l'issue du titre d'occupation, d'une durée ne pouvant être supérieure à soixante-dix ans, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'Etat ou des établissements publics, à moins que l'autorité compétente ne préfère qu'il soit procédé à leur démolition par le titulaire de l'autorisation.

Au cours des débats parlementaires, la notion de « couperet à soixante-dix ans » a été critiquée comme étant de nature à décourager les investissements sur le domaine public, dès lors que l'occupant ne peut espérer, au-delà du terme des soixante-dix ans, et cela quelle que soit la qualité de la gestion du domaine qu'il occupe, obtenir un nouveau titre d'occupation susceptible de lui donner des droits réels sur les investissements réalisés. Pour remédier à cet inconvénient, le Parlement avait adopté une disposition permettant d'accorder à l'occupant, au-delà de la période initiale de soixante-dix années, un nouveau titre d'occupation constitutif de droits réels sur les ouvrages, constructions et installations dont le maintien a été accepté, à la seule condition que l'autorité compétente le décide expressément en le motivant par des travaux ou constructions nouveaux réhabilitant, étendant ou modifiant de façon substantielle lesdits immeubles. De prudente, la réforme en devenait cependant audacieuse, voire téméraire, puisque le titre d'occupation constitutif de droits réels sur le domaine public pouvait être renouvelé indéfiniment, de telle sorte que le démembrement de la propriété publique susceptible d'en résulter risquait d'acquiescer en fait un caractère permanent incompatible avec le principe de l'inaliénabilité du domaine public. Le Conseil constitutionnel a donc censuré cet ajout au projet de loi, comme étant « de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique » (Décis. n° 94-346 DC du 21 juill. 1994, JO 23 juill., p. 10635).

Cette audace retranchée, le texte définitif de la loi reste au plus près du point d'équilibre initialement recherché entre les impératifs contradictoires énoncés plus haut. Celui-ci étant cependant extrêmement délicat à définir, la loi reste marquée d'un singulier mélange d'innovation et de prudence, dont il résulte une certaine ambiguïté qui imprègne ses deux volets essentiels, qu'il s'agisse des modes de constitution des droits réels sur le domaine public (I), ou de la portée des droits réels constitués sur le domaine public (II).

I. - Les modes de constitution de droits réels sur le domaine public.

Alors que l'une des règles fondamentales sur lesquelles reposait le régime de la domanialité publique, jusqu'à la loi du 25 juill. 1994, était celle de l'exclusion de la création de droits réels sur le domaine public, la constitution de droits réels au bénéfice des occupants réguliers du domaine public devient aujourd'hui le principe (A). Pourtant, celui-ci souffre tant d'exceptions que l'on peut se demander s'il ne conserve pas en définitive une simple valeur résiduelle (B).

A. - Le principe de la constitution d'un droit réel au bénéfice des occupants du domaine public.

Les titres ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public, qu'ils aient un caractère unilatéral ou soient de nature conventionnelle, confèrent un droit réel à l'occupant du domaine public « sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre », ainsi que le précise le nouvel art. L. 34-1 c. dom. Et.

La constitution de droits réels est, de prime abord, difficile à concilier avec le caractère essentiellement précaire et révocable des droits détenus par les occupants du domaine public, dès lors que l'administration peut retirer à tout moment une autorisation d'occupation du domaine public ou même mettre fin au contrat d'occupation du domaine public pour des motifs d'intérêt général. Il est vrai qu'en vertu de l'art. A. 26 c. dom. Et., le retrait d'une autorisation avant l'expiration du terme prévu peut donner lieu à indemnisation, à condition cependant que le titre d'occupation du domaine public l'ait prévu. Les droits de l'occupant contractuel sont, quant à eux, mieux protégés, puisque celui-ci a droit à une indemnité du simple fait que l'administration révoque le contrat d'occupation avant l'expiration du terme pour un motif autre que l'inexécution de ses engagements contractuels.

La loi du 25 juill. 1994 a donc posé logiquement un principe, corollaire de la consécration de l'existence d'un droit réel au profit du bénéficiaire de l'autorisation, en prévoyant à l'art. L. 34-3 nouveau c. dom. Et. que, d'une façon générale, « en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée ». Il est également précisé que « les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité ».

Ces nouvelles règles s'appliquent non seulement aux autorisations unilatérales d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat, mais également « aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public ».

D'une façon quelque peu redondante par rapport aux nouvelles dispositions de l'art. L. 34-4 c. dom. Et., l'art. L. 34-5, al. 2, prévoit expressément que « lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public ». Le rapporteur du projet de loi au Sénat considérait que ces stipulations, relatives notamment à l'entretien des ouvrages, pourraient être plus ou moins rigoureuses selon qu'elles s'appliqueraient aux « biens de retour » ou aux « biens de reprise ». La pertinence et l'utilité de cette distinction classique pourraient cependant être remises en cause du fait que l'existence de droits réels détenus par le concessionnaire de service public sur un bien immobilier ne fait plus obstacle à son appartenance au domaine public et qu'il est prévu, aux termes du nouvel art. L. 34-3 c. dom. Et., que les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'Etat, à l'issue du titre d'occupation, quelle que soit la nature de celui-ci.

Enfin, alors que les contrats portant occupation du domaine public ne pouvaient jamais prendre la forme du bail à construction ou du bail emphytéotique, du moins pour le domaine public de l'Etat, dans la mesure où ces contrats ont pour caractéristique essentielle de conférer un droit réel au preneur, l'un des effets novateurs de la loi du 25 juill. 1994 devrait être de rendre dorénavant possible le recours à ce type de contrat pour le domaine public de l'Etat et de ses établissements publics. En effet, la possibilité, reconnue aujourd'hui de façon très large par la loi, de constituer des droits réels sur le domaine public rend obsolètes les principes qui avaient guidé le Conseil d'Etat dans sa décision précitée du 6 mai 1985, *Assoc. Eurolat Crédit Foncier de France*. Certes, plus récemment encore, le Conseil d'Etat, saisi de la question de savoir si une partie de l'ensemble immobilier dont un établissement public de l'Etat était propriétaire pouvait faire l'objet d'un bail emphytéotique ou d'un bail à construction, avait à nouveau indiqué, dans un avis donné le 22 juin 1993, qu'« une telle opération ne serait pas compatible avec les principes de la domanialité publique. En effet, eu égard aux caractéristiques du bail emphytéotique et du bail à construction, tels que définis respectivement par le code rural et par le code de la construction et de l'habitation, elle aurait pour effet de permettre la constitution, au profit de la société d'économie mixte, de droits réels sur les biens faisant l'objet du bail » ; or, rappelait le Conseil d'Etat, « les principes de la domanialité publique s'opposeraient à ce que de tels biens soient grevés de droits réels immobiliers au profit de tiers » (*EDCE* 1993.391 s.).

Les prémisses de ce raisonnement devenant aujourd'hui caduques, celui-ci ne devrait plus s'opposer au recours par l'Etat et ses établissements publics à la technique du bail emphytéotique et du bail à construction, dans des conditions sensiblement plus larges aujourd'hui que celles que prévoit l'art. 13 de la loi du 5 janv. 1988 pour les collectivités locales.

Il en résulte une certaine inégalité entre la situation de l'Etat et des collectivités locales, puisque la loi du 25 juill. 1994 ne vise que le domaine public de l'Etat et de ses établissements publics, et non celui des collectivités locales et de leurs établissements publics.

Par ailleurs, au sein même du domaine public de l'Etat, des droits réels ne peuvent être constitués que sur le domaine public artificiel, les dispositions de la loi n'étant pas applicables au domaine public naturel, c'est-à-dire en

particulier aux rivages de la mer et au domaine public fluvial, en dehors des ports et des zones spécialement aménagées.

Au-delà de ces limites au champ d'application de la loi, il existe de véritables exceptions au principe de la constitution « automatique » de droits réels au bénéfice des occupants du domaine public.

B. - Les exceptions au principe de la constitution de droits réels au bénéfice des occupants du domaine public.

Le principe, posé par l'art. L. 34-1 c. dom. Et., de la constitution « automatique » de droits réels au bénéfice des occupants du domaine public connaît deux catégories d'exceptions. Dans certains cas, la constitution de droits réels est exclue par une stipulation expresse du titre d'occupation du domaine public, tandis que, dans d'autres hypothèses, la constitution de droits réels n'est, à l'inverse, possible que si elle a été expressément prévue par une décision de l'Etat.

Le nouvel art. L. 34-1 c. dom. Et. prévoit en effet que « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise ». C'est dire que, dans le silence du texte, le bénéfice de droits réels sera acquis de plein droit pour le titulaire de l'autorisation d'occupation du domaine public.

Le nouvel art. L. 34-4 précise cependant que « lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public, les dispositions de l'art. L. 34-1 ne leur sont applicables que sur décision de l'Etat ». Dans cette dernière hypothèse, il apparaît donc que, dans le silence du titre d'occupation du domaine public, celui-ci ne confère pas de droits réels à son titulaire.

Les conséquences radicalement différentes attachées au silence du texte, selon que l'on est ou non en présence d'un ouvrage nécessaire à la continuité du service public, confèrent une particulière importance à la définition de ces dernières notions.

Or, compte tenu de l'extrême difficulté que l'on rencontre souvent à caractériser avec précision la notion même de service public, et de la difficulté plus grande encore de répondre avec certitude à la question de savoir si un ouvrage est ou non nécessaire à la continuité de ce service public, il apparaîtra souvent prudent, en pratique, de veiller à ce que soit précisé expressément dans le titre d'occupation du domaine public que celui-ci confère bien un droit réel à son titulaire.

Certes, la généralisation d'une telle mention expresse dans les titres d'occupation du domaine public ne serait pas conforme à l'esprit de la loi du 25 juill. 1994 alors que celle-ci a entendu expressément poser une présomption en la matière, selon laquelle les titres d'occupation du domaine public confèrent en principe un droit réel à leur titulaire.

Cependant, compte tenu des ambiguïtés nées du rapprochement des dispositions des art. L. 34-1 et L. 34-4 nouveaux c. dom. Et., il apparaît pourtant vraisemblable que l'exception prévue par la loi, c'est-à-dire l'intervention d'une décision expresse de l'Etat pour conférer des droits réels à l'occupant du domaine public, ne devienne en pratique la solution la plus fréquemment retenue en la matière.

Cette mention expresse sera en effet la mieux à même de conforter la position des investisseurs sur le domaine public vis-à-vis des banquiers, qui risquent de ne pas se contenter des zones d'ombre et des interrogations que suscitera nécessairement la constitution seulement implicite de droits réels sur les ouvrages construits sur le domaine public, alors que ces derniers constituent précisément leur garantie pour le financement de ces investissements.

Il reste que les établissements financiers examineront également avec soin la véritable portée des droits réels ainsi constitués sur le domaine public.

II. - La portée des droits réels constitués sur le domaine public.

Si l'art. L. 34-1, al. 2, précise que le droit réel constitué sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier sur le domaine public, « confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées (aux art. L. 34-1 à L. 34-9), les prérogatives et obligations du propriétaire », l'examen de ces conditions et limites montre que ce droit réel est, par sa nature, très éloigné du droit de propriété auquel fait pourtant

référence l'art. L. 34-1.

Alors que le droit de propriété est un droit perpétuel et un droit souverain, du moins dans l'esprit initial des rédacteurs du code civil, les droits réels constitués sur le domaine public apparaissent à l'inverse tout à la fois bornés dans le temps (A) et dans leurs effets (B).

A. - Des droits réels bornés dans le temps.

La durée de soixante-dix ans visée à l'art. L. 34-1, al. 3, est une limite maximale que ne devront pas dépasser les titres d'occupation du domaine public constitutifs de droits réels, qu'il s'agisse d'une autorisation unilatérale ou d'une convention d'occupation du domaine public. En deçà de cette limite, la durée de l'autorisation pourra naturellement être modulée « en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers ».

En pratique, on sait que la durée des autorisations d'occupation du domaine public permettant d'édifier des ouvrages et autres installations sur celui-ci est éminemment variable, allant par exemple d'une durée moyenne de cinq ans pour les stations-services édifiées en bordure du réseau routier national jusqu'à des durées de trente à cinquante ans pour les concessions d'outillage public sur le domaine portuaire.

La principale difficulté concerne ici la question de la possibilité de prorogation du titre constitutif de droits réels. Le projet de loi initialement déposé devant l'Assemblée nationale prévoyait en effet que la validité du titre pourrait être prorogée, sans que la durée totale de l'occupation ne puisse excéder soixante-dix ans. L'Assemblée nationale avait ensuite tenu à préciser qu'à l'issue de cette période, l'occupant pourrait obtenir un autre titre d'occupation du domaine public, mais dont il était souligné qu'il ne serait pas constitutif de droits réels. Allant sensiblement plus loin, le Sénat avait souhaité ajouter la possibilité pour l'autorité compétente d'accorder un nouveau titre d'occupation au même occupant sur la même parcelle, au-delà même de la durée initiale de soixante-dix ans, ce titre pouvant être à nouveau constitutif de droits réels sur les ouvrages même déjà existants, à la seule condition que soient réalisés des travaux ou constructions nouveaux réhabilitant, étendant ou modifiant de façon substantielle lesdits immeubles. Telle était la portée du texte qui a en définitive été adopté par le Parlement.

Ce nouveau pas en avant a cependant précipité la censure du Conseil constitutionnel, qui a déclaré contraires à la Constitution, ainsi qu'il a été indiqué, ces dispositions relatives au renouvellement du titre constitutif de droits réels sur le domaine public. D'une façon devenue aujourd'hui très classique, en effet, et comme il l'avait d'ores et déjà fait notamment dans sa décision des 25 et 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel s'est en effet fondé sur les dispositions de l'art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, pour rappeler que celles-ci ne concernent pas seulement la propriété privée mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques et « qu'elles 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 ».

Appliquant ces principes à la faculté de renouvellement du titre d'occupation constitutif de droits réels sur le domaine public, le Conseil constitutionnel a estimé « qu'ainsi exercée après une période aussi longue et selon une procédure qui peut être réitérée sans qu'un terme définitif soit imposé par le législateur à l'exercice de ces droits réels sur le domaine public, une telle faculté est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique ».

A la suite de cette censure, toute mention d'une possibilité de renouvellement de l'autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels a aujourd'hui disparu de la version définitive du texte de loi. Or, le principe même d'un tel renouvellement ne semble pas contraire à la Constitution, dès lors que des conditions précises, consistant notamment à borner cette possibilité dans le temps, encadrent cette faculté. Il n'en subsiste pas moins aujourd'hui une certaine ambiguïté dans le texte sur ce point, puisque aucune disposition n'autorise formellement une telle prorogation de l'autorisation initiale, alors qu'elle figurait dans la version initiale du projet de loi.

Compte tenu de cette ambiguïté, il sera sans doute prudent de conférer dès le départ une durée suffisamment longue au titre d'autorisation d'occupation du domaine public constitutif de droits réels sur les ouvrages et installations édifiés sur ce domaine, afin d'éviter toute hésitation ultérieure quant à la possibilité et à la portée d'un renouvellement éventuel de ce titre.

Cette précaution ne sera peut-être pas toujours suffisante pour convaincre pleinement les banquiers de la solidité des garanties qui leur seront offertes par les investisseurs sur le domaine public, compte tenu d'autres dispositions

de la loi limitant la portée des droits réels constitués sur le domaine public.

B. - Des droits réels bornés dans leurs effets.

L'exposé des motifs du projet de loi soulignait la nécessité de remédier à certaines imperfections du cadre juridique actuel de la domanialité publique, partant du constat qu'il en résultait « des difficultés pour mobiliser les financements nécessaires », au point que « certains investisseurs potentiels renoncent à s'engager dans des projets insuffisamment garantis ou reportent leur choix sur d'autres sites, le cas échéant au détriment du développement économique national, par exemple dans le secteur des ports maritimes ».

C'est donc au regard de cet objectif que doivent être appréciées les limites apportées par la loi aux droits réels conférés aux occupants du domaine public.

L'art. L. 34-2 nouveau c. dom. Et. précise à cet égard que « les droits, ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés [...] qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé ». Si cette dernière limite paraît naturellement s'imposer pour respecter l'essence même de la notion de domanialité publique, il est en revanche plus curieux d'observer que l'exigence d'un agrément par l'autorité compétente s'applique même en cas de transmission des droits par « fusion, absorption ou scission de sociétés », en dépit du principe de la transmission universelle du patrimoine dans ces hypothèses, et il est encore plus étrange d'observer que cet agrément est même exigé « dans le cas de réalisation de la sûreté portant sur lesdits droits et biens ». On voit mal en effet, dans cette dernière hypothèse, comment l'administration pourrait refuser son agrément, au risque de priver d'efficacité la sûreté constituée sur ces droits et biens. C'est donc dès le stade de la constitution de cette sûreté qu'il conviendra de s'assurer de l'agrément de l'autorité gestionnaire du domaine.

L'art. L. 34-2, al. 3, prévoit également que « les droits, 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 » concernés. Il est enfin précisé à l'al. 5 que « les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation ».

Ces dispositions reprennent celles que le législateur avait insérées à l'art. 13 de la loi du 5 janv. 1988 autorisant la passation de baux emphytéotiques sur le domaine public des collectivités locales. Cette dernière loi précisait en outre que « le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par la collectivité territoriale ». L'absence d'une telle mention dans la loi du 25 juill. 1994 aura sans doute peu d'incidences en pratique, dès lors que, comme on l'a vu, il sera utile en tout état de cause de s'assurer dès le départ de l'accord de l'autorité gestionnaire du domaine avant la signature de contrats prévoyant des sûretés sur les droits et ouvrages réalisés sur le domaine public.

Il est enfin prévu que seuls les créanciers chirographaires dont la créance est née de l'exécution de travaux nécessaires à la réalisation, la modification ou l'extension d'ouvrages réalisés sur le domaine public, pourront pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée sur les droits et biens ayant pour assiette le domaine public.

Toujours pour faciliter le financement des ouvrages, constructions et installations sur le domaine public, le nouvel art. L. 34-7 c. dom. Et. autorise, sous certaines conditions, la conclusion de contrats de crédit-bail par le titulaire du droit d'occupation.

Ce mode de financement des ouvrages réalisés sur le domaine public apporte une solide garantie au financier puisque celui-ci est propriétaire du bien dès la passation du contrat et pendant toute sa durée, jusqu'à la levée de l'option d'achat. Le recours à la technique du crédit-bail reste cependant strictement encadré. Il n'est en effet autorisé que pour les ouvrages et travaux autres que « ceux affectés à un service public et aménagés à cet effet ou affectés directement à l'usage du public » ; sont également exclus du crédit-bail les « travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'intérêt général ». Il résulte de cette double exclusion que, par exemple dans le cas d'un aéroport, ni les pistes, ni même les bâtiments nécessaires à l'accueil des passagers ne pourront faire l'objet d'un tel mode de financement. D'une façon plus générale, en sont exclus tous les travaux relatifs aux infrastructures publiques et les équipements publics.

Par ailleurs, la conclusion de contrats de crédit-bail au bénéfice d'organismes dans lesquels l'Etat ou l'établissement public gestionnaire du domaine détiennent une participation financière permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion doit être préalablement soumise à un agrément de l'Etat, selon des

modalités qui seront précisées par décret en Conseil d'Etat. Cette exigence d'un agrément traduit l'extrême vigilance du ministère des Finances à l'égard du recours au crédit-bail par le biais d'organismes relais. Celui-ci entraîne en effet des engagements pluriannuels dépourvus de traduction comptable dans le budget de l'Etat et des établissements publics, et revient à faire financer des dépenses d'investissements sur des crédits de fonctionnement, ce qui permet, dans une certaine mesure, d'occulter l'ampleur réelle de l'endettement des collectivités publiques. Il est donc probable que cet agrément ne sera accordé qu'avec parcimonie, si l'organisme bénéficiaire d'une autorisation d'occupation du domaine public, qu'elle ait un caractère unilatéral ou conventionnel, n'apparaît pas comme bénéficiant d'une véritable autonomie financière par rapport à l'Etat ou à ses établissements publics.

En définitive, seule la parution des décrets en Conseil d'Etat prévue par l'art. L. 34-6 c. dom. Et. permettra de mesurer pleinement la portée réelle de ces innovations introduites par la loi. Celles-ci n'entreront que progressivement en vigueur, puisque l'art. 3 de la loi prévoit que ces dispositions ne sont applicables qu'aux ouvrages, constructions et installations que le permissionnaire ou le concessionnaire réaliserait après renouvellement ou modification de son titre. Toutefois, sans attendre cette échéance, un nouveau titre conférant un droit réel sur les ouvrages réalisés sur le domaine public pourra être délivré, chaque fois que seront envisagés des travaux « réhabilitant, étendant ou modifiant de façon substantielle les ouvrages, constructions et installations existants ». C'est donc à bref délai que pourraient être délivrés les premiers titres conférant des droits réels à leurs bénéficiaires sur les ouvrages, constructions et installations réalisés sur le domaine public de l'Etat et de ses établissements publics.

C'est alors à la lumière de l'expérience qu'il sera possible de savoir si ladite loi ne s'apparente qu'à un jeu d'illusions, comme le laissait entendre le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale. Celui-ci observait en effet que « comme la marraine de Cendrillon transformant la citrouille en carrosse d'un simple coup de baguette magique, le législateur est invité, par la seule force de son intervention souveraine, à créer un droit réel pour permettre aux utilisateurs du domaine public de l'Etat d'aller au bal des garanties hypothécaires rencontrer le prince charmant qui distribue des crédits-baux » (rapp. préc., p. 5). Dans un monde d'apparences, n'est-ce pas, cependant, l'une de nos seules certitudes que les institutions juridiques n'ont d'autre force que le crédit qu'on leur accorde ?

Mots clés :

DOMAINE PUBLIC * Occupation temporaire * Droit réel * Constitution * Inaliénabilité * Crédit-bail