

Propriété et gestion domaniale - Repère par Jean-Bernard AUBY

Document: Droit Administratif n° 7, Juillet 2011, repère 7

Droit Administratif n° 7, Juillet 2011, repère 7

Propriété et gestion domaniale

Repère par Jean-Bernard AUBY

Accès au sommaire

L'intitulé choisi pour le Code général de la propriété des personnes publiques de 2006 laisse entendre que le régime de la propriété des biens publics serait l'idée animatrice essentielle du droit des domaines public et privé. On a vite réalisé qu'il n'en est rien, que l'étiquette apposée ne reflète pas du tout le contenu du flacon, que, pas plus dans le droit codifié que dans le droit précédent, la notion de propriété n'éclaire grand-chose dans le droit propre des biens publics. Et c'est bien ainsi.

Pourquoi est-il indispensable de concevoir les biens publics comme des objets de propriété (encore que, comme cela a été souvent remarqué, l'idée s'applique mal à certains d'entre eux, qui sont en vérité des choses communes, des choses « *qui n'appartiennent à personne* » selon l'expression qu'emploie l'article 714 du Code civil qui les évoque : l'air, la mer, les eaux courantes, l'espace hertzien) ? Pour deux raisons.

La première est que, jusqu'à survenance d'une solution différente, c'est (sous la réserve précédente) le seul moyen de les distinguer des biens privés : les règles spécifiques de la domanialité publique ou privée commencent là où commence la propriété publique.

La seconde est que la propriété est la clef d'une pluralité de gestion des biens publics. Laquelle est souhaitable, soit pour des raisons d'efficacité (l'établissement public est, comme cela a été souvent souligné aussi, d'abord un patrimoine affecté), ou comme contrepartie de l'autonomie locale dans le cadre de la décentralisation. La propriété des biens publics est intéressante parce qu'elle est une pluralité de propriétés (sous les réserves qui s'attachent à la vieille théorie des mutations domaniales).

Pour le reste, la propriété n'éclaire à peu près rien du droit propre des biens publics. Il est en tous les cas une dimension fondamentale sur laquelle elle ne nous dit rien d'utile, et ne peut rien dire d'utile : c'est celle des finalités de la gestion domaniale.

Le propriétaire est celui qui jouit et dispose de la chose de la manière la plus absolue, comme dit le Code civil. Même si l'évolution législative a multiplié les formes d'encadrement du droit de propriété, celui-ci reste une prérogative dont on ne demande pas au titulaire d'user autrement que pour maximiser sa satisfaction personnelle (ce qu'il fera parfois en donnant à ses biens une destination charitable, d'ailleurs).

Il n'est aucunement question de cela dans le cas de biens publics, dont la gestion est constamment imprégnée de finalités d'intérêt général que l'on parle de biens du domaine public ou de biens du domaine privé.

Il s'agit parfois de préoccupations d'ordre public : la circulation, le bon ordre dans les espaces publics, le souci sanitaire. Il s'agit parfois du souci de permettre commodément l'accomplissement d'un service public dont le bien est le support ou l'instrument, etc.

C'est que les biens publics sont très souvent assez particuliers, leur sont liés des enjeux collectifs majeurs. Par exemple, ils sont nombreux à constituer des « infrastructures critiques » au sens du droit de la sécurité civile, c'est-à-dire des ouvrages dont le maintien en fonctionnement, même réduit, doit être assuré en période de crise, de catastrophe naturelle, en cas d'attentat terroriste..., et qui doivent donc faire l'objet de précautions particulières dans ce sens (les règles correspondantes sont pour l'essentiel prévues par la loi n° 2005-1550 du 12 décembre 2005 - *JO 13 déc. 2005, p. 19160* - et le décret n° 2006-212 du 23 février 2006 - *JO 24 févr. 2006, p. 2889* - relatifs à la sécurité des activités d'importance vitale).

Lorsque leur sont imposées des contraintes analogues à celles qui pèsent sur les biens privés similaires, on attend d'eux qu'ils s'y plient d'une manière un tantinet exemplaire. Leur gestion doit se montrer exemplairement respectueuse des préoccupations de développement durable, comme y invitent divers textes récents (par exemple la circulaire du 16 janvier 2009 relative à la politique immobilière de l'État - *JO 21 janv. 2009* -, qui prescrit diverses règles de comportement en matière de rénovation thermique, de performance énergétique, de recours à des énergies renouvelables...). Les bâtiments publics doivent (devraient ?) être des modèles en matière d'accessibilité aux handicapés.

Dira-t-on que le vent actuel de valorisation des patrimoines publics tire la gestion domaniale vers une orientation « propriétaire » ? Ce serait penser court. Le calcul d'une personne publique qui envisage de céder un bien, ou de l'externaliser, n'est jamais, ne doit jamais être aussi simple que celui d'un propriétaire privé. Lorsqu'il vend, celui-ci ne se préoccupe en général que de savoir si ce qu'il tirera de la vente lui permettra de posséder une utilité supérieure à celle que représentait le bien cédé. Lorsqu'il met en location, c'est en général tout simplement parce que ce qu'il peut faire avec le prix de la location vaut à ses yeux plus que l'avantage qu'il tirerait de l'utilisation directe du bien loué.

Les personnes publiques ne peuvent pas s'en tenir à des considérations aussi simples. Parce qu'elles ont entre les mains des biens souvent de grande valeur et de grande utilité sociale, et qu'elles sont comptables de l'utilisation qui est faite de ces biens. Elles ne peuvent pas être indifférentes à l'utilisation qui sera faite d'un bien qu'elles cèdent, parce que les biens qu'elles possèdent sont un élément du patrimoine collectif, et qu'elles doivent donc autant que possible s'assurer de ce qu'ils servent le bien-être collectif. Lorsqu'elles permettent à une entité privée d'utiliser l'un de leurs biens, elles doivent vérifier deux choses : que l'occupant fait du bien l'usage - économique ou non - le plus susceptible de contribuer au bien-être collectif - compte tenu de ce que sont les caractéristiques du bien, sa localisation, etc. -, et que l'avantage tiré de l'externalisation, qui est fonction de l'utilité sociale de l'activité de l'occupant et de la redevance qu'il verse, est supérieur à celui que le bien-être collectif tirerait de l'affectation à un service public ou à l'usage libre du public.

C'est parce qu'il lui est paru difficile d'aller jusqu'au bout de cette logique « a-propriétaire » que le Conseil d'État s'est refusé, dans l'arrêt Jean Bouin (*CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et 338527, Ville Paris et Assoc. Paris Jean Bouin : JurisData n° 2010-022712 ; Dr. adm. 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; AJDA 2011, p. 18, note S. Nicinski ; RD imm. 2011, p. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou*) à admettre un principe général de mise en concurrence des contrats domaniaux. On peut plaider que le bon chemin intellectuel serait - sera - de poser deux exigences, analogues à celles qui président à la conclusion des contrats de partenariat. Les collectivités propriétaires devraient vérifier d'abord que la mise à disposition du bien est susceptible d'apporter davantage à l'utilité commune que l'utilisation par la personne publique propriétaire ou par le public en général : c'est un problème d'évaluation préalable. Elles devraient ensuite s'assurer de ce que l'occupant choisi fera du bien l'utilisation la plus favorable au bien-être collectif, compte tenu au surplus des conditions qui lui seront imposées : et cela peut difficilement s'établir que par le biais d'une procédure de mise en compétition.

D'où vient, fondamentalement, le fait que l'on s'évertue à asseoir le droit des biens publics sur la propriété, comme tente de le faire, dans l'affichage, le code de 2006 ? Tout simplement de ce que notre façon de penser le droit administratif a du mal à s'extraire de ce que fut nécessairement, dans l'histoire, sa posture « différentialiste » : la nécessité, dans sa phase de construction, de se poser par rapport au droit privé (si on permet : *À propos de la notion d'exorbitance du droit administratif in L'exorbitance du droit administratif en question(s), Études réunies par Fabrice Melleray : Université de Poitiers et LGDJ, 2004*).

Tout comme il faut admettre que le droit administratif dans son ensemble n'est pas un droit d'exception, mais le droit commun de la chose publique (une face du monde juridique), de même il faut accepter que le droit de la domanialité soit le droit commun propre des biens publics, non une déformation du droit privé des biens, lequel aurait un caractère naturel. Dans la plupart des cas où il veut emprunter les constructions de ce dernier, le droit des biens publics est mal à l'aise : ce dont témoigne l'espèce de danse de Saint-Guy qu'il exécute sur la question

des droits réels, pour aboutir à ce résultat que l'on ne sait pas trop bien sur quoi portent les droits réels liés aux occupations domaniales ni en quoi ils consistent exactement (*P. Delvolvé, Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence : RDFA 2010, p. 1125*).

Comme à peu près sur toutes les autres questions, le droit des garanties attachées aux biens publics n'est pas réductible aux mécanismes du droit privé : des garanties spécifiques sont imaginées et doivent sans doute l'être plus encore.

Le droit des biens publics est faiblement un droit de la propriété. Il est fondamentalement un droit de l'utilité publique. Pourquoi pas un code des biens d'utilité publique (qui devrait sans doute s'intéresser aussi à certains biens privés : et alors ?) ?

© LexisNexis SA

Copyright © 2017 LexisNexis. Tous droits réservés.