

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Julie

Remerciements

Je tiens d'abord à exprimer ma profonde reconnaissance au Professeur Jacqueline Domenach pour avoir dirigé ce travail. Son soutien, sa disponibilité, ses conseils m'ont permis de le mener à bien.

Mes remerciements s'adressent également aux membres du jury qui m'ont fait l'honneur d'accepter de lire et de juger ce travail.

J'ai aussi une pensée toute particulière pour mes parents et pour mes frères, Rémi, Florian, Hugo et Arthur, qui connaissent tout le sens du verbe soutenir, et pour Thomas, mon autre frère.

Je suis également infiniment reconnaissant envers Anne et Léon pour leur présence et leur soutien.

Mes remerciements sont aussi destinés à mes amis, qui n'ont plus à faire la preuve de leur amitié. Je leur serai toujours toujours redevable. Je remercie particulièrement Alexandre, Antonin, Laura, Jean et Victor qui ont, en plus de leurs qualités humaines, des qualités de logistique et d'organisation qui m'ont permis de finir ma thèse. Je remercie également Manon, Christophe, Jean et Benoit qui ont bien volontiers accepté de relire des passages de mon étude, leurs conseils et leurs critiques n'ont été qu'enrichissement.

Quelques mots, en guise de dédicace, sont adressés à Arnaud, Benoît, Grégory et Christophe. Etre à leur contact est un chance inestimable pour tout doctorant. Je suis aussi très reconnaissant vis-à-vis des membres du Centre de recherche en droit public, et particulièrement des Professeurs Matthieu Conan et Bertrand du Marais, qui m'ont toujours encouragé et soutenu dans mon travail.

Mes derniers mots devraient être pour Julie. Ce travail lui doit tout. Mais aucun mot ne peut être exprimé, à moins de minorer l'importance qu'elle a dans ma vie.

Principales abréviations

ACCP	Actualité de la commande publique et des contrats publics
AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
Aff.	Affaire
AJCT	L'actualité juridique – Collectivités territoriales
AJDA	L'actualité juridique du droit administratif
AJPI	L'actualité juridique – Propriété immobilière
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
BDP	Bibliothèque de droit public
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
C. civ.	Code civil
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCC	Contrats concurrence consommation
CCI	Chambre du commerce et de l'industrie
CE	Conseil d'Etat
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Ch.	Chapitre
Chron.	Chronique
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMP	Contrats et marchés publics
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Comm.	Commission européenne
Concl.	Conclusions
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contrats-Marchés publ.	Contrats et marchés publics
CP-ACCP	Contrats publics, actualité de la commande et des contrats publics
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
D.	Recueil Dalloz-Sirey
DA	Droit administratif
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Déc.	Décision
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire

Dir.	Direction
DP	Dalloz périodique
éd.	Édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'Etat
Fasc.	Fascicule
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
GDCC	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
GDDAP	Grandes décisions du droit administratif des biens
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>J.-Cl. Adm</i>	Juris-classeur Administration
<i>J.Cl. Propriétés publiques</i>	Juris-classeur Propriétés publiques
JCP A.	La Semaine Juridique Administration et Collectivités territoriales
JCP G	La Semaine Juridique – Edition générale
JCP	La semaine juridique
JO	Journal officiel
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée Nationale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
Jurispr.	Jurisprudence
L.	Loi
La Doc. Fr.	La Documentation Française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
NBT	Nouvelle bibliothèque de thèses
Nouv. Cah. Cons. const.	Nouveaux cahier du Conseil constitutionnel
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
Ord.	Ordonnance
Préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUS	Presses universitaires de Strasbourg
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit Public et de la science politique en France et à l'étranger
RDS	Revue des sociétés
RDSS	Revue du droit sanitaire et social
RDT com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rec. T.	Tables du recueil Lebon
Rec.	Recueil
Rééd.	Réédition
Réimp.	Réimpression
Rép. civ. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit civil
<i>Rép. Cont. Adm. Dalloz</i>	Répertoire de contentieux administratif Dalloz
Rép. droit comm.	Répertoire de droit communautaire
Rev. des concessions	Revue des concessions départementales et communales
Rev. Lamy conc.	Revue Lamy de la concurrence
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFF	Réseau ferré de France

RGA	Revue générale d'administration
RGD	Revue générale du droit
RIDE	Revue Internationale de droit économique
RJEP	Revue juridique d'économie publique
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RLCT	Revue Lamy des collectivités territoriales
RLT	Revue de législation toulousaine
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
s.	suivant
Sect.	Section
Spéc.	Spécifiquement
t.	Tome
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
Trad.	Traduction
TUE	Traité sur l'Union européenne
V.	Voir

Sommaire

PARTIE I. LE POUVOIR DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC : UNE PUISSANCE PUBLIQUE PROPRIÉTAIRE

TITRE I. LA FORMATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE GESTIONNAIRE

Chapitre I. La généalogie d'une puissance publique propriétaire

Chapitre II. L'édification d'une puissance publique patrimoniale

TITRE II. LA RECONSTRUCTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE GESTIONNAIRE

Chapitre I. Le constat d'une spécificité du pouvoir de gestion en droit positif

Chapitre II. La redéfinition théorique d'un pouvoir spécifique

*

* *

PARTIE II. LE POUVOIR DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC : UNE PUISSANCE PUBLIQUE EN INTERACTION

TITRE I. LES INTERACTIONS AU STADE DE L'ACCÈS AU DOMAINE PUBLIC

Chapitre I. Penser un droit subjectif au domaine public face au pouvoir de gestion

Chapitre II. Identifier les droits subjectifs au domaine public face au pouvoir de gestion

TITRE II. LES INTERACTIONS AU STADE DE L'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC

Chapitre I. Les droits réels : une relecture des interactions entre le pouvoir de gestion et les occupants

Chapitre II. La prédominance du pouvoir de gestion sur les utilisations du domaine public

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Gérer un patrimoine, c'est sans doute le conserver, mais chacun sait qu'une gestion heureuse dépend de l'habileté avec laquelle on a su, à temps, en renouveler les éléments. De la même façon, sur le plan politique, les activités gestionnaires sont celles [...] qui tendent à utiliser les énergies incluses dans la société pour promouvoir son développement dans le sens du bien commun »¹.

1. « Le pouvoir de gestion est devenu une telle évidence qu'on n'éprouve même plus le besoin de revenir dessus »². À s'en tenir aux propos du Professeur C. Chamard-Heim, une étude sur le pouvoir de gestion du domaine public serait surabondante. L'existence du pouvoir de gestion est en effet acquise dans le droit positif, en tant qu'incarnation de la relation entre la personne publique et le domaine public. Et pourtant, si la doctrine s'est largement saisie du pouvoir de gestion, elle ne s'accorde pas sur sa définition, qui reste un champ d'exploration théorique. Or, toute théorie est une « vue de l'esprit »³. Comme le rappelle le Professeur P. Amselek, « la science ne décrit pas, les lois scientifiques ne sont pas des descriptions : Ce sont [...] des outils élaborés à partir d'observations ou de descriptions, mais qui ne décrivent pas eux-mêmes le monde, qui ne constituent pas des tableaux de ce qui se donne à voir, mais des espèces de “clefs” ou “grilles de lecture” qui, mentalement surimposées au monde, permettent de se repérer dans ses productions »⁴. Si la doctrine a débattu ardemment sur la question du pouvoir de gestion, sur ses fondements et sur ses effets, il n'est pas vain d'imprimer un nouveau regard, et de renouveler les outils qui ont permis son appréhension, afin de proposer une autre « vue » du pouvoir de gestion du domaine public.

2. « Il n'est guère de chapitres du droit administratif qui doivent autant à la source doctrinale que le droit de propriété et du domaine public »⁵. L'affirmation du Professeur Y. Gaudemet se confirme pleinement au sujet de la construction de la gestion du domaine public. Présente dès le début du XIX^e siècle dans la littérature juridique, la notion de gestion, *lato sensu*, est d'abord une notion doctrinale, mais elle n'a pas encore de véritable profondeur théorique, il n'y a pas non plus

¹ G. BURDEAU, *L'État*, Seuil, « Points-Politique », 1970, rééd. 2009, p. 170-171.

² C. CHAMARD-HEIM, comm. sur CE, Sect., 20 déc. 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, GDDAB, comm. n° 41, p. 363-364.

³ « Théorie », in A. LALANDE (dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF « Quadrige », rééd. 2010, p. 1127.

⁴ P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.*, 1997, p. 337.

⁵ Y. GAUDEMET, préf. Ph. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, « BDP », 1997, p. XII.

d'accord sur sa signification. Elle émerge des premières tentatives de définition de la matière administrative. Son usage a alors une vertu descriptive et explicative des interventions administratives, principalement au sujet des patrimoines publics⁶. Ce n'est qu'à partir de la fin du XIX^e siècle que la notion de gestion recouvre une signification plus précise à travers la clef de répartition de compétences entre les deux ordres de juridiction, et à travers la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Une dynamique se crée et « le besoin de grouper systématiquement certains faits administratifs autour de l'idée de gestion »⁷ est au cœur d'un débat théorique intense au moment de « l'âge d'or du droit administratif »⁸. La doctrine ne s'arrête pas à un travail de systématisation. Un travail réflexif et conceptuel s'amorce et se développe. La gestion est réappropriée par Hauriou dans son opuscule consacré à *La gestion administrative*⁹. Bien que la théorie de la gestion administrative ne soit pas circonscrite au domaine public, elle fournit une assise théorique à certaines interventions de l'administration, elle pose les jalons d'une nouvelle vision des rapports avec les administrés. De même, Duguit et Jèze produisent une réflexion sur le pouvoir des agents préposés à la gestion du domaine public. En dépit de leurs présupposés théoriques divergents, la gestion est assignée à une même fonction dans leur discours : rendre compte des nouvelles modalités de l'intervention économique de l'administration domaniale. La construction juridique du pouvoir de gestion est une des situations où la doctrine précède la jurisprudence. Dans tous les cas, la gestion s'inscrit dans un ensemble conceptuel plus vaste. Elle a sa place à la fois dans la théorie institutionnelle de Hauriou et dans la doctrine objectiviste de l'école du service public. La thèse d'A. de Laubadère est aussi le moment d'une refonte de la maîtrise du domaine public autour de la propriété administrative et, par extension, autour de la gestion¹⁰.

3. Néanmoins, le juge administratif est le principal architecte de la matière domaniale, appuyé par la « doctrine organique »¹¹ qui joue une fonction première d'explicitation et donc de légitimation. Le pouvoir de gestion émerge de conclusions célèbres, telles que celles du Commissaire du gouvernement Chenot¹². Surtout, par la jurisprudence *Société nationale d'éditions*

⁶ G. J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ, « BDP », 1991.

⁷ M. HAURIOU, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Dalloz, 1899, rééd. 2012, p. 1.

⁸ N. HAKIM et F. MELLERAY (dir.), « Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle », Dalloz, « Méthodes du droit », 2009.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Sirey, 1935. V. aussi, G. WATRIN, « Quelques rapports entre les notions de police, domaine public et service public », *RDP*, 1936, p. 147.

¹¹ Sur la notion de doctrine organique, v. J.-J. BIENVENU, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, 1985, p. 153.

¹² B. CHENOT, concl. sur CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, *RDP*, 1944, p. 236.

cinématographiques en date du 20 décembre 1957¹³, le juge administratif consacre l'existence de la gestion, en mentionnant pour la première fois « l'autorité chargée de la gestion du domaine public » et « ces pouvoirs de gestion »¹⁴. C'est à partir de cette période qu'émerge véritablement l'accolade entre le pouvoir et la gestion. Par parallélisme sémantique, en référence au *pouvoir de police*, le juge, suivi par la doctrine, érige cette terminologie afin de souligner les nouveaux mécanismes qui gouvernent les pouvoirs de l'administration domaniale sur les dépendances du domaine public. Mais, entre la jurisprudence *SNEC* et l'époque contemporaine, le pouvoir de gestion recouvre-t-il les mêmes réalités ? Les mutations de son objet, le domaine public, en complexifient « l'évidence ».

§1. L'APPRÉHENSION DU POUVOIR DE GESTION COMME POUVOIR JURIDIQUE

1. *Le domaine public, objet du pouvoir de gestion.* Le domaine public, catégorie particulière du droit administratif, répond « à la nécessité d'offrir une protection particulière à certains biens publics »¹⁵, propriétés des personnes publiques. Plongeant ses racines dans le droit de l'Ancien Régime¹⁶, le domaine public fait partie des notions fondatrices du droit administratif, au cœur de l'action de l'État et de la maîtrise de son territoire¹⁷. Ces origines expliquent sans doute que la domanialité publique concerne majoritairement les biens immobiliers et certains biens meubles corporels¹⁸, et non les biens incorporels¹⁹. Le domaine public est, parmi les catégories de droit administratif²⁰, le dernier bastion d'une appréhension stricte du critère organique : un bien ne peut appartenir au domaine public s'il n'est pas préalablement la propriété d'une personne publique. Le domaine public épouse aussi les finalités de l'action administrative : il s'agit d'un bien affecté à une utilité publique, usage de tous ou service public, et aménagé à cet effet.

¹³ CE, sect., 20 déc. 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques (SNEC) : *Rec.*, p. 702 ; *S.*, 1958, p. 73, concl. Guldner ; *JCP*, 1959, 2, 10913, note Mimim ; *D.*, 1958, somm. 45 ; *RFDA*, 1957, p. 1958.

¹⁴ Le « pouvoir de gestion » est mentionné aussi dans l'arrêt CE, 2 mai 1969, Sté Affichage Giraudy : *Rec.*, p. 238 ; *AJDA*, 1970, II, p. 110, note A. de Laubadère.

¹⁵ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, « Thémis Droit public », 1995, p. 351.

¹⁶ V. de manière générale, G. LEYTE, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècle)*, Presses universitaires de Strasbourg, 1996 ; du même auteur, « Domaine (Public et privé) », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF « Quadrige », 2003, p. 406. V. aussi, M. MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de la domanialité publique*, Sirey, 1902 ; J.-M. HUET-GUYARD, *La distinction du domaine public et du domaine privé*, Domat-Montchrestien, 1939 ; P. CHRÉTIEN, *La distinction des domaines comme forme symbolique. Recherches relatives au droit des biens publics*, Thèse Paris I, 1990.

¹⁷ Ch. LAVIALLE, « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien Régime », *Droits*, 1992, p. 19.

¹⁸ G. CLAMOUR, « Liberté contractuelle et propriété publique mobilière », in G. CLAMOUR (dir.), *Contrats et propriétés publiques*, LexisNexis, « Colloques & débats », 2011, p. 237.

¹⁹ Au sujet de l'extension de la domanialité publique mobilière aux biens incorporels, v. O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Le patrimoine immatériel de l'État », in *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 23 ; P.-A. ROHAN et R. LEONETTI « Vers une définition prétorienne d'un domaine public mobilier *praeter legem* : à propos de l'affaire APRR », *AJDA*, 2012, p. 208.

²⁰ Sur ce point, v. P. SABOURIN, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP*, 1971, p. 589.

2. Mais le domaine public est contesté, jugé inapte aux relations marchandes²¹. Dénonçant son « hypertrophie pathologique »²², la doctrine invite à un recentrage autour des biens indispensables à la collectivité ou, au moins, à une réévaluation des critères de la domanialité publique²³. Le Professeur J. Morand-Deville évoque « la crise du domaine public »²⁴, G. Bachellier s'interroge sur la « pertinence du concept »²⁵, le Professeur Ch. Laviolle appelle à son « renouveau »²⁶. Le domaine public est effectivement concurrencé par des modèles alternatifs de biens privés affectés à un service public²⁷ ; la privatisation des grands E.P.I.C est également un vecteur de réduction du champ du domaine public. Ces causes externes s'accompagnent aussi de causes internes. Depuis la fin du XX^e siècle, le domaine public, comme d'autres catégories du droit administratif, subit un processus de « réécriture économique »²⁸, impulsé par le droit de l'Union européenne. Dès lors, faut-il considérer le domaine public comme une « catégorie menacée », en voie de disparition, ce qui invaliderait la pertinence d'une étude dont il serait l'objet ? Bien que contesté, le domaine public reste le cœur du droit administratif des biens. Il reste un régime pertinent, remodelé au gré des évolutions et des nécessités de l'action administrative, preuve de son adaptabilité. Le juge administratif, par petites touches, et le législateur, par l'exercice de la codification²⁹, confortent et renouvellent la domanialité publique, et de ce fait, les modalités de l'exercice du pouvoir de gestion.

4. Dans son sens commun, la gestion implique l'administration d'un bien « pour le compte d'une autre personne, d'une collectivité [ou] d'une entreprise »³⁰. Pour la science administrative, la gestion est une activité particulière de la vie administrative, distincte des activités de direction³¹. Pour les juristes, la gestion est un « procédé »³² spécifique de la vie juridique³³. Appliqués au

²¹ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, « BDP », 2001.

²² Y. GAUDEMET, « La circulation des propriétés publiques », *JCP N*, 2006, étude n° 1343.

²³ F. MELLERAY, « La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique. Remarques sur la modernisation annoncée du domaine public », *AJDA*, 2004, p. 490. M. WALINE a la paternité de l'expression, v. *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, Jouve, 1925, p. 29.

²⁴ J. MORAND-DEVILLER, « La crise du domaine public. À la recherche d'une institution perdue », in *Le droit administratif, permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 737.

²⁵ G. BACHELIER, « Le concept du "domaine public" : un concept toujours pertinent », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 35.

²⁶ Ch. LAVIALLE, « Le domaine public : une catégorie menacée ? », *RFDA*, 1999, p. 578.

²⁷ Sur cette question, v. C. LOGÉAT, *Les biens affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, 2011.

²⁸ J. CAILLOSSE, « Le droit administratif français saisi par la concurrence », *AJDA*, 2000, p. 99.

²⁹ Sur le Code général de la propriété des personnes publiques, v. Ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006, en vigueur depuis le 1^{er} juillet, ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : JO, 13 mai 2009. Sur ce point, v. C. MAUGÛE et G. BACHELIER, « La ratification du code général de la propriété des personnes publiques, enfin ! », *AJDA*, 2009, p. 1177.

³⁰ « Gestion », in *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., version informatisée, atilf.atilf.fr/academie9.

³¹ E. PISANI, « Administration de gestion, administration de mission », *RFSP*, 1956, p. 315. V. aussi, Ch. DEBBASCH, *Science administrative*, 3^e éd., Dalloz, 1976, p. 407 et s.

³² P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, rééd. Dalloz, 2012, p. 271.

³³ La locution pouvoir de gestion est utilisée en droit du travail au sujet du pouvoir de l'employeur (F. GAUDU, *Droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, « Cours », 2011, p. 106 ; E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, Dalloz, « NBT », 2011, p.

domaine public, en référence à la définition large proposée par le Professeur Ph. Yolka, « les actes de gestion sont [...] des mesures d'administration du domaine qui emportent des effets de droits à l'égard des particuliers, mais qui se distinguent des pouvoirs de police »³⁴. La gestion incarne donc sur un plan juridique la relation entre les personnes publiques et le domaine public, tout en produisant des effets sur les usagers. Mais la gestion s'insère dans une grande incertitude terminologique. En confondant les vocables utilisés par la doctrine et par le juge administratif, peuvent être recensés « l'acte de gestion », le « procédé de gestion », la « logique gestionnaire » et l'« opération de gestion ». Surtout, dans le langage du droit, la gestion est pensée principalement à la fois comme une activité juridique et comme un pouvoir juridique. Mais, « signe du temps ou signe d'un abandon ? On ne parle plus guère du “pouvoir de gestion du domaine public” »³⁵, comme si l'appréhension de la gestion par le biais de la notion d'activité juridique semblait plus pertinente, notamment pour rendre compte des mécanismes d'externalisation ou des finalités de valorisation. La notion d'activité juridique bénéficie clairement d'une acception plus large, elle permet d'agréger l'ensemble de la production des actes juridiques et matériels. Cependant, si le choix d'une définition large peut faciliter l'analyse d'une matière, il compromet aussi le résultat de l'enquête. Trop générique, l'activité juridique a également la seule vertu fonctionnelle de délimiter une sphère d'intervention, elle n'explique pas son fondement, ni ses modalités, ni ses effets juridiques. En outre, sous un autre aspect, l'activité juridique n'est pas la source du pouvoir, objet de notre étude, mais plutôt le produit de son exercice³⁶. À se référer à la définition proposée par Bonnard, « à la base de toute activité juridique, on trouve, procédant de règles de droits, *des pouvoirs et des devoirs* en vertu desquels elle s'exerce. Un ensemble de pouvoirs et de devoirs relatifs à une certaine matière constitue une *situation juridique* »³⁷. Il est donc préférable de garder le terme de *pouvoir de gestion* qui offre une perspective plus pertinente : en effet, l'enjeu de notre étude n'est pas seulement de déterminer le champ et le régime des actes de gestion, il est de proposer une lecture plus globale, de s'interroger sur son identité et sur ses interactions avec les administrés. Mais si la gestion du domaine public est envisagé comme un pouvoir juridique, il faut encore définir ces derniers termes.

62), et en droit de la famille au sujet du pouvoir de tuteur (F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, 8^e éd., Dalloz, 2012, p. 298).

³⁴ Ph. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, « BDP », 1997, p. 213.

³⁵ C. CHAMARD-HEIM, comm. sur CE, sect., 20 déc. 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques : GDDAB, 1^{re} éd., Dalloz, 2013, p. 355.

³⁶ Sur ce point, R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 2^e éd., Rousseau, 1922, p. 563 : « Toute entité constituée à titre suffisamment autonome, et productrice d'activité juridique, devient un sujet de droit, dès qu'elle a une volonté qui lui soit affectée pour exercer les pouvoirs qui lui sont attribués à titre de droits ». V. aussi, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2008.

³⁷ R. BONNARD, *Précis de droit public*, 6^e éd., Sirey, 1944, p. 6 (souligné par l'auteur).

5. Le pouvoir juridique est une puissance « légitimée » et « réglée » par le droit³⁸, qui structure un rapport entre son bénéficiaire et son destinataire. C'est la conclusion à laquelle parvient Jellinek au sujet du pouvoir de commandement : « le pouvoir de commander devient juridique par cela même qu'il est limité. Le Droit, c'est le Pouvoir juridiquement limité. [...] Le pouvoir de l'État n'est donc pas purement et simplement un pouvoir, c'est un pouvoir exercé dans certaines limites juridiques ; par là, c'est un pouvoir juridique »³⁹. Une telle analyse, suppose cependant des apports complémentaires pour cerner davantage la notion de pouvoir juridique. D'abord, le pouvoir juridique est un moyen d'action attribué à son titulaire et qui lui permet de jouir d'une position privilégiée par rapport aux tiers. Ensuite, le pouvoir juridique est un moyen de produire du droit. Le pouvoir juridique est donc synonyme d'habilitation, également proche des notions de compétence ou de capacité⁴⁰. Enfin, le pouvoir juridique s'exprime de différentes manières. En référence à la définition d'Eisenmann de la norme juridique, le pouvoir juridique permet « de viser des actes ou des actions, soit pour les prescrire, pour prescrire de les accomplir, soit pour les interdire, interdire de les accomplir, soit pour les permettre, c'est-à-dire permettre ou de les accomplir ou de ne pas les accomplir »⁴¹. Le pouvoir juridique revêt aussi différentes modalités, il peut être un « pouvoir de volonté », un « pouvoir d'obtenir », un « pouvoir d'exiger »⁴², un « pouvoir d'agir »⁴³. Il peut être aussi un pouvoir sur les personnes⁴⁴ ou, s'il s'apparente à la propriété, il est un « pouvoir juridique sur la chose [qui] se caractérise par le pouvoir d'en exclure autrui »⁴⁵. Il n'y a donc pas une seule manière de définir le pouvoir juridique et l'ensemble de ces définitions illustre les difficultés à saisir cet objet juridique, et par voie de conséquence, les difficultés à définir le pouvoir de gestion.

³⁸ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, 1994, PUF « Léviathan », 1994, p. 9.

³⁹ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, 2nde Partie, 1911, rééd. Panthéon Assas, LGDJ, « Les introuvables », 2005, p. 6-7. V. aussi, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, 1920, rééd. Dalloz, 2003, p. 230.

⁴⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*, p. 152 : « En tant qu'il s'agit de la fonction qui consiste à exercer un pouvoir juridique conféré par l'ordre juridique, cette limitation de la notion de compétence n'est pas justifiée. Capacité de faire des actes infra-législatifs et droits subjectifs privés ou politiques sont attributions ou compétences au même sens que la faculté attribuée à certains individus de voter des lois, de prendre des décisions juridictionnelles ou d'édicter des mesures administratives ». V. aussi, E. MAULIN, « Compétence, capacité et pouvoir », in Travaux de l'AFDA, *La compétence*, LexisNexis, « Colloques et débats », 2008, p. 33.

⁴¹ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, LGDJ, 1982, p. 375, cité par N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », in Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, LexisNexis, « Colloques et débats », 2012, p. 182.

⁴² Sur les différentes acceptions du pouvoir juridique, v. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. Dalloz, 2003, p. 138 et s.

⁴³ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, 1983, p. 269. Sur ce point, v. N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, « NBT », 2009, p. 272.

⁴⁴ Sur la distinction entre pouvoir sur les personnes et pouvoir sur une chose, v. X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale. Étude de droit comparé interne*, LGDJ, « BDP », 2006, p. 369.

⁴⁵ M. LÉVIS, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, p. 123.

6. Le pouvoir juridique est souvent pensé à travers la notion de prérogative juridique, à tel point que leur usage apparaît presque interchangeable, ainsi qu'en témoignent les termes du Professeur F. Moderne qui, au sujet des prérogatives administratives, évoque « les pouvoirs de décision et d'exécution »⁴⁶. D'abord, dans son sens commun la prérogative est un « avantage », un « droit », un « pouvoir lié à certaines fonctions »⁴⁷. Dans le *dictionnaire de l'Académie française*, la prérogative est une « faculté, [un] avantage dont certains êtres jouissent exclusivement ». Ensuite, dans la définition proposée par le *Vocabulaire juridique* de Cornu, la prérogative est un « pouvoir de droit, fondé en droit »⁴⁸. Enfin, les théories du droit administratif et le juge administratif, très coutumiers de la notion de prérogative, en font un usage récurrent, si l'on songe notamment à la prérogative de puissance publique, pour qualifier le pouvoir de l'administration. Le pouvoir juridique de l'administration relève de l'ordre de l'autorité et de la puissance publique, il est parfois associé à la souveraineté⁴⁹. Mais, la prérogative étant rapprochée du pouvoir et réciproquement, leur rapport relève de la synonymie et, en conséquence, n'informe en rien sur leurs définitions respectives. La définition du pouvoir juridique par le biais de la prérogative juridique n'est donc pas assez discriminante. Seule la pensée privatiste relativise la synonymie stricte entre le pouvoir et la prérogative, le premier est considéré comme une sous-composante du second : la prérogative est un droit subjectif lorsqu'elle est exercée dans l'intérêt personnel de son titulaire, elle est un pouvoir lorsqu'il en fait un usage altruiste pour le compte d'autrui⁵⁰. Une telle théorisation est néanmoins peu satisfaisante puisqu'elle relègue le pouvoir à un rang secondaire sous l'égide de la prérogative juridique. Pour souligner la richesse du pouvoir de gestion, un autre choix de définition du pouvoir juridique est à effectuer : le pouvoir de gestion n'est pas en soi une prérogative, mais *un ensemble de prérogatives* nécessaires à la maîtrise du domaine public. Néanmoins, cette esquisse de définition n'épuise pas les potentialités du pouvoir de gestion, et ne renseigne ni sur sa titularité, ni sur son fondement, ni sur son champ, ni sur ses

⁴⁶ F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, Thèse Bordeaux IV, 1960, t. I, p. 37 et s. V. aussi, C. COMBE, « Prérogative », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, « Quadrige », p. 1187.

⁴⁷ Le Trésor de la Langue Française informatisé, article « prérogative », atilf.atilf.fr

⁴⁸ « Pouvoir », G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., PUF, « Quadrige », 2011.

⁴⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, 1^{re} éd., 1910, rééd. 2010, p. 417 : « La souveraineté est la *suprema potestas*, elle appartient à la nation, elle est inaliénable et indivisible. Elle est un pouvoir juridique, mais elle n'est pas la source du droit » ; D. GRIMM, « La souveraineté », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, Dalloz, « Traités », 2012, p. 558.

⁵⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p. 190 et s. ; E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, Economica, 1985. *Contra* H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant LGDJ, « La pensée juridique », 2^e éd., 1962, rééd., 1999. Selon l'auteur, à condition d'admettre une définition technique du droit subjectif, le droit subjectif peut être appréhendé comme un pouvoir juridique : « ce pouvoir juridique est une donnée distincte de l'obligation juridique que son exercice doit faire valoir ; c'est seulement dans l'exercice de ce pouvoir juridique que l'individu apparaît comme "sujet" d'un droit distinct de l'obligation juridique. C'est seulement lorsque l'ordre juridique confère un semblable pouvoir juridique qu'existe un droit au sens subjectif, distinct de l'obligation juridique, un droit au sens technique ».

effets juridiques. L'enjeu de notre étude est de répondre à ces différentes interrogations et de proposer une définition qui rende compte de la particularité du pouvoir de gestion du domaine public, et particulièrement de la puissance publique qu'il incarne, dont le fondement et l'intensité posent des questions théoriques.

§2. UNE PROPOSITION DE DÉFINITION DU POUVOIR DE GESTION

7. *Le pouvoir de gestion : une construction théorique.* Selon Latournerie, si « le juge participe à sa création », « le savant observe le droit »⁵¹. À l'instar de ce qu'affirme Esmein au sujet de l'analyse du droit civil⁵², la jurisprudence est (et doit être) le principal objet d'étude de la doctrine, qui adhère d'ailleurs au « modèle du juge constructeur du droit »⁵³, consciente que les catégories domaniales se sont construites, selon la formule célèbre de Rivero, « sur les genoux de la jurisprudence »⁵⁴. Cependant, dans la jurisprudence *SNEC* et dans ses suites jurisprudentielles⁵⁵, le juge administratif n'affirmant rien, ou peu de choses, sur le fondement ou sur l'étendue du pouvoir de gestion, rédigeant « les motifs de ses arrêts avec une concision qui frise parfois l'hermétisme »⁵⁶, il laisse le champ libre au débat doctrinal. Les analyses aussi bien technicistes et contentieuses que conceptuelles foisonnent. La doctrine réunit les différentes conséquences imputées à la gestion du domaine public. Elle procède par induction, elle regroupe les données du droit positif, majoritairement jurisprudentielles, autour de grands thèmes, tels que « l'exploitation du domaine public »⁵⁷, elle s'interroge sur l'émergence des catégories juridiques⁵⁸, elle se livre à un travail de systématisation.

8. L'émergence des manuels de *Droit administratif des biens*, la multiplication des thèses et des articles sont la preuve d'un questionnement continu au sujet d'une matière en constante évolution. La création doctrinale n'est peut-être plus structurée par un système d'école de pensée⁵⁹. Mais la matière domaniale est épargnée par la « réduction considérable du champ réflexif »⁶⁰ dénoncée par le Professeur J.-J. Bienvenu. Dans sa construction doctrinale, le pouvoir

⁵¹ R. LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in *Le Conseil d'État. Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Sirey, 1952, p. 259.

⁵² A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD Civ.*, 1902. t. I, p. 5.

⁵³ Y. POIRMEUR et E. FAYET, « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit », in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP, PUF, 1993, p. 97.

⁵⁴ J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 30.

⁵⁵ CE, 2 mai 1969, Société Affichage Giraudy : *Rec.*, p. 238 ; *AJDA*, 1970, II, p. 110, note A. de Laubadère.

⁵⁶ J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd. 1960, rééd. Dalloz, 2011, p. 27.

⁵⁷ J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, LGDJ, 1969.

⁵⁸ Ch. LAVIALLE, « La doctrine universitaire et le droit domanial », in *Les Facultés de Droit inspiratrices du Droit ?*, Actes des Colloques n°3, PUT, 2005, p. 121.

⁵⁹ J. CHEVALLIER, « La fin des écoles », *RDP*, 1997, p. 690.

⁶⁰ J.-J. BIENVENU, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, 1985, p. 153.

de gestion est au confluent d'influences diverses provenant d'horizons juridiques différents. Le pouvoir de gestion est traité dans la littérature juridique, dans des études consacrées à la propriété publique⁶¹, à la distinction des biens publics et des biens privés⁶², à la circulation des biens des personnes publiques⁶³, à la police sur le domaine public⁶⁴. Le pouvoir de gestion est loin d'être le parent pauvre de la matière domaniale, considéré par beaucoup comme le révélateur d'une conception moderne de la domanialité publique. Mais il faut convenir que la propriété publique a exercé un tropisme et a quelque peu éclipsé le pouvoir de gestion dans les analyses doctrinales. Le pouvoir de gestion est souvent une sous-composante d'une analyse plus globale axée sur le rapport entre les personnes publiques et leur dépendance domaniale. Seuls quelques auteurs consacrent à ce sujet leur thèse de doctorat, celle du Professeur É. Fatôme⁶⁵, celle particulièrement de P. Lafage⁶⁶, sans oublier l'article du Professeur Ch. Lavialle consacré à *L'acte de gestion domaniale*⁶⁷. Que ce soit de manière directe ou indirecte, la doctrine s'empare de ce sujet de manières diverses, soit en s'intéressant à son fondement et à son étendue, soit sous un angle analytique ou conceptuel. Observatrice du droit positif, la doctrine souligne aussi « la mutation d'une prérogative administrative »⁶⁸ orientée vers la « valorisation du domaine public »⁶⁹ et confrontée à la montée en puissance des droits des administrés. Certains travaux insistent également sur l'évolution du cadre normatif, notamment au regard de la rencontre entre la gestion du domaine public et l'ordre concurrentiel⁷⁰.

9. Bien que de nombreux aspects aient été déjà explorés, l'étude du pouvoir de gestion du domaine public reste une matière à réflexion. Si le pouvoir de gestion est un champ doctrinal très riche, sa signification fait débat. Les auteurs, tels que les Professeurs C. Chamard-Heim⁷¹, Y. Gaudemet⁷², Ch. Lavialle⁷³ et Ph. Yolka⁷⁴ s'opposent au Professeur J. Dufau⁷⁵ et à H. Moysan⁷⁶ au

⁶¹ Ph. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, « BDP », 1997 ; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, « BDP », 2001.

⁶² C. CHAMARD-HEIM, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, « NBT », 2004.

⁶³ N. BETTIO, *La circulation des biens des personnes publiques*, LGDJ, « BDP », 2009.

⁶⁴ É. PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, « BDP », 1984, spéc. p.845 et s. ; C. KLEIN, *La police du domaine public*, LGDJ, 1966.

⁶⁵ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation sur le domaine public affecté à l'usage de tous*, Thèse Caen, 1974.

⁶⁶ P. LAFAGE, *Le pouvoir de gestion du domaine public. Essai sur les mutations d'une prérogative administrative*, Thèse Chambéry, 2000.

⁶⁷ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », in *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 265.

⁶⁸ P. LAFAGE, *Le pouvoir de gestion du domaine public. Essai sur les mutations d'une prérogative administrative*, Thèse Chambéry, 2000.

⁶⁹ J. MORAND-DEVILLER, « La valorisation économique du domaine public », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 276.

⁷⁰ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai de pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, « NBT », 2006, p. 277 et s. ; A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, « BDP », 2009, p. 42 et s.

⁷¹ C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. II, Dalloz, 2011, p. 314 et s.

⁷² Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, t. II, 14^e éd., LGDJ, 2011, p. 195 et s.

sujet du fondement du pouvoir de gestion. Les premiers prônent une approche moniste de son fondement à l'opposé de l'analyse dualiste portée par les seconds. Il n'y a pas non plus d'accord sur l'étendue du pouvoir de gestion. Si certains auteurs, tels que le Professeur Ph. Yolka et P. Lafage, militent pour l'intégration de l'ensemble des occupations du domaine public dans le pouvoir de gestion, d'autres définissent les permis de stationnement comme des actes de police. L'analyse du pouvoir de gestion oscille entre les deux présupposés méthodologiques traditionnels de la doctrine administrativiste : entre le conceptualisme et l'empirisme juridique⁷⁷. Les analyses doctrinales produisent des résultats différents qui souvent se complètent et qui parfois s'opposent. En effet, « parce que la matière est riche en notions fondamentales du droit : propriété, souveraineté, personnalité juridique publique, elle est forcément au cœur de conflits théoriques portant sur les éléments constitutifs de l'État et de la vie sociale »⁷⁸. C'est dans le croisement de ces problématiques que s'inscrit notre démarche. Une même jurisprudence peut faire l'objet de multiples interprétations, elle peut s'inscrire dans divers systèmes de pensée. Comme jadis, pour Hauriou et Duguit, la jurisprudence est le principal matériau des constructions doctrinales qui véhiculent une certaine représentation du droit. Sur ce point, la pensée de Michoud reste parfaitement pertinente : « Ce que l'on trouve dans les arrêts, ce sont les matériaux de la construction juridique, non la construction juridique elle-même »⁷⁹. Le pouvoir de gestion s'inscrit donc dans un rapport dialogique entre les acteurs du droit et la doctrine. La *disputatio* théorique qui entoure le pouvoir de gestion est encore vive, elle est même ravivée depuis le Code général de la propriété des personnes publiques. En témoigne le débat qui entoure l'objet ou les effets (vis-à-vis de l'administration ou des tiers) des droits réels sur le domaine public. En position d'extériorité par rapport au droit positif⁸⁰, la doctrine domaniale est soucieuse de rationaliser une matière autour d'une idée fondamentale, en particulier la propriété publique, la puissance publique ou l'affectation domaniale. Il s'agit de prendre part à cette discussion doctrinale, en inscrivant notre analyse non seulement dans une fonction explicative du pouvoir de gestion, mais dans la perspective d'une construction théorique et d'une définition.

⁷³ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », in *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 265-285

⁷⁴ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 212 et s., spéc. p. 259 et s.

⁷⁵ J. DUFAU, « Propriété publique et domanialité publique », préc.

⁷⁶ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, « BDP », 2001, p. 88 et s.

⁷⁷ T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, *op. cit.* ; M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, t. 1, 1963, p. 359 et s.

⁷⁸ Ch. LAVIALLE, « La doctrine universitaire et le droit domaniale », in *Les Facultés de Droit inspiratrices du Droit ?*, Actes des Colloques n°3, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁹ L. MICHOD, « Compte-rendu : Précis de droit administratif par Maurice Hauriou », *RGA*, 1893, t. 48, p. 6.

⁸⁰ *Contra* J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droits et Société*, n° 50, 2002, p. 103.

10. *L'intérêt d'une approche historique et généalogique.* La construction juridique du pouvoir de gestion s'inscrit dans une perspective diachronique. L'ensemble des concepts et théories qui ont permis son émergence façonnent nécessairement l'identité du pouvoir de gestion, et sont un prisme pour appréhender les débats relatifs à son fondement et les enjeux actuels qui traversent la domanialité publique. Le pouvoir de gestion est un objet juridique atypique. En effet, il « peut apparaître curieux de constater que [...] la gestion du domaine public est qualifiée [...] d'activité de puissance publique, alors que la notion de gestion renvoie davantage à l'économique qu'au politique, à la puissance privée que publique »⁸¹. La locution « pouvoir de gestion » étonne car elle est presque dans ses termes un oxymore : l'accolade de la gestion et du pouvoir semble être une « ingénieuse alliance de mots contradictoires »⁸², témoignant de la rencontre de deux mondes. Alors que la gestion renvoie, dans son sens commun, au monde des affaires, à l'économie, aux intérêts privés, à la patrimonialité⁸³, le pouvoir est de l'ordre du politique, de l'administration, sinon de l'autorité⁸⁴. La construction juridique du pouvoir de gestion du domaine public est effectivement historiquement le fruit d'un syncrétisme. Cette singularité explique les controverses doctrinales passées et présentes. Les problématiques qui ont entouré la genèse du pouvoir de gestion resurgissent : la distinction entre souveraineté et propriété, et celle entre patrimonialité et puissance publique, les tensions entre l'intérêt général et les intérêts particuliers sont au cœur des débats. Dans cette perspective, il importe de se pencher sur la généalogie du pouvoir de gestion, autrement dit sur sa gestation, afin de déceler les obstacles qui ont freiné son émergence. En effet, ironie de l'Histoire, ces mêmes obstacles théoriques resurgissent à l'heure de la confrontation du domaine public avec les exigences économiques. La démarche analytique et historique est donc ici privilégiée, au détriment d'une approche technicienne ou contentieuse. La compréhension du pouvoir de gestion comme construction juridique implique d'entremêler à la fois ses différentes théorisations en les discutant dans un esprit critique, tout en remontant le fil de l'Histoire, et les données du droit positif, précisément la production normative faite par les acteurs du droit. C'est pourquoi, au-delà des questions actuelles, une appréhension conceptuelle s'impose. L'étude du pouvoir de gestion du domaine public suppose de plonger dans le cadre conceptuel qui a permis son émergence. Convaincu que toute analyse doctrinale « ne peut

⁸¹ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », in *Mouvement du droit public, du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 265.

⁸² « Oximoron » in A. REY (dir.), *Le Robert. Dictionnaire historique de la langue française*, p. 2515.

⁸³ « Gestion », in *Dictionnaire de l'Académie française* : « Administrer pour le compte d'une autre personne, d'une collectivité, d'une entreprise, etc., ou, par extension, pour son propre compte ».

⁸⁴ V. « Pouvoir », in A. LALANDE (dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3^e éd., PUF « Quadrige », rééd. 2010, p. 801-802. Pour une distinction entre pouvoir et autorité, v. B. QUELQUEJEU, « La nature du pouvoir selon Hannah Arendt », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2001, p. 511.

s'éloigner dans le cadre de son travail, de l'histoire»⁸⁵, le choix de notre étude est d'abord d'appréhender le pouvoir de gestion comme une construction juridique modelée par le « chœur à deux voix »⁸⁶ composé par la doctrine et par la jurisprudence pour ensuite en proposer une définition. Notre étude repose sur le postulat selon lequel le pouvoir de gestion est le produit d'une évolution qui touche aux rapports entre les personnes publiques et le domaine public, entre les personnes publiques et les administrés. L'enjeu est donc double : il s'agit de croiser la perspective historique et généalogique non seulement avec les problématiques qui traversent actuellement la notion, mais aussi avec une approche structurelle susceptible d'inscrire dans la définition du pouvoir de gestion sa dimension relationnelle, c'est-à-dire les rapports de droit qu'il institue avec les administrés.

11. *Un conflit de la technique juridique.* La compréhension du pouvoir de gestion est une question de « technique juridique ». Sa construction juridique est d'abord le choix d'un « outillage juridique »⁸⁷. Or, le pouvoir de gestion du domaine public est tributaire des fonds conceptuels qui traversent le droit administratif, il est au cœur d'un « conflit dans le champ de la technique juridique »⁸⁸ : la tension entre l'objectivisme et le subjectivisme juridique. Cette tension, qui traverse l'ensemble du droit administratif, est déjà largement retracée par les thèses des Professeurs N. Foulquier⁸⁹, B. Plessix⁹⁰ et Ph. Yolka⁹¹ et celle de A.-L. Girard⁹². Des auteurs s'inspirent des schèmes offerts par les théories subjectivistes des civilistes et des publicistes allemands, d'autres les rejettent et forgent des concepts dans un moule exclusivement objectiviste. De manière générale, l'opposition entre l'objectivisme et le subjectivisme juridique est une opposition sur la structuration du droit. Alors que « les partisans d'une conception subjective du droit placent le *vinculum juris* unissant deux sujets de droit au cœur de leur discours », « les zéloteurs de l'objectivisme accordent, au contraire, une place centrale à la règle de droit dans leur entreprise de conceptualisation »⁹³. Selon les points de vue, les vocables changent. La conceptualisation objectiviste use plutôt des notions de règle de droit, de pouvoir légal, de situation juridique, de patrimoine d'affectation. Le discours subjectiviste privilégie le rapport de droit, la personnalité juridique, la propriété, la volonté, le droit subjectif ou le commerce

⁸⁵ Y. GAUDEMET, « Réflexions sur le rôle de la doctrine en droit public aujourd'hui », *RDA*, 2011, p. 32.

⁸⁶ J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 27.

⁸⁷ Sur cette notion, C. GIVERDON, « L'outillage juridique », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'hommage de François Terré*, PUF – Dalloz – Éd. du *JurisClasseur*, 1999, p. 276.

⁸⁸ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p. 78.

⁸⁹ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, « NBT », 2003.

⁹⁰ Sur ce point, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003.

⁹¹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*

⁹² A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, « NBT », 2012.

⁹³ *Ibid.*, p. 30.

juridique. En conséquence, « selon [...] que l'on adopte un point de vue objectiviste ou subjectiviste, la vision du domaine [public] change »⁹⁴, tout comme celle du pouvoir de gestion.

12. Le domaine public, plus que toute autre catégorie du droit administratif, est traversé par des influences diverses provenant en grande partie de la théorie civiliste. Au XIX^e siècle, l'apport le plus significatif à la théorie du domaine public provient d'un civiliste : Proudhon. Les emprunts d'instruments civilistes sont surtout à l'œuvre à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. Hauriou et Michoud établissent des ponts entre le droit public et le droit privé. La théorie de la personnalité juridique proposée par Michoud entend transcender la frontière entre le droit public et le droit privé. L'éminent privatiste, Saleilles, participe aussi à l'édification de la matière⁹⁵ en apportant une contribution notable à la théorie du domaine public⁹⁶. Il n'est pas étonnant que de nombreux auteurs se réfèrent au fonds conceptuel du droit civil, les théories s'élaborent « dans un milieu juridique imprégné de tendances et de traditions civilistes, grâce à l'action d'administrateurs, de juges, de membres du Parlement ou d'auteurs qui avaient été eux-mêmes formés à l'école du droit civil et du droit romain »⁹⁷. À la suite de la consécration jurisprudentielle de la gestion domaniale, les emprunts aux théories civilistes s'intensifient. La doctrine recourt aux concepts de propriété, de droit personnel, de droit réel, de servitude pour caractériser le pouvoir de l'administration et les rapports de celle-ci avec les administrés. D'ailleurs, pour comprendre ce processus d'emprunt, il est préférable, comme le propose le Professeur B. Plessix, de recourir au terme d'« utilisation » : « utiliser, c'est rendre utile, c'est satisfaire un besoin, c'est même faire servir, à une fin précise ce qui n'y était pas nécessairement ou spécialement destiné ». L'emprunt relève d'un choix, d'un processus volontaire dans une optique d'instrumentalisation. Les concepts civilistes sont transposés, adaptés, remodelés afin d'épouser la spécificité de l'intervention de l'administration⁹⁸. Mais l'utilisation des concepts civilistes est pour d'autres auteurs une vaine entreprise. Pour Berthélemy, le pouvoir de l'administration ne peut être pensé ni par le prisme du droit subjectif, ni par celui par la propriété. Étant conçus strictement pour des relations entre particuliers, ces concepts ne peuvent servir, selon l'auteur, à l'étude du pouvoir de l'administration qui s'exprime par le biais de prérogatives de puissance publique et qui incarne un

⁹⁴ Ch. LAVIALLE, « La doctrine universitaire et le droit domaniale », in *Les Facultés de Droit inspiratrices du Droit ?*, op. cit., p. 121.

⁹⁵ Sur ce point, L. MICHOD, « Raymond Saleilles et le droit public », RDP, 1912, p. 369.

⁹⁶ V. de manière générale, R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, L. Larose et Forcel, 1889.

⁹⁷ A. HAURIOU, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Sirey, 1934, p. 92.

⁹⁸ Sur la transposition de la propriété en droit public, v. M. XIFARAS, « Le Code hors du Code. Le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », *Droits*, 2006, p. 49. V. aussi M. WALINE, *Les mutations domaniales*, op. cit., p. 15 : « Les notions juridiques du droit privé sont en quelque sorte la matière première que le juriste de Droit public doit mettre en œuvre, la glaise qu'il doit pétrir, pour les adapter aux nécessités publiques ».

rapport de domination vis-à-vis de l'administré⁹⁹. La réponse objectiviste portée par Duguit et Jèze s'inscrit également dans ce projet d'autonomisation du droit administratif. Duguit est même convaincu que la marche inéluctable du droit public est son objectivisation, qui doit éliminer à terme toute référence au subjectivisme juridique¹⁰⁰. La règle juridique objective, le concept de « situation juridique » et le service public doivent supplanter tout autre instrument juridique dans la compréhension de la gestion du domaine public.

13. Cependant, l'idée selon laquelle la doctrine administrativiste est strictement séparée entre le subjectivisme et l'objectivisme juridique est caricaturale, autant que celle qui consiste à affirmer que le droit administratif est construit sur des fondations strictement objectivistes. Il est plus juste de parler de circulation des concepts. Les deux champs de la technique juridique irriguent les différentes conceptualisations. Hauriou prône les instruments subjectivistes mais il n'en fait pas un usage généralisé, il circonscrit l'existence de rapports de droit avec les usagers du domaine public à des hypothèses limitées. Duguit construit la gestion du domaine public sur des fondations objectivistes, mais il use du concept de volonté afin de rendre de compte des pouvoirs des agents sur le domaine public. Bonnard nie, dans un premier temps, le concept de personnalité juridique et celui de propriété, mais il recourt par la suite à ces concepts en complément de celui de droit subjectif, dans son étude des pouvoirs des administrés vis-à-vis de l'administration domaniale. Encore plus révélateurs sont les travaux de de Laubadère, de Waline et de Rivero. Ces auteurs enchevêtrent les vocables et les instruments relevant des deux champs de la technique juridique. Le pouvoir de l'administration sur le domaine public est pensé dans une perspective subjectiviste à partir de la propriété dite administrative¹⁰¹ à l'opposé des rapports avec les usagers structurés autour d'un concept objectiviste : celui de « situation juridique »¹⁰².

14. Dans la doctrine contemporaine, des outils d'analyse se sont imposés pour décrire telle ou telle facette du pouvoir de gestion. En raison de leur valeur pratique, les instruments, subjectivistes ou objectivistes, de la technique juridique sont donc entremêlés dans les discours.

⁹⁹ G. BIGOT, « Personnalité publique et puissance publique », in Travaux de l'AFDA, *La personnalité publique*, LexisNexis, « Colloques et débats », 2007, p. 17.

¹⁰⁰ Sur ce point, v. L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, p. 33 et s. ; G. JÈZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *RDP*, 1914, p. 311, spéc. p. 319. V. également, A. MESTRE et M. HAURIU, « Analyses et comptes rendus : L'État, le droit positif et la loi positive par Léon Duguit », *RDP*, 1902, p. 346.

¹⁰¹ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., LGDJ, 1975, p. 139-140 ; J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd. 1960, rééd. Dalloz, 2011, p. 483-484 ; M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Sirey, 1951, p. 510-511.

¹⁰² A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, p. 209. Sur la notion de situation juridique, v. R. LATOURNERIE, « Étude sur la classification des diverses situations juridiques », *RDP*, 1933, p. 327.

D'autre part, le conflit entre le subjectivisme et l'objectivisme juridique reste vivace, même s'il s'effectue à un autre niveau d'analyse. Dans la mesure où les acteurs du droit, le juge administratif et le législateur, opèrent eux-mêmes des emprunts au droit civil, la doctrine se concentre davantage sur la définition des notions utilisées dans l'édification du pouvoir de gestion. Les conceptualisations civilistes continuent à être des modèles, que ce soit pour l'auteur qui milite pour l'unité du concept partagé par le droit privé et le droit public, que pour celui qui souligne la spécificité du concept subjectiviste administratif. Ces références au droit civil sont critiquées par certains auteurs qui restent attachés à l'autonomie de la domanialité publique¹⁰³ ou alors elles sont jugées nécessaires pour comprendre les mécanismes existant sur le domaine public, à l'image des analyses du Professeur Y. Gaudemet qui opère un rapprochement entre la propriété publique et la propriété privée¹⁰⁴ ou entre le droit réel et le droit de superficie¹⁰⁵.

15. *Le choix d'une grammaire subjectiviste du droit : une approche structurelle.* L'enjeu de l'étude n'est pas seulement de retracer historiquement l'ambivalence entre l'objectivisme et le subjectivisme juridique qui traverse le pouvoir de gestion du domaine public mais d'opérer un choix : privilégier la méthodologie subjectiviste. Celle-ci marque l'adhésion à une certaine « grammaire du droit »¹⁰⁶, c'est-à-dire à un ensemble d'outils pour comprendre le pouvoir de gestion. Dans la continuité du mouvement de subjectivisation du droit administratif¹⁰⁷, une telle méthodologie s'impose en raison des évolutions qui touchent le pouvoir de gestion : les phénomènes de valorisation et d'exploitation, l'invocabilité des libertés, la soumission à l'ordre concurrentiel, l'application du droit européen, l'introduction des droits réels, la cession des droits sur le domaine public renforcent l'insertion du pouvoir de gestion dans un cadre relationnel. Le fonds conceptuel de la théorie du pouvoir de gestion semble même donner une large place aux instruments subjectivistes, que l'on songe à la personnalité juridique, à la propriété publique ou au commerce juridique. L'analyse de ce fonds conceptuel est un passage obligé pour l'étude du pouvoir de gestion, mais il est à approfondir afin d'offrir une lecture subjectiviste plus aboutie du pouvoir de

¹⁰³ J.-B. AUBY, « Propriété et gestion domaniale », *DA*, 2011, repère 7.

¹⁰⁴ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, t. II, 14^e éd., *op. cit.*, 2011, p. 22 et s.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 308 et s.

¹⁰⁶ Sur la notion de « grammaire du droit », v. O. JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in Travaux de l'AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, « Colloques et Débats », 2011, p. 25 ; N. FOULQUIER, « Rapport de synthèse », in Travaux de l'AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 231, spéc. p. 233.

¹⁰⁷ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, 2000, p. 179 ; Ph. YOLKA, « Pour une théorie des droits subjectifs des personnes publiques », *AJDA*, 2013, p. 313 ; P. DELVOLVÉ, « Propos introductifs. Droits subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in Travaux de l'AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 3.

gestion. Les théories des droits publics subjectifs¹⁰⁸, de la propriété publique, du droit réel administratif doivent être prises en compte mais aussi évaluées et discutées. Des références aux concepts civilistes sont à faire mais à condition de prendre des précautions méthodologiques en raison de leur dimension originellement individualiste. Le renouvellement conceptuel de la propriété privée et du droit réel ou les nouvelles recherches sur les rapports obligationnels dans la doctrine civiliste fournissent des outils d'analyse d'un intérêt « fonctionnel »¹⁰⁹ indéniable pour comprendre les nouvelles modalités de l'exercice du pouvoir de gestion.

16. Le choix du subjectivisme juridique comme méthodologie d'analyse n'est pas seulement le choix de tels ou tels concepts, il offre une lecture plus générale de l'objet de notre étude dans une perspective « dynamique »¹¹⁰. Pour reprendre la définition subjective de la norme proposée par Eisenmann, le pouvoir de gestion « fonde un rapport entre deux [ou plusieurs] personnes, [...] il y a lieu de distinguer les sujets actifs et les sujets passifs »¹¹¹. La méthodologie subjectiviste s'intéresse donc à la structure relationnelle du pouvoir de gestion par le prisme de la notion de rapport juridique et notamment de rapport de droit (*vinculum juris*). Cependant, pour l'étude du pouvoir de gestion, la prise en compte de relations uniquement entre personnes n'est pas suffisante. L'ensemble des rapports juridiques tourne autour de l'accès et de l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public. C'est pour cette raison que, dans le paysage des pouvoirs administratifs, le pouvoir de gestion occupe une place toute particulière. Le pouvoir de gestion est un rapport sur une chose entremêlant des rapports avec des personnes. Sa définition suppose une décomposition de sa structure, et suppose de saisir les deux extrémités du rapport dont le domaine public est la scène : le gestionnaire et l'utilisateur du domaine public.

§3. PLAN DE LA RECHERCHE

17. Le pouvoir de gestion incarne la maîtrise des personnes publiques sur le domaine public. Il est aussi le produit d'une construction juridique historique, qui a réussi à dépasser l'antagonisme entre puissance publique et propriété. Cette construction du pouvoir de gestion doit être confrontée aux évolutions récentes du droit positif et à l'interprétation jurisprudentielle.

¹⁰⁸ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934, rééd. Dalloz, 2006 ; J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Larose et Forcel, 1899.

¹⁰⁹ Sur l'idée de notion fonctionnelle, G. VEDEL, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP G*, 1948, I, n° 682. V. aussi, G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA*, 2009, p. 641.

¹¹⁰ A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.* L'auteur distingue l'approche dynamique propre aux théories subjectivistes et l'approche statique propre aux théories objectivistes.

¹¹¹ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 251, cité par N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 259.

Il s'agira, tout en tenant compte des incertitudes et des contradictions théoriques, de proposer une définition du pouvoir de gestion par référence au concept de *dominium*. Une telle lecture est susceptible d'éclairer l'étude et la compréhension de la spécificité du pouvoir de gestion du domaine public, et particulièrement de la spécificité de la puissance qu'il incarne (**Partie I**), dont il s'agira, dans un second temps, de mesurer l'intensité au regard de ses interactions avec les administrés. L'appréhension subjectiviste du pouvoir de gestion constitue donc une tentative de définition du pouvoir de gestion qui tient aussi compte de sa structure relationnelle avec les administrés. Sur le fondement de cette lecture, il est alors possible de comprendre l'évolution et la nature des rapports entre l'administration propriétaire et les administrés. Seront pris en compte les conditions de l'accès au domaine public, d'une part, et les conditions de son utilisation, d'autre part (**Partie II**).

PARTIE I. LE POUVOIR DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC : UNE PUISSANCE PUBLIQUE PROPRIÉTAIRE

PARTIE II. LE POUVOIR DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC : UNE PUISSANCE PUBLIQUE EN INTERACTION

PARTIE I – LE POUVOIR DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC : UNE PUISSANCE PUBLIQUE PROPRIÉTAIRE

18. L'élaboration théorique du pouvoir de gestion sollicite les matériaux de la méthodologie subjectiviste, empruntés à la doctrine civiliste, notamment la personnalité publique et la propriété, qui ne s'imposent dans la théorie du domaine public qu'au terme d'un vif débat. Plus qu'un simple exercice de transposition, une circulation des idées est à l'œuvre, un dialogue s'installe entre les publicistes et les privatistes dès le début du XIX^e siècle, au sujet du domaine public. La théorie domaniale s'élabore sur les travaux de l'École de l'exégèse, elle est surtout le produit de la réflexion de Proudhon, nourrie par la suite par celle de la doctrine publiciste. Lorsque le cadre de pensée évolue au début du XX^e siècle, Hauriou, Rigaud, Bernard, Bonnard, de Laubadère et Maroger convoquent les instruments issus de la glose civiliste, parallèlement à Saleilles qui apporte à la théorie domaniale des contributions fondatrices. Fruit de cette réflexion, le pouvoir de gestion constitue l'aboutissement d'une construction juridique relative à la maîtrise du domaine public. Il incarne ainsi un rapport juridique entre les personnes publiques et les dépendances domaniales, à travers le prisme de *l'être et de l'avoir*. Fleuron conceptuel de la doctrine civiliste, la propriété devient la pierre angulaire de la théorie du pouvoir de gestion, au prix de quelques ajustements et en dépit des tentatives de Berthélemy, de Duguit et de Jèze pour l'évacuer des théorisations relatives au domaine public. C'est surtout à la suite de la consécration de la gestion domaniale par le juge administratif que la propriété s'installe dans les discours comme clef de lecture de la jurisprudence.

19. La propriété n'assure pas seulement une titularité, un lien d'appartenance entre les personnes publiques et le domaine public, elle assure le fondement d'une volonté imputée à une personne publique. Comme le synthétise Bernard, « la base de tout droit de propriété repose sur un acte matériel, la détention ; les manifestations de volonté qui se produisent à l'occasion de certains biens peuvent être encore considérées à un point de vue *objectif*, mais du jour où l'on pénètre au milieu des relations du commerce juridique, la nécessité s'impose de rattacher à la personne juridique des droits que l'on qualifie de *subjectifs* »¹¹². Le pouvoir de gestion représente surtout la facette subjective de la propriété et peut être rapproché du concept de *domaine* ou de *dominium*. Ce concept cristallise le rapport entre la personne et la chose et il détermine le cadre des

¹¹² L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, Paris, Sirey, 1910, p. 17 (on souligne).

pouvoirs que détient le propriétaire. Le *domaine*, « attaché à la personne »¹¹³, est ainsi l'expression de la dimension subjective de la propriété et postule « la dualité de l'objet et du sujet »¹¹⁴.

20. Mais une autre perspective, quelque peu minorée, est à explorer : la construction théorique de la « puissance publique gestionnaire », ainsi désignée car le pouvoir de gestion représente une volonté à laquelle le droit accorde une force juridique particulière afin de satisfaire certains intérêts. La particularité de cette volonté imputée au pouvoir de gestion tient à son caractère de puissance publique. Or, si l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion semble acquise, elle est en réalité le produit d'une longue maturation doctrinale. À la suite de débats sur son fondement, sur son identité et sur son champ, une première définition du pouvoir de gestion s'est imposée : il s'agit d'un pouvoir juridique ayant pour fondement la propriété publique, tout en étant une expression de la puissance publique. Pour comprendre l'association, au sein du pouvoir de gestion, des prérogatives propriétaires (c'est-à-dire issues du droit de propriété) et des prérogatives de puissance publique, la question est à replacer dans un débat doctrinal dominé par la distinction entre la souveraineté et la propriété, « axiome de la science juridique »¹¹⁵ dont une partie de la doctrine réussit à promouvoir une lecture moins radicale.

21. L'approche généalogique s'impose, car si l'objet de notre étude est un carrefour associant des éléments préalablement séparés, il faut d'abord comprendre les tenants et les aboutissants de leur séparation, afin de saisir les enjeux de leur association, et par extension, les enjeux du pouvoir de gestion sur le domaine public. L'émergence du pouvoir de gestion est le témoin d'une évolution du domaine public, qui s'est rapproché du *dominium* et qui s'est « délesté [en conséquence] d'un peu d'*imperium* »¹¹⁶. Le pouvoir de gestion est aussi au cœur d'une réflexion cherchant à insérer la puissance publique dans un commerce juridique tout en préservant son unité catégorielle. Un équilibre est déterminé entre puissance publique, patrimonialité et exploitation du domaine public. À partir d'une sollicitation des outils subjectivistes, la construction juridique du pouvoir de gestion réussit à rationaliser la matière domaniale et fournit une clef de lecture du rapport entre les personnes publiques et le domaine public (**Titre I**). L'approche généalogique met en exergue les problématiques entourant l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion, ainsi que les mécanismes qui ont permis de rapprocher la

¹¹³ C.-B.-M. TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie et la pratique*, t. III, 5^e éd. Renouard, 1839, p. 55, cité par M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, « Fondements de la politique » p. 94

¹¹⁴ A.-J. ARNAUD, « *Imperium* et *dominium* : Domat, Pothier et la codification », *Droits*, 1995, p. 55.

¹¹⁵ L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, *op. cit.*, 1910, p. 10.

¹¹⁶ Ph.YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », in Travaux de l'AFDA, *La personnalité publique*, LexisNexis, 2007, p. 35.

puissance publique, la propriété et la patrimonialité. Mais les termes de cette association restent en débat. L'appréhension du pouvoir de gestion par le droit positif, notamment par le droit de la concurrence, offre l'occasion de repenser les rapports entre le pouvoir de gestion et la puissance publique, et éclaire sa spécificité par rapport aux autres expressions de puissance publique, spécificité qu'il s'agit de saisir et de définir. En somme, il est possible de reconstruire la puissance publique, incarnée par le pouvoir de gestion, autour du *dominium* et de la considérer comme synonyme de « puissance sur une chose ». Le pouvoir de gestion du domaine public reste une « puissance publique propriétaire »¹¹⁷, mais sa signification change : il ne s'agit plus d'une propriété publique irriguée par la puissance publique, il s'agit d'une propriété publique en puissance. En d'autres termes, si la théorie de la propriété administrative défendait « une propriété définie par la puissance publique »¹¹⁸, l'enjeu est alors de conceptualiser une puissance publique définie par la propriété (**Titre II**).

TITRE I. LA FORMATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE GESTIONNAIRE

TITRE II. LA RECONSTRUCTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE GESTIONNAIRE

¹¹⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences*, 4e éd., Larose, 1900, p. 630.

¹¹⁸ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, Paris, LGDJ, « BDP », 2001, p. 116.

TITRE I. LA FORMATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE GESTIONNAIRE

22. L'émergence du pouvoir de gestion du domaine public signe le passage de la séparation à l'association : entre puissance publique et propriété, entre puissance publique et patrimonialité. Il convient donc, dans un premier temps d'observer le processus de cette émergence, c'est-à-dire le mouvement par lequel ces notions, d'abord opposées par la doctrine, ont fait l'objet d'un rapprochement, dans lequel est venu s'enraciner le pouvoir de gestion du domaine public. En effet, le pouvoir de gestion décline deux conceptions de la propriété : la propriété comme aptitude à « gouverner des choses » et comme aptitude à « administrer des patrimoines »¹¹⁹. Ces deux manières d'appréhender les rapports à la chose s'entrecroisent dans les théories relatives au domaine public. Les appréhender de manière distincte permet de rendre compte des deux aspects du pouvoir de gestion dans son rapport au domaine public : la maîtrise d'un bien et son exploitation patrimoniale. Si la propriété est la possession d'un bien, la patrimonialité implique la jouissance de cette possession, la capacité d'en tirer profit ou de l'inscrire dans un commerce juridique. Le pouvoir de gestion a été consacré par la jurisprudence afin d'épouser ces préoccupations propriétaires et patrimoniales. Son édification procède donc de deux mouvements presque concomitants : le dépassement de l'antagonisme entre les notions de puissance publique et de propriété, et la conciliation entre puissance publique et patrimonialité. C'est effectivement parce que le domaine public a pu être perçu comme objet de propriété que les préoccupations patrimoniales l'ont touché. La reconnaissance de l'exploitation patrimoniale du domaine public dérive de la reconnaissance la propriété du domaine public. Au début du XX^e siècle¹²⁰, la propriété du domaine public correspond à l'administration d'un bien, elle ne sera synonyme que quelques temps plus tard d'exploitation patrimoniale. Ainsi, il faut d'abord aborder la généalogie du pouvoir de gestion comme puissance publique propriétaire (**Chapitre I**) avant de l'envisager comme une puissance publique patrimoniale (**Chapitre II**).

¹¹⁹ Sur ces deux acceptions de la propriété, v. M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit, op.cit.*

¹²⁰ Sur la reconnaissance jurisprudentielle de la propriété, CE, 21 juil. 1870, Ville de Châlons-sur-Marne : *Rec.*, p. 938 ; CE, 7 mai 1909, Chemins de fer du Nord : *D.*, 1911, III, p. 30 ; CE, 24 févr. 1911, Jacquemin : *S.*, 1912, III, p. 73 ; C. cass., 8 nov. 1909, Vergnes c/ Verdet et a. : *S.*, 1912, I, p. 521 ; CE, 17 janvier 1923, Ministre c/ Sieurs Piccioli : *Rec.*, p. 44 ; *S.*, 1925, III, p. 17, note Hauriou ; *D.*, 1923, III, p. 29 ; *RDP*, 1923, p. 567, concl. Corneille, note Jèze. Sur ce point, Ph. YOLKA, comm. CE, 17 janvier 1923, Ministre c/ Sieurs Piccioli : *GDDAB*, n° 1.

CHAPITRE I. LA GÉNÉALOGIE D'UNE PUISSANCE PUBLIQUE PROPRIÉTAIRE

23. La construction juridique du pouvoir de gestion du domaine public est un confluent. Au carrefour de la puissance publique et de la propriété, son édification est la synthèse de concepts que la pensée juridique du XIX^e siècle a pris soin de distinguer au nom du dogme de la séparation entre la souveraineté et la propriété, obstacle à toute émergence d'un pouvoir de gestion sur le domaine public. Produit de la pensée révolutionnaire, la dissociation entre la propriété et la souveraineté « cristallise la dispute relative à la nature de l'État dans ses rapports aux biens »¹²¹, et formalise surtout une limitation de la souveraineté. Il s'agit d'une limitation immanente touchant sa définition matérielle¹²² : la souveraineté « n'emporte pas la propriété et ne donne à l'État aucun droit [réel] éminent sur les biens des citoyens »¹²³ et elle n'est plus le produit de l'exercice de la propriété du souverain. L'œuvre de « clarification »¹²⁴ révolutionnaire s'est prolongée dans la pensée juridique du XIX^e siècle. La distinction entre la souveraineté et la propriété s'impose avec force comme principe matriciel dans la littérature juridique et dans la jurisprudence du XIX^e siècle. Elle se pose en principe *juridico-politique* autour duquel s'articule un grand nombre de notions juridiques dont, en premier lieu, le domaine public (**Section I**). C'est pour cette raison que la réalisation de l'association entre la propriété et la puissance publique, qui débute à la fin du XIX^e siècle dans la théorisation du domaine public, ne s'effectue qu'au prix d'une vision renouvelée du droit administratif et d'une refonte profonde des instruments de la technique juridique. La doctrine pioche dans le fonds conceptuel de la doctrine civiliste les instruments nécessaires à la compréhension du rapport entre l'État et les choses. Sujet de droit, personnalité juridique, propriété et commerce juridique forment un terreau pour le développement du concept de gestion dans une perspective subjectiviste. Particulièrement, la personnalité juridique est le point d'articulation d'un ensemble de droits et obligations, elle appelle notamment l'exercice du droit de propriété. Concept à l'utilité reconnue, la personnalité juridique dans son acception strictement civiliste est néanmoins, pour la doctrine publiciste, un carcan qui gêne la conceptualisation d'une puissance publique propriétaire sur le domaine public. À cette fin, les concepts de personnalité

¹²¹ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 183.

¹²² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, rééd. : CNRS, 1962, t. I, p. 79 : « Dans son sens originnaire, il désigne le caractère suprême de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme de cette dernière [nous retrouvons ici la définition matérielle de la souveraineté]. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe », cité par M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, « Leviathan », 2001, p. 315.

¹²³ J.-L. HALPÉRIN., « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *Droits*, 1995, p. 67.

¹²⁴ M. BOULET-SAUTEL, « De Chopin à Proudhon : naissance de la notion moderne de domaine public », *Droits*, 1995, p. 91.

juridique et de propriété sont remodelés par la doctrine publiciste qui sollicite, entre autres, les travaux des juristes allemands. La personnalité publique acquiert une nouvelle dimension dans les discours doctrinaux : elle forme une unité à laquelle l'ensemble des interventions administratives est rattaché. Ce moment crucial pour la science juridique précède le renouveau de la théorie du domaine public et pose les fondements de l'émergence du pouvoir de gestion sur le domaine public : la personnalité publique suppose une propriété sur le domaine public et elle est le vecteur de l'association entre les prérogatives de puissance publique et les prérogatives propriétaires (**Section II**).

SECTION I. LA DICHOTOMIE ENTRE LA PUISSANCE PUBLIQUE ET LA PROPRIÉTÉ AU XIX^E SIÈCLE : UN OBSTACLE À L'ÉMERGENCE DU POUVOIR DE GESTION

24. Sieyès résume parfaitement la pensée dominante au moment de la « Constituante » : « afin d'écartier toute équivoque, je remarque que la nation est propriétaire en ce sens, que tous les biens tant des corps que des particuliers sont dans la nation, et doivent contribuer à la dépense publique ; mais gardons-nous de croire qu'elle soit propriétaire en ce sens que les biens des associations ou des particuliers lui appartiennent »¹²⁵. Dans sa version sublimée par les révolutionnaires¹²⁶, la distinction entre l'*imperium* et le *dominium* se traduit par l'exclusion de toute idée de propriété dans l'exercice de la puissance étatique¹²⁷ et par un rejet de la puissance étatique dans l'exercice de la propriété des citoyens ou de la Nation. Comme l'affirme plus tard Portalis, « Au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'empire »¹²⁸. La distinction entre souveraineté et propriété a traversé le XIX^e siècle. Son succès doctrinal est dû à sa force dogmatique. Pour les privatistes, la dichotomie entre souveraineté et propriété a conforté un certain nombre de présupposés libéraux, elle leur a surtout permis de s'approprier le concept de propriété¹²⁹. Elle a également été utile pour les publicistes parce qu'elle a ouvert la voie de l'autonomie du droit public vis-à-vis du droit privé¹³⁰. Si la distinction entre la souveraineté et la propriété constitue le cadre théorique du rapport entre l'État et les choses à partir duquel

¹²⁵ *Observations sommaires sur les biens ecclésiastiques*, 10 août 1789, p. 3, in *Œuvres de Sieyès*, Paris, EDHIS, 1989, t. II ; *Les Archives parlementaires*, t. VIII, p. 389, cité par J.-L. HALPÉRIN, « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *Droits*, 1995, p. 67.

¹²⁶ J. GAUDEMET, « *Dominium et imperium*, les deux pouvoirs sous la Rome ancienne », *Droits*, 1995, p. 22. L'auteur montre que la distinction entre le *dominium* et l'*imperium* n'était pas aussi bien établie en droit romain, notamment vers la fin de l'Empire romain.

¹²⁷ A.-J. ARNAUD, « *Imperium et dominium* : Domat, Pothier et la codification », *Droits*, 1995, p. 55.

¹²⁸ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844, p. 215 et s. Sur ce point, F. LINDITCH, *La notion de personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, « BDP », 1997, p. 111 et s.

¹²⁹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 116. V. aussi Y. GAUDEMET, « Du domaine de la couronne au domaine public. Étude d'histoire des doctrines », in *Mélanges J.-F. Lachaume. Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 525.

¹³⁰ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 128.

s'élabore la dualité domaniale, la science juridique du XIX^e siècle tire néanmoins de ce dogme des conséquences inédites et plus radicales. La doctrine rejette l'existence de la propriété publique et d'une gestion patrimoniale sur le domaine public, alors que celles-ci paraissaient compatibles avec le dogme dans la pensée révolutionnaire (§1). La séparation entre souveraineté et propriété est aussi confortée par des théorisations de la personnalité de l'État et de ses démembrements qui confinent aux relations de droit privé le commerce juridique et la propriété, les deux piliers de la gestion (§2).

§1.- LA DISTINCTION ENTRE LA SOUVERAINETÉ ET LA PROPRIÉTÉ AU XIX^{ES} SIÈCLE AU FONDAMENT DE LA CONSTRUCTION DU DOMAINE PUBLIC

25. Mentionné pour la première fois en 1790, le domaine public n'a pas encore de signification précise. Synonyme de domaine national, le domaine public comprend l'ensemble des biens qui appartiennent à l'État¹³¹, c'est-à-dire, selon l'article 1^{er} du décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, « toutes les propriétés foncières et [...] tous les droits réels ou mixtes ». La synonymie entre le domaine public et le domaine national signifie que la propriété de la Nation concerne les biens affectés à une utilité autant que ceux contribuant à la fortune publique¹³². Les révolutionnaires n'ont pas entendu opérer une différenciation de la nature de la propriété en fonction de la particularité des biens publics¹³³. Seules quelques règles encadrent leur gestion « en raison de la nature publique de leur propriétaire »¹³⁴. La véritable dichotomie produite par le droit intermédiaire sépare les biens publics, hors du commerce, et les biens privés *in commercium*¹³⁵. La dualité domaniale, qui coïncide avec une dualité de régime, émerge surtout des écrits du début du XIX^e siècle, elle signe une séparation stricte entre la propriété et la souveraineté qui exclut une gestion sur le domaine public. Systématisée par Proudhon (I), la dualité domaniale est réinvestie par la doctrine publiciste qui lui apporte des ajustements (II).

¹³¹ Sur ce point, v. C. CHAMARD-HEIM, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, *op. cit.*, p. 119 et s. ; W.-G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, Paris, Sirey, 1950, p. 108 ; Ph. YOLKA, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, *op. cit.*, p. 95 et s.

¹³² L. WODON, *Traité des choses publiques*, Bruylant-Christophe, 1870, p. 109.

¹³³ P. CHRÉTIEN, *La distinction des domaines comme forme symbolique*, *op. cit.*, p. 113 ; O. DE DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER, *La signification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, *op. cit.*, p. 50 et s.

¹³⁴ C. CHAMARD-HEIM, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, *op. cit.*, p. 128.

¹³⁵ M. MONTEIL, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, *op. cit.*, p. 216 et s.

I. La construction d'une puissance publique domaniale

26. Le dogme révolutionnaire de la dichotomie entre souveraineté et propriété s'est traduit, chez les auteurs du XIX^e siècle, par l'incompatibilité entre la propriété et la puissance publique. Proudhon a joué un rôle déterminant, il a réintégré ce principe dans son élaboration conceptuelle des biens domaniaux, en lui apportant une assise nouvelle. L'œuvre de Proudhon a systématisé une différence ontologique entre la puissance publique et le droit de propriété (A), différence consolidée par la doctrine publiciste dans ses théories du domaine public (B).

A. La lecture proudhonienne de la distinction des domaines de souveraineté et de propriété

27. Proudhon n'a pas la paternité de la distinction domaniale¹³⁶ et il ne fut pas le seul, à son époque, à se pencher sur cette question¹³⁷. Dans ses *Principes d'administration*, Bonnin a déjà théorisé les pouvoirs de l'État sur les « propriétés publiques »¹³⁸. Daviel a envisagé, par exemple, une propriété privée sur les cours d'eau¹³⁹, Macarel et Boulatignier ont proposé une classification des biens publics et des régimes domaniaux¹⁴⁰, Foucart a également théorisé une distinction entre le domaine public et le domaine de l'État¹⁴¹ (qui renvoie à ce que nous appelons aujourd'hui domaine privé), tout comme Cormenin¹⁴² et Pardessus¹⁴³. Mais Proudhon est le premier à donner à cette matière une signification théorique¹⁴⁴. Les fondations dogmatiques sont plus profondes : Proudhon présente une vision globale des choses

¹³⁶ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, 2^e éd., t. III, Warée, 1819, p. 21 et s. ; DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IV, 4^e éd., Thorez et Guilbert, 1844, p. 148 et s. Sur ce point, v. C. CHAMARD-HEIM, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, *op. cit.*, p. 386 et s.

¹³⁷ Sur ce point, W.-G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, *op. cit.*, p. 184 et s.

¹³⁸ C.-J.-B. BONNIN, *Abrégé des Principes d'administration*, publié d'après la troisième édition, Amable-Costes, 1829, p. 241 et s. Chez l'auteur, on ne décèle pas véritablement une théorie de la dualité domaniale. Mais il considère que la « propriété publique » est celle « qui appartient à tout ou partie de la communauté, qui forme le domaine commun » (p. 242). La propriété publique n'est pas la propriété de l'État mais du corps politique, elle est néanmoins « sous la surveillance de l'administration du lieu où elle est située, étant spécialement chargée de veiller aux propriétés communes et à leur garde, de prévenir leur dépérissement et leur dégradation ». Cependant, on peut observer l'esquisse d'une dualité domaniale puisque Bonnin ne range pas les bois et forêts dans la catégorie de la « propriété publique ».

¹³⁹ A. DAVIEL, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, Hingray, 1837.

¹⁴⁰ L.-A. MACAREL, J. BOULATIGNIER, *De la fortune publique en France*, t. I, Pourchet, 1838, p. 57 et s.

¹⁴¹ E.-V. FOU CART, *Éléments de droit public et administratif*, 4^e éd., Marescq et Dujardin, 1855, p. 246 : « La définition donnée par l'ancien droit du domaine de la couronne repose sur la confusion de la souveraineté et de la propriété, confusion qui naît avec la monarchie, qui est une des bases du système féodal, que la monarchie absolue a fait tourner à son profit, et qui n'a cessé d'exister qu'au moment où notre nouveau droit public a été formulé par l'Assemblée constituante ».

¹⁴² L. M. DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, 3^e éd., t. II, Goblet, 1826, p. 99, n°1 : « Il faut distinguer le domaine public et le domaine de l'État ».

¹⁴³ J.-M. PARDESSUS, *Traité des servitudes ou services fonciers*, 5^e éd., Garnery, 1820, n° 35, p. 45 et s.

¹⁴⁴ M. XIFARAS, « Le Code hors du Code, le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », *Droits*, 2006, p. 49.

publiques, reposant sur des postulats théoriques au carrefour de présupposés philosophiques et juridiques. L'édifice doctrinal est également plus solide : l'œuvre jouit d'une cohérence d'ensemble : Proudhon replace la question des biens publics et, d'une façon plus générale, celle du rapport entre l'État et les biens, dans une vision renouvelée de la distinction entre les domaines de souveraineté et de propriété.

28. Le raisonnement du Doyen de Poitiers débute par une classification des rapports aux choses, à partir de considérations jusnaturalistes¹⁴⁵. C'est ici l'une des principales innovations de Proudhon. De la dualité entre souveraineté et propriété, l'auteur glisse vers un triptyque : la souveraineté, l'administration et la propriété¹⁴⁶. Il reste fidèle à la distinction entre propriété et souveraineté, mais il intercale entre ces deux notions celle d'administration qui caractérise une modalité spécifique de rapport aux choses : « le domaine de souveraineté consiste dans la puissance souveraine établie pour gouverner l'État. Le domaine public ou d'administration consiste dans le pouvoir spécialement chargé de régir et administrer les choses qui sont, par les lois, asservies à l'usage de tous, et dont la propriété n'est à personne. Le domaine privé ou, en d'autres termes, le domaine de propriété, consiste dans le pouvoir que tout individu a de jouir et disposer en maître de ses biens en se conformant aux lois ; et comme ce pouvoir ne peut s'appliquer qu'à ce qui nous appartient, il faut dire que le droit de propriété est lui-même la cause du domaine privé »¹⁴⁷. L'originalité de l'œuvre de Proudhon tient aussi à sa prémisse. Toute sa pensée est structurée autour de la notion de *dominium*, dont les trois domaines, qui viennent d'être énoncés, sont les différentes déclinaisons. La notion de *dominium* devient une notion générique et se substitue même à celle d'*imperium* (ou de *summa potestas*), afin de définir l'exercice de la puissance publique.

29. Le domaine de souveraineté et le domaine public sont liés. Chacun renvoie à une parcelle de la « souveraineté politique », et ils partagent la caractéristique de ne pas porter en eux une quelconque « maîtrise réelle »¹⁴⁸. Mais Proudhon s'attache malgré tout à opérer une distinction : « Le domaine de souveraineté porte sur la généralité des personnes et des choses ; tandis que le domaine public ne s'applique qu'à une classe de biens spécialement déterminés.

¹⁴⁵ J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public. ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, 2^e éd., Lagier, 1833-1834, p. 63 : « c'est au droit naturel même qu'on doit rattacher ces trois espèces de domaines, parce qu'il en est le fondement primitif ».

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 62.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 63.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 66 : « le domaine de souveraineté n'est point un domaine de propriété, mais seulement un pouvoir de direction ou un gouvernement de protection qui ne suppose point que celui ou ceux qui en sont revêtus aient le droit de confisquer les biens des particuliers ni d'en prendre la jouissance ou d'en disposer arbitrairement de quelque manière que ce soit ».

Dans le domaine de souveraineté, la puissance est législative, dans le domaine public, le pouvoir est administratif : l'un agit en décrétant, l'autre régit, administre, conserve et protège »¹⁴⁹. La distinction est subtile, elle s'opère à de multiples niveaux. Le domaine de souveraineté renvoie à la loi, il s'apparente à une *jurisdictio* et il touche l'ensemble des biens et des personnes compris sur le territoire. Le domaine public relève du pouvoir réglementaire, il se comprend comme une forme de police¹⁵⁰ et il ne concerne que des biens déterminés¹⁵¹.

30. Le domaine public, ou d'administration, se distingue surtout ontologiquement du domaine de propriété. Il existe, certes, certaines analogies entre ces deux domaines¹⁵², notamment en matière de classement de biens dans le domaine public ou de droits de jouissance. Proudhon utilise même la notion de « possessoire »¹⁵³ au sujet du domaine public. Mais la dichotomie entre les deux domaines est préservée par la définition que donne l'auteur de la propriété. Il reprend celle qu'il a énoncée dans son *Traité du domaine de propriété*¹⁵⁴. Sa conceptualisation, construite notamment à partir de l'exégèse de l'article 544 du Code civil, fait de la propriété une « maîtrise souveraine ». Proudhon emprunte la voie ouverte par l'École de l'exégèse. Le droit de propriété est défini comme « maîtrise souveraine » sur une chose. De cette manière, Proudhon confond le droit avec son domaine (ou son exercice), et inversement. Or, par ce raisonnement¹⁵⁵, Proudhon verrouille le concept de propriété. Il existe, selon lui, des critères par lesquels on reconnaît la propriété et en l'absence desquels on peut conclure qu'elle n'existe pas¹⁵⁶. Le droit de propriété suppose une « maîtrise souveraine » qui s'exprime à travers les principes d'absoluité et d'exclusivité¹⁵⁷ : si ces critères sont absents, alors il ne s'agit pas d'un domaine de propriété.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public, op. cit.*, p. 89 : « c'est l'administration qui exerce la haute police de sûreté et de prévoyance, et qui prescrit les mesures nécessaires pour le maintien du bon ordre et pour la tranquillité publique » ; M. XIFARAS, « Le Code hors du Code. Le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », préc. : concernant le domaine public, « l'État administre le domaine affecté au public en vertu de prérogatives qui trouvent leur fondement dans ce qu'on pourrait appeler un pouvoir réglementaire spécial qui résulte de l'obligation de veiller à la santé du corps social, de conserver et de faire prospérer la population, en bref de faire régner une bonne police ».

¹⁵¹ Pour une critique de cette distinction, v. W.-G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium, op. cit.*, p. 192.

¹⁵² M. XIFARAS, « Le Code hors du Code. Le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », préc., spéc. p. 55.

¹⁵³ J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public, op. cit.*, p. 242.

¹⁵⁴ J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété, ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Lagier, 1839, p. 11.

¹⁵⁵ Raisonnement que l'on retrouve chez Toullier, in *Droit civil français suivant l'ordre du Code, op. cit.*, p. 55

¹⁵⁶ M. XIFARAS, « Le Code hors du Code. Le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », préc., spéc. p. 57.

¹⁵⁷ J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public, op. cit.*, p. 62 : « La propriété consiste dans ce qui nous appartient à l'exclusion de tous les autres, parce qu'elle est ce qui nous est propre en particulier ; ou, pour nous servir des expressions de la loi civile, la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ».

31. Dans un tel contexte théorique, Proudhon évacue la puissance publique de la propriété, en opposant la figure de l'individu possessif et « égoïste »¹⁵⁸ à celle de l'État « altruiste », dominé par la finalité de la satisfaction du public. Le domaine public ne peut pas être un domaine de propriété ; il ne recouvre ni le principe d'absoluité, ni celui d'exclusivité, parce que l'État administre ces biens en faveur du « public », défini comme un « être moral et collectif »¹⁵⁹. Le domaine public se traduit seulement en termes de conservation et de protection¹⁶⁰ : « il résulte (...) que l'espèce de possessoire que le gouvernement exerce sur les fonds du domaine n'a lieu qu'au nom et dans l'intérêt du public ; que c'est l'être moral que nous appelons le public qui est le vrai possesseur du fonds, et qui doit avoir, au besoin, les avantages de la prescription acquisitive du terrain ; qu'en ce qui touche aux intérêts de l'état, le gouvernement n'exerce qu'un possessoire de protection, pour assurer à tous la jouissance du fonds, et un possessoire de propriété, pour s'attribuer exclusivement les prérogatives et les avantages attachés au titre de propriété exclusive du sol »¹⁶¹. Parce que le public est l'unique dépositaire du domaine, réintroduire le domaine de propriété dans le domaine public reviendrait à dissocier le droit de propriété du pouvoir qu'il confère¹⁶², dissociation que refuse Proudhon.

32. Le public n'atteint pas, chez Proudhon, le stade de la personnification juridique : il se comprend uniquement comme un groupement « indéfini »¹⁶³ de personnes qui peut être appréhendé dans une dimension soit individualiste, soit collective. En raison de sa diversité et de son « insaisissabilité », le public est incapable d'administrer lui-même les fonds du domaine public dont il a la jouissance. C'est ici que réside le rôle de l'État : il est investi de le faire en son nom et pour son compte, au titre d'une « union sacrée » qui ressemble à celle existante sous l'Ancien régime entre le Roi et la Couronne. Il est en somme le tuteur du public, comme l'est un tuteur vis-à-vis d'un incapable civil¹⁶⁴. L'État est donc le gardien du domaine public, et

¹⁵⁸ C.-B. MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, trad. franç. Fuchs, Gallimard, 1971 ; M. XIFARAS, « L'individualisme possessif, spéculatif (et néanmoins romain) de Hegel, quelques remarques sur la théorie hégélienne de la propriété », in Jean-François Kervégan, Gilles Marmasse (dir.), *Hegel penseur du droit*, CNRS, 2003, p. 63 et s.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public*, *op. cit.*, p. 241.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 242.

¹⁶² En somme, Proudhon privilégie la figure du *dominium*, dans sa définition de la propriété, au lieu de celle de la *proprietas*. Sur ces deux notions, v. M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, 2009, p. 193 et s.

¹⁶³ A.-C. RENOARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Guillaumin, 1860, p. 448 : l'auteur parle de « généralité indéfinie de personnes humaines ».

¹⁶⁴ Sur ce point, M. XIFARAS à qui nous avons repris la comparaison, « Le Code hors du Code. Le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », préc. On retrouve également cette analogie chez J. de GÉRANDO, in *Institutes du droit administratif français*, Nève, 1829-1836, 2^e éd. p. 386. BONNIN utilise quant à lui la

non son propriétaire. La protection et la conservation de la jouissance du public fournit le fondement mais, en même temps, la limite de l'intervention administrative. Fondement parce que l'État doit agir afin de garantir le droit d'accès du public sur le domaine public. Limite car, si l'État dépasse ce cadre d'intervention, le domaine public ne serait alors qu'un domaine de propriété ; l'intérêt de l'État primerait sur celui du public¹⁶⁵. Barckhausen critique cette approche. Il voit dans cette construction « *une création moins juridique que littéraire* »¹⁶⁶. Il se demande surtout « dans quelle mesure le public est le maître de son prétendu domaine » alors que le droit d'accès peut être restreint ou suspendu « à tout moment »¹⁶⁷. L'auteur n'a pas saisi toutes les potentialités que Proudhon attribue à la notion de maîtrise. Elle est synonyme de propriété lorsqu'elle est souveraine et elle est donc un droit réel, un droit sur la chose. Le droit de jouissance du public ne l'est pas, il n'est qu'un droit personnel, un droit à la chose. Alors que Barckhausen n'envisage le concept de possession qu'à travers la propriété, Proudhon sait les distinguer et arrive à penser une possession qui passe par un droit personnel ou *sui generis*¹⁶⁸ que détient le public sur l'État. La théorie du droit de garde apparaît ainsi doublement utile pour Proudhon : elle permet de comprendre la finalité du domaine public, elle permet surtout de préserver conceptuellement le droit de propriété comme « maîtrise souveraine ».

33. La construction de Proudhon préserve la distinction entre la souveraineté et la propriété et, dans une moindre mesure, la dualité entre la propriété et la puissance publique. Les verrous conceptuels sont nombreux et placés aux différents niveaux de sa construction : sa définition de la propriété, l'absence de propriété au sein du domaine public, le régime de la domanialité incarné par les règles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité ou les différentes figures de l'État en sont autant d'exemples. Pourtant, le raisonnement n'est pas sans faille, certains points signent le retour de la confusion entre la puissance publique et la propriété, et d'autres n'effacent pas la possibilité d'une propriété publique. En effet, les différents domaines restent unis, dans l'approche proudhonienne, par un lien indéfectible. Comme le souligne Professeur M. Xifaras : « L'État (le pouvoir exécutif souverain) est compétent pour prononcer

métaphore du père « qui veille au bien de sa famille entière », in C.-J.-B. BONNIN, *Abrégé des Principes d'administration* publié d'après la troisième édition, 1829, *op. cit.*, p. 245.

¹⁶⁵ J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine public*, *op. cit.*, p. 244 : « les actes que le maître fait sur son héritage sont, quant à leur but, totalement différents de ceux qu'exerce le gouvernement sur les fonds du domaine public. Le propriétaire ne cultive, n'entretient, ne répare et n'améliore son héritage que pour en jouir et en profiter individuellement et à l'exclusion de tout autre ; tandis que le gouvernement étatique, entretient et répare dans l'intérêt de tous les choses du domaine public ».

¹⁶⁶ H. BARCKHAUSEN, « Étude sur la théorie générale du domaine public », *RDP*, 1902, p. 430. Position que l'on retrouve chez M. WALINE, *Mutations domaniales*, *op. cit.*, p. 91 : « le mot “ public ” est une expression vulgaire et impropre, ce n'est pas une expression juridique. Le public est en effet une collectivité inorganique, et tout ce qui est inorganique est par là même exclu du monde juridique : le Droit organise tout ce qu'il touche ».

¹⁶⁷ H. BARCKHAUSEN, « Étude sur la théorie générale du domaine public », *préc.*

¹⁶⁸ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p.121.

l'expropriation, au titre de son domaine de juridiction, mais cette expropriation est réalisée au profit de l'État considéré cette fois-ci comme détenteur d'un domaine de propriété »¹⁶⁹. C'est encore l'État, en tant que propriétaire privé, qui affecte une dépendance au domaine public et qui en récupère la propriété à la fin de l'affectation. La propriété ne disparaît pas, elle n'est que mise en sommeil le temps de l'affectation. Proudhon éradique la figure du « souverain fiefieux »¹⁷⁰, il n'y a pas de propriété au fondement de la souveraineté, mais il y a quand même de la souveraineté derrière la propriété de l'État. Mais l'intérêt de l'œuvre proudhonienne tient surtout à sa postérité. Proudhon a su caractériser une différence ontologique entre la puissance publique et la propriété, qui traversa le XIX^e siècle, de par la dualité domaniale et de par les différentes figures de l'État. La doctrine postérieure n'a pas forcément saisi toutes ses subtilités, la plupart des auteurs ont produit une lecture un peu caricaturée de son œuvre en accentuant ses « traits saillants »¹⁷¹. Le meilleur exemple est sans doute la transformation du triptyque proudhonien en une dualité. Sous l'impulsion de certains auteurs, le domaine public (re)devient une composante du domaine de souveraineté, alors que Proudhon avait pris soin de les distinguer. La puissance publique relève ainsi, dans son ensemble, de l'exercice de la souveraineté et, ce faisant, elle retrouve une nouvelle unité.

B. La distinction entre la propriété et la puissance publique dans la doctrine publiciste du XIX^e siècle

34. La doctrine publiciste du XIX^e siècle ne s'accorde que partiellement avec Proudhon. Elle adhère à la dualité domaniale mais certains n'excluent pas une propriété sur le domaine¹⁷². Par exemple, de Récy considère que « le droit de souveraineté de l'État, en tant qu'il s'applique aux choses du domaine public, est un droit complexe : il comprend un droit de surveillance et de police, mais il enferme également un pouvoir d'administration souveraine ». Ce « pouvoir d'administration souveraine » n'est dans son esprit ni plus ni moins qu'un « droit de propriété public » qu'il conçoit comme un droit qui est, « à certains égards, plus absolu que ne le serait la propriété elle-même entre les mains d'un simple particulier »¹⁷³. La construction proudhonienne s'impose néanmoins dans la doctrine publiciste. La majorité des auteurs se

¹⁶⁹ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 190.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 191 et s.

¹⁷¹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁷² *Ibid.*, p. 129 et s.

¹⁷³ R. DE RÉCY, *Traité du domaine public*, t. I, Dupont, 1893, p. 418 et s. , cité, par Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 129.

rallient à la dualité domaniale, au concept du droit de garde et à son corollaire : l'absence de propriété sur le domaine public¹⁷⁴.

35. « La simplification apparente du problème dut séduire les esprits. On sait que les solutions nettes quand elles seraient incomplètes et fausses, exercent un grand empire sur l'intelligence de l'homme, alors qu'elle est lasse ou perplexe »¹⁷⁵. Même si la remarque de Barckhausen distille une critique de la théorie proudhonienne, elle met en exergue l'influence importante que celle-ci a exercé sur d'autres auteurs¹⁷⁶. À partir de l'édition de 1838 de *De la fortune publique en France*¹⁷⁷, Macarel et Boulatignier reprennent les idées fondamentales de Proudhon. Ils intègrent dans leur théorie la dualité domaniale et l'absence de propriété sur le domaine public. Cormenin en fait de même. La voix de Proudhon trouve un écho tout particulier à partir de la 4^{ème} édition de son ouvrage de droit administratif¹⁷⁸. De Gérando opère aussi une refonte des parties relatives au domaine public de ses *Institutes*¹⁷⁹, influencé par la doctrine de Proudhon. De même, de Récy, malgré ses premières vicissitudes, intègre en définitive l'idée selon laquelle « le domaine public n'est pour personne, pas même pour l'État, un domaine de propriété »¹⁸⁰. Bien que les subtilités de la théorie proudhonienne ne soient pas pleinement intégrées, dans la mesure où « les emprunts de ces auteurs ont été des emprunts libres »¹⁸¹, et donc parcellaires, ces théoriciens retiennent l'essentiel de la pensée proudhonienne. Le ralliement de la doctrine s'est fait autour d'un point central : la définition de la propriété. Cette dernière est assimilée à une maîtrise souveraine, à un droit absolu confiné exclusivement au domaine privé des particuliers et de l'État-personne civile¹⁸². Ce faisant, ces théoriciens reproduisent le syllogisme proudhonien : la propriété est un droit qui permet d'exclure les tiers de l'usage d'une chose ; le domaine public est ouvert l'usage de tous ; donc il ne peut pas y avoir de propriété sur le domaine public¹⁸³.

¹⁷⁴ Sur ce point, v. W.-G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, *op. cit.*, p. 183 et s.

¹⁷⁵ H. BARCKHAUSEN, « Étude sur la théorie générale du domaine public », préc.

¹⁷⁶ On retrouve la même critique chez W.-G. VEGTING., *Domaine public et res extra commercium*, *op. cit.*, p. 194 : « Si l'on étudie l'œuvre de Proudhon il faut bien s'étonner du fait que ses théories avec une base si peu solide [...] eu une telle influence sur la doctrine française et sur la pratique du droit ainsi que sur la littérature étrangère et sur la législation ».

¹⁷⁷ L.-A. MACAREL et J. BOULATIGNIER, *De la fortune publique en France*, t. I, Pourchet, 1838, p. 39.

¹⁷⁸ L.-M. DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, 5^e éd., t. II, Thorel, 1840, p. 42.

¹⁷⁹ J. DE GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français*, 2^e éd., t. II, Nève, 1842-1846, p. 516 et s.

¹⁸⁰ R. DE RÉCY, *Traité du domaine public*, t. I, Dupont, 1893, p. 184, cité par Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 130.

¹⁸¹ H. BARCKHAUSEN, « Étude sur la théorie générale du domaine public », préc.

¹⁸² R. DE RÉCY, *Traité du domaine public*, *op. cit.*, p. 189 : « la propriété comportant désormais le droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue, il fallait exclure des choses qui en sont susceptibles, celles dont l'État ne saurait avoir ni la libre disposition de la jouissance, ni la jouissance exclusive ».

¹⁸³ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 412 : « le droit de propriété moderne est conçu comme un pouvoir exclusif, caractérisé par la libre disposition et la jouissance exclusive ; or

36. La doctrine publiciste s'approprié aussi la dernière pierre de l'édifice doctrinal de Proudhon : la théorie du droit de garde. Elle adhère au projet dogmatique inauguré par la doctrine civiliste¹⁸⁴. La théorie du droit de garde permet de préserver conceptuellement le droit de propriété comme « maîtrise souveraine » et « droit absolu ». Il apparaissait inconcevable de remettre en cause un concept qui, pour un grand nombre de théoriciens, avait atteint la perfection¹⁸⁵. Le recours à la théorie du droit de garde permettait surtout de s'accorder avec le projet politique ou métajuridique dont était porteur le concept de propriété. La doctrine publiciste a aussi été le porte-parole de la pensée révolutionnaire, en prolongeant l'idée d'une propriété tournée exclusivement vers l'individu, en tant que « droit naturel de l'homme »¹⁸⁶. Parée du statut de droit individuel, fondé sur une position jusnaturaliste¹⁸⁷, la propriété ne procède pas de l'État mais elle le précède, elle est inhérente à l'homme. De surcroît, la propriété est l'expression de l'individualisme méthodologique dominant pendant tout le XIX^{ème} siècle¹⁸⁸, elle répond à des présupposés subjectivistes¹⁸⁹, elle est le moyen pour l'homme de se muer dans un monde d'échanges où règne le commerce juridique, support des relations économiques et commerciales¹⁹⁰. En conséquence de quoi, la doctrine refuse de concevoir un État propriétaire dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. La propriété ne peut pas être un instrument de la puissance publique, elle peut uniquement être un objet de son intervention. C'est pour cette raison que les théoriciens de la doctrine publiciste, tels que Foucart¹⁹¹, Dufour¹⁹², Batbie¹⁹³ et Dareste¹⁹⁴, n'envisagent une propriété de l'État qu'à travers la figure de l'État-personne civile¹⁹⁵.

les biens du domaine public avaient pour caractéristique de *n'appartenir à personne mais d'être destinés à l'usage de tous* ; il était donc inconcevable d'imaginer une propriété publique, véritable contradiction dans les termes ». Sur le syllogisme proudhonien, v. également M. WALINE, *Les mutations domaniales*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 412

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., t. I, Berger-Levrault et Cie, 1896, p. 537 : la propriété est « un droit qui a au plus haut degré le caractère de droit individuel ».

¹⁸⁸ Cette approche est parfaitement résumée par le juriste allemand H. AHRENS dans son *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit* : « l'organisation de la propriété chez un peuple à une époque (déterminée) est toujours analogue à la manière dont la personne individuelle est comprise dans ses rapports avec les sphères supérieures de la famille, de la commune, de la nation, enfin de tout l'ordre social », cité par M. WALINE, *L'individualisme et le Droit*, rééd. 2007, Dalloz, p. 331.

¹⁸⁹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 137 et s.

¹⁹⁰ C.-J.-B. BONNIN, *Abrégé des Principes d'administration* publié d'après la troisième édition, Amable-Costes, 1829, p. 236 et s. V. aussi E. MOUNIER, *De la propriété capitaliste à la propriété humaine*, Desclée De Brouwer, 1936, p. 67.

¹⁹¹ E.-V. FOUART, *Éléments de droit public et administratif*, *op. cit.*, t. II, p. 5.

¹⁹² G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, t. I, Delamotte, 1843, p. 282 et s.

¹⁹³ A. BATBIE, *Précis du cours de droit public et administratif*, Cotillon, 5^e éd., 1885, p. 310 et s.

¹⁹⁴ R. DARESTE, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, A. Durand, 1862, La mémoire du droit, rééd. 2012, p. 238 et s.

¹⁹⁵ Pour un exemple, v. L. BÉQUET (dir.), *Répertoire du droit administratif*, t. XI, Dupont, 1892, p. 136.

37. Cependant la théorie de Proudhon n'a pas résisté à la volonté de la doctrine publiciste de tout ramener au concept de souveraineté, d'en faire le point d'articulation de la reconstruction de la puissance publique¹⁹⁶. Proudhon est parti d'une réflexion sur la domination de l'homme sur les choses, à partir de la notion de *dominium*, à laquelle il donne une acception plus large puisqu'il la décompose en trois domaines : le domaine de souveraineté, le domaine public et le domaine de propriété. La doctrine publiciste s'éloigne de ce postulat en se rapprochant d'un autre concept romaniste¹⁹⁷ : l'*imperium*, qu'elle associe à la police. Dans une certaine mesure, c'est particulièrement à ce moment que la fameuse distinction entre l'*imperium* et le *dominium* émerge. Le *dominium* est alors complètement réduit à la sphère de la propriété, et les pouvoirs sur le domaine public sont l'incarnation de l'*imperium*, corollaire de la souveraineté. La référence à la souveraineté est très courante, présente par exemple dans les écrits de Cotelle¹⁹⁸ et de Daviel¹⁹⁹. D'une manière générale, la doctrine publiciste s'accorde autour du triptyque : domaine public, souveraineté et police²⁰⁰, qui sera le paradigme de l'opposition entre la puissance publique et la propriété jusqu'au début du XX^e siècle. Si la garde s'exerce à travers la police, elle ressortit ainsi de la souveraineté, puisque la police en est une « marque »²⁰¹. L'exclusivité du pouvoir de police sur le domaine public est ainsi la conséquence de l'absence de propriété sur le domaine public²⁰². Tout est résumé dans l'édition de 1897 des *Pandectes françaises*²⁰³ : la réglementation du domaine public trouve son fondement dans la souveraineté²⁰⁴, l'État détient un « droit général »²⁰⁵ qui s'exprime par des « mesures de police et de surveillance »²⁰⁶. Puisque le domaine public est « hors du commerce,

¹⁹⁶ Sur le lien entre souveraineté et puissance publique, v. F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, t. I, thèse Bordeaux, 1960, p. 45.

¹⁹⁷ À l'exception de certains auteurs, v. J. CHANTAGREL, *Droit administratif théorique et pratique*, Masson, 1859, p. 321 : « Domaine, de *dominus, dominium*, dans un sens large désigne soit le droit de propriété, soit les choses qui en sont l'objet. Dans la matière qui nous occupe, cette expression désigne les biens qui appartiennent à la nation ».

¹⁹⁸ M. COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, t. I, Dalmont et Dunod, 1862, p. 369.

¹⁹⁹ V. A. DAVIEL, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, t. I, 3^e éd., Hingray, 1845, p. 39.

²⁰⁰ À la différence du légiste Domat qui distingue les biens dépendants de la souveraineté, les biens propres du prince et ceux « qui sont d'un usage commun à la société », in *Œuvres*, éd. Rémy, Paris, 1835. V. également L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, Sirey, 1910, p. 151 et s. : « Domat met donc à part toutes ces choses [celles qui sont ouvertes à l'usage de tous] ; il ne les confond pas avec le domaine appartenant au souverain ; il les considère seulement comme soumises à un droit de police qui règle leur usage par le public ».

²⁰¹ Sur ce point, v. T. BERNS, *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, éd. Léo Scheer, collection « Non & Non », p. 86 et s., qui cite un passage de l'œuvre de Bodin : « afin qu'on puisse cognoistre celui qui est [...] Prince souverain, il faut sçavoir ses marques, qui ne soyent point communes, il n'y auroit point de Prince souverain ».

²⁰² A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. I, 2^e éd., 1885, *op. cit.* p. 312.

²⁰³ « Domaine public », *Pandectes françaises. Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, 1897, p. 601.

²⁰⁴ *Ibid.* : « deux natures de restrictions sont, en effet, à prévoir : celles qui proviennent de l'exercice de droits similaires et concurrents par les autres membres de la collectivité ; celles qui sont imposées, au point de vue de l'intérêt général, par la souveraineté, mandataire de la collectivité ».

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 614.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 615.

toute appropriation, soit au profit de l'État, soit au profit des particuliers, répugne essentiellement à sa nature »²⁰⁷. La terminologie est riche en la matière²⁰⁸ : la doctrine utilise, à côté de la notion de surveillance²⁰⁹, celle de pouvoir d'administration²¹⁰, celle de surintendance²¹¹, celle de gardien²¹² ou celle de Haute protection²¹³. Mais toutes ces notions convergent vers une même idée : l'État est le garant de l'affectation du domaine public. La doctrine s'accorde également sur un point : le pouvoir de police, hermétique à toute patrimonialité et opposée à la gestion, est la voie privilégiée²¹⁴, il est la traduction juridique des rapports entre l'État et le domaine public, même s'il n'épuise pas l'ensemble des potentialités de la théorie du droit de garde. La doctrine reconnaît en effet d'autres prérogatives entrant dans son champ. Aussi peut-on lire, par exemple, chez Ducrocq : « de la mission de garde et de conservation que l'autorité a le droit et le devoir d'exercer sur les dépendances du domaine public, découle pour l'administration le pouvoir de déterminer les limites du domaine public »²¹⁵. En définitive, la doctrine publiciste compose avec son propre vocabulaire, elle reste fidèle à une vision de la puissance publique « dont les racines plongent directement dans la tradition romaine de "l'Imperium" »²¹⁶ qu'elle associe à l'exercice de la souveraineté²¹⁷. Mais le recours à la notion de souveraineté recouvre de multiples significations. La doctrine combine deux approches, substantielle et formelle, afin de rendre compte de l'essence supérieure de l'intervention de l'administration sur le domaine public, et c'est ainsi qu'elle forge ses propres théories de la domination de l'administration sur le domaine public.

²⁰⁷ « Domaine public », *Pandectes françaises. Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, 1897, p. 601.

²⁰⁸ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 142 et s.

²⁰⁹ Sur cette notion, v. L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, 1879, p. 110. On retrouve aussi cette notion chez certains civilistes : notamment chez AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, 5^e éd., Marchal et Billar, 1897, p. 48.

²¹⁰ Pour un exemple, J.-F. MARIE, *Éléments de droit administratif, à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, 1890, p. 482 : « Une fois entrées dans le domaine public, les choses y sont administrées par les diverses administrations... ».

²¹¹ M. COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, *op. cit.*, p. 369.

²¹² Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, t. II, 2^e éd., E. Thorin, 1877, p. 86 ; M.-P. PRADIER-FODÉRÉ, *Précis de droit administratif*, 7^e éd., Paris, Pédone, 1872, p. 355 : « Les biens qui font partie du domaine public appartenant à tous, quant à la jouissance, l'État, gardien des intérêts de tous, n'a sur ces biens que des droits de surveillance et d'administration. Les biens du domaine public sont administrés par les différents ministres, en raison de la nature des services de leur département ministériel ».

²¹³ J.-A.-J. GAUDRY, *Traité du domaine comprenant le domaine public, le domaine de l'Etat, le domaine de la couronne, le domaine public municipal, le domaine privé des communes, le domaine départemental*, t. I, Auguste Durand, 1862, p. 69.

²¹⁴ Pour un exemple où le pouvoir d'administration est associé à la police, J.-F. MARIE, *Éléments de droit administratif*, *op. cit.*, p. 482 : « Nul ne peut être empêché de se servir des choses du domaine public, conformément à leur destination et sauf l'observation des règlements de police » ; E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 260 : « Les choses du domaine public sont soumises, pour la conservation, l'entretien, la police préventive et même répressive, à l'autorité administrative chargée d'en assurer la jouissance de tous ».

²¹⁵ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, t. II, 2^e éd., *op. cit.*, 1877, p. 118.

²¹⁶ F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, t. I, *op. cit.*, p. 112.

²¹⁷ Sur la distinction entre la souveraineté et la notion d'*imperium*, v. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 141.

II. Les nouvelles théories de la « domination » de l'administration sur le domaine public

38. La doctrine publiciste du XIX^e tend à substantialiser le droit de garde du domaine public, pour le doter d'une essence relevant de l'exercice de la souveraineté. Elle a recours à la doctrine des moyens, la souveraineté apparaît comme étant la notion omnipotente qui fédère l'ensemble de la puissance publique, y compris le droit de garde incarné par la police, ce qui revient à le considérer comme une « marque » de souveraineté, selon l'expression de Bodin²¹⁸. La doctrine publiciste s'intéresse également aux buts qui touchent aux attributions essentielles de l'État. Le droit de garde est en effet une puissance publique finalisée, à laquelle la doctrine assigne un certain nombre de *telos* juridiques et métajuridiques.

39. Avec les thèses naturalistes, l'administration du domaine public est repensée dans le cadre de la figure de l'État comme gardien du territoire. Le domaine public se territorialise et appelle, en conséquence, l'exercice des droits de souveraineté. C'est dans l'œuvre de Ducrocq que l'on retrouve la quintessence de la vision « naturaliste » de la domanialité publique²¹⁹, même si elle est déjà évoquée dans *Les Institutes* de De Gérando²²⁰ ou dans les travaux de Batbie²²¹ et plus tard dans ceux de Berthélemy. Comme beaucoup d'auteurs²²², Ducrocq se fonde sur l'article 538 du Code civil mais il pense produire, contrairement aux autres, une glose au plus près du texte²²³. Il entend déceler l'esprit qui anime cette disposition²²⁴ en analysant « chacun de ses termes pour en dégager les signes distinctifs de la domanialité publique »²²⁵ afin d'« exiger des dépendances à ajouter au domaine public [...] des caractères identiques à ceux que présentent les quatre dépendances classées dans ce domaine par la partie énonciative du même article »²²⁶. Il en ressort trois critères : être par nature insusceptible de

²¹⁸ T. BERNS, *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, *op. cit.*, p. 85 et s.

²¹⁹ Pour une présentation générale de cette approche, v. Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 119 et s.

²²⁰ DE GÉRANDO, *Les institutes*, *op. cit.*, p. 385 : « Certaines portions du domaine public lui appartiennent par la nature même des choses »

²²¹ A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 315 : « L'article 538 [...] ne met pas un seul édifice parmi les biens du domaine public, et les termes de la disposition finale indique que le domaine public se compose uniquement de *portions du territoire français*, ce qui implique qu'il s'agit de sol (*praedia rustica*) et non des constructions (*praedia urbana*) ».

²²² Contra L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, *op. cit.*, p. 108 : « On a signalé dans l'article 538 du Code civil d'assez graves lacunes, et malheureusement la phrase très-compréhensible par laquelle se termine cette article : « Toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, » n'était pas assez claire pour ne pas donner lieu à des interprétations diverses ».

²²³ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 89.

²²⁴ *Ibid.* p. 90.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ On retrouve cette interprétation génétique de l'article 538 du Code civil chez Batbie, in *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 311 : « Cette disposition se termine par des termes généraux dont il importe de fixer le sens. Quels sont les biens domaniaux, non compris dans l'énumération de la première partie

propriété privée²²⁷, être affecté à l'usage direct du public²²⁸ et constituer une portion du territoire français²²⁹. Ducrocq est un « hyper-naturaliste », surtout si on le compare à Berthélemy qui, tout en s'inscrivant dans le même courant doctrinal, a une position bien plus modérée sur cette question. Berthélemy intègre en effet la dimension volontariste au sein de l'approche naturaliste. L'auteur reconnaît que la domanialité publique peut s'aventurer vers d'autres espaces, que l'administration peut affecter certaines portions du territoire au service du public. Mais le processus d'affectation induit un processus de dénaturation de la chose, une mutation de son essence et de ses caractères qui la rend intrinsèquement insusceptible d'un droit de propriété²³⁰. En conséquence, « sur les dépendances du domaine public, personne n'a le *jus abutendi* ; le *jus fruendi* ne se conçoit qu'à titre exceptionnel, le *jus utendi* appartient non pas au service qui en a la gérance, mais à tous, et même aux étrangers »²³¹. Cela dit, Berthélemy rejoint Ducrocq. Pour les deux auteurs, le domaine public est inséparable du territoire national²³². Ce lien indissoluble entre le territoire et le domaine public suppose que ce dernier soit soumis à la garde de l'administration, qu'il soit « réparti entre les trois unités administratives du pays, l'État, le département et la commune, *dépositaires de [ses] diverses portions [...] dans l'intérêt social et en tant qu'organes de la puissance publique* »²³³. Certaines constructions appartiennent au domaine public parce qu'elles contribuent à assurer l'intégrité du territoire. Il s'agit des dépendances liées à la défense nationale, visées par l'article 540 du Code civil auquel Ducrocq accorde une véritable légitimité²³⁴ dans le cadre de sa doctrine. Ce courant doctrinal rapproche l'exercice de la souveraineté de la « directe universelle »²³⁵ à travers la figure de l'État gardien du territoire. Il confond le territoire juridique avec le sol physique. Ce sont en effet les caractéristiques de certaines portions du territoire qui impliquent l'absence de

de l'article, qui sont désignés par les termes généraux de la fin ? Ce sont des biens qui présentent les mêmes caractères que les objets énumérés au commencement de l'article 538 ».

²²⁷ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, t. II, 2^e éd., *op. cit.*, p.89.

²²⁸ *Ibid.* p. 92.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 9^e éd., 1920, p. 453 : « Les seules choses, en effet, qui, par leur nature ou par suite d'une destination qui emporte une dénaturation effective échappent aux règles de droit civil, sont les portions de territoire affectées à un usage public et non susceptible de propriété ».

²³¹ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, 1933, p. 470. Cette théorie était déjà présente dans l'œuvre de F. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 548 : « cette distinction [domaine public et domaine privé] [...] est fondée sur la nature des choses. Il est des choses qui, improductives naturellement ou par la volonté sociale, sont destinées à l'usage de tous [...] ; les membres de la société en jouissent en cette qualité, *ut singuli* ».

²³² W.-G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, *op. cit.*, p. 209

²³³ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p.87 (on souligne).

²³⁴ *Ibid.* p. 94 : « L'article 540 s'explique, au contraire, naturellement dans notre doctrine ; l'article 538 ne classant dans le domaine public aucune construction affectée à un service, l'article 540 [...] était indispensable pour y classer les forteresses et citadelles consacrées au premier de tous les services publics, *celui de la défense du sol et de la nationalité* » ; R. DARESTE, *De la justice administrative*, 1862, La Mémoire du droit, rééd. 2012 p. 253 : « le domaine public est tel par sa nature ou par sa destination ».

²³⁵ Sur cette notion, M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 191 et s.

propriété privée et donc l'intervention de la puissance publique. Le territoire n'est plus seulement le cadre de la souveraineté, il devient le fondement de son exercice. Le retour d'une « maîtrise réelle » ou d'une patrimonialité au sein de la souveraineté, même s'il n'est pas totalement abouti, n'est pas exclu²³⁶.

40. Parallèlement à ce courant, une autre partie de la doctrine développe une rhétorique structurée autour de la Nation : la garde du domaine public est assignée à un rôle de satisfaction des besoins nationaux. La figure de la Nation se substitue en effet à celle du public²³⁷, comme peuvent en témoigner les écrits de Gaudry : « certaines choses sont, par la disposition même de la nature ou par le travail des hommes, vivant en société, consacrées à des usages publics, ou du moins sont tellement indispensables à l'existence de la société que tout homme y possède un droit inaliénable, par cela même qu'il fait partie du corps de la Nation »²³⁸. Aussi, la notion de « domaine national » reste encore pertinente pour certains auteurs parce qu'elle contribue à renforcer la « destinée nationale » des choses qui appartiennent à cette catégorie. Pour Foucart, « les mots *domaine national* indiquent la réunion de toutes les choses corporelles et incorporelles qui appartiennent à *la nation*, c'est-à-dire la *société française* »²³⁹ et soulignent la transcendance des nécessités nationales qui irriguent la garde du domaine public et la gestion du domaine de l'État (ou privé)²⁴⁰. Cette rhétorique est également développée par Cotelle. Son discours est pétri d'économie politique et de justice sociale. L'auteur retient qu'en étant à la disposition de la Nation, les dépendances du domaine public contribuent à renforcer les liens au sein du corps social, et contribuent au développement de l'industrie et de l'instruction, en somme, à garantir le progrès social²⁴¹. Par

²³⁶ H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, 1920, p. 456. L'auteur refuse la propriété sur le domaine public mais ne peut occulter les conséquences pratiques : « de quelque manière qu'on désigne le droit qu'ont les administrations sur le domaine public, qu'on nomme propriété (ce qui est trop) ou qu'on nomme droit de garde et de surintendance (ce qui peut sembler insuffisant) » ; p. 457 : « Le domaine public a deux sortes de caractères : Pour certains d'entre eux, le domaine public se sépare nettement d'un domaine de propriété. Pour d'autres, il s'en approche, et il y a lieu de concilier leur existence avec la théorie où nous refusons de reconnaître le caractère de propriété aux pouvoirs des administrations sur le domaine public ».

²³⁷ On retrouve ce rapprochement avec la Nation dans le *dictionnaire de l'administration française* : « Le domaine public et le domaine de l'État sont unis par un lien intime. L'un comme l'autre, ils sont la propriété de la nation [sic]. Mais leur destination différente établit entre eux une distinction profonde. L'État possède en effet le domaine comme tout propriétaire à l'exclusion de tous autres. Mais certaines fractions y sont affectées à l'usage de tous, et c'est cette affectation qui leur donne le caractère de domaine public » ; J. CHANTAGREL, *Droit administratif théorique et pratique*, Masson, 1859, p. 522 : « Le domaine public est l'ensemble des biens dont la propriété est à l'être moral, la *nation*, et qui sont destinés à notre usage, ou à notre sécurité ».

²³⁸ J.-A.-J. GAUDRY, *Traité du Domaine*, t. I, *op. cit.*, 1862, p. 76.

²³⁹ E.-V. FOURCART, *Éléments de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 258 (souligné par l'auteur).

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ M. COTELLE, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 368 : « L'objet unique et le chef d'œuvre de la civilisation étant de protéger l'homme dans sa faiblesse native, de développer ses facultés, d'établir entre le corps social et chacun de ses membres des rapports tels que tout serve à tous, à la condition que chacun respecte l'ordre et les lois ». On retrouve la même rhétorique chez BONNIN, in *Abrégé des « Principes d'administration » d'après la troisième*

exemple, les voies de communication poursuivent plusieurs fonctions, elles « sont [d'abord] d'un intérêt direct pour le corps de la nation, telles [...] les routes qui conduisent du centre de l'empire aux frontières, aux grands ports et aux principales villes de l'intérieur »²⁴², elles sont également indispensables, à défaut de quoi « l'industrie la plus active étoufferait sous le poids même de ses produits, sans des moyens multipliés de les répandre et d'aller au-devant de la consommation »²⁴³. La doctrine choisit ainsi une autre voie afin d'appréhender le *Public*. En passant par la Nation²⁴⁴, elle ramène le *Public* à une unité qui lui paraît plus facilement saisissable²⁴⁵, à la différence de Proudhon qui l'envisage essentiellement « comme une série [d'individus] non close [...] considérés *ut singuli* »²⁴⁶, c'est-à-dire seulement unis par le statut d'usagers du domaine public. La doctrine sort ainsi du cadre théorique de l'*universitas*²⁴⁷ qui « s'analyse [...] en un *nomen intellectuale* » et qui ne « désigne que des individus unifiés sous un même nom »²⁴⁸, c'est-à-dire le *Public*. Ce dernier est seulement, pour Cotelle, la représentation « locale » de la nation, c'est-à-dire une population donnée sur une portion du territoire donnée²⁴⁹.

La doctrine publiciste parvient à intégrer la notion de domaine national dans le cadre de la dualité domaniale²⁵⁰. La tâche consiste à opérer une différenciation entre plusieurs termes (domaine national, domaine public et domaine de l'État) qui semblaient identiques lors des débats révolutionnaires et dans les premiers moments du Code civil²⁵¹. Mais comment penser un domaine « appartenant à la nation », selon l'expression de Foucart, qui comprenne à la fois

édition, 1829, *op. cit.*, p. 245 : « Les routes, les chemins et les canaux publics, sont au corps politique ce que les artères sont au corps humain. C'est par eux que toutes les parties du territoire se correspondent et se rapprochent ; que les subsistances et les produits de l'industrie et du commerce circulent et vont porter la vie et le mouvement partout ils sont nécessaires, et mettre en harmonie et en équilibre tous les rouages du jeu de la machine politique ».

²⁴² *Ibid.* p. 370.

²⁴³ *Ibid.* p. 368.

²⁴⁴ Ce point de vue se retrouve chez M. WALINE : « Le seul terme correct de la langue du Droit, pour désigner l'ensemble des usagers du Domaine public, c'est celui de la Nation » in *Mutations domaniales, op. cit.*, p. 91-92.

²⁴⁵ Certains auteurs reprennent l'usage métaphorique du « corps » afin de caractériser la Nation, ce qui contribue à renforcer l'idée d'une unité des Nationaux. V. J. A. J. GAUDRY, *Traité du Domaine*, 1862, t. I, p. 76 : « Nous citerons, comme exemples que la Nature a mis à la disposition de tous les individus réunis en corps de Nation », cité par M. Waline., *Les mutations domaniales, op. cit.*, p. 23.

²⁴⁶ M. XIFARAS., « Le code hors du code... », préc.

²⁴⁷ Une des premières définitions est donnée par Accurse (1230) : « L'universitas n'est rien d'autre que les individus singuliers qui s'y trouvent », *D.*, 3, 4, 7, 1, cité par Y. THOMAS, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, n°21, 1995, p. 46. Également, sur cette notion, P. MICHAUD-QUANTIN, *Universitas. Expression du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*, Paris, Vrin, 1970.

²⁴⁸ A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personne morale », in *Dictionnaire de culture juridique, op. cit.*, p. 1153.

²⁴⁹ M. COTELLE, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 370 : « à l'égard de nation qui forme un tout homogène, le nombre indéterminé et variable d'habitants dont se compose la population d'une certaine portion de territoire fait partie du public, c'est le public lui-même ».

²⁵⁰ F. LAFERRIÈRE, *Essai sur l'histoire du droit français...*, t. I, *Guillaumin*, 1885, p. 150 : « le domaine de la couronne, dans le sens générique et dans la langue du droit fut remplacé par le *Domaine national*, qui comprend trois branches distinctes : le domaine public, le domaine de l'État, le domaine spéciale ou la dotation de la couronne ».

²⁵¹ Sur la confusion entre le domaine public et le domaine de l'État, A. VALETTE, *De la propriété et de la distinction de biens. Commentaire des titres I et II du Livre II du Code civil*, Paris, A. Marescq Ainé, 1879, p. 77.

le domaine public et le domaine de l'État ? Il s'agit de deux façons distinctes d'envisager l'« appartenance ». Dans le cas du domaine de l'État, la doctrine prolonge la pensée révolutionnaire²⁵² : la Nation et l'État sont perçus comme un tout, l'appartenance passe la propriété de l'État. Dans le cas du domaine public, la Nation est distincte de l'État, l'appartenance s'exprime par un droit d'usage de nature personnelle, dont l'État doit assurer l'exercice, au nom « de sa mission politique et administrative »²⁵³. En définitive, si la raison d'être du domaine public est la satisfaction des « besoins nationaux », il s'est certes déterritorialisé de prime abord, mais son administration relève toujours de l'exercice de la souveraineté : soit parce qu'elle est repensée dans le cadre de la relation entre l'État et le souverain (selon Foucart et Block²⁵⁴), à partir des transferts de biens qui ont suivi le changement du titulaire de la souveraineté au moment de la Révolution²⁵⁵, soit parce qu'elle relève d'un rapport plus général entre la souveraineté et la population soumise à sa puissance, c'est-à-dire la Nation²⁵⁶, et indépendamment de la qualité ou de l'identité du souverain (selon Cotelle et Gaudry).

41. Au surplus, l'intégration du droit de garde dans la sphère de la souveraineté peut aussi se réclamer de conceptions formelles qui contredisent celle de Proudhon, lequel voit dans le pouvoir législatif la seule voie d'expression de la souveraineté. La doctrine rattache le pouvoir de l'administration à l'exercice de la souveraineté. Pour certains, l'administration détient une parcelle de l'exercice de la souveraineté. Pour d'autres, elle reçoit une délégation ou elle est mandataire du souverain²⁵⁷. Mais, en tout état de cause, la puissance exécutive participe plus

²⁵² Ch. LAVIALLE, « Des liens entre la souveraineté nationale et le droit de propriété », *LPA*, 14 juillet 1989, p. 84 : « si le droit de propriété est directement issu de la volonté des représentants de la Nation, on comprend qu'il ait été entendu comme appartenant à celle-ci ».

²⁵³ E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 316.

²⁵⁴ M. BLOCK, « Domaine », in *Dictionnaire général de l'Administration française*, 3^e éd., Paris, 1891, p. 897 : « Le domaine de la Couronne, sous l'ancien droit, inaliénable on ne distinguait pas les choses qui étaient dans le domaine du roi à titre de souverain, de celles qu'il possédait à titre de propriétaire ; mais lorsque le domaine de la Couronne suivant la souveraineté passe des mains du roi dans celles de la nation, cette distinction s'impose : les biens qui ne sauraient être aliénés sans compromettre le principe de souveraineté demeurent inaliénables ; tous les autres sont aliénables. De là, la distinction entre le domaine public et le domaine de l'État dont le principe est posé dans l'article 2 de la loi des 21 novembre et 1^{er} décembre 1790 ».

²⁵⁵ E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, *op. cit.*, p. 245 : « ce qui est appelé aujourd'hui *domaine national* recevait dans l'ancien droit le nom de *domaine de la couronne*, par suite des principes sur lesquels reposait alors notre droit public ».

²⁵⁶ Sur cette notion, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 121.

²⁵⁷ M. BLOCK, *Dictionnaire de l'administration française*, *op. cit.*, p. 14 et s ; H. BERTHÉLEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, p. 14 : l'administration et le juge deviennent les collaborateurs du souverain et l'on peut dire qu'ils disposent l'un et l'autre, dans la sphère de leurs attributions, d'une *souveraineté dérivée* ; L. WODON, *Traité des choses publiques*, *op. cit.*, p. 25 : « nous savons que chaque fois que l'administration est chargée d'agir purement au nom de l'utilité publique, son mandat est gouvernemental, son action est essentiellement publique ; elle apparaît, en ce cas, uniquement comme pouvoir exécutif indépendant dans sa sphère, émanant du pouvoir législatif, de la souveraineté de la nation ».

ou moins à l'exercice de la souveraineté et donc à tout ce qui en découle, y compris le droit de garde du domaine public.

42. *Conclusion §1.* Même dans son acception générique, le *dominium* disparaît des théories de la puissance publique domaniale. Au nom de la dichotomie entre la souveraineté et la propriété, la doctrine du XIX^e siècle théorise une puissance publique domaniale uniquement structurée autour de la souveraineté et opposée à la puissance privée propriétaire. Captivée par les classifications bipartites, la doctrine a réorganisé la matière domaniale. Souveraineté, puissance publique et domaine public s'opposent à propriété, puissance privée et domaine privé (ou domaine de l'État). Cette représentation théorique des rapports entre les collectivités et les biens se prolonge dans les théories de la personnalité publique élaborées à la fin du XIX^e siècle.

§2.-LES APPROCHES RESTREINTES DE LA PERSONNALITÉ PUBLIQUE

43. Les répétiteurs du début du XIX^e siècle posent les jalons de la théorie de la personnalité juridique de l'État, des départements et des communes²⁵⁸. Il n'y a pas deux personnalités qui seraient totalement imperméables, il n'y en a qu'une seule et celle-ci est exclusivement reléguée aux relations de droit privé. La puissance publique n'est pas imputée à une personnalité juridique, elle est exclue du champ des droits subjectifs²⁵⁹. Cette position est une constante pour la doctrine du XIX^e siècle. Une des raisons, invoquée par le Professeur N. Foulquier, tient à la conception centralisatrice du pouvoir : « la personnification des collectivités territoriales [n'a] été que très limitée, elle ne fut admise que dans la mesure où elle ne remettait pas en cause l'essentiel de la centralisation administrative »²⁶⁰. Une autre raison peut être avancée : les approches restreintes de la personnalité juridique répondent à la distinction entre la souveraineté et la propriété, tant elles séparent l'État propriétaire de l'État-puissance publique et tant elles sont en même temps le verrou conceptuel de cette distinction. La doctrine recourt principalement à deux théories explicatives de la personnalité juridique : la théorie de la propriété collective (II) et surtout celle de la fiction légale (I). Elles sont d'un intérêt indéniable parce qu'elles impliquent le confinement de la personnalité juridique aux relations de droit privé : la personnalité juridique ne peut pas être généralisée à l'ensemble des activités de l'État puisqu' elle tire son existence de la loi.

²⁵⁸ G. J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, op. cit., p. 141 et s.

²⁵⁹ Contra F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, op. cit., p. 158 et s.

²⁶⁰ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 98.

I. La théorie de la fiction légale, une personnalité d'ordre exclusivement civil

44. « J'ai traité de la capacité du droit, comme répondant à l'idée de l'individu ; je l'envisage ici comme étendue artificiellement à des êtres fictifs. On les appelle personnes juridiques, c'est-à-dire personnes qui n'existent que pour des fins juridiques, et ces personnes nous apparaissent à côté de l'individu, comme sujets des rapports de droit »²⁶¹. Ce passage du *Traité de droit romain* de Savigny est une réponse à la question de l'identification des sujets de droit. Dans quelle mesure les personnes morales²⁶² peuvent-elles être considérées comme des sujets de droit ? La reconnaissance de la personnalité morale (ou juridique) est nécessairement limitée au regard des soubassements théoriques sur lesquels se fonde l'auteur. La prémisse de la pensée de Savigny ne laisse en effet que peu de place au phénomène collectif ou de regroupement : la Willenstheorie, à laquelle l'auteur fait ici implicitement référence, envisage le droit subjectif comme un « pouvoir de volonté »²⁶³. Seul l'individu détient « la capacité du droit », c'est-à-dire « la faculté d'exercer librement [une] volonté »²⁶⁴. En conséquence, la personne-sujet de droit ne coïncide qu'avec la personne humaine²⁶⁵ ou, en d'autres termes, « l'ordre juridique ne reconnaît [en principe] qu'un seul acteur juridique, ou sujet de droit, l'être humain »²⁶⁶. S'il y a une reconnaissance d'une personnalité juridique, ce n'est qu'à titre subsidiaire. Cette reconnaissance réside dans la faculté du droit positif d'élargir la catégorie des sujets de droit « au-delà des personnes physiques », en admettant l'existence de personnes morales pour des raisons pratiques « utilitaristes » et en dépit des positions « jusnaturalistes »²⁶⁷ qui sous-tendent la qualité de sujet de droit. Une reconnaissance de la personnalité juridique serait en somme contraire à la « nature des choses », et serait une forme d'« anomalie

²⁶¹ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. II, F. Didot, 1855, p. 230.

²⁶² Pour autant l'auteur rejette l'expression de personne morale. *Ibid.* p. 234 : « On employait autrefois l'expression de personne morale ; je la rejette pour deux motifs. D'abord, elle n'atteint pas l'essence du sujet qui n'a rien de commun avec les rapports moraux ; ensuite, appliquée aux individus, elle désigne ordinairement l'opposition de la moralité à l'immoralité, ce qui nous reporte à un ordre d'idées tout différent ». Ce rejet s'inscrit dans la distinction du droit et de la morale, v. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, Léviathan, p. 178.

²⁶³ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. I, § 4, p. 7. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2008, p. 56 ; P. ROUBIER, *Théorie général du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Dalloz, 1951, rééd. 2005, p. 252.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 140, cité par F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1997, p. 38 : « la volonté, en tant que faculté de vouloir est inhérente à l'homme, individuel et à lui seul ».

²⁶⁵ A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « La personne morale », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 1154. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, p. 2 « Tout droit est la sanction de la liberté morale inhérente à chaque homme. Aussi, l'idée primitive de personne ou sujet du droit se confond avec l'idée d'homme, et l'identité primitive de ces deux idées peut se formuler en ces termes : chaque individu, et l'individu seulement, a la capacité du droit ».

²⁶⁶ F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 13. Voir également, « Personnes morales », in *Répertoire Béquet*, *op. cit.*, t. 22, p. 166.

²⁶⁷ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. 2, *op. cit.*, p. 234 : « J'emploie l'expression personne juridique opposée à personne naturelle, c'est-à-dire à l'individu, pour montrer qu'elles n'existent pas comme personnes que pour une fin juridique ».

juridique »²⁶⁸, néanmoins nécessaire pour la vie juridique. Le processus consiste à « transporter la capacité du droit hors de l'individu et à créer artificiellement une personne juridique »²⁶⁹, c'est-à-dire à créer une fiction juridique²⁷⁰ dont la création est le monopole de l'ordre juridique, en l'occurrence de la loi²⁷¹. La loi peut défaire ce qu'elle a fait²⁷², elle est la seule compétente pour autoriser les personnes privées à recourir à cette fiction juridique, et elle est la seule à pouvoir en limiter l'usage²⁷³. La doctrine française ne pouvait pas rester insensible à cette théorie : les présupposés individualistes, la méfiance vis-à-vis des corps intermédiaires²⁷⁴ et le légicentrisme issus de la Révolution, auxquels elle est très attachée, s'en trouvent confortés²⁷⁵. Même si ce courant doctrinal reconnaît l'individualité suprême²⁷⁶ de l'État, si celle-ci n'est que la « personnification de la société », pour reprendre les mots de Macarel, ou la transcendance du corps politique²⁷⁷, cette reconnaissance unitaire de la personnalité étatique n'est envisagée que sur un plan philosophique et politique et ne se retrouve nullement sur le terrain du droit. La doctrine sépare la personnalité politique de la personnalité juridique de l'État²⁷⁸ et, à l'instar de la pensée révolutionnaire et du droit intermédiaire, elle circonscrit la personnalité de l'État, en tant qu'émanation du corps politique, à l'exercice des droits patrimoniaux.

45. L'œuvre de Savigny trouve un écho tout particulier dans les doctrines de Ducrocq, Batbie et Béquet. Tous s'accordent avec le penseur allemand sur le fait que la personnalité morale ne peut être que l'œuvre de la loi. Aussi peut-on lire dans l'ouvrage de droit administratif de Ducrocq : « parmi les êtres collectifs, ou êtres de raison, dont la loi consacre l'existence purement juridique, sous le nom de personnes morales ou personnes civiles, les uns ne relèvent que du droit privé, comme les sociétés civiles ou commerciales [...], les autres relèvent du droit administratif, parce que leur existence se rattache, par des liens plus ou moins étroits, à l'organisation administrative de la France »²⁷⁹. De même, Batbie considère que « les

²⁶⁸ L. MICHOU, « Personnes morales », in *Répertoire Béquet*, t. 22, *op. cit.*, p. 166.

²⁶⁹ *Ibid.* p. 2.

²⁷⁰ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale. Son application en droit français*, 1920, rééd. 1998, t. 1, LGDJ, n°6, p. 16 : « L'homme seul étant une personne réelle, on ne peut expliquer que par une fiction juridique l'idée de personnalité appliquée à d'autres choses qu'à des êtres humains ».

²⁷¹ *Ibid.*, n° 7, p. 17.

²⁷² L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, p. 17.

²⁷³ H. CAPITANT et A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 6^e éd., Dalloz, 1930, p. 661.

²⁷⁴ Sur ce point, B. FAURE, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP*, 2008, p. 233.

²⁷⁵ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 103.

²⁷⁶ Th. DUCROCQ, *De la Personnalité civile de l'État, d'après les lois civiles et administratives de la France, Thorin et fils*, 1894 « L'État peut être envisagé dans le droit sous deux aspects, comme puissance publique et comme personne civile ou morale [...] il faut reconnaître que ces deux caractères sont tellement liés l'un à l'autre, qu'ils se confondent dans l'individualité de l'État et qu'il serait dangereux d'établir une démarcation absolue ».

²⁷⁷ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 114 et s.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 116.

²⁷⁹ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 396.

personnes morales n'ont d'existence que par la volonté du législateur, et aux conditions qu'il détermine ; elles sont créées soit directement par la loi, soit par l'administration procédant en vertu d'une délégation législative »²⁸⁰. Également, selon Béquet, « s'il y a nécessité de donner une personnalité aux associations formées par les individus, cette personnalité n'est qu'une fiction légale : et la loi qui peut la faire reconnaître juridiquement, peut, évidemment aussi, établir les conditions essentielles de son *existence*, en édictant les formalités qui doivent présider à sa création ; régler son *état* en fixant son rôle social, et l'ensemble de droits et obligations qui s'attachent à elle ; enfin, mesurer sa *capacité* en délimitant son habilité et son idonéité à avoir la jouissance ou l'exercice de tels ou tels droits »²⁸¹. Aussi, Ducrocq précise que « ce n'est pas de plein droit que l'État jouit de la personnalité civile. C'est bien la loi qui est dispensatrice souveraine de toute existence juridique, pour l'État, comme pour les autres personnes civiles »²⁸². Surtout concernant les communes et les départements, la théorie de fiction légale s'accorde parfaitement avec l'idée de la supériorité de l'État, dont l'existence dépend paradoxalement de la loi, vis-à-vis de ces collectivités territoriales. Si celles-ci détiennent une existence juridique propre, ce n'est que le fruit d'une concession étatique, et uniquement dans le cadre de relations de droit privé²⁸³. L'approche fictionnelle de la personnalité juridique porte en son sein sa propre limitation : « comment l'État, auteur de la fiction, serait-il engendré par elle ? Tout ce qu'il peut faire, une fois reconnu comme puissance commandante, est de s'appliquer à lui-même la fiction dans un domaine déterminé, par assimilation aux personnes de droit privé ; mais sa qualité de puissance commandante ne peut s'expliquer par là »²⁸⁴. La doctrine publiciste marque néanmoins une rupture avec la pensée allemande. Alors que Savigny admet paradoxalement qu'il puisse exister des personnes juridiques qui ont une existence naturelle dans la mesure où « leur qualité de personnes juridiques n'est presque jamais douteuse »²⁸⁵, Ducrocq considère au contraire qu'il « n'est pas exact d'admettre des personnes civiles naturelles, pas plus l'État qu'aucune autre »²⁸⁶.

²⁸⁰ A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, t. V *op. cit.*, 1885, p. 2.

²⁸¹ L. BÉQUET, *De la personnalité civile des diocèses fabriques et consistoires et de leur capacité à recevoir des dons et legs*, A. Marecq-Ainé, 1880.

²⁸² Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif...*, t. IV, *op. cit.*, p. 15. V. du même auteur, « De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères », *RDP*, T. 1, p. 47 : « Il n'en est pas moins vrai qu'en tout pays l'État est la première et la plus grande personne civile de ce pays, consacré comme tel par l'ensemble des lois domaniales, forestières, financières, etc. Il est le plus grand propriétaire, le plus grand créancier, le plus gros débiteur. Il n'est pas de contrats qui atteignent l'importance notamment, de ses marchés de travaux publics, de ses marchés de fournitures, et surtout, pour la plupart des États, de ses emprunts ».

²⁸³ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 107.

²⁸⁴ L. MICHOU, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État », *RGA*, t. III, 1911, p. 257.

²⁸⁵ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. II, *op. cit.*, p. 232.

²⁸⁶ Th. DUCROCQ, « De la personnalité de l'État d'après les lois civiles et administratives », *RGD*, 1894, T. 18, p. 97, cité par N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 101.

La théorie de la fiction légale comme théorie explicative de la personnalité juridique mêle des considérations utilitaristes et patrimoniales. Sa construction apparaît intimement liée à la pratique du commerce juridique, à la possession d'une chose et à son exploitation. Puisant dans la scolastique romaniste²⁸⁷, Savigny estime que « la personne juridique n'affecte que le droit des biens »²⁸⁸. Aussi peut-on lire dans son œuvre : « Voici donc les rapports de droit que soutiennent les personnes juridiques : la propriété et les *jura in re*, les obligations, les successions comme moyen d'acquérir, les pouvoirs sur les esclaves [considérés comme des biens], le patronage [...] »²⁸⁹, ou encore « les personnes juridiques ne sont que des sujets capables de posséder, car tous les autres caractères sont en dehors du droit privé »²⁹⁰. La doctrine française a pleinement intégré cette idée. Selon un principe d'assimilation avec les personnes privées²⁹¹, la personnalité juridique permet à l'État et aux collectivités territoriales de se prêter au commerce juridique. Elle sert de pont entre l'État ou les collectivités territoriales et le droit de propriété, à travers le triptyque : personnalité civile, actes de gestion, domaine privé. La personnalité juridique appelle la propriété. Si « l'État est ainsi considéré comme être collectif, comme individu », il « est investi de droits et d'obligations analogues ou identiques à ceux des particuliers ; il possède, il est propriétaire, il peut aliéner, il peut acquérir à titre onéreux ou à titre gratuit comme le font les simples citoyens »²⁹² ou, si l'on se réfère aux termes de Batbie, « l'effet produit par cette reconnaissance administrative ou légale est de donner à la personne morale la capacité de contracter, d'acquérir, d'aliéner »²⁹³. Cette dimension fonctionnelle de la théorie de la fiction légale est partagée par une autre théorie de la personnalité juridique : la théorie de la propriété collective.

II. La théorie de la propriété collective, une autre théorie de la personnalité civile

46. Bien que très répandue, la théorie de la fiction légale fut rejetée par une partie de la doctrine. L'accent est mis sur la fragilité de la notion : « Dire que les biens d'une personne

²⁸⁷ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale, son application en droit français*, t. I, *op. cit.*, n° 9, p. 21 : « On l'a [la personne morale], dans ce domaine, assimilé aux individus et on n'a nullement cherché à embrasser dans cette conception les droits de puissance publique qui lui appartiennent. Cette notion a été maintenue, au commencement du siècle dernier, par Savigny et son école, qui ont exercé, en France même, une si grande influence sur la théorie de la personnalité morale. Elle l'a été en partie par fidélité aux idées romaines, en partie par des raisons d'un autre ordre ».

²⁸⁸ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. II, *op. cit.*, p. 235.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 233.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 234. Sur ce point, F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse Lyon, 1981, p. 741.

²⁹¹ R. SALEILLES, *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, 1902, A. Chevalier-Marescq & cie, p. 129.

²⁹² T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 398.

²⁹³ A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 1885, *op. cit.* t. V, p. 2. La dimension patrimoniale de la théorie de la fiction légale se retrouve également chez Béquet. V. « De la personnalité civile des diocèses fabriques et consistoires et de leur capacité à recevoir des dons et legs », préc.

morale appartiennent à un être fictif, c'est dire en termes à peine déguisés, qu'ils n'appartiennent à personne »²⁹⁴. L'autre principale aporie de la théorie, relevée par ses détracteurs, est qu'elle ne tient pas suffisamment compte de certaines situations de fait²⁹⁵ et qu'elle accorde à l'État un rôle bien trop important. L'État peut accorder ou refuser le statut de personne morale à des groupements et, ce faisant, il ne se contente pas de constater une situation de fait, il en modifie la réalité²⁹⁶. Ce n'est pas le droit qui s'adapte aux faits, ce sont les faits qui s'inclinent devant lui²⁹⁷. En outre, la théorie de la fiction légale apparaît insatisfaisante en ce qui concerne la nature et les modalités des relations entre la personne morale et les personnes physiques qui la composent. La personne morale est une unité juridique qui absorbe l'ensemble des individualités, mais ces mêmes individualités ne sont que des tiers vis-à-vis d'elle. La doctrine opposée à la théorie de la fiction légale met justement en exergue ses conséquences en matière d'exercice du droit de propriété. Les actes produits à cette occasion ne sont pas imputés aux personnes physiques, mais directement à la personne morale. La théorie de la fiction légale occulte ainsi les véritables bénéficiaires de la jouissance de la chose, c'est-à-dire les membres de la collectivité²⁹⁸. La personnalité morale, telle que l'envisage la théorie de la fiction légale, apparaît en quelque sorte comme une trop grande abstraction que ce courant doctrinal cherche à ramener à une certaine « réalité », en remettant les personnes physiques sur le devant de la scène, sans abandonner totalement le principe fictionnel. C'est à ce niveau qu'intervient la théorie de la « propriété collective » portée par Planiol et Berthélemy. Selon ces auteurs, « le véritable sujet des droits des personnes morales [se trouve] non dans ces personnes elles-mêmes, mais dans les personnes physiques qui en forment le *substratum* »²⁹⁹. La prémisse – la *Willenstheorie* – reste identique à celle de la théorie de la fiction légale, mais ils en tirent des conséquences plus radicales. L'individu est le véritable sujet de droit puisqu'il est le seul à être doté de volonté : il est donc impossible de rattacher des droits à une personne autre que les membres que comprend la collectivité³⁰⁰.

²⁹⁴ « Personnes morales », in *Répertoires Béquet*, t. 22, p. 166.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Sur ce point, M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1916, Paris, Sirey, 2^e éd., p. 87.

²⁹⁷ L. MICHOU, « Personnes morales », in *Répertoires Béquet*, t. 22, p. 166 : « Il [l'État] est infidèle à sa mission quand il refuse de reconnaître la personnalité là où les éléments de cette personnalité existent ; et cette méconnaissance des faits n'aboutit qu'à faire, aux groupements licites auxquels il refuse cette reconnaissance, une situation bâtarde, pleine d'incertitude et complications juridiques » ; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. 1, *op. cit.*, n° 15, p. 34.

²⁹⁸ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, p. 35 : « Dans les rapports juridiques qu'ils peuvent avoir avec elle, ses membres sont donc des tiers. [...] c'est qu'en faisant ainsi abstraction des personnes physiques qui composent la personne morale, on oublie l'élément principal du problème et on le simplifie outre mesure ».

²⁹⁹ L. MICHOU, « Personnes morales », in *Répertoires Béquet*, t. 22, p. 167.

³⁰⁰ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 1901, p. 515 : « Le mot " personne " est fait pour désigner les hommes, en tant que sujets de droit. Admettre qu'autre chose qu'un homme aura ce même rôle, c'est FEINDRE que cette chose soit une *personne* » ; p. 516 : « Je conclus de là que la conception sociologique des groupements *personnes naturelles* est *juridiquement* inexacte ».

47. La théorie de la « propriété collective » coïncide avec le point de Van den Heuvel³⁰¹ et de Vareilles-Sommières³⁰². Ces derniers envisagent la personnalité morale comme l'expression juridique d'une association³⁰³ entre plusieurs individus et tous s'accordent sur le fait que le patrimoine « des associations est en réalité non la propriété de l'être moral, mais la copropriété des associés »³⁰⁴. Berthélemy et Planiol s'appuient sur cette approche mais ils empruntent une voie différente. Pour ne citer que Berthélemy, l'auteur reprend effectivement à son compte la critique de la dissociation entre les personnes physiques et la personne morale, c'est-à-dire le fait que la personnification fictive aboutisse obligatoirement à la création d'un autre sujet de droit, distinct des membres de la « collectivité »³⁰⁵. Néanmoins, à la différence de ses pairs qui fondent la personnalité morale sur un contrat d'association³⁰⁶, Berthélemy choisit une logique propriétaire : « Nous pouvons être propriétaires *individuellement* ; nous pouvons aussi être propriétaires *indivisément*. Or si nous sommes propriétaires *collectivement*, les choses se passeront, les règles de droit s'appliqueront *comme si nous formions une seule personne*, la personne morale. La fiction ainsi comprise, n'apparaît plus que comme un procédé pour expliquer plus simplement les règles de droit à cette situation particulière ; elle ne fait pas naître de toutes pièces une personne de plus, indépendante des membres de la collectivité dont il s'agit. La personnalité morale n'est en résumé qu'un moyen d'expliquer les règles de la propriété collective »³⁰⁷. À ses yeux, la personne morale n'est qu'une transcendance de la collectivité, érigée en une unité, sans pour autant être une personne distincte du groupe : « collectivement, c'est-à-dire, à nous tous, envisagés comme n'étant qu'un »³⁰⁸, ce qui revient à dire que c'est le groupe qui est directement personnifié. Berthélemy prône ainsi une approche moniste où collectivité et personne morale ne font qu'un, contrairement à la théorie de la fiction légale qui envisage une vision dualiste selon laquelle la personne morale est distincte juridiquement des membres qui la composent.

La propriété collective se présente comme un régime de *mise en entonnoir* de l'ensemble des volontés individuelles vers un but donné et, de l'avis de ses promoteurs, elle aboutit donc

³⁰¹ J. VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Pedone, 1884.

³⁰² G. de L. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, Pichon, 1902.

³⁰³ « Personnes morales », in *Répertoires Béquet*, *op. cit.*, p. 167.

³⁰⁴ *Ibid.* V. aussi, L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, p. 53.

³⁰⁵ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, 1901, p. 516 (souligné par l'auteur).

³⁰⁶ VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2^e éd., Bruxelles, 1884, p. 217, cité par F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 21 et 22 : « Les principes généraux des contrats, les principes spéciaux du contrat d'association et ceux du mandat suffisent à produire, si les associés le veulent, ces mêmes effets [...]. Ainsi rien ne s'oppose à ce que les associés conviennent qu'aucun d'eux ne pourra aliéner [...] isolément sa part dans les objets spéciaux ».

³⁰⁷ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, 1901, p. 516 et 517.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 517.

forcément à une personnification³⁰⁹. D'ailleurs, c'est en cela qu'elle se démarque du régime de l'indivision³¹⁰, mais, comme lui, la théorie de la propriété collective sous-entend la gestion d'un patrimoine. Pour reprendre l'analyse de Michoud, « les biens des personnes morales pour eux [Berthélemy et Planiol] ne sont pas au sens propre du mot la *copropriété* des individus qui les composent ; ce sont des biens possédés par eux *collectivement*, c'est-à-dire en somme sous forme de copropriété d'une nature spéciale, entraînant une gestion unitaire du patrimoine collectif, et le soustrayant aux volontés individuelles des membres »³¹¹. Alors que dans le cadre de l'indivision, le patrimoine reste soumis à la volonté individuelle de chacun au titre de sa quote-part ; « la mauvaise volonté de chacun peut entraver l'action de tous les autres »³¹², regrette Berthélemy.

48. Malgré leurs divergences, la théorie de la propriété collective partage certains éléments avec la théorie de la fiction légale. Elle est également une théorie essentiellement patrimoniale³¹³ et elle a vocation à être une théorie générale de la personnalité morale, applicable aux personnes privées comme à l'État et aux collectivités territoriales. Elle permet en effet à l'administration de participer au commerce juridique. « Pour dépenser, estime Berthélemy, il faut avoir des ressources. Pour avoir des ressources, il faut pouvoir être propriétaire, créancier, débiteur, avoir une capacité juridique, il faut être ce qu'on nomme en droit une personne morale. Si on se place strictement au point de vue des nécessités juridiques, on dira qu'il eût été suffisant de reconnaître la personnalité morale de l'État. L'État débiteur, créancier, propriétaire ou contractant aurait été représenté par ses différents agents suivant les causes des recettes et des dépenses. La reconnaissance de la personnalité morale de l'État était nécessaire ; juridiquement elle était suffisante »³¹⁴. La propriété collective est bien le fondement de la personnalité morale de l'État et des collectivités territoriales puisque « les français sont collectivement propriétaires de biens et titulaires de droits ; ils ont, à eux tous, un

³⁰⁹ A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « La personne morale », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 1155 : « le groupe d'individus que la doctrine courante prétend personnifier se ramène simplement à ces individus eux-mêmes, groupés d'une certaine façon ».

³¹⁰ H. CAPITANT et A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 6^e éd., 1930, *op. cit.*, p. 663 : « Les droits qui appartiennent à la masse de sociétaires forment bien en réalité un patrimoine distinct de leurs patrimoines individuels, affecté au but poursuivi par l'œuvre et sur lequel il n'ont aucun droit privatif ».

³¹¹ L. MICHOD, « Personnes morales », in *Répertoires Béquet*, t. 22, *op. cit.*, p. 167 ; également du même auteur, *La théorie de la personnalité morale, son application en droit français*, *op. cit.*, t. I, p. 60. (souligné par l'auteur).

³¹² H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1901, p. 517 et 9^e éd, 1920, p. 34.

³¹³ L. MICHOD, « Personnes morales », in *Répertoires Béquet*, t. 22, *op. cit.*, p. 167 ; du même auteur, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, p. 62 : « ce sont des théories de pur droit privé, qui n'expliquent en rien l'existence, l'unité et la perpétuité des personnes morales de droit public. Dans la personne morale, elles ne voient jamais qu'un patrimoine ».

³¹⁴ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1905, p. 28, cité par G. BIGOT, « Personnalité publique et puissance publique », in *Travaux de l'AFDA, La personnalité publique*, *op. cit.*, p. 17. V. aussi, H. CAPITANT et A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 6^e éd., *op. cit.*, 1930, p. 663.

patrimoine *collectif* qui n'est pas plus à la disposition de chacun d'eux que les biens d'une société de commerce n'appartiennent à chaque associé pris individuellement »³¹⁵. Le rapprochement entre les deux théories est encore plus patent lorsque Berthélemy estime que la loi reste l'unique dispensatrice de la personnalité morale à toutes les formes de collectivités ou de groupements³¹⁶. Il perd ici l'avancée qu'il avait gagnée avec sa théorie, en concédant du terrain à la théorie de la fiction légale. En définitive, il n'est pas allé au bout de sa logique car il nie que la théorie de la propriété collective suffise afin d'expliquer la personnalité morale de l'État et des collectivités territoriales. Le rôle de la loi diffère cependant quelque peu dans son système. On est passé, entre la théorie de la fiction légale et celle de la propriété collective, d'un « pouvoir discrétionnaire » à une « compétence liée » (pour utiliser des termes analogues à ceux du droit administratif) : le législateur doit simplement constater l'existence d'une « collectivité » ou, à la rigueur, refuser l'octroi de la personnalité morale pour des motifs d'intérêt général³¹⁷. Il reste que c'est la loi qui clôt le processus de personnification. Sans elle, il ne peut y avoir de personnes morales.

49. *Conclusion Section I.* La notion de gestion n'est envisagée qu'à partir de ces théories : elle est circonscrite au commerce juridique d'ordre privé, comme dans la théorie allemande du Fisc³¹⁸. Le *Répertoire Béquet* synthétise le lien entre la propriété, la gestion et le commerce juridique : « le gouvernement n'est pas toujours une fonction de puissance publique. L'État et certaines collectivités ou communautés qui en font partie jouissent, par une fiction juridique, de la personnalité civile ; ils peuvent contracter, s'obliger et obliger ; en outre, il a charge de recouvrer toutes les ressources qui doivent assurer le paiement des dépenses publiques ; il a mission également d'assurer le bon fonctionnement des services publics [...]. Chaque fois qu'il remplit un de ces actes [de gestion], il a fait, sans aucun doute, fonction de pouvoir public,

³¹⁵ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 31. L'expression n'a pas bougé d'un iota depuis la 3^e éd., 1901, p. 518 ; *idem* pour la commune : « ce sont les habitants de la commune qui sont propriétaires collectifs du bien communal ; ce n'est aucun d'eux, collectivement » (souligné par l'auteur)

³¹⁶ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, 1901, p. 522 et s. V. également, N. FOULQUIER, *Droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 102 : « il considérait que seul l'homme était naturellement un sujet de droit. Seule la loi pouvait autoriser les individus à constituer des patrimoines distincts de leurs biens propres. Mais la constitution d'une masse de biens soumis à un régime de propriété collective ne débouchait pas sur la création d'un nouvel être juridique ».

³¹⁷ *Ibid.*, p. 523.

³¹⁸ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1916, p. 67 : « Le droit administratif, lui aussi, connaît la personnalité subjective de l'État et même celles des administrations locales, départements et communes, et celles des établissements publics. Pendant longtemps, elle n'a été restreinte au cercle des opérations que la doctrine allemande appelle fiscales, c'est-à-dire aux opérations de même ordre que celles de la vie privée ».

mais non de puissance publique ; il ne *gouverne* pas, il *administre* »³¹⁹. Ce schème est abandonné au moment du renouveau des théories de la personnalité juridique.

SECTION II. L'ASSOCIATION ENTRE LA PUISSANCE PUBLIQUE ET LA PROPRIÉTÉ AU XX^e SIÈCLE : UN VECTEUR DE L'ÉMERGENCE DU POUVOIR DE GESTION

50. Le « concept du sujet de droit, entraînant avec lui le droit subjectif et la personnalité morale, bien que non indispensable pour la mise en œuvre des solutions juridiques, présente une véritable utilité, qui le recommande comme un bon moyen de la technique du droit »³²⁰. D'une utilité certaine pour les publicistes, la personnalité juridique et la propriété sont un duo conceptuel, un « outillage juridique »³²¹, qui permet de rationaliser les pouvoirs de l'administration sur le domaine public³²². Également plus apte à épouser les nouvelles modalités de l'intervention administrative, économiques et patrimoniales, naissantes au début du XX^e siècle sur le domaine public, la grammaire subjectiviste s'est progressivement imposée dans les analyses doctrinales. Une grande partie de la doctrine « reconnaît que l'idée de propriété est utile [...] pour traduire le règne d'une conception économique du domaine, que la théorie du droit de garde était incapable de favoriser »³²³. En repensant le domaine public à partir de nouveaux outils conceptuels³²⁴, les théories subjectivistes favorisent la reconnaissance du pouvoir de gestion³²⁵. Mais la représentation propriétaire des pouvoirs de l'administration sur le domaine public est en réalité le fruit d'un long cheminement. Elle fut débattue et combattue. Les partisans d'une vision objectiviste, attachés à l'autonomie conceptuelle du

³¹⁹ « Contentieux administratif », in *Répertoire Béquet*, t. 12, *op. cit.*, p. 218 ; également chez H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, 1920, p. 42 : « L'État, le département, la commune, les établissements publics, doués de la personnalité morale, peuvent à ce titre être propriétaires, créanciers, débiteurs. Ils peuvent accomplir par représentants les actes ordinaires de la vie civile ; il les accomplissent *comme un particulier pourrait le faire dans l'administration de son patrimoine* ; ces actes ainsi accomplis sont des *actes de gestion* ».

³²⁰ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1913, p. 227. Dans le même sens, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 322 : « La théorie du droit est [...] d'une importance incontestable, puisqu'il s'agit d'une des bases de la technique juridique, la science ayant construit tout son système de règles sur la base de la personnalité, tous les rapports sociaux étant analysés en des droits, et tous ces droits rattachés à des personnes comme sujets ».

³²¹ C. GIVERDON, « L'outillage juridique », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, PUF – Dalloz, 1999, p. 275.

³²² M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 788 : « Les droits que l'on avait l'habitude de considérer comme les conséquences de la garde et de la surintendance du domaine public doivent être considérés comme des prérogatives de l'exercice de la propriété, droits d'affectation et de désaffectation, droits de délimitation et d'alignement, droits de police et de voirie, droits de concession, tous ces droits trouvent leur racine dans les facultés de la propriété, ils sont seulement grandis dans leur exercice par la puissance publique, *ils doivent être considérés, en principe, et c'est là une conséquence importante du système, comme appartenant tous à une seule et même personne administrative pour un même objet et à celle qui en est propriétaire* ».

³²³ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 420.

³²⁴ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 214 et s.

³²⁵ CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques* : *Rec.*, p. 702 ; S. 1958. 73, concl. Guldner ; CE, 3 mai 1963, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins* : *Rec.*, p. 63, RDP, 1963, p. 474, note M. Waline. Sur ce point, voir Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », in *Mélanges F. Moderne*, *op. cit.*, p. 265.

droit administratif, rejettent tout recours aux concepts de personnalité et de propriété et retardent, en conséquence, leur diffusion. Surtout, l'association entre la puissance publique et la propriété, au fondement du pouvoir de gestion, n'est possible et ne s'installe durablement dans la pensée juridique (§3) que lorsque deux verrous conceptuels sont levés : l'abandon d'une personnalité publique juridique et d'une propriété confinées au commerce juridique d'ordre privé. Les constructions d'une personnalité publique unitaire (§1) sont le préalable de la propriété sur le domaine public (§2).

§1.- LE RENOUVEAU DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DE L'ÉTAT ET DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

51. Les premières théories qui ont milité pour une consécration de la personnalité publique unitaire sont les théories organicistes. Alors que le cadre conceptuel de la *Willenstheorie* apparaît trop limité, la sociologie organiciste ouvre une autre voie³²⁶ : les personnes morales, privées et publiques, constitueraient « des organismes vivants présentant la même matérialité que le corps humains », et dont il est possible de « déduire dans un second temps l'existence d'une volonté propre à l'organisme, volonté qui justifierait sa personnalité juridique »³²⁷. La théorie organiciste a obtenu les faveurs de Hauriou dans ses premiers écrits. Influencé par les travaux de Gierke³²⁸, Hauriou considère que la personnalité morale peut s'établir à partir d'une « volonté corporative », structurée autour d'une « œuvre commune »³²⁹. Selon l'auteur, l'État bénéficie spontanément d'une personnalité morale, nécessaire à la réalisation d'une idée particulière, l'unité politique³³⁰. Mais l'approche organiciste souffre cependant de deux écueils : elle repose, au même titre que la théorie de la fiction juridique, sur une assimilation entre les personnes physiques et les personnes juridiques – la volonté collective est calquée sur le modèle de la volonté individuelle –, et elle ne rend pas suffisamment compte de la spécificité de l'État vis-à-vis des autres personnes morales, extra-étatiques. Pour ces raisons, l'enthousiasme pour cette théorie s'est rapidement estompé, et a

³²⁶ R. WORMS, *Organisme et société*, Giard et Brière, 1896, cité par A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personne morale », in *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 1155 ; E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 146.

³²⁷ A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personne morale », in *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 1155. V. aussi L. MICHOU, « La notion de personnalité morale », 2^e article, *RDP*, 1899, p. 193.

³²⁸ O. von GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887. Sur ce point, L. MICHOU, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française », *RGA*, 1911, p. 257. Mais Hauriou considère que sa théorie de l'institution se distingue de celle de Gierke, in *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, préface, p. XIV : « Cette théorie se sépare de l'organicisme de Gierke en ce que l'existence des organes, en soi, n'est marquée que de l'individualité objective et non pas nécessairement de la personnalité morale ».

³²⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 199. Sur ce point, N. FOULQUIER, *Droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 135 ; E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droits et société*, 1995, p. 381 ; A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personne morale », in *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 1155.

³³⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 5.

laissé place à d'autres travaux, cherchant à élaborer la personnalité morale à partir d'un substrat social, et non plus à partir d'une réalité quasi-biologique, « corporelle ou matérielle »³³¹. La personnalité morale est envisagée comme une réalité sociale, mais saisie par le droit³³² et érigée, en conséquence, en une personnalité juridique. La doctrine allemande a initié le mouvement³³³, la doctrine française a suivi mais s'en est détachée pour proposer ses propres conceptions, diverses et parfois opposées³³⁴ (I). Hauriou a signé l'œuvre la plus originale à travers sa théorie de « l'institution » (II) mais il rejoint les autres auteurs, tels que Michoud ou Moreau, sur les fondements « réaliste » et « social » de la personnalité morale. Ces derniers auteurs ont initié le mouvement de la reconnaissance de la personnalité juridique unitaire de l'État et des collectivités territoriales qui sera parachevé par les théories de la réalité technique (III).

I. Les approches réalistes de la personnalité morale ou l'unité juridique de l'État

52. Les travaux de Michoud ont été déterminants pour la science juridique. Son influence fut indéniable au sujet du renouvellement du cadre théorique de la personnalité morale. Comparé notamment à Larnaude³³⁵, Michoud propose un « réalisme » plus modéré, empreint de jusnaturalisme³³⁶. Sa pensée est cependant proche de celle de Jellinek³³⁷. Les deux auteurs se distinguent quant à leurs positions épistémologiques, mais ils se rejoignent, d'une part autour du rejet des thèses organicistes³³⁸ et, d'autre part, autour de l'idée que la personnalité morale a une double essence, l'une sociologique, l'autre juridique.

53. S'agissant du rejet des thèses organicistes, Michoud considère en effet qu'il est impossible d'identifier « une volonté collective réelle », émanant d'une « personnalité

³³¹ A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personne morale », in *Dictionnaire de culture juridique*, op. cit., p. 1155.

³³² L. MICHOD, « Personnes morales », in *Répertoire Béguel*, t. 22, op. cit., p. 169 : « En reconnaissant la personnalité de ces groupes, le législateur fait un acte de même nature qu'en reconnaissant la personnalité de l'être humain ».

³³³ F. LINDITCH, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, PUS, 1997, n° 1, p. 179.

³³⁴ M.-J. REDOR, « L'État dans la doctrine publiciste française du début du siècle », *Droits*, 1992, p. 91 : « Les définitions que les juristes du début du siècle ont pu donner de l'État sont à la fois fluctuantes, contradictoires et largement dépendantes des présupposés idéologiques de leurs auteurs ».

³³⁵ F. LARNAUDE, « Analyses et comptes rendus sur l'ouvrage de MICHOD », *RDP*, 1906, p. 576. Du point de vue de L. MICHOD, v. « La personnalité et les droits subjectifs de l'État », *RGA*, 1911, p. 257

³³⁶ En effet, pour MICHOD, « L'État est la première personne juridique que nous rencontrons dans le monde actuel. Son existence est un fait naturel, que le droit n'a qu'à interpréter, et dont il doit tirer les conséquences juridiques », in *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 1924, op. cit., p. 289. V. aussi M. HAURIOU, « Notice sur les œuvres de Léon Michoud », *RDP*, 1916, p. 504.

³³⁷ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 132 et s.

³³⁸ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, op. cit., p. 92. Sur ce point, E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, op. cit., p. 173.

philosophique analogue à la personnalité humaine »³³⁹ et distincte de la volonté des individus qui la composent, parce qu' « il y a [...] entre la volonté du groupe et celle de l'individu une différence de nature qui est essentielle : la volonté de l'individu est une détermination libre qui [lui] appartient en propre [...] ; celle du groupe n'est qu'une résultante des volontés des individus ; dans le processus qui aboutit à la former, il n'y a rien autre que ces volontés »³⁴⁰. Surtout, Michoud comme Jellinek reprochent aux partisans de l'approche organiciste, notamment à Gierke, de proposer une théorie dépourvue d'une véritable démonstration, et de ne faire que constater l'existence réelle de la volonté collective. Selon eux, la « réalité » de la volonté collective et celle de la personne morale sont en effet liées par un rapport tautologique : « D'après [la doctrine allemande organiciste,] la personne morale est une personne collective réelle, parce qu'elle a une volonté collective, distincte de la volonté des individus »³⁴¹. En somme, Michoud et Jellinek considèrent qu'il ne peut pas y avoir une volonté collective « au sens métaphysique du mot »³⁴² ou, peut-on dire, en dehors du droit. Mais les deux auteurs ne rejettent pas pour autant le principe d'une volonté collective, émanation de la personnalité morale ; au contraire, ils lui apportent une assise juridique, sans occulter son substrat social. La volonté collective « résulte [...] de la combinaison d'une conception individualiste de la volonté psychologique avec une théorie de l'imputation »³⁴³. C'est dire que la volonté collective émane toujours d'un ou de plusieurs individus, « métaphysiquement » parlant, « mais socialement, c'est-à-dire pratiquement, elle devra ou pourra être regardée comme formant la volonté du groupe ». Dans une certaine mesure, Michoud réintroduit un élément fictionnel³⁴⁴ : les actes de la personne morale, écrit-il, « seront dans le monde physique des actes de volonté des individus, mais dans le monde juridique des actes de volonté de la collectivité »³⁴⁵. Dans son acception juridique, la personnalité est donc un centre d'imputation de la volonté collective, une illusion juridique « consistant à imputer la volonté exprimée à la collectivité par un organe au groupe tout entier dont il est le représentant »³⁴⁶.

³³⁹ *Ibid.*, p. 93.

³⁴⁰ L. MICHOD, « La notion de personnalité morale », préc., p. 199.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 195.

³⁴² L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, p. 96. V. aussi G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, Paris, rééd. Panthéon-Assas, 2005, p. 50-51.

³⁴³ Sur ce point, v. É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 173.

³⁴⁴ Même si Michoud affirme le contraire, v. L. MICHOD, « La notion de personnalité morale », préc., spéc. p. 208.

³⁴⁵ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, p. 96 ; « La notion de personnalité morale », préc., p. 195.

³⁴⁶ E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 174.

54. Michoud rejoint Jellinek sur un autre point³⁴⁷ : la volonté de l'État n'est pas seulement une volonté collective au sens strict du terme, c'est surtout une volonté collective liée à un intérêt juridiquement protégé, l'intérêt objectif de la collectivité³⁴⁸. Puisant dans l'œuvre de Jhering³⁴⁹, Michoud théorise une nouvelle manière de replacer la volonté de l'État sur le terrain du droit : « l'intérêt objectif ne se trouve érigé en volonté de la collectivité et, par conséquent, constitué comme droit, qu'à partir du moment où il se trouve exprimé par un organe qui l'introduit ainsi dans l'ordre juridique pour lui conférer la forme d'un intérêt juridiquement représenté »³⁵⁰. Une volition ne peut être rattachée à l'État, personne juridique, que si elle correspond à l'intérêt collectif juridiquement protégé. Ce dernier est le fondement de l'État, sa raison d'être. Michoud n'envisage pas d'autre support à la personnalité étatique que l'intérêt de la Nation³⁵¹ et il définit l'État comme la personnification de la Nation³⁵². En conséquence de quoi, l'État est une unité juridique personnifiée³⁵³, incluant l'ensemble des domaines d'intervention, y compris ceux relevant de la puissance publique. Le Professeur de la faculté de Grenoble a pris en compte les analyses des juristes allemands critiquant la dualité entre la Nation et l'État³⁵⁴, et il rompt ainsi avec la pensée révolutionnaire³⁵⁵ et avec celle de Proudhon, selon lesquelles l'association entre l'État et la Nation n'est envisagée que dans le cadre de l'exercice de la propriété du domaine national ou du domaine de l'État (ou domaine privé).

55. Michoud évoque aussi la personnalité juridique des entités infra-étatiques. En l'occurrence, les communes sont candidates à la personnalité morale parce qu'elles correspondent « à un groupe d'intérêts collectifs et permanents, distincts de ceux de l'État lui-même »³⁵⁶. Les communes ont une existence sociale en dehors de l'État. « Ce sont des groupes

³⁴⁷ Pour une différenciation subtile entre les théories de JELLINEK et de MICHOU, v. R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, p. 695, spéc. p. 701.

³⁴⁸ Sur l'association de la volonté et de l'intérêt juridiquement protégé chez Jellinek, v. O. JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Travaux de l'AFDA, Les droits subjectifs des administrés*, n° 5, 2011, p. 25.

³⁴⁹ MICHOU propose une « doctrine mixte » mêlant la doctrine de la volonté et celle de Jhering, v. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2008, p. 72 et s.

³⁵⁰ É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 174.

³⁵¹ L. MICHOU, « Personnes morale », in *Répertoire Béquet*, *op. cit.*, p. 169 : la « collectivité [État], qui est une réalité sociale, et à aucun degré une fiction, possède le droit de commander parce qu'elle se groupent les intérêts généraux de la nation qui la constitue, et que ce droit est nécessaire pour maintenir et défendre ces intérêts généraux à l'encontre des intérêts particuliers de chaque individu » ; du même auteur, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 1924, *op. cit.*, p. 313.

³⁵² L. MICHOU, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État », préc. Michoud se démarque d'Esmein sur le fondement de la personnalité morale de la personnalité de l'État : « Il ne se sépare de nous qu'en déclarant nettement que la personnalité de l'État ainsi comprise n'est qu'une fiction juridique ».

³⁵³ L. MICHOU, « Personnes morale », in *Répertoire Béquet*, *op. cit.*, p. 170.

³⁵⁴ Sur les critiques allemandes de la dualité entre l'État et la Nation, v. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^e éd., Boccard, 1927, p. 610.

³⁵⁵ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 1924, *op. cit.*, p. 313.

³⁵⁶ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 1924, *op. cit.*, p. 323.

qui se sont organisés spontanément»³⁵⁷, mais elles acquièrent leur personnalité morale par l'intervention du législateur. Il faut comprendre que la personnalité juridique des communes n'est pas une fiction juridique car elle repose sur une réalité sociale dont la personnalité juridique est la traduction juridique³⁵⁸. Aussi, la personnalité des collectivités locales sort du cadre restreint de la fiction légale, car la personnalité des entités infra-étatique est unitaire en ce sens que l'ensemble des droits, patrimoniaux ou de puissance publique, « sont inséparables les uns des autres et doivent être considérés comme appartenant à une personne morale *unique* »³⁵⁹. Les communes peuvent donc posséder un patrimoine et le gérer non au moyen des mécanismes de la gestion privée, mais au moyen de ceux de la gestion publique, c'est-à-dire par le biais de la puissance publique.

56. Rivero a été de ceux qui ont prolongé la théorie de la réalité sociale de la personnalité morale. Avant sa consécration juridique, il y a, estime-t-il, une « réalité de base qu'il faut protéger, c'est-à-dire une somme d'intérêts qui ne sauraient se ramener à des intérêts individuels ». Or, « ces intérêts correspondent à l'existence d'un groupe humain possédant une certaine homogénéité ». En tant que centre d'imputation, la personnalité morale est le procédé juridique qui permet d'ériger les intérêts de la collectivité en « intérêts juridiquement protégés »³⁶⁰ : cela signifie que les intérêts sont désormais rattachés à la personnalité morale et non plus uniquement à la collectivité. À partir de ce cadre théorique, Rivero envisage la personnalité de l'État d'une manière unitaire, qui englobe également les activités de puissance publique. La personnalité étatique est la « personnification juridique de la communauté nationale »³⁶¹ et les actes de puissance publique sont le produit de la volonté de l'État³⁶².

II. La personnalité morale selon Hauriou ou la théorie de l'institution

57. Hauriou propose une refonte du droit administratif dans une perspective subjectiviste et la première étape de cette reconstruction est logiquement la théorisation d'une personnalité juridique et unitaire de l'État. Sa pensée, au sujet de la personnalité publique, est en constante évolution³⁶³ ; voire, pour reprendre l'expression du Professeur Bigot, elle suit « de multiples

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 327.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 328.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1960, rééd. 2011, *Dalloz*, p. 36. *Idem*, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., 1985, p. 46-47 ; J. RIVÉRO et J. WALINE, *Précis de droit administratif*, 16^e éd., 1996, *Dalloz*, p. 40.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 41.

³⁶² *Ibid.*, p. 77.

³⁶³ A. BRIMO, « Le doyen Maurice Hauriou et l'État », *APD*, p. 99.

circonvolutions »³⁶⁴. Mais Hauriou ne s'est jamais véritablement éloigné de ses prémisses originelles. Au contraire, il a œuvré à l'approfondissement des soubassements théoriques de la personnalité de l'État et de ses démembrements, dont la théorie de l'institution est le dernier raffinement³⁶⁵.

58. Pour retracer la généalogie de la pensée de Hauriou, il convient de rappeler que la théorie de l'institution apparaît pour la première fois en 1906 dans la sixième édition de son *Précis de droit administratif* et dans un article de la même année, « L'institution et le droit statutaire »³⁶⁶. Elle est consolidée et approfondie en 1910 dans les *Principes de droit public*, elle est entérinée en 1925 dans *La théorie de l'institution et de la fondation*³⁶⁷. Le produit de cette réflexion sans cesse en mouvement est résumé dans la formulation suivante : « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »³⁶⁸. Un premier constat peut être fait : Hauriou se démarque de ses contemporains, tels que Michoud ou Jellinek, parce que l'institution constitue, selon lui, une « réalité sociale séparable des individus »³⁶⁹, ayant « une existence autonome »³⁷⁰ en amont du droit³⁷¹. C'est justement « parce qu'[il] constitue déjà *un être social* distinct [...] des individus qu'[il] enferme »³⁷² que l'État est candidat à la personnification. Tout le processus de personnification illustre le passage de l'objectif au subjectif³⁷³. Avant d'être une subjectivité, l'État est une « individualité objective » (ou « autonome »³⁷⁴) qui tend vers la personnification³⁷⁵, et cette « individualité objective » prend racine dans l'objectivité de « l'idée d'œuvre » qui transcende « l'entreprise » étatique : « c'est par l'idée d'œuvre et en elle que

³⁶⁴ G. BIGOT, « Personnalité publique et puissance publique », préc.

³⁶⁵ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 136 ; E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », préc. ; L. SFEZ., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, LGDJ, « BDP », 1966, p. 86.

³⁶⁶ M. HAURIOU, « L'Institution et le droit statutaire », RLT, 1906, p. 134.

³⁶⁷ Sur l'évolution de la pensée de HAURIOU, v. E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », préc.

³⁶⁸ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et la fondation », in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n° 4, p. 2. Cette définition est plus aboutie que celle issue de la 6^e édition de son *Précis de droit administratif*, p. 8 : « C'est une organisation sociale, établie en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence est assurée par un équilibre des forces ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit ».

³⁶⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1916, Sirey, 2^e éd., p. 54.

³⁷⁰ L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, *op. cit.*, p. 89.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 90 : « L'institution est une "figure juridique" car c'est en elle que la règle de droit prend naissance ».

³⁷² M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 59 (souligné par l'auteur).

³⁷³ É. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », préc.

³⁷⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 34 : « L'individualité autonome n'est pas la personnalité, mais elle constitue l'état des choses nécessaires pour l'acquisition de la personnalité ».

³⁷⁵ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 87 .

l'entreprise va s'objectiver et acquérir une individualité sociale »³⁷⁶. En effet, l'idée d'œuvre revêt au départ une dimension purement objective mais elle fait, par la suite, l'objet d'une adhésion subjective des membres de la collectivité. L'« entreprise » étatique (ou collective) s'accapare ainsi l'idée d'œuvre et se dote d'organes et de moyens afin de la réaliser. Le processus de personnification ne sera, aux yeux de Hauriou, totalement abouti que par la réunion de trois éléments : « une idée d'œuvre sociale à réaliser », « une volonté d'aspiration qui est la volonté commune des membres du groupe » et « une volonté de puissance ou de réalisation qui est la volonté de l'organisme gouvernemental »³⁷⁷. Replacé dans le mouvement historique, le processus de personnification de l'État correspond au moment de l'« avènement de la souveraineté nationale »³⁷⁸. Hauriou adhère ainsi, de prime abord, à la thèse de l'État comme personnification de la Nation. Mais, à la différence de Michoud qui appréhende l'État et la Nation comme un tout, Hauriou les distingue : l'État est le produit de la Nation mais il ne se confond pas avec elle³⁷⁹, encore que cette séparation entre l'État et la Nation ne se vérifie pas à tous les niveaux de sa pensée, puisqu'au sujet de la propriété du domaine public et du domaine privé, la Nation apparaît incluse dans l'État³⁸⁰.

59. En outre, l'État-personne morale, envisagé par Hauriou, n'est pas totalement subjectiviste : sa personnalité est « un Janus à double face »³⁸¹ qui comprend « l'individualité objective de l'institution politique à laquelle se rattachent les phénomènes d'organisation »³⁸² et « la personnalité subjective à laquelle se rattachent les phénomènes de relation ». Ces deux versants de la personnalité morale sont malgré tout complémentaires : la personnalité subjective tire sa force de l'individualité objective³⁸³ et cette dernière a besoin de la première afin de véritablement s'exprimer³⁸⁴. Aussi, dans l'esprit de Hauriou, personnalité morale et personnalité juridique ne sont pas exactement synonymes. La personnalité morale est une réalité plus large, qui englobe la personnalité juridique³⁸⁵. Celle-ci n'est que la face juridique de la « personnalité subjective » tournée vers le monde de l'échange³⁸⁶ car elle sert de support à l'exercice du commerce juridique. Mais les promesses de la première édition de son *Précis de*

³⁷⁶ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et la fondation », préc.

³⁷⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 288. Sur ce point, v. N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 137 ; A. BRIMO, « Le doyen Maurice Hauriou et l'État », préc.

³⁷⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 45.

³⁷⁹ N. FOULQUIER, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus politicum*, n°2, 2009.

³⁸⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 45. Sur ce point, F. LINDITCH, *La personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 92 et s.

³⁸¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 81.

³⁸² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 45.

³⁸³ HAURIOU M., *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 298.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 48

³⁸⁶ HAURIOU M., *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 253 .

droit administratif d'imputer l'ensemble des actes de puissance publique à la personnalité juridique³⁸⁷ de l'État ne se retrouvent pas dans l'édification de la théorie de l'institution. Il reste malgré tout l'idée que la personnalité juridique n'est pas fermée à la puissance publique, la personnalité juridique est, au contraire, le vecteur de l'entrée de la puissance publique dans le commerce juridique³⁸⁸.

III. La pénétration de l'idée de la personnalité publique dans la doctrine administrativiste

60. Objet doctrinal controversé, la personnalité juridique unitaire de l'État et des collectivités territoriales a pris un certain temps à s'imposer dans la science juridique, ce qui a freiné l'appréhension de la maîtrise du domaine public dans une perspective subjectiviste. Duguit fut le principal artisan de la fronde contre les théories de la personnalité juridique (A). Malgré ses critiques, la personnalité publique, comme outil de la technique juridique, s'est finalement imposée dans les discours doctrinaux (B).

A. La critique duguiste de la personnalité publique

61. Duguit a fait preuve de constance dans son positionnement théorique. Il s'est toujours attaché à rejeter la personnalité morale. Il exclut les approches réalistes et il refuse également les conceptions fictionnelles. Dans les deux cas, cela reviendrait, pour lui, à replacer le droit dans un mouvement subjectiviste, ce qu'il ne peut pas admettre en raison de sa position objectiviste. Duguit réduit les phénomènes étatiques à de simples éléments factuels. Il considère que les notions de souveraineté et de puissance publique sont de l'ordre de la métaphysique³⁸⁹, qu'elles sont le produits de « cette tendance naturelle de l'esprit humain [...] qui conduit l'homme à expliquer les choses qu'il voit par quelque entité métaphysique imaginaire et invisible »³⁹⁰. L'auteur reconnaît certes une « puissance de contraindre »³⁹¹ mais, contrairement à Michoud, à Hauriou et à la théorie allemande de la *Herrschaft*, celle-ci ne s'apparente pas à un droit subjectif de puissance publique, dans la mesure où il refuse de reconnaître à la souveraineté et à la puissance publique³⁹² une quelconque juridicité. De son avis, l'association entre la notion de droit subjectif et l'exercice de la souveraineté repose, en

³⁸⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 1^{ère} éd., op. cit., 1893, Préface, p. III et s.

³⁸⁸ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., op. cit., 1916, p. 67 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., op. cit., p. 17.

³⁸⁹ F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, op. cit., p. 34 et p. 104 et s.

³⁹⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^e éd., Boccard, 1927, p. 542.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 545. Sur ce point, M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, op. cit., p. 59.

³⁹² *Ibid.*, p. 544.

sus, sur une parfaite contradiction : « si la souveraineté est une volonté supérieure à l'individu, elle peut lui conférer un droit ; mais il faut une volonté supérieure à la souveraineté pour que celle-ci soit un droit ; or, par définition même, il n'y a pas sur la terre de volonté supérieure à la souveraineté. Celle-ci ne peut donc être un droit que par la décision d'une volonté supraterrestre »³⁹³. C'est pour cette raison que la souveraineté doit être, selon lui, évacuée de toute approche juridique de l'État³⁹⁴. Sortie hors du champ du droit, la souveraineté ne peut pas non plus servir de fondement à la personnalité de l'État. Ainsi, Duguit rejette logiquement la thèse de l'État personnification de la Nation, portée par Esmein, Michoud et, dans une certaine mesure, par Hauriou. Visant directement les travaux de Michoud, Duguit souligne que, « pour réaliser l'élément qui [...] constitue la personnalité, il faut que l'État intervienne. Or, l'État ne peut pas intervenir avant d'exister comme personne puisqu'alors seulement il y a un État titulaire de la puissance publique. Mais l'État n'existe comme personne que lorsque cet élément de personnalité a été créé par l'État. Mais l'État ne peut créer cet élément avant même d'exister. Il ne peut donc pas y avoir de personnalité de l'État. Il y a là un cercle vicieux dont il est impossible de sortir »³⁹⁵. De la même manière, Duguit réfute la personnalité des collectivités territoriales et leur détention d'un droit subjectif de puissance publique. Attribuer un droit public subjectif de puissance publique à une collectivité autre que l'État est « en contradiction flagrante avec l'unité et l'indivisibilité »³⁹⁶, caractères que la doctrine attribue généralement à la « personne souveraine ». Duguit insiste sur la nécessité de ne pas intégrer la souveraineté dans la théorie de l'État : sans cette notion, la décentralisation repose, de son avis, sur des fondations plus solides³⁹⁷. En somme, l'État est donc relégué à l'ordre du fait³⁹⁸, il est seulement « le produit historique d'une différenciation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée »³⁹⁹ et, à l'aune du droit objectif, il n'est pas autre chose « que l'organisation de l'ensemble des services publics dirigés par les gouvernants dont la légitimité [résulte] de la conformité de leurs actions au droit objectif »⁴⁰⁰. Pour nier la personnalité juridique, Duguit fait en effet preuve d'une très grande ingéniosité, mais ses efforts n'ont pas suffi à faire oublier l'intérêt pratique de cette construction, en dépit de ses contradictions théoriques.

³⁹³ *Ibid.*, p. 545. Voir aussi p. 618.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 548 : « le seul moyen de fonder le droit public sur une base solide, d'apporter une limitation véritablement juridique à la puissance de l'État, c'est d'écarter la notion de souveraineté », également p. 603.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 620.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 627.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 600 ; L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 10.

³⁹⁹ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, cité par N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 147. Sur ce point, voir aussi M.-J. REDOR, « L'État dans la doctrine publiciste française au début du siècle », préc.

⁴⁰⁰ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 147.

B. La consolidation de la théorie de la personnalité publique unitaire

62. La doctrine postérieure systématise la notion de personnalité publique dans le cadre de l'exercice de la puissance publique. Waline et Carré de Malberg militent pour la théorie de la personnalité morale⁴⁰¹. Les deux auteurs se distinguent cependant de leurs prédécesseurs, de Michoud en particulier. Leur pensée est plus proche de celles de Gény⁴⁰² et de Saleilles : la personnalité juridique n'est pas une « donnée immédiate »⁴⁰³ découlant d'une réalité sociale, elle ne repose pas non plus sur le principe d'une analogie avec les personnes physiques⁴⁰⁴. L'accent est mis sur le fait que la personnalité morale est de l'ordre de la construction juridique⁴⁰⁵, elle est une facilité juridique permettant d'embrasser certaines situations de fait. La personnalité morale n'existe, selon eux, que par le droit : nul besoin de recourir, de façon surabondante, à d'autres théories, sociales ou politiques. Pour cette raison, leur théorie de la personnalité juridique est une théorie de la réalité juridique et relève pleinement de la technique juridique. Carré de Malberg n'est pas fermé aux approches sociales ou politiques de l'État, mais celles-ci ne lui semblent pas pertinentes afin de rendre de compte de l'unité de l'État. La théorie juridique est la seule qui permet de la comprendre et l'expliquer⁴⁰⁶ : la personnalité juridique et l'unité de l'État sont liées par un rapport de causalité en ce sens que la personnalité juridique est le fondement de l'unité étatique. Carré de Malberg opère en effet un renversement de perspective par rapport à ses prédécesseurs. Alors que, pour Michoud, Jellinek et Hauriou, la personnalité juridique est le prolongement de l'unité sociale de l'État, pour Carré de Malberg, c'est le droit qui crée l'unité de l'État et c'est pourquoi sa personnalité est uniquement une « réalité juridique »⁴⁰⁷. Plus précisément, l'avènement de la personnalité unitaire de l'État coïncide avec l'adoption de la Constitution : « il ressort finalement que l'État doit avant tout son existence au fait qu'il possède une constitution. Si, en effet, l'organisation de la communauté nationale est le fait primordial en vertu duquel elle se trouve érigée en un État, il faut déduire que la naissance de l'État coïncide avec l'établissement de sa première Constitution, écrite ou non, c'est-à-dire avec l'apparition du statut qui pour la première fois a donné à la collectivité des organes assurant l'unité de sa volonté et faisant d'elle une personne

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁰² F. GÉNY, *Science et technique droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, 1913, p. 225.

⁴⁰³ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, p. 153.

⁴⁰⁴ A. PAYNOT-ROUVILLOIS, « Personne morale », in ALLAND (D.) ET RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 1156.

⁴⁰⁵ À l'image de la définition de CAPITANT et de COLIN, v. *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 6^e éd., 1930, p. 665 : La personnalité morale est « un simple procédé technique juridique [...], mais c'est à nos yeux un procédé technique indispensable ».

⁴⁰⁶ É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁰⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 40 et s.

étatique »⁴⁰⁸. La théorie juridique de Carré de Malberg est donc une théorie formelle de l'État⁴⁰⁹, dont l'unité ne s'explique que « *du seul point de vue juridique* »⁴¹⁰. Or, ce nouveau prisme a facilité la reconnaissance de la personnalité juridique de l'État : Carré de Malberg a su la placer en dehors de toutes les controverses autour de ses fondements ou substrats, qu'ils soient collectifs, sociaux ou politiques⁴¹¹.

63. Dans sa thèse sur les *Mutations domaniales*, Waline prône une vision sociale de la personnalité morale : « si les droits de ces personnes subissent une limitation, celle-ci ne peut être que le fait des individus qui forment le *substratum* de la personne morale »⁴¹². C'est dans son *Manuel de droit administratif*, dans son *Précis de droit administratif* et dans son *Traité élémentaire de droit administratif*⁴¹³ que l'on peut déceler une vision plus formelle, structurée autour de la hiérarchie des normes. Selon ces derniers ouvrages, la personnalité juridique des collectivités et de toutes les entités infra-étatiques est l'œuvre du législateur, mais la personnalité juridique de l'État est « une question de droit constitutionnel »⁴¹⁴. Waline adhère à l'idée de Carré de Malberg, selon laquelle la Constitution est l'acte fondateur de la personnalité juridique de l'État⁴¹⁵. Par ce biais, il évite les difficultés posées par la théorie de la fiction légale et par la question relative au *substratum* de la personnalité morale⁴¹⁶. Cette idée est acquise pour la doctrine ultérieure, qui adhère à une vision désincarnée de la personnalité juridique, comprise comme une « réalité juridique » nécessaire à la vie juridique⁴¹⁷.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 42-43 : la personnalité morale repose sur « une base et une signification essentiellement *formelles*. [...] Il y a là avant tout une question de structure organique, de forme d'organisation d'un groupe. C'est en ce sens qu'il a été dit [...] que l'État n'est qu'une personnalité *juridique* ».

⁴¹⁰ E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 187 (souligné par l'auteur).

⁴¹¹ M.-J. REDOR, « L'État dans la doctrine publiciste française au début du siècle », *op. cit.* : « En substituant la théorie de l'État personne à la théorie classique de la souveraineté nationale, Carré de Malberg passe d'une conception particulière de la limitation du pouvoir de gouvernants [...] à une théorie de l'État qui peut justifier n'importe quel régime politique, du moment que ce régime admet de distinguer État et gouvernants ».

⁴¹² M. WALINE, *Les mutations domaniales*, *op. cit.*, p. 136.

⁴¹³ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1951, p. 169 et s.

⁴¹⁴ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 155.

⁴¹⁵ M. WALINE, *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd., 1969, *Montchrestien*, p. 206 : « L'acte par lequel une personne morale se donne librement cette organisation est la Constitution, s'il s'agit d'un État ».

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 204.

⁴¹⁷ Sur la personnalité publique comme réalité juridique, L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., 1930, Dalloz, p. 21, n° 34 : « La vérité, c'est que la personne morale n'est ni un être fictif ni un être réel. Elle correspond seulement à un artifice juridique, à un procédé de pure technique juridique derrière lequel il y a des réalités très simples : des individus et un patrimoine affecté à un certain but autre qu'un but individuel ». A. DE LAUBADÈRE, *Manuel de droit administratif*, 12^e éd., 1982, LGDJ, p. 162 : « La personnalité morale est généralement présentée comme une fiction, une construction de l'esprit qui permet de traiter des entités, des groupements d'intérêts comme des sujets de droit, ainsi qu'il en va des personnes physiques. [...] D'une façon générale, les personnes morales de droit public se caractérisent par la détention de prérogatives de puissance publique » ; F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 22.

64. *Conclusion §1. La personnalité publique : un centre d'imputation.* Selon de Laubadère, « tout acte de l'administration se rattache à une personne publique ; ce rattachement détermine les régimes juridiques et contentieux de l'acte et le patrimoine responsable des conséquences de celui-ci »⁴¹⁸. Selon Rivero, « le droit français attribue [...] à certaines collectivités possédant des organes administratifs, la qualité de sujets de droits, ou, en d'autres termes, la personnalité morale : c'est à elles que sont imputés les effets juridiques – droits ou obligations – des actes accomplis par leurs agents ; l'État, les collectivités territoriales, commune et département, les établissements publics, sont les principales personnes morales de droit public »⁴¹⁹. Les propos de de Laubadère et de Rivero synthétisent parfaitement l'intérêt pratique de la personnalité morale. La personnalité juridique est un centre d'imputation⁴²⁰ de l'ensemble des prérogatives prises par l'administration, droits de puissance publique et droits patrimoniaux, et permet de les penser comme des droits subjectifs⁴²¹. Même si elle fut un temps rejetée par une partie de la doctrine, la personnalité juridique est un instrument de la technique juridique en droit administratif : elle joue « un rôle profond dans les techniques du droit administratif. Elle est d'une utilité essentielle pour un grand nombre de ses constructions. On peut, en effet, démontrer qu'elle est à la fois nécessaire pour définir le contenu de l'action administrative [et] pour déterminer le régime de l'action administrative »⁴²², en l'occurrence pour penser une propriété sur le domaine public.

§2.- LE LIEN ENTRE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE ET LA PROPRIÉTÉ DU DOMAINE PUBLIC

65. Parallèlement à la question des fondements de la personnalité publique, s'est posée celle de ses conséquences juridiques. Dans le cadre de la théorie du domaine public, cette problématique est liée à celle de la reconnaissance d'un droit de propriété. La relation est double : la reconnaissance d'une personnalité publique implique en principe un droit de propriété sur le domaine public, mais le droit de propriété sur le domaine public a également servi de tremplin à l'élaboration d'une théorie de la personnalité publique⁴²³. Hauriou est l'auteur qui a le mieux exploité la consécration jurisprudentielle de la propriété sur le domaine public, révélatrice,

⁴¹⁸ A. De LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, 9^e éd., LGDJ, 1984, p. 62.

⁴¹⁹ J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd., 1960, Dalloz, rééd. 2011, p. 14.

⁴²⁰ M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, p. 203 et s.

⁴²¹ C. BRÉCHON-MOULÈNES, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, p. 644.

⁴²² J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, thèse, Bordeaux, 1979, p. 351. V. aussi M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., 1910, *op. cit.*, p. 669 : « La personnalité est un procédé de la technique juridique destiné à faciliter la vie en relation avec autrui par la synthèse de ce qui est propre à chaque individu ».

⁴²³ Sur ce point, Ph. YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », préc. ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, 2001, t. I, 15^e éd., n° 349 ; P. DELVOLVÉ, « Droit de propriété et droit public », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 149 et s. Également chez la doctrine privatiste, M. PLANIOL, *Traité de droit civil*, LGDJ, 7^e éd., t. I, n°2005 et s.

selon lui, de l'appropriation de la théorie de la personnalité publique par le juge administratif⁴²⁴. Mais, ne se prononçant pas véritablement sur la nature du droit de propriété, ni sur les prérogatives qui en découlent, le juge administratif a laissé le champ libre à de nombreuses discussions doctrinales⁴²⁵(I). Ce n'est qu'en raison de l'émergence conceptuelle d'une propriété publique distincte de la propriété privée que le lien entre la facette publique de la personnalité publique et la propriété sur le domaine public s'est établi (II).

I. Les difficultés tenant au rattachement de la propriété du domaine public à la personnalité publique

66. Le rapprochement entre la propriété du domaine public et la personnalité publique a eu toutes les peines à se réaliser. Certains auteurs, bien que reconnaissant la personnalité publique, continuaient à n'en tirer aucune conséquence en matière de droit de propriété sur le domaine public (A). Pour d'autres, si propriété il y a, des doutes subsistaient quant à sa définition et elle n'était pas forcément rattachée à la facette publique de la personnalité juridique de l'État et des collectivités territoriales (C), sans oublier ceux, comme Duguit, qui ont refusé le recours à la personnalité publique et donc à un droit de propriété sur le domaine public (B).

A. Une personnalité publique sans propriété sur le domaine public

67. Pour de nombreux auteurs, la personnalité publique emporte obligatoirement un droit de propriété sur le domaine public. Cette position s'inscrit dans la tradition de la scolastique privatiste et romaniste⁴²⁶ qui pense la propriété comme la conséquence directe de la personnalité⁴²⁷. La personnalité juridique et la propriété sont unies par un lien indéfectible. La personnalité juridique est avant tout une potentialité d'acquies⁴²⁸ et donc, virtuellement, elle

⁴²⁴ M. HAURIU, note sous CE, 17 janv. 1923, *Ministre des Travaux et Gouverneur général de l'Algérie c/ Société Piccioli frères*, Sirey, 1925, III, p. 17 ; CE, 19 déc. 1913, *Ville de Bois, S.*, 1915, III, p. 1, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, Sirey, p. 202 et *sqq.* Sur ce point, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 421.

⁴²⁵ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 155.

⁴²⁶ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 739 ; F. LINDITCH, *La notion de personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 109.

⁴²⁷ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. II., *op. cit.*, p. 231 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, 3^e éd., *op. cit.*, § 575 ; G. LAVROFF, *Le domaine des collectivités locales*, Dalloz, Introduction, n°4 et 5 : « le fait que les collectivités territoriales soient des personnes morales de droit public permet qu'elles soient susceptibles d'être titulaires de droit et notamment de droit de propriété » ; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 182 et s ; Ch. LAVIALLE, « Décentralisation et domanialité », *RFD*, 1996, p. 953.

⁴²⁸ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, 1924, p. 369 : « la personnalité juridique ne consiste pas dans le fait d'être titulaire de droits, mais dans l'aptitude de l'être ».

inclut un droit de propriété⁴²⁹ ; « la capacité d'avoir et d'acquérir des droits, la capacité de profiter des droits, la capacité d'exercer le droit d'acquisition et les droits acquis » sont ainsi les « aptitudes actives de la personne »⁴³⁰ à se prêter au « *commercium* »⁴³¹. Mais, lorsqu'il s'agit de la personnalité publique, les choses sont un peu plus complexes, le rattachement au droit de propriété est relégué à un rang secondaire⁴³². La personnalité publique vise en premier lieu l'exercice de la puissance publique, qui est en conséquence pensé comme un droit dont l'État ou les collectivités territoriales ont la jouissance. Il n'y a pas non plus d'accord sur la signification de la puissance publique. Pour certains auteurs, l'émergence de la personnalité publique n'a pas signé la fin de la dichotomie entre la propriété et la souveraineté. Fidèle à ce dogme juridique, Carré de Malberg rejette, par exemple, toute idée de propriété dans l'exercice de la puissance publique. La souveraineté ne peut pas, selon lui, inclure « une sorte de puissance réelle, c'est-à-dire comparable à un droit réel de l'État »⁴³³. D'une part, il adhère à la conception classique de la puissance publique, – élaborée par les auteurs de XIX^e siècle à partir de la notion d'*imperium* ou de la théorie allemande de la *Herrschaft*⁴³⁴ –, qui réduit la puissance publique aux actes de commandement⁴³⁵. D'autre part, il reprend à son compte la distinction romaniste entre les droits sur les gens et les droits sur les choses⁴³⁶. La puissance publique ne relève, dans la perspective de l'auteur, que de la première catégorie : « la puissance étatique ou *imperium* n'est de par sa nature qu'un pouvoir sur les personnes »⁴³⁷. Dans cette optique, si le domaine public est un des lieux où s'exerce la puissance publique, il ne peut pas être un objet de propriété ; ou, si le domaine public est bien un objet de propriété, l'exercice de ce droit ne peut pas être rattaché à la personnalité publique ni à la puissance publique.

⁴²⁹ M. HAURIUO, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 668, 678 et 686 ; L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, Sirey, 1914, p. 251.

⁴³⁰ X.-S. COMBOTHECRA, *La conception juridique de l'État*, Larose, Paris, 1899, p. 69.

⁴³¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, p. 338.

⁴³² Sauf pour HAURIUO qui y consacre de longs développements.

⁴³³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 4.

⁴³⁴ P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, Préf. M.-F. Larnaude, V. Giard & E. Brière, 1901, t. II, p. 526.

⁴³⁵ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t. II *op. cit.*, p. 25 : « Il n'existe pas de propriété publique qui, de sa nature, soit quelque chose de différent de la propriété privée ; et même au sens du droit administratif, l'institution d'un droit réel public ne saurait être justifiée » ; p. 72 : « l'idée d'un droit public des choses est insoutenable ». Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 198 ; O. MAYER, *Droit administratif allemand*, 1903, t. III, *op. cit.*, p. 113 : « Car, dit-il, droit public veut dire droit de domination, *imperium* ; or, un pouvoir de commander [...] ne peut pas être exercé sur des choses, mais seulement sur des hommes ».

⁴³⁶ F. RIGAUD, « Les concepts de souveraineté et de propriété dans la doctrine du XVII^e et du XVIII^e siècle », *Festschrift für W. Wengler, Inter Recht*, Berlin, 1973, p. 351.

⁴³⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 4. Sur ce point, H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 116.

B. Les théories du domaine public sans propriété et sans personnalité

68. Si Duguit et ses disciples rejettent toutes les théories de la personnalité juridique, ils réfutent nécessairement un droit de propriété sur le domaine public. Le problème est le même que dans la théorie du contrat administratif⁴³⁸ : comment construire une théorie du domaine public sans recours aux notions de personnalité, de propriété et de puissance publique ? Le souci de Duguit est de trouver une place à la théorie du domaine public dans son approche strictement objectiviste du droit⁴³⁹. Lorsqu'il aborde ce problème, Duguit dispose d'outils conceptuels pour l'envisager. Les pandectistes allemands, Brinz et Bekker⁴⁴⁰, ont élaboré une théorie du patrimoine à partir de la destination de la chose : la théorie du patrimoine d'affectation ou patrimoine-but (*Zweckvermögen*), théorie qui permet de penser « un patrimoine sans sujet »⁴⁴¹. Lorsque une chose est soumise à une affectation, elle n'appartient à personne, pas même aux destinataires, elle est uniquement l'objet de cette destination⁴⁴². Il existerait deux types de patrimoine, celui appartenant à une personne et celui créé en vue d'un but. Pour le premier, la « volonté humaine est le sujet des droits ». Pour le second, « l'intérêt de l'homme en est l'objet »⁴⁴³. Au regard de leur destination, les choses publiques ne peuvent être que des patrimoines d'affectation, elles n'appartiennent pas à l'État mais à leur destination⁴⁴⁴. Duguit ne pouvait pas rester insensible à cette théorie⁴⁴⁵. La chose, en tant que patrimoine d'affectation, relève d'une dimension purement objective. Elle est cantonnée à un rôle passif, restreinte par l'obligation objective⁴⁴⁶ que constitue l'affectation. D'ailleurs, le rôle passif de la chose, perçue comme un élément objectif, se retrouve dans la conception de la propriété des

⁴³⁸ L. DUGUIT, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », in *Mélanges M. Hauriou*, 1929, p. 258.

⁴³⁹ Sur la critique de Hauriou de la théorie objectiviste du domaine public, v. M. HAURIOU, note sous CE, 16 juil. 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, S., 1909, III, p. 97, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, Sirey, t. III, p. 213.

⁴⁴⁰ A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 2^e éd., 1873, t. I, p. 213 ; BEKKER, *Zum Lehre von Rechtssubject*, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1873, t. XII, p. 1 et s, cité par Ph. Yolka, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 157. Sur ces auteurs, v. également L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, p. 38 ; F. BELLIVIER, « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, PUS, 1997, n° 1, p. 165.

⁴⁴¹ J. DABIN, *Les droits subjectifs*, 1952, rééd. 2008, *Dalloz*, p. 159.

⁴⁴² Sur la théorie de BRINZ, v. R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, *op. cit.*, p. 86 : « toute chose frappée d'affectation n'appartient plus à une personne proprement dite, mais à l'objet même de sa destination, en ce sens que le fondement des droits qui s'y réfèrent se trouve, non plus dans une volonté effective qui en soit le sujet juridique, mais dans le but pour lequel le patrimoine a été constitué et dans l'objet auquel il doit servir ».

⁴⁴³ R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, L. Larose et Forcel, 1889, p. 86.

⁴⁴⁴ A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I, 1876, *op. cit.*, p. 466. Sur ce point, L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁴⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd, t. III, *op. cit.*, p. 310 : « si le patrimoine est un ensemble de richesses affectées à un certain but, cette affectation peut être socialement protégée, sans qu'il y ait une personne titulaire du patrimoine. Von Brinz ne voulait pas dire autre chose ; et il était dans le vrai ».

⁴⁴⁶ R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, *op. cit.*, p. 87.

particuliers de Duguit⁴⁴⁷. Selon l'auteur, la propriété se rapproche de la *proprietas* romaine⁴⁴⁸ : elle se fonde dans la chose, elle ne renvoie qu'à sa qualité objective d'objet approprié et, replacée dans un contexte sociétal, elle est « la fonction sociale du détenteur de la richesse »⁴⁴⁹. Au sujet du domaine public, Duguit modifie le cadre de la théorie des pandectistes allemands. En effet, Brinz n'évacue pas totalement l'idée de propriété pour les patrimoines d'affectation : la chose n'est la propriété de personne, pas même de l'État, elle est seulement la propriété du but. C'est une manière de penser une propriété sans personnalité⁴⁵⁰. Duguit considère au contraire que la relation entre la chose et le but ne peut pas s'expliquer à travers la notion de propriété. De même, Bonnard rappelle que « la notion de personnalité morale devient inutile » pour expliquer le régime du patrimoine public, seule l'approche objectiviste le permet : « l'individualisation, l'unification et la perpétuité du Patrimoine de l'État s'expliquent logiquement par ce fait que l'État a des buts qui lui sont propres et qui ont une durée indéfinie. Grâce à ces buts, on peut concevoir ce patrimoine propre et perpétuel que, par ailleurs, les nécessités pratiques imposent à l'État »⁴⁵¹. À s'en tenir à ce schéma, tout le régime du domaine public tournerait logiquement autour du droit objectif qui « ouvre certaines voies de droit pour garantir cette situation contre tout acte qui y apporterait une atteinte ou une entrave, contre toute attitude qui serait contraire à son maintien et à son développement »⁴⁵². Duguit ravive la théorie du droit de garde qu'il complète avec la notion de compétence, instrument du droit objectif : « le droit objectif intervient pour donner une certaine compétence aux agents publics à l'effet de protéger cette affectation et de réprimer les atteintes qui y sont apportées »⁴⁵³. Dans la continuité de Duguit et après quelques hésitations⁴⁵⁴, Jèze prend le parti de l'exclusion des notions de propriété, de droit subjectif ou de personnalité afin de caractériser le régime du domaine public⁴⁵⁵, bien qu'on puisse déceler une parenthèse isolée dans sa note sous le fameux arrêt *Piccioli*⁴⁵⁶. Dans son refus d'un droit de propriété sur le domaine public, l'auteur avance un argumentaire qui consiste à assimiler le

⁴⁴⁷ A. MESTRE, « Remarque sur la notion de propriété d'après Duguit », *APD*, 1932, p. 163.

⁴⁴⁸ F. ZENATI, « La propriété mécanisme fondamental du droit », *op. cit.* : « Duguit utilise le concept de propriété objective. Il soutient que la propriété n'est pas un droit mais une chose qu'elle est une situation juridique objective constitué d'impératif lui assignant une fonction sociale ».

⁴⁴⁹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁵⁰ R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, *op. cit.*, p. 86 ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 86 ; L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁵¹ R. BONNARD, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 5, spéc. p. 55. Cependant, ce point de vue ne va perdurer, Bonnard prônera par la suite l'idée d'un droit de propriété sur le domaine public, v. *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1940, p. 547 et s.

⁴⁵² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. III, *op. cit.*, p. 312.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 313.

⁴⁵⁴ Sur cet auteur et sa théorie du domaine public, v. L. SEUROT, « Gaston Jèze et le domaine public », *RFDA*, 2012, p. 171.

⁴⁵⁵ G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., Giard, 1925, préface p. XVI.

⁴⁵⁶ G. JÈZE, note sous CE 17 janvier 1923, *Piccioli* : *RDP*, 1923, p. 568.

concept général de propriété à la propriété privée, et il le définit *lato sensu* comme un rapport exclusif à la chose⁴⁵⁷. Le propos est proche de celui de Proudhon, mais à la différence notable que la définition de la propriété de Jèze est construite à partir de l'outil conceptuel de « situation juridique » et est envisagée dans sa fonction sociale, et non en tant que « droit subjectif » : « Propriété d'une chose, écrit-il, signifie affectation d'une chose à l'utilité exclusive d'un individu »⁴⁵⁸. Il est en effet significatif que Jèze ne recoure ni au terme de droit ni à celui de prérogative afin de caractériser la propriété. Dans ce cadre conceptuel, l'affectation publique ne peut être qu'incompatible avec la propriété parce l'affectation absorbe les utilités de la chose. Cette opposition réductrice entre la propriété et l'affectation est dépassée par la doctrine favorable à une propriété sur le domaine public.

C. La propriété du domaine public en dehors de la facette publique de la personnalité publique

69. Plusieurs auteurs militent pour une propriété sur le domaine public. Mais tout un courant doctrinal prône un rattachement non à la facette publique de la personnalité publique, mais à sa facette civile, soit qu'ils théorisent, comme Saleilles, une propriété publique sans lien avec la personnalité publique **(1)**, soit, comme Bernard **(2)**, Capitant ou Maroger **(3)**, qu'ils assimilent la propriété des personnes publiques à une propriété privée. Les différentes approches forment une limite à l'unité de la personnalité juridique et formalisent en conséquence une gestion du domaine public en dehors de la puissance publique.

1. L'approche de Saleilles de la propriété du domaine public

70. Saleilles, un des premiers théoriciens de la propriété publique, a envisagé, dans un premier temps, une propriété publique sur le domaine public dans le cadre de la personnalité civile de l'État. C'est dans son étude sur *le domaine public à Rome* que s'exprime la dissociation entre la nature de la personnalité et celle de la propriété : il théorise une propriété publique sur les *res publicae*⁴⁵⁹, dont la nature n'est pas déterminée par celle de la personnalité, mais par la nature du rapport entre le propriétaire et la chose. Saleilles abandonne l'idée de l'affectation

⁴⁵⁷ G. JÈZE, note sous CE, 15 avril 1910, Sté des automobiles Brasier : *RDP*, 1910, p. 697 : « Dire que l'État est propriétaire des routes nationales, cela veut dire que les routes sont affectées à l'utilité exclusive de l'État. Mais qu'est-ce que cela peut bien vouloir dire pratiquement ? Il est plus conforme aux faits de dire : les choses publiques n'appartiennent à aucun individu ; elles sont mises en dehors de l'appropriation exclusive des individus ; certains agents publics sont chargés de veiller à leur conservation, au maintien de leur affectation publique, à leur entretien », cité par Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 159-160.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Larose et Forcel, 1889, p. 81 et s.

publique grevant la propriété⁴⁶⁰, mais celle-ci reste toujours une propriété privée dont les effets sont limités par le « droit d'usage du public »⁴⁶¹. Saleilles propose une troisième voie en conceptualisant une propriété qui inclut à la fois le lien d'appartenance entre le domaine public et l'affectation au public.

71. Le point de départ de sa démonstration consiste à ramener tout rapport aux choses au concept de propriété : « on aura beau inventer de nouveaux noms et imaginer des nuances nouvelles, l'idée la plus complète des droits qui peuvent exister sur une chose, se ramènera toujours, quoi qu'on fasse, à la notion de propriété »⁴⁶². Cette certitude est confortée, de son point de vue, par le fait qu'il est impossible d'attribuer un droit au *Public*, sujet indéterminé⁴⁶³. Selon Saleilles, l'État est le seul apte à recevoir l'attribution d'un droit sur le domaine public ; il est le seul sujet déterminé, saisissable, au regard de sa personnalité juridique⁴⁶⁴. Parallèlement, Saleilles renouvelle l'approche de l'affectation qu'il présente comme « une destination imposée à la chose »⁴⁶⁵. L'affectation est une prérogative propriétaire qui détermine la destination de la chose, tout en étant le support de l'*usus publicus*⁴⁶⁶ destiné aux « besoins d'une universalité indéfinie d'ayants-droit, de telle sorte que tous puissent en jouir sans que la jouissance de l'un supprime celle des autres, et que chacun en tire profit directement par lui-même et sans intermédiaire »⁴⁶⁷. Saleilles conçoit donc une propriété d'un genre différent, centrée sur l'affectation⁴⁶⁸ qui transforme sa nature pour l'ériger en propriété publique, en dehors de tout lien avec la personnalité publique. Le rapprochement entre la propriété publique et la personnalité publique n'est pas encore établi par Saleilles⁴⁶⁹. Dans la mesure où l'auteur reste attaché à la séparation entre la souveraineté et la propriété, cette dernière demeure en lien avec la personnalité civile : « l'État en tant que souverain politique sera chargé de la police et de la surveillance des choses publiques, et en tant que propriétaire profitera des chances de désaffectation ; et ce que nous disions de l'État, sera également vrai des communes »⁴⁷⁰.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 85 et p. 88 : « la propriété est limitée par l'obligation, pour les choses sur lesquelles elle porte, de servir à leur destination publique : ici encore, la difficulté revient à caractériser la restriction provenant du droit d'usage qui pèse sur la propriété de l'État, elle ne porte pas sur la nature de celle-ci ».

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 100.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 103.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 107.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 108.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 109.

⁴⁶⁸ Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 199.

⁴⁶⁹ R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique, op. cit.*, p. 128 et s : Le titre de la conclusion de cette étude est intitulé « des rapports entre les théories sur la domanialité et celles sur la personnalité civile ».

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 103

2. L'approche de Bernard de la propriété du domaine public

72. Autre théoricien de la propriété sur le domaine public, Bernard construit une propriété de nature privée rattachée à la personnalité privée de l'État⁴⁷¹. Ce choix théorique relève d'un attachement à la distinction entre la puissance publique et la propriété⁴⁷², que Bernard présente comme un principe axiomatique « de la science juridique moderne »⁴⁷³, et d'un attachement à l'unité conceptuelle de la propriété. Bernard n'envisage la propriété du domaine public qu'à partir du modèle de la propriété privée⁴⁷⁴. Le processus d'assimilation est possible dans la mesure où l'auteur livre une définition extrêmement élargie de la propriété : « la propriété est le titre qui appartient à la personne juridique et qui permet de faire reposer sur elle la responsabilité des manifestations de volonté accomplies sur des biens mis en sa possession »⁴⁷⁵. Cette définition de la propriété s'éloigne des schèmes de l'École de l'Exégèse ou de la doctrine publiciste du XIX^e siècle, elle ne reprend pas les principes d'absoluité, d'exclusivité ou de maîtrise souveraine, mais elle permet d'épouser la domanialité publique dominée par l'affectation⁴⁷⁶ : « Peu importe que l'État soit obligé de laisser la jouissance de ce patrimoine au public ; il n'en conserve pas moins un droit de propriété privée, malgré l'affectation au service public déterminé, et ce droit lui est indispensable pour la *bonne gestion du domaine* »⁴⁷⁷. Bernard construit en outre un modèle « ultra-propriétariste » à partir duquel l'ensemble des prérogatives s'exerçant sur le domaine public est rattaché à l'exercice du droit de propriété. La police, par exemple, n'est plus pensée en termes de droit de souveraineté, elle prend sa source, selon Bernard, dans les facultés issues du droit de propriété⁴⁷⁸. Cette démarche n'est pas dépourvue de contradictions. En ne reconnaissant pas une personnalité publique dans le cadre de l'exercice de la puissance publique, Bernard impute des actes de puissance publique à la facette civile de la personnalité juridique de l'État et des collectivités territoriales. La gestion du domaine public peut être théoriquement conçue en dehors de la puissance publique. Mais l'auteur ne remet pas en cause le caractère de puissance publique du

⁴⁷¹ L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur le domaine public, op. cit.*, p. 169 : « La personnalité juridique naît dans l'action, à l'occasion des actes de volonté accomplis sur un patrimoine ».

⁴⁷² P. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.* p. 169.

⁴⁷³ L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur le domaine public, op. cit.*, p. 10.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 162 : « en effet, de deux choses l'une, où l'on se refuse à reconnaître à l'État tout droit de propriété (les principes de souveraineté, de puissance publique suffisant à expliquer les droits de l'État sur son domaine), ou bien au contraire on décide que l'État est propriétaire, purement et simplement, sans aucun autre qualificatif » ; p. 164 : « il n'y a entre l'État propriétaire et les simples particuliers, qu'une différence au sujet de l'administration ; la base du droit, qui est la propriété reste la même ».

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 125, cité par Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 173.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 170.

⁴⁷⁷ L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur le domaine public, op. cit.*, p. 169 (on souligne)

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 170 : « Le droit de police même, que l'on veut rattacher à la souveraineté, n'est-il pas un des droits inhérents à la propriété privée ? Le propriétaire a la police de sa chose ; pourquoi l'État ne l'aurait-il pas la façon d'un simple particulier ? ».

pouvoir de police. En dépit de son attachement à la séparation entre la propriété et la puissance, il théorise une propriété privée au fondement de la puissance publique.

3. L'approche de Capitant et de Maroger de la propriété du domaine public

73. La logique d'assimilation de la propriété des personnes publiques à la propriété privée est, plus tard, poussée à son paroxysme par Capitant et Maroger. Le commentaire de Capitant sous l'arrêt *Commune de Barran*⁴⁷⁹ et la thèse de Maroger⁴⁸⁰ véhiculent une vision fonctionnelle du régime des biens publics autour de la notion d'affectation. Celle-ci est mise en avant au détriment de la domanialité publique et de l'appropriation publique. Il n'y a plus de domaine public, il y a en revanche une multitude de régimes, chacun étant adapté à la spécificité de la destination du bien. Selon leur schéma, toutes les propriétés, y compris celles des particuliers, peuvent devenir des « biens publics » à partir du moment où elles supportent une affectation à une utilité publique, présentée comme une servitude de droit public⁴⁸¹. Pour ces auteurs, la nature privée de la propriété de l'État et des collectivités territoriales ne fait aucun doute⁴⁸². Certes, les « biens publics » sont soumis à des règles exorbitantes de droit commun, mais ces dernières ne visent que la protection de la destination publique. Aussi, sachant que l'affectation est appréhendée en tant que servitude de droit public⁴⁸³, elle se place ainsi en position d'extériorité par rapport au droit de propriété et, donc, elle ne touche ni à son essence, ni à sa nature ni à sa structure. Cette opposition absolue entre l'affectation et la propriété n'ouvre aucune possibilité de conceptualiser une propriété d'une nature différente de la propriété privée⁴⁸⁴. Tant que les particuliers peuvent être propriétaires d'un bien public, la propriété de l'État et des collectivités territoriales est forcément alignée sur le modèle de la propriété privée. L'identité de puissance publique du pouvoir de gestion sur le domaine public

⁴⁷⁹ R. CAPITANT, note sous CE, 17 février, *Commune de Barran, D.*, 1933, III, 49.

⁴⁸⁰ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Sirey, 1942, spéc., p. 312 et s et p. 579.

⁴⁸¹ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 180 et s ; Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, Sirey, 1966, p. 77 et s.

⁴⁸² On retrouve cette assimilation entre la propriété privée et la propriété publique chez A. MESTRE, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 1953, *Babier et Bodin c. EDF, S.*, 1954, I, p. 101, chez R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, t. II, 8^e éd., 1995, n° 394 (dans les éditions postérieures, l'auteur s'est rallié au principe de la spécificité de la propriété administrative, chez L. IMBERT, « Domaine public communal – Composition et protection », *J.-Cl. Adm.*, Fasc. 126-4, 2-1992, n°11 et 12.

⁴⁸³ L'appréhension de l'affectation en tant que servitude se retrouve dans l'œuvre de SALEILLES avant qu'il se rallie à la thèse de la propriété publique, v. « Loi du 30 mars 1887 », *Rev. Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1891, p. 636. L'usage public est défini comme une forme de servitude d'utilité publique qui grève le droit de propriété. La notion de servitude a été utile pour SALEILLES car elle lui permet de penser l'usage public d'un bien sans remettre en cause l'existence d'un droit de propriété : « il va considérer que l'usage public n'absorbe pas la propriété, mais qu'il constitue simplement une servitude le grevant » (Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 179).

⁴⁸⁴ R. CAPITANT, préface de la thèse de G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs, op. cit.*, p. VI.

n'est pas le résultat d'un rattachement à la facette publique de la personnalité publique, elle est seulement le produit du régime exorbitant qui se superpose à la propriété d'une nature privée. Mais cette approche occupe une place originale dans le paysage doctrinal, parce que la tendance, inaugurée par les travaux de Hauriou, est de rapprocher la propriété publique et la facette publique de la personnalité publique.

II. Le rapprochement entre la personnalité publique et la propriété publique

74. Parallèlement à Bernard, Duguit, Jèze, et avant Maroger et Capitant, d'autres auteurs œuvrent à l'établissement du lien entre la personnalité publique et la propriété publique. Saleilles abandonne l'idée d'une propriété publique dont la nature est exclusivement déterminée par l'affectation publique, pour privilégier une approche organique : la propriété est publique lorsqu'elle est entre les mains d'une personne publique⁴⁸⁵. Adoptant, plus tard, le principe de l'unité de la personnalité publique⁴⁸⁶, Saleilles théorise deux déclinaisons de la propriété publique, la propriété publique de droit privé et celle de droit public. La première est seulement soumise à une affectation générale, la seconde est frappée d'une destination spéciale d'utilité publique, qui la rend indisponible⁴⁸⁷. Deux noms sont associés au rapprochement de la propriété publique et de la personnalité publique : Otto Mayer pour la doctrine allemande (**A**) et Hauriou pour la doctrine française (**B**).

A. Otto Mayer ou la théorie allemande de la propriété publique

75. L'œuvre de Mayer paraît après une longue controverse doctrinale au sujet des fortifications de la Ville de Bâle⁴⁸⁸, controverse qui a réactivé le débat autour de la nature juridique des biens publics⁴⁸⁹. La doctrine allemande s'est disputée sur les mêmes questions qui ont agité la doctrine française : se sont opposés ceux qui perçoivent les biens publics comme des *res nullius* et ceux qui admettent un droit de propriété. Ces derniers sont également loin de s'accorder, notamment sur la question de la nature ou de l'identité du droit de propriété. Le

⁴⁸⁵ R SALEILLES, note sous Lyon 10 juillet 1894, Ville de Mâcon : *S.*, 1895, II, 185. Voir aussi, L. MICHOD, « Raymond Saleilles et le droit public », préc.

⁴⁸⁶ R. SALEILLES, *Les personnes publiques dans le Code civil allemand*, A. Chevalier-marescq, 1902, p. 133 : « Il n'y a donc pas à faire intervenir une sorte de personnalité privée qui agirait pour le compte de sa gestion patrimoniale ; il n'y a qu'une personne publique indépendante et souveraine, agissant avec la même qualité et les mêmes caractères dans toutes les directions où s'exerce son activité ».

⁴⁸⁷ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁸⁸ Une entité fut scindée en deux cantons distincts, Bâle-Ville et Bâle-Campagne. Un contentieux est né entre ces deux entités au sujet de la jouissance de terrains où se trouvaient d'anciennes fortifications. Certains y voyaient sur ces terrains une copropriété, d'autres estimaient qu'ils s'agissaient de *res nullius*.

⁴⁸⁹ Pour un résumé de l'affaire, L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur le domaine public*, *op. cit.*, p. 135 et s ; O. MAYER, *Droit administratif allemand*, 1903, t. III, *op. cit.*, p. 101.

débat est identique à celui qui a animé la pensée juridique française. S'agit-il d'une propriété privée ? Ou au contraire d'une propriété publique ? Cette propriété est-elle rattachée au *Fisc* ou à la personnalité publique ? Dans cette querelle doctrinale, Mayer se démarque en proposant une propriété publique dans le cadre de la personnalité publique : il est le premier à véritablement tirer les conséquences de l'unité de la personnalité de l'État, en ce qui concerne la propriété sur le domaine public⁴⁹⁰. Il est donc en rupture avec la théorie fiscale allemande qui distingue deux personnalités : la personnalité de puissance publique et la personnalité patrimoniale⁴⁹¹. La théorie fiscale a longtemps structuré, en droit allemand, les rapports au domaine public : « le véritable propriétaire de la chose publique, c'est le *Fisc*⁴⁹² ; elle lui appartient comme à un simple particulier, selon les règles du droit civil, en propriété privée »⁴⁹³, « mais il y a, à côté du *Fisc*, ou plutôt au-dessus du *Fisc*, l'État *proprement dit* qui s'occupe aussi de ces choses et qui leur donne par cela même un caractère particulier »⁴⁹⁴. Le domaine public est l'objet de deux pouvoirs qui répondent à des domaines juridiques totalement imperméables⁴⁹⁵, même si les mesures prises par l'État-puissance publique ont des effets sur la politique patrimoniale du domaine public. L'État peut en effet s'assurer « que ces choses soient maintenues dans leur destination d'intérêt public ». Il peut, par exemple, imposer « au *Fisc* la charge de pourvoir à leur entretien convenable »⁴⁹⁶. La théorie de Mayer arrive à un moment où la théorie du *Fisc* est déjà très fragilisée. Sa théorie correspond à un tournant de la pensée juridique allemande, où de nombreux auteurs critiquent la présence du *Fisc* dans l'administration des choses publiques. Certains, comme Jhering, considèrent que, tout en gardant le principe de la double personnalité, le *Fisc* est confiné à la gestion des biens privés ou fiscaux (*Finanzvermögen*). Ce confinement tient au rejet d'un droit de propriété sur le domaine public, qui est perçu simplement comme un *res nullius* (et non comme un *res communis*). Pour d'autres, c'est d'une manière générale l'institution du *Fisc* qui tombe en déliquescence⁴⁹⁷. Le projet de Mayer est d'emprunter une troisième voie, entre la théorie du *Fisc* et celle qui refuse tout droit de propriété sur les choses publiques. Cette voie passe par une approche renouvelée

⁴⁹⁰ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, 1903, t. III, p. 92.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 96.

⁴⁹² Sur cette notion, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, *op. cit.*, p. 67 ; P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, t. VI (Les finances de l'Empire Allemand), 1900-1904, *op. cit.*, p. 6 : « l'Empire est une personne de Droit public, c'est-à-dire un sujet unitaire de droits de souveraineté, de même, il est aussi une personne de droit privé, c'est-à-dire un sujet unitaire de droits pécuniaires, quelle que soit d'ailleurs la diversité des règles qui gouvernent l'administration des diverses masse de biens ».

⁴⁹³ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, 1903, t. III, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 96 : « il manque soit l'élément de propriété, soit l'élément de droit public ; comme les deux idées semblent s'exclure, c'est seulement la combinaison du *Fisc* et de l'État qui pouvait les réunir extérieurement dans un effet juridique commun ».

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 95.

⁴⁹⁷ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, 1903, t. III, *op. cit.*, p. 98. Sur les références des auteurs, v. p. 99.

de la personnalité publique, par une théorie d'une propriété publique en dehors des logiques du droit civil⁴⁹⁸ et sans recours à la propriété privée⁴⁹⁹. Cette dernière n'est pourtant pas très loin, Mayer procède à une translation de la propriété privée dans la sphère publique. À la question « qu'est-ce que la propriété publique ? », l'auteur allemand répond que « c'est l'idée de la propriété civile transportée dans la sphère du droit public et modifiée en conséquence »⁵⁰⁰. Il existe, selon Mayer, « deux sortes de propriétés »⁵⁰¹ qui ne diffèrent pas selon leur nature, mais qui sont deux espèces d'un même genre, deux représentantes de la même idée de l'appartenance⁵⁰². La propriété publique est celle qui est directement rattachée à la personnalité publique (ou administration publique) de l'État et des entités infra-étatiques⁵⁰³. Or, la conceptualisation d'une propriété publique à côté de la propriété privée est le support d'une vision unitaire des pouvoirs sur le domaine public. Mayer place sur un même plan domaine public, propriété publique et personnalité publique, ce qui signifie que les choses publiques sont obligatoirement la propriété (d'une nature publique) de la personne publique : « la chose publique ne peut appartenir qu'à un *sujet de l'administration publique*. Il est, en effet, de sa nature que son maître fasse, par elle, de l'administration publique, et d'une manière qui influence la qualité du droit qu'il a sur elle »⁵⁰⁴. Le domaine public et la propriété publique sont d'autant plus indissociables que ces deux notions recouvrent une même réalité. Mayer prône une approche moniste : la propriété publique est une propriété d'affectation⁵⁰⁵, elle est une autre manière, pour l'auteur, de nommer le domaine public⁵⁰⁶. Sur ce point, la théorie de Mayer rejoint celle de Hauriou.

B. Maurice Hauriou et la théorie de la propriété administrative

76. Le point de départ est identique à celui de Mayer. Il s'agit, pour Hauriou, de sortir la propriété publique du carcan de la propriété privée, tout en préservant le concept général de

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 106.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 107 : « Pour nous, il s'agit de reconnaître, derrière cette force, le droit spécial des choses publiques. Ce droit n'est possible, il est vrai, qu'autant que ces choses ne sont pas soumises au droit civil, lequel ne peut plus reconnaître de privilèges de cette espèce ».

⁵⁰⁰ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, 1903, t. III, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 114.

⁵⁰² *Ibid.* : « Il y a, pour ces deux sortes de propriété, une idée commune et générale : la chose corporelle appartenant, selon l'ordre légal, à la personne déterminée qui est son maître. Cette idée ne se réalise jamais d'une manière abstraite, puisque la propriété n'existe pas sans que son caractère juridique soit déterminé dans un sens ou dans l'autre ».

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 132 : « Mais à côté de lui [l'État], il y a d'autres sujets de l'administration publique, qui peuvent le remplacer. Ce sont surtout les corps d'administration propre [...]. Par conséquent, nous devons nous attendre à rencontrer aussi un domaine public de provinces, des districts, des communes, etc. »

⁵⁰⁴ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, 1903, t. III, *op. cit.*, p. 131 (souligné par l'auteur)

⁵⁰⁵ Ph. Yolka, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁰⁶ O. MAYER, *Droit administratif allemand*, 1903, t. III, *op. cit.*, p. 101 .

propriété. Comme dans la théorie allemande, la propriété administrative naît de la translation de la propriété privée (ou ordinaire⁵⁰⁷) dans le monde du droit public⁵⁰⁸. Mais le processus translatif n'a pas conduit Hauriou à opérer une véritable différenciation entre les deux propriétés⁵⁰⁹. Captivé par l'œuvre de Saleilles⁵¹⁰, Hauriou marque une différenciation entre la jouissance et l'exercice du droit de propriété⁵¹¹. La jouissance est identique pour les deux propriétés, ces dernières se distinguent seulement par leur exercice et leur régime⁵¹². L'affectation joue le premier rôle, c'est par elle et de son fait que la propriété privée se mue en une propriété publique⁵¹³. Elle modifie ses effets et son régime. Elle n'est plus l'élément qui exclut une propriété sur le domaine public, elle transforme seulement le cadre de son exercice. Dans les premières éditions de son *Précis de droit administratif*, Hauriou considère que derrière la propriété publique, c'est « un droit de propriété privée qui sommeille »⁵¹⁴, dont les effets sont paralysés et transformés par l'affectation. Par la suite, ce point de vue ne lui apparaît pas suffisant afin de théoriser une propriété publique à côté de la propriété privée, il est abandonné à partir de la 4^{ème} édition de son *Précis de droit administratif* : « il ne s'agit pas d'une propriété latente, d'une propriété privée qui se réveillerait si la chose cessait de faire partie du domaine public, il s'agit d'une propriété actuelle »⁵¹⁵. Cependant, la propriété privée est toujours présente dans sa conceptualisation de la propriété administrative, le concept général

⁵⁰⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, 1893, p. 489.

⁵⁰⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 24 : « La thèse moderne de la propriété du domaine public [...] est une transposition de la théorie civiliste, opérée en tenant compte du fait de l'affectation des dépendances domaniales à l'utilité du public ou aux services publics. Sur ce point, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 416.

⁵⁰⁹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 420 : « La conception française s'oppose à la vision développée par Otto Mayer, plus fortement colorée par le droit public ; elle ne distingue pas toujours clairement entre les propriétés publique et privée ».

⁵¹⁰ Sur la distinction entre la jouissance et l'exercice d'un droit, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 333.

⁵¹¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 787-788 : « il n'y a qu'une seule forme de propriété dans les deux domaines ; au point de vue de l'exercice du droit, il y a deux formes parce que, tandis que le domaine privé est administré par des procédés de la vie privée, le domaine public est administré par des procédés de la vie publique » ; p. 32 : « Le droit administratif français se place au point de vue de l'exercice des droits, tandis que le droit civil se place plutôt au point de vue de la jouissance des droits ». Sur la distinction entre la jouissance et l'exercice du droit, M. HAURIOU, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, *op. cit.*, p. 136 ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 203 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 415. D'ailleurs, il est fort probable que Hauriou se soit inspiré de l'œuvre de Bekker qui distingue la capacité de jouir des droits et celle de les exercer, v. M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 295.

⁵¹² M. XIFARAS, « Le Code hors du Code. Le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », *préc.*, *spéc.*, p. 68 ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 421. On retrouve cette logique dans l'œuvre de WALINE, *Les mutations domaniales*, *op. cit.*, p. 16-17 : « Cette propriété est seulement modifiée [...] et devient ainsi le régime de la domanialité publique. Ce dernier, loin d'exclure la propriété, la consolide, tout en l'aménagement, en l'adaptant aux exigences de l'utilité publique ».

⁵¹³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 788 : « Toute la domanialité repose sur l'idée de l'affectation administrative des choses à l'utilité publique ».

⁵¹⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1897, p. 624.

⁵¹⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1901, p. 624 ; même formulation dans la 11^e éd., 1927, *op. cit.*, p. 783, n° 8.

de la propriété reste trop proche, voire se confond avec le modèle de la propriété privée⁵¹⁶. Hauriou ne parvient pas à se dégager totalement de la propriété privée, ce qui sous-entend qu'elle est l'exemple le plus abouti du concept de propriété, et que la propriété publique n'en est qu'une dérivation amoindrie. C'est cette idée que l'on retrouve dans les propos de Renard : « il n'y a donc pas incompatibilité entre la propriété et la domanialité ; celle-ci [...] n'est qu'une propriété d'un genre particulier, qui a son *prototype* en droit civil et à laquelle le droit administratif imprime un cachet original »⁵¹⁷. Dans les dernières éditions de son *Précis*, Hauriou nous livre une définition plus aboutie de la propriété publique, sans doute dans un souci de mieux l'autonomiser par rapport à la propriété privée, en reprenant l'institution romaine de la *fiducia*. La propriété publique est en effet perçue comme une propriété fiduciaire, une propriété par essence affectée⁵¹⁸, prolongement de l'État « être fiduciaire »⁵¹⁹ : « si le droit du domaine public est un droit de propriété, ce n'est pas une propriété ordinaire, c'est une propriété qui mérite le nom de *fiduciaire*, qui doit être rattachée à la puissance publique et qui est caractérisée dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose, qui notamment impose à l'administration l'obligation morale de conserver la chose en dépôt et à la disposition du public, qui par conséquent lui impose de devoir de ne la désaffecter que par des considérations supérieures d'utilité publique »⁵²⁰. La fiducie présente l'avantage de rassembler l'affectation et le droit de propriété au sein d'un même rapport, en dépassant leur antinomie. Mais ce point de vue n'est pas si différent de celui rencontré dans les premières éditions du *Précis de droit administratif*. C'est toujours à travers le prisme de l'affectation que Hauriou appréhende la propriété administrative⁵²¹ : elle n'est qu'une propriété ordinaire dont l'exercice est modifié par

⁵¹⁶ À l'image du modèle de translation, A. HAURIUO, « L'utilisation en droit administratif des principes de droit privé », *Mélanges F. Gény*, t. III, p. 92. Sur ce point, Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 20 et s.

⁵¹⁷ G. RENARD, *Cours élémentaire de droit public*, Paris Sirey, 1922, p. 143 (on souligne).

⁵¹⁸ Sur cette notion, cf. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *Puf Droit*, 3^e éd., 2008, p. 404 et s.

⁵¹⁹ G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, 1^e vol., 1930, Sirey, p. 155.

⁵²⁰ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 7^e éd., 1907, *op. cit.*, p. 598-599. La définition de la propriété administrative comme fiducie restera jusqu'à la dernière édition de son *Précis de droit administratif* (11^e éd., 1927, p. 778 : « Nous en tirerons cette conséquence que l'affectation et la désaffectation des dépendes du domaine public ne sont pas discrétionnaires pour l'administration et que la propriété de celles-ci n'est que fiduciaire, étant en réalité dans l'intérêt du public »).

⁵²¹ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 9^e éd., 1919, *op. cit.*, p. 737 ; également, 6^e éd., 1907, p. 599 : « Qu'est-ce qu'une propriété publique et comment la concevoir ? [...] Sans compter que lorsqu'une dépendance du domaine public est désaffecté, elle retombe dans le domaine privé, il faut donc admettre que la désaffectation modifie la condition de la propriété, que l'affectation la modifie aussi. Ne serait-il pas plus simple de considérer que la nature du droit restant le même, il y a seulement deux masses de biens, les affectés et les non affectés et qu'un objet peut passer d'une catégorie à l'autre ? » ; 11^e éd., 1927, p. 781 : « Le droit ne pouvait de manquer de traduire en une théorie ces faits nouveaux : il a alors élaboré la conception d'un domaine public devenu la propriété fiduciaire des services administratifs, c'est-à-dire des administrations publiques, pour le compte du public, à charge de celles-ci de respecter l'affectation à l'utilité publique ».

l'affectation. C'est pourquoi, pour le Professeur B. Plessix, « Hauriou n'a bâti aucune théorie de la propriété publique »⁵²².

77. En revanche, à côté de ces fluctuations conceptuelles autour de la propriété administrative, une donnée est restée invariablement constante dans l'œuvre de Hauriou : le rattachement de la propriété du domaine public à la personnalité publique. D'ailleurs, ce rattachement à la personnalité publique juridique est un élément de sa définition de la propriété administrative⁵²³. En conséquence, la propriété administrative ne concerne que les biens appartenant au domaine public, c'est-à-dire les biens affectés : « au point de vue de la propriété, les administrations n'ont qu'un domaine qui est, en somme, le domaine privé, les objets affectés à l'utilité publique ne changent point de condition quant à la propriété, ils sont seulement placés sous la surintendance des services affectataires [...]. En résumé, il n'y a qu'une seule propriété administrative, mais il y a deux masses de biens, les uns non affectés, les autres affectés à l'utilité publique, tous les effets de la domanialité publique se rattachent à l'affectation »⁵²⁴. Hauriou prône une vision moniste en envisageant une synonymie entre les termes « propriété administrative » et « domaine public ». Cette confusion sémantique va perdurer sous la plume de de Laubadère, qui considère que la propriété administrative et la domanialité publique « ne sont que les deux qualifications d'une même institution dont la première désigne le régime juridique et la seconde la nature juridique »⁵²⁵.

78. La promesse d'une vision unitaire de la personnalité publique n'est pas vraiment tenue. L'idée, décelée dans les *Principes de droit public*, d'une propriété publique dont les caractéristiques seraient essentiellement déterminées par la personnalité publique ne se retrouve pas exactement dans son *Précis de droit administratif*⁵²⁶. Hauriou maintient deux propriétés pour une seule personnalité. Dans une certaine mesure, Saleilles a poussé plus loin l'autonomie de la propriété publique en théorisant une seule propriété publique, déclinée en deux versions : l'une de droit public, l'autre de droit privé. Mais se limiter à cette lecture des écrits de Hauriou ne permet pas d'en saisir la portée. La théorie de la propriété administrative

⁵²² B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 419 : « il s'est contenté de poser une définition du domaine public : chez Hauriou, la propriété administrative n'a jamais été conceptualisée, n'a jamais été une notion autonome ; elle est simplement invoquée, selon un terme cher au maître du Toulouse, comme un « critérium » du domaine public ». Dans le même sens, M. XIFARAS, « Le Code hors du Code, le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », *préc.*, spéc. p. 71.

⁵²³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 7^e éd., 1907, *op. cit.*, p. 598.

⁵²⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 8^e éd., 1919, *op. cit.*, p. 737 ; 11^e éd., 1927, *op. cit.*, p. 787.

⁵²⁵ A. DE LAUBADÈRE, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », *préc.*, p. 25. Sur ce point, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 416.

⁵²⁶ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, *op. cit.*, p. 64 ; p. 67 et surtout p. 105 et s.

est le moyen pour lui de replacer la propriété du domaine public dans le giron de la personnalité publique. Les deux propriétés sont les incarnations des deux facettes internes de la personnalité juridique ou, en d'autres termes, les représentantes des deux « capacités juridiques », publique et privée, des personnes publiques⁵²⁷. L'unité de la personnalité juridique coïncide surtout avec l'unité de la gestion des domaines. Hauriou considère que « l'État est le même soit qu'il exerce des droits de police, soit qu'il gère son domaine public, soit qu'il gère son domaine privé »⁵²⁸. Au lieu de passer par l'unité conceptuelle de la propriété des personnes publiques, l'unité de la personnalité juridique se prolonge dans l'unité domaniale⁵²⁹. Hauriou fait entrer le domaine public dans le monde du subjectivisme et du commerce juridique. Le domaine public et sa gestion ont même une place de choix, ils sont des éléments privilégiés de la dimension subjective de la personnalité publique⁵³⁰, des composantes de l'ensemble du patrimoine public⁵³¹. À la lumière de la théorie de l'institution, le domaine public est le support de « l'entreprise administrative »⁵³², parce que la propriété administrative est supposée par « l'idée d'œuvre » de l'institution étatique, en tant que moyen nécessaire à la réalisation de son but⁵³³.

79. *Conclusion* §2. La personnalité publique implique la propriété. Elle conduit aussi, selon Hauriou, à repenser l'exercice des prérogatives de puissance publique. Ces dernières se muent en droits subjectifs placés entre les mains des personnes publiques⁵³⁴. En outre, « centre d'imputation », la personnalité publique est le lieu où se réunissent les prérogatives propriétaires et les prérogatives de puissance publique⁵³⁵. Hauriou et d'autres auteurs, tels que Michoud⁵³⁶, rompent avec le dogme de la séparation stricte entre la puissance publique et la

⁵²⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 50.

⁵²⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 1^{er} éd., *op. cit.*, p. 150 (on souligne).

⁵²⁹ *Ibid.*, 11^e éd., 1927, p. 50.

⁵³⁰ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, 1916, p. 105.

⁵³¹ *Ibid.* : « La première de ces catégories s'est formée autour de l'idée centrale de la propriété, car la propriété est qui est propre à un sujet, elle comprend les notions de biens et de patrimoine ».

⁵³² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 40.

⁵³³ E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de la l'institution », *préc.*, p. 393.

⁵³⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, 1893, p. V : « Il subsiste toutefois une difficulté : pour que l'administration tout entière soit ramenée à n'être que l'exercice des droits, il faut que toutes les matières administratives puissent être réduites en droits appartenant aux personnes administrative. Or, si tout ce qui est gestion du domaine privé est depuis longtemps déjà rattaché à des droits, il n'en est pas de même de ce qui est opération de puissance publique, et notamment de ce qui est matière de police, sous le prétexte que dans ces matières, les droits ne seraient plus comparables à ceux des particuliers ».

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 51 : « Les droits de *puissance publique*, qui se justifient par les besoins spéciaux des entreprises administratives [...]. Ces droits ne sont pas semblables aux droits des particuliers, bien qu'ils ne soient pas sans parenté avec eux. Ce sont, par exemple, les droits de police, les droits relatifs au domaine public... » ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, LGDJ, 1984, p. 62 : « Ainsi tout acte de l'administration se rattache à une personne publique ; ce rattachement détermine les régimes juridiques et contentieux de l'acte et le patrimoine responsable des conséquences de celui-ci ».

⁵³⁶ L. MICHOD, « De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents », *préc.*

propriété et posent les fondements de la gestion domaniale, considérée comme une expression de la puissance publique et une incarnation du droit de propriété.

§3.- LE RENOUVELLEMENT DES RAPPORTS ENTRE LA PUISSANCE PUBLIQUE ET LA PROPRIÉTÉ

80. La principale conséquence de la vision unitaire de la personnalité publique est d'en faire un centre d'imputation de la puissance publique, et de penser la puissance publique en termes de droit subjectif. Pour ne citer qu'eux, Michoud⁵³⁷, Moreau⁵³⁸, Larnaude⁵³⁹, Sanlaville⁵⁴⁰ et, dans une certaine mesure, Ripert⁵⁴¹, ont pensé le droit administratif sur des fondements subjectivistes. Suivant la synthèse de Michoud, « la puissance publique n'est pas un simple fait, un pur phénomène de force ; elle est exercée, à titre de droit, par des personnes physiques, non pour leur propre compte, mais pour le compte de la collectivité État »⁵⁴². Selon ces auteurs, la personnalité publique est le vecteur de la juridicisation de la puissance publique⁵⁴³, elle permet aussi de penser l'association entre les prérogatives propriétaires et de puissance publique. Hormis l'École du service public, la doctrine du début du XX^e siècle intègre l'association entre la puissance publique et la souveraineté, formalisée par la pensée du XIX^e siècle, dont elle réussit à dépasser l'interprétation radicale de la séparation entre la puissance publique et la propriété. La personnalité publique est en effet la première pierre de la construction théorique du pouvoir de gestion, à la fois comme incarnation de la propriété administrative et comme expression de la puissance publique. La personnalité publique ouvre une voie conciliatrice entre la propriété et la puissance publique Elle est à l'origine de deux mouvements qui se complètent : certaines prérogatives traditionnelles de puissance publique (comme la police) sont repensées en prérogatives propriétaires, et les prérogatives propriétaires ou de gestion, circonscrites à l'origine dans la sphère du droit privé, sont érigées en puissance publique (II). Force est de constater que la personnalité publique a contribué à l'émergence du pouvoir de gestion et a formalisé une réponse juridique aux premiers moments de l'exploitation domaniale⁵⁴⁴. Cette association entre la propriété et la puissance publique n'a pu être envisagée que parce qu'en amont il y a eu une évolution de la perception du rapport entre la souveraineté et la propriété, la première devenant le fondement de la seconde (I).

⁵³⁷ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 1924, *op. cit.*, p. 319 et s. ; *Idem*, t. II, p. 47 et s. V. aussi du même auteur, L. MICHOU, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État », *RGA*, 1911, p. 257.

⁵³⁸ F. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., A. Fontemoing, 1909, p. 30 et s.

⁵³⁹ F. LARNAUDE, « Analyses et comptes rendus sur l'ouvrage de MICHOU », *RDP*, 1906, p. 576

⁵⁴⁰ F. SANLAVILLE, « De la personnalité du Département », *RGA*, 1899, p. 129, spéc. p. 138.

⁵⁴¹ H. RIPERT, « Des rapports entre les police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », préc.

⁵⁴² L. MICHOU, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État », préc., p. 257, spéc. p. 261.

⁵⁴³ F. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, 1909, p. 31.

⁵⁴⁴ Sur ce point, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 118-119.

I. La relation étroite entre la souveraineté et la propriété

81. S'il existait, selon Proudhon, une puissance publique en dehors de la souveraineté, Hauriou est, au contraire, imprégné de la pensée des publicistes de la deuxième moitié du XIX^e siècle (Laferrière, Cotelle ou Ducrocq), selon laquelle la puissance publique est ramenée « sous un [...] unique principe de légitimation : la souveraineté »⁵⁴⁵. Mais la souveraineté revêt, pour Hauriou, une nouvelle dimension : elle est l'aboutissement du processus de personnification de l'institution étatique, elle est donc au fondement de l'État et de sa personnalité. La souveraineté est un concept central dans son œuvre⁵⁴⁶, et intervient à de multiples niveaux de sa théorie. Elle lui permet de penser – à l'instar de Waline – la propriété de l'État (**A**) et, qui plus est, sous un angle compatible avec l'affectation du domaine public, en fusionnant les figures du souverain et du *Public* (**B**).

A. La souveraineté au fondement de la propriété de l'État

82. Hauriou a introduit une évolution du concept de souveraineté, par rapport à la manière dont il était envisagé dans la doctrine du XIX^e siècle. À côté de la traditionnelle approche matérielle de la souveraineté, Hauriou propose également une définition formelle. Dans le cadre de la théorie de l'*Institution*, la souveraineté nationale est l'aboutissement de la personnification de l'État⁵⁴⁷, elle constitue aussi le point d'orgue d'un mouvement qui tend à l'appropriation, par les individus, des pouvoirs exercés par les organes. Selon Hauriou, la souveraineté peut se résumer en une « *propriété du pouvoir* »⁵⁴⁸. Il a recours à la distinction entre la jouissance et l'exercice d'un droit afin de considérer que les individus, regroupés en corps politique, ont la propriété (ou la jouissance) des pouvoirs, alors que les organes n'en ont que l'exercice⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la “transposition” de la propriété au droit administratif », préc., p. 49, spéc. p. 59.

⁵⁴⁶ On doit relever malgré tout le passage de sa préface de sa 6^e éd. de son *Précis de droit administratif*, p. IX : « Ainsi le moment est venu d'envisager l'État, non plus comme une souveraineté, non plus comme une loi, mais comme une institution ou un ensemble d'institutions, ou plus exactement encore, comme l'institution des institutions. Et, bien entendu, nous n'irons pas dire : “Il n'y a plus de souveraineté” ou bien “il n'y a plus de loi” ou encore “la souveraineté ou la loi ne sont plus des éléments essentiels de l'État”. Nous tenons toujours la souveraineté ou la loi pour des éléments essentiels de l'État, mais ils ne sont plus au premier rang et en jouent plus le premier rôle dans la combinaison pratique des forces ».

⁵⁴⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 45.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 44 : « Dans l'évolution de l'État, l'avènement de la souveraineté nationale, qui achève la personnalité morale, achève du même coup la liberté politique » ; *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., Sirey, 1923, 2^e appendice.

⁵⁴⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 44 : « au stade de la *souveraineté des membres du groupe* auquel le régime représentatif conduit lentement par le chemin des idées communes et de leur logique, il apparaît que les membres du groupe ont acquis la propriété ou la jouissance des pouvoirs du gouvernement et que les organes de direction n'ont conservé que l'exercice très contrôlé de ces mêmes pouvoirs ». On retrouve également la distinction entre la jouissance et l'exercice dans sa définition juridique de la souveraineté dans son

83. Du point de vue de Hauriou, la propriété sur le domaine public est étroitement liée à la souveraineté. Selon une logique circulaire, le souverain détient la propriété du domaine public parce qu'il est propriétaire des pouvoirs des organes, qui exercent cette propriété à son service. Surtout, cette appropriation interne est à l'origine de la capacité d'acquérir de la personnalité publique, et donc à l'origine de la propriété : « le corps constitué a la possession de soi-même, puisqu'il a la pleine possession de ses facultés qui sont les pouvoirs de ses organes, et c'est cette possession interne, ou, mieux, cette capacité d'acquérir interne, qui devient le fondement de sa capacité d'acquérir externe, le fondement de sa personnalité morale, en même temps d'ailleurs que celui de la propriété »⁵⁵⁰. La démonstration repose sur un présupposé partagé par une autre partie de la doctrine. Influencé par l'œuvre de Saleilles, Hauriou considère qu'avant de posséder, l'être-personne se possède lui-même⁵⁵¹ : « la propriété de soi » est donc « le principe constitutif de la personnalité », support de la propriété⁵⁵².

84. L'idée sous-jacente est en réalité comparable à celle de Proudhon⁵⁵³ ; les individus, formant le corps politique, ne peuvent pas exercer eux-mêmes le droit de propriété : les organes étatiques ont pour mission de l'exercer en leur nom et pour leur compte⁵⁵⁴. Par contre, contrairement à Proudhon, Hauriou ne se fonde pas sur la double figure de la Nation : souverain et corps politique ne font qu'un, et c'est en tant que souverain que la Nation, par l'entremise de l'État, est propriétaire des dépendances du domaine public, et non plus en tant que corps politique, considéré *ut universitas*. De plus, le souverain et l'État forment ici une unité monolithique, le souverain-Nation est inclus dans l'État⁵⁵⁵ et la Nation devient, à l'image des théories de Foucart ou de Cotelle, synonyme du *Public*. La souveraineté fédère tout un

Précis élémentaire de droit constitutionnel, Sirey, 2^e éd., 1930, p. 17 : « Elle consiste dans l'idée de la propriété des droits régaliens de gouvernement, qui peut se dédoubler en une jouissance et un exercice de ces droits ».

⁵⁵⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 44-45 (souligné par l'auteur).

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 47 : « La solution de ce problème m'a été fournie par les suggestions de Saleilles, sur les rapports intimes entre personnalité et propriété. Je fus conduit à chercher la trace d'un *fait intérieur d'appropriation* qui fût le signe de l'être subjectif ; Gabriel Tarde avait déjà dit, dans une de ses formules intuitives : « être c'est avoir ».

⁵⁵² M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », *préc.*, p. 49, spéc. p. 63 : « C'est donc parce que l'État est propriétaire de lui-même que l'appropriation de faite des choses communes est légitime. On aura reconnu, dans sa plus pure expression, le dogme fondamental de l'individualisme possessif, dans lequel on a pu la matrice conceptuel de la tradition libérale ».

⁵⁵³ À la différence que, pour PROUDHON, l'État assure la garde au nom et pour le compte du « public ». HAURIOU considère que l'État exerce le droit de propriété en direction de la Nation.

⁵⁵⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 45 : « c'est le groupe des membres, unifié par l'ascendant des idées sur lesquelles repose l'entreprise commune et porteur de ces idées, qui devient le sujet de la personne morale, il est deux fois sujet ; au sens subjectif, il est le sujet de la personne morale ; en même temps qu'au sens organique il est sous la sujétion des organes de gouvernement, parce que la personne morale elle-même est sous la sujétion de ses organes. Mais ce qu'elle perd du côté de la sujétion, la personne morale la regagne du côté de la propriété de la chose commune, compensation qui se répercute en chaque citoyen ». V. également, p. 50.

⁵⁵⁵ A. BRIMO, « Le doyen Maurice Hauriou et l'État », *préc.*, p. 99, spéc. p. 107.

ensemble : elle est au cœur de la personnalité publique⁵⁵⁶ et elle est au fondement du droit de propriété sur le domaine public⁵⁵⁷. Hauriou parvient logiquement à cette conclusion : l'exercice de la souveraineté n'est plus hermétique à l'idée d'une propriété⁵⁵⁸.

B. La confusion entre le souverain et le *Public*

85. Le *Public*, dans son sens proudhonien, a subi l'assaut de vives critiques. Barckhausen considère que cette construction est « plus littéraire » que juridique. Saleilles s'inscrit dans son sillage en considérant que le public est un sujet indéterminé auquel il est impossible d'attribuer un droit. La *Willenstheorie* constitue, dans une certaine mesure, le point de départ de sa démonstration : « conçoit-on, en effet un droit sans un sujet déterminé à qui il se rapporte ? Or, au point de vue philosophique, le seul sujet possible en matière juridique, c'est l'homme considéré comme capable de volonté ou comme centre d'intérêts [...]. Le public – il faut s'entendre : veut-on désigner par-là ceux qui useront de la chose, mais ils sont indéterminés et non susceptibles de détermination ; pris individuellement, ils ne peuvent être le sujet de ces droits d'usage, car on ne peut les désigner ni les définir : ils restent incertains, donc ne comptent pas au point de vue du droit »⁵⁵⁹.

86. Hauriou s'inscrit dans ce mouvement, il cherche également à ramener le public à un objet juridique qui lui apparaisse saisissable, c'est-à-dire à l'« unité subjective d'une personne morale »⁵⁶⁰, sans pour autant reconnaître deux personnes morales détenant des droits concurrents sur le domaine public. Selon l'auteur, une seule personne possède un droit prédominant sur le domaine public, cette personne ne peut être que l'État (ou les collectivités territoriales à l'échelle locale), et ce droit prend logiquement la forme du droit de propriété. Les droits du *Public* incluent ce droit de propriété parce que le public est absorbé par l'État. L'intérêt du *Public* n'est ni plus ni moins que l'intérêt de l'État. Hauriou met ainsi fin à la

⁵⁵⁶ Sur le lien entre souveraineté et personnalité de l'État, cf. F. FRANDELLA, « Le dogme de la souveraineté de l'État. Un bilan », traduit de l'italien par Maria Maddalena Castelli, *APD*, t. 41, 1997, p. 115.

⁵⁵⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 46 : « Par un lien qu'elle établit entre la personnalité et la propriété ou la capacité d'acquiescer, cette théorie fournit un fondement très sérieux du droit de propriété et de la liberté, en même temps que de la personnalité : elle est donc très féconde ».

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 789 et *Précis de droit administratif*, 6^e éd., 1907, p. 599, n° 1 : « Il n'est pas impossible de concevoir une propriété publique et fiduciaire, la souveraineté renferme un élément de propriété, et il n'y a rien qui répugne à ce que le domaine de souveraineté qui plane sur l'ensemble du pays se précise en un domaine de propriété sur les objets particulièrement affectés à l'utilité publique » ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 415 : « la notion purement publiciste de souveraineté n'a jamais exclu toute idée de propriété, de sorte que le droit public est parfaitement apte à absorber une telle prérogative juridique ».

⁵⁵⁹ R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, *op. cit.*, p. 105. Également, p. 100.

⁵⁶⁰ M. XIFARAS, « Le code hors du code, le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », *préc.*, p. 49, spéc. p. 60.

dualité entre l'État et le *Public*, qui régna avec la théorie du droit de garde, pour lui substituer une approche qui réunit l'État et le *Public* sous l'égide de la personnalité publique⁵⁶¹. Par ce biais, Hauriou contourne le problème de l'indétermination de la figure du *Public*⁵⁶². Waline véhicule une idée similaire lorsqu'il estime que la limitation du droit d'accès au domaine public « provient d'une cause interne ». En effet, « si les droits de ces personnes subissent une limitation, celle-ci ne peut être que le fait des individus qui forment le *substratum* de la personne morale elle-même. C'est en quelque sorte une limitation spontanée des droits de la personne morale par une cause interne, et non par un rapport de droit avec un tiers, par une obligation contractuelle, telle qu'une constitution d'usufruit »⁵⁶³.

87. La construction de Hauriou et, dans une certaine mesure, celle de Waline appellent plusieurs remarques. D'abord, dans ce système, le sens de la notion d'affectation du domaine public est modifié. L'affectation devient une prérogative du droit de propriété⁵⁶⁴. L'État se substitue totalement au public en récupérant la maîtrise de la chose⁵⁶⁵, mais le *Public* reste le principal bénéficiaire en tant que destinataire de l'affectation. Au service de cette démonstration, Hauriou assimile le titulaire de la souveraineté avec le *Public*. Le souverain détient la propriété des organes qui exercent le droit de propriété sur le domaine public et qui déterminent par la suite son affectation en direction du *Public*. Les droits du *Public*, en tant que *jura in re*⁵⁶⁶ prennent désormais racine dans les facultés du droit de propriété de la personne publique. Saleilles requalifie, par exemple, le droit du public en une « servitude d'usage public »⁵⁶⁷, de même que Barckhausen qui parle de « servitude au profit de tous les particuliers »⁵⁶⁸. Ces auteurs qui ont critiqué la théorie proudhonienne se heurtent aux mêmes

⁵⁶¹ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 789, note n°12 : « les dépendances du domaine public apparaissent, d'abord, avec le caractère d'institutions utiles au public ; mais le "public" n'a point d'individualité juridique et se trouve, en soi, incapable d'employer les voies de droit qui seraient nécessairement à la protection et à la conservation du domaine ; dès lors, il paraît simple de confier à l'État qui, lui, est doué de personnalité juridique ».

⁵⁶² B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 414-415.

⁵⁶³ M. WALINE, *Les mutations domaniales*, *op. cit.*, p. 136. V. aussi, É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 213.

⁵⁶⁴ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 600, n°1 : « Le droit d'affectation et de désaffectation est dans son principe une faculté de la propriété, il appartient bien au propriétaire de donner telle ou telle destination à ses bâtiments ou à ses terrain ; en matière administrative l'affectation et la désaffectation deviennent des actes de Puissance publique, mais, sauf exception, c'est bien l'administration qui avait les objets dans son domaine qu'il appartient de les affecter et de les désaffecter ». Même propos chez W.-G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, Sirey, 1948, p. 250-251 ; M. WALINE, *Les mutations domaniales*, *op. cit.*, p. 108 et s. Sur ce point, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 421.

⁵⁶⁵ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1897, p. 288 : « Si l'on trouve plus avantageux de déclarer l'État propriétaire, cela ne dépouille aucunement le "public" d'une propriété qu'il n'avait pas et ne pouvait pas avoir, étant un personnage inexistant au point de vue juridique ».

⁵⁶⁶ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 413 ;

⁵⁶⁷ R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, *op. cit.*, p. 105.

⁵⁶⁸ H. BARCKHAUSEN, « Étude sur la théorie générale du domaine public », préc.

difficultés. Si le fonds servant le domaine public est facilement identifiable, le fonds dominant n'existe pas, ce n'est pas une chose et le bénéficiaire de la servitude ne peut pas être le *Public*, sujet indéterminé à leurs yeux. Face à ces difficultés, Hauriou développe à son tour la théorie des droits réels administratifs : les droits des usagers sont perçus par l'auteur comme des démembrements du droit de propriété des personnes publiques. Le concept de droit réel est plus souple, il permet de mieux identifier son bénéficiaire, mais il ne permet pas de comprendre l'ensemble des usages sur le domaine public. Il paraît en effet difficile de rapporter les usages collectifs à l'exercice d'un droit réel, même d'une nature administrative. Le droit réel est un droit individualisé dont le titulaire est parfaitement identifiable, au contraire de l'usage collectif, usage anonyme et impersonnel par définition⁵⁶⁹.

En outre, sans parler du fait que cette approche sorte le domaine public des « thèses naturalistes » prônées par Berthélemy et Ducrocq, cette approche ouvre le domaine public à de nouvelles affectations : le domaine public n'est pas seulement affecté à l'usage de tous, il peut aussi être affecté à un service public⁵⁷⁰. Les intérêts du *Public* étant ceux du souverain et, *a fortiori*, ceux de l'État, ils se réalisent soit par une affectation à l'usage de tous, soit par une affectation à un service public. À ce titre, Mayer souligne le changement fonctionnel du domaine public, en insistant sur le fait que « l'usage de tous n'est plus la forme unique par laquelle peut s'affirmer le caractère spécial d'une chose publique »⁵⁷¹ ; « la chose publique n'a plus besoin de cette espèce de mysticisme démocratique dont on l'entourait au moyen de cette destination spéciale. Il suffit que le but de l'intérêt public se réalise par elle d'une façon équivalente ; peu importe que l'usage de tous en soit exclu »⁵⁷².

Hauriou et Mayer ont donc réussi à dépasser la lecture radicale de la séparation entre la souveraineté et la propriété, en fusionnant la figure du souverain et celle du *Public*. Hauriou reste néanmoins très attaché à la distinction entre la sphère publique et la sphère privée⁵⁷³, principe fondamental de l'État moderne et libéral, qui suppose qu'il ne peut y avoir un *dominium* de l'*imperium*. Mais il introduit de l'*imperium* dans le *dominium*. C'est ce que cristallise le pouvoir de gestion du domaine public : les auteurs partisans de la propriété publique ont en effet cherché à intégrer de la puissance publique dans la propriété du domaine public.

⁵⁶⁹ Pour une critique du recours par Hauriou de la théorie des droits réels administratif au sujet des usages communs du domaine public, L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, 1924., p. 59, note n°1.

⁵⁷⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11 éd., *op. cit.*, 1927, p. 804 et s.

⁵⁷¹ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, 1903, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 94.

⁵⁷³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 41 : « La distinction du public et du privé est capital dans l'État moderne. Elle différencie le régime d'État du régime féodal dans lequel toutes les fonctions et toutes les organisations étaient mélangées de public et de privé ».

II. De la puissance publique dans l'exercice de la propriété du domaine public

88. L'œuvre de Hauriou marque un tournant dans la pensée juridique. Les facultés de la propriété sur le domaine public sont désormais pensées dans le cadre de la puissance publique⁵⁷⁴. La personnalité publique est la pierre angulaire de cette construction, fédérant la puissance publique et le droit de propriété. Surtout, les partisans de la théorie de la propriété administrative ont préservé un des piliers de la dualité domaniale : ils sont restés fidèles au postulat selon lequel le domaine public est le lieu et l'assiette privilégiés de la puissance publique. La reconnaissance de la propriété sur le domaine public et l'émergence des logiques d'exploitation et de valorisation n'ont pas remis en cause l'identité de puissance publique des actes de gestion. À l'instar des théories domaniales du XIX^e siècle, c'est l'affectation à l'utilité publique qui appelle l'exercice de la puissance publique. Hauriou a saisi et conservé cette idée, sa théorie de la propriété administrative établit en effet un pont entre l'affectation et l'exercice de la puissance publique : « c'est une propriété *administrative* qui doit être rattachée à la puissance publique et qui est caractérisée dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose »⁵⁷⁵. L'originalité du propos du maître de Toulouse tient aussi à la méthode employée. Hauriou se prête à un travail de comparaison entre les prérogatives propriétaires et celles de puissance publique, pour souligner des analogies. Le pouvoir de police sur le domaine public est repensé en termes de prérogative propriétaire (**A**). Les prérogatives propriétaires répondent, quant à elles, à un processus inverse, et sont érigées en prérogatives de puissance publique (**B**).

A. Le pouvoir de police, une prérogative propriétaire

89. La première étape de la démonstration de Hauriou consiste à ramener les prérogatives traditionnelles relatives au domaine public, en l'occurrence le pouvoir de police, dans le giron de la propriété administrative. Bernard entreprend ce projet dans sa thèse : suivant ses propos, les prérogatives de police puisent directement leur force dans les facultés du droit de propriété. Mais l'auteur n'échappe pas à une difficulté théorique puisque, selon lui, la

⁵⁷⁴ On trouve déjà l'association entre la propriété et la puissance publique dans l'œuvre de WODON, cf. *Traité des choses publiques*, *op. cit.*, p. 71 : « Le domaine public se présente donc sous deux faces bien distinctes : 1° sous celle du droit de propriété du sol assuré exclusivement à l'État par sa mise hors du commerce ; 2° sous celle de l'usage de la chose, gouverné par des règlements de droit public impliquant, de la part de l'État, le droit de puissance et de propriété publique ».

⁵⁷⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 629, note n° 1 (souligné par l'auteur). On retrouve cette idée chez OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, 1903, *op. cit.*, p. 137 : « La première condition est donc qu'il s'agisse d'une *chose publique*, d'une chose par laquelle le sujet auquel elle appartient fait de l'administration publique, réaliser directement un certain but d'utilité publique reconnu comme assez grave pour motiver l'énergie de la manifestation de la puissance publique ».

propriété du domaine public ne diffère, en rien de la propriété privée. La propriété privée se voit donc attribuer une fonction nouvelle : être au fondement de la puissance publique alors qu'elle se place traditionnellement en position d'extériorité par rapport à elle. Hauriou, conscient de cette difficulté, envisage le problème différemment. Il s'agit avant tout, pour lui, de conceptualiser une propriété publique différente de la propriété privée. Si le droit de propriété englobe le pouvoir de police, ce n'est qu'au prix d'un changement du rapport entre la propriété et la puissance publique : la propriété administrative n'est plus simplement encadrée par la puissance publique, elle est définie par elle, c'est ce qui la différencie fondamentalement de la propriété privée.

90. Toujours selon Hauriou, le pouvoir de police serait à l'origine du droit de propriété sur le domaine public. Selon son raisonnement, le droit de garde a paradoxalement abouti à la reconnaissance d'un droit de propriété sur le domaine public. La garde du domaine public aurait engendré un processus, au cours duquel l'administration se serait peu à peu accaparé l'ensemble des utilités de la chose : « le service administratif une fois installé sur la dépendance s'est comporté en maître, il ne s'est pas borné à l'affectation et à la désaffectation, ni à la police. Il a acquis le terrain, il a construit l'ouvrage, il a fait des concessions d'occupation temporaire, etc. Ainsi les dépendances du domaine public sont devenues la chose des services, aussi bien la chose du public »⁵⁷⁶. Donc, si le droit de garde s'est transformé en droit de propriété, il est logique, dans la perspective de Hauriou, que son « expression la plus pure », c'est-à-dire la police, soit considérée comme une prérogative propriétaire⁵⁷⁷, de même que l'ensemble des droits qui relevaient auparavant de la surintendance du domaine public⁵⁷⁸. Cela suppose aussi que la police soit pensée en termes de droit subjectif, autrement dit qu'elle ne soit plus en dehors de la personnalité juridique⁵⁷⁹.

91. L'alliance entre la propriété administrative et le pouvoir de police repose sur certaines analogies, éclairées par le Maître de Toulouse. De la comparaison entre le droit de propriété et la police, Hauriou dégage certains points communs. Le propos consiste à envisager une forme

⁵⁷⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 638.

⁵⁷⁷ M. XIFARAS, « Le code hors du code, le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », *op. cit.*, p. 49, spéc., p. 62 : « Il faudrait donc comprendre que des pouvoirs de police a entraîné une véritable appropriation *de fait* du domaine, qui précède et justifie sa reconnaissance juridique.

⁵⁷⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 788, n°11 : « Les droits que l'on avait l'habitude de considérer comme des conséquences de la garde et de la surintendance du domaine public doivent être considérés désormais comme des prérogatives de l'exercice de la propriété, droits d'affectation et de désaffectation, droits de délimitation et d'alignement, droits de police ou de voirie, droits de concession... »

⁵⁷⁹ H. RIPERT, « Des rapports entre les police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », *RDP*, 1905, p. 5 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 33.

de police dans l'exercice du droit de propriété d'un particulier, afin de considérer que la police sur le domaine public se fonde nécessairement sur la propriété administrative : « les droits de police dont l'ensemble constitue la voirie sont également dans leur principe des facultés de la propriété, *tout propriétaire a la police de son domaine*, la meilleure preuve est qu'il peut instituer des gardes particuliers assermentés, les droits de la voirie sont seulement un agrandissement et une exagération de cette faculté inhérente à la propriété dus à la puissance publique »⁵⁸⁰. La doctrine, lorsqu'elle s'est penchée sur le fondement de la police de la conservation, a d'ailleurs opéré la même analogie. Police spéciale, cette prérogative fut un temps rapprochée de l'exercice de la propriété administrative. Effectivement, comme tout propriétaire, l'administration doit veiller à l'intégrité de son bien, ce que la doctrine a interprété comme une expression du droit de propriété⁵⁸¹.

92. Mayer défend un point de vue semblable à celui de Hauriou⁵⁸². Le théoricien allemand, soucieux d'autonomiser les règles du domaine public par rapport à celles du droit civil, insiste sur le fait que les pouvoirs de l'administration sur le domaine public possèdent « un caractère juridique, qui est celui du droit public »⁵⁸³, marqué par l'idée de la puissance publique, sans que cela soit incompatible avec l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public. La police est la pierre angulaire de ce raisonnement, elle contenue dans la propriété publique, voire elle est présentée comme un des moyens les plus appropriés afin d'assurer l'exercice de la propriété conformément à la destination du domaine public⁵⁸⁴. Cette position est liée à la conception unitaire de la personnalité publique. Mayer avance l'idée que l'exercice de la propriété publique est imputé à l'« administration publique », structurée autour de « l'idée générale de la police »⁵⁸⁵. D'une manière générale, la police est considérée comme une composante de la gestion domaniale⁵⁸⁶. Contrairement à certains courants de la doctrine française qui envisagent séparément police et gestion⁵⁸⁷, Mayer conçoit la gestion du domaine

⁵⁸⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 631-632 ; *ibid.*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 600. [nous soulignons] Même formulation dans la 11^e édition, 1927, p. 788 ; 12^e éd., 1933, p. 788 ; également du même auteur, *La gestion administrative*, 1899, *op. cit.*, p. 57 : « quand l'administration accomplit des actes de puissance publique, elle est censée agir pour elle-même, elle est comme un propriétaire qui dans son enclos exerce les pures facultés qui sont contenues dans le droit de propriété sur la chose ». Sur ce point, H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 139 et s.

⁵⁸¹ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie*, *op. cit.*, p. 169 et p. 228 et s. Sur ce point, É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. 2, *op. cit.*, p. 841 et s.

⁵⁸² O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, 1903, p. 148 et p. 149.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 111.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 111-112.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 148-149.

⁵⁸⁶ On retrouve cette idée chez des auteurs contemporains, v. Ch. LAVIALLE « L'acte de gestion domaniale », in *Mélanges F. Moderne*, *op. cit.*, p. 265.

⁵⁸⁷ Sur ce point É. FATÔME, « Ordre public et domaine public », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 187, spéc. p. 191 et s.

public comme une notion plus large, axée sur la préservation des usages au regard de l'affectation. En un sens, la théorie de Mayer est encore proche de celle du droit de garde. La gestion n'est pas, selon lui, synonyme d'exploitation et de valorisation du domaine public, bien au contraire : elle n'œuvre en principe qu'à la préservation de l'affectation⁵⁸⁸. De plus, en dépit de sa volonté, la théorie de Mayer reste dans une certaine mesure empreinte des théories de la *Herrschaft*⁵⁸⁹ : la puissance publique s'exprime essentiellement par des actes de commandement et la « gestion domaniale » n'utilise que les moyens de la police⁵⁹⁰.

93. Par ailleurs, le rattachement de la propriété administrative et de la police pose des difficultés importantes. Il réduit le champ de la police à celui du domaine public, qui est un champ limité pour un pouvoir qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des propriétés publiques et privées. Aussi, Mayer et Hauriou ont poussé la logique propriétaire à un point où le pouvoir de police se trouve dénaturé. Ce dernier est avant tout une prérogative sur les personnes, les administrés, et non sur les choses⁵⁹¹. À vouloir ramener la police à l'exercice de la propriété, Mayer et Hauriou ont confondu l'assiette du pouvoir avec son fondement. Surtout, cette vision du pouvoir de police ne reflète pas l'évolution du droit positif. Dans la jurisprudence, le pouvoir de police est resté imperméable à toute patrimonialité et à toute préoccupation financière⁵⁹².

94. Néanmoins, l'alliance entre la police et la propriété est la première marque de l'intégration de la puissance publique dans les prérogatives propriétaires. Le but est de prendre l'expression la plus topique de la puissance publique pour y voir un prolongement du domaine de la propriété administrative. Mais la théorie française de la propriété administrative ne s'arrête pas à ces considérations : c'est l'ensemble des facultés issues de la propriété qui est marqué du sceau de la puissance publique. Sur ce point, Hauriou fut plus audacieux que son homologue allemand.

⁵⁸⁸ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, 1903, *op. cit.*, p. 148 : « la protection de la chose publique forme une partie essentiel de son droit propre [son droit de propriété] et sans laquelle ce droit ne peut pas se comprendre ». Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 197 : « L'État doit gérer son droit sur les choses publiques dans l'intérêt exclusif du but auquel elles sont affectées ».

⁵⁸⁹ *Contra* Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 198 : « Mayer s'est précisément opposé aux théoriciens de la *Herrschaft*, qui refusaient, à l'instar de Jellinek, la possibilité d'un droit public à un pouvoir de commandement ».

⁵⁹⁰ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, 1903, *op. cit.*, p. 148, 150, 151 et 154.

⁵⁹¹ Sur ce point É. FATÔME, « Ordre public et domaine public », *préc.*, p. 187, *spéc.*, p. 193 : « le pouvoir de police n'est pas un pouvoir qui s'exerce directement sur le domaine public » ; F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 747, note n°1 : le pouvoir de police « s'exerce directement à l'égard des particuliers, directement c'est-à-dire en ayant effet sur l'activité personnelle des particulier » ; C.-J.-B. BONNIN, *Abrégé des « Principes d'administration » d'après la troisième édition (1812)*, 1829, *op. cit.*, p. 231-232.

⁵⁹² Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 81.

B.L'intégration de la puissance publique dans le domaine de la propriété administrative

95. La question de l'intégration de la puissance publique dans l'exercice de la propriété administrative doit composer avec le présupposé d'une hiérarchisation des pouvoirs, plaçant la puissance publique au-dessus de la propriété. Ce présupposé est la traduction de la séparation entre la sphère publique et la sphère privée, respectivement représentées par la puissance publique et la propriété, et dont la clef de partage est la notion d'exorbitance⁵⁹³. Ainsi, la puissance publique est l'expression de l'exorbitance étatique, placée au-dessus de la propriété qui est en principe reléguée à la sphère des particuliers, laquelle est dénuée de toute exorbitance⁵⁹⁴. Ce principe est prégnant dans les oppositions entre les actes d'autorité et les actes de gestion, entre le domaine public et le domaine privé, entre l'État-puissance publique et l'État-personne civile. Or, l'enjeu de l'association entre les prérogatives propriétaires et celles de puissance publique est de placer la propriété au même niveau que la puissance publique, afin de rompre avec la dichotomie ontologique qui peut les séparer. Telle est la visée de la théorie de la propriété administrative. La maîtrise du domaine public, en tant que prolongement de la personnalité publique, signe la réunion de la propriété et de la puissance publique⁵⁹⁵. Influencé par Michoud⁵⁹⁶, Hauriou adhère, comme Moreau⁵⁹⁷, à la théorie de la « double face de la personnalité publique »⁵⁹⁸. La propriété administrative, comme la puissance publique, sont intégrées à la facette publique de la personnalité publique, et non à sa facette privée. Mais, ce rattachement n'est pas suffisant afin d'assurer l'association entre la propriété et la puissance publique⁵⁹⁹. La propriété administrative est porteuse d'un mécanisme permettant de remonter les prérogatives propriétaires au niveau de la puissance publique et donc au niveau de la facette publique de la personnalité publique. Concrètement, l'affectation,

⁵⁹³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 209-210.

⁵⁹⁴ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 259 : « la puissance publique dont le droit administratif cherche à discipliner l'activité est infiniment au-dessus ce pouvoir privé du propriétaire. Le droit administratif est le droit des personnages puissants ; s'il discipline les décisions de la puissance publique, grâce au contentieux de l'annulation, il ne leur enlève pas leur caractère fondamental qui est de s'opposer directement aux administrés et d'exiger d'eux le respect à un degré infiniment plus haut que le pouvoir privé du propriétaire » ; M. HAURIOU, *La gestion administrative*, *op. cit.*, p. 87 : la « propriété privée sous ses formes multiples se dresse [...] en face de la puissance publique ».

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 257-258 : « Ces différences dans les prérogatives tiennent précisément à ce que la personne morale administrative propriétaire se manifeste, ici, avec la qualité subjacente de l'individualité à laquelle elle sert de revêtement juridique ; or, cette qualité est d'être une *puissance publique*, ce qui fait que l'Administration n'est pas un propriétaire ordinaire ».

⁵⁹⁶ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, p. 317 et s. V. aussi,

⁵⁹⁷ F. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁹⁸ Sur ce point, A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, p. 214.

⁵⁹⁹ Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 85 : « ces prérogatives et sujétions tiennent en partie directement à l'affectation, en partie à la qualité de personne morale de droit public propriétaire ».

« consubstantielle à la propriété administrative »⁶⁰⁰, crée un effet « d'exaltation » des prérogatives issues du droit de propriété. L'affectation est à l'origine de la formation de la propriété administrative⁶⁰¹ tout comme elle en modifie la « condition »⁶⁰² en la transformant en une propriété différente de la propriété privée, du moins du point de vue de l'exercice⁶⁰³. L'affectation érige ainsi la propriété administrative en une « propriété exorbitante », au sein de laquelle sont réunies la propriété et la puissance publique.

96. L'effet d'exaltation de l'affectation n'est pas une idée nouvelle, elle est déjà présente dans l'œuvre de Wodon⁶⁰⁴, mais elle acquiert une dimension supplémentaire avec la théorie de Hauriou. En effet, selon ce dernier, « toute la domanialité publique repose sur l'idée de l'affectation administrative des choses à l'utilité publique »⁶⁰⁵. L'affectation reste une idée centrale pour tous les partisans de la propriété administrative⁶⁰⁶ et, en premier lieu, pour un des disciples de Hauriou, Rigaud⁶⁰⁷. Selon ce dernier, l'affectation n'est plus considérée comme une servitude qui grève la propriété, pesant sur son exercice et limitant ses facultés, ainsi qu'elle était perçue par Saleilles ou Barckhausen. Dans la perspective de Hauriou, l'affectation « emporte deux séries de modifications, *les unes grandissent le droit de propriété et le rendent exorbitant du droit commun*, les autres restreignent au contraire ce même droit »⁶⁰⁸. Cette conception de l'affectation est davantage en adéquation avec l'avènement de l'affectation au service public. C'est ce qu'exprime de Laubadère lorsqu'il rappelle que « l'affectation ne peut être assimilée à une servitude, ne serait-ce que parce que, dans le cas au moins du domaine national affecté à un service public, le titulaire de la servitude ne serait autre que l'État propriétaire lui-même »⁶⁰⁹. En revanche, « les prérogatives [propriétaires] sont modifiées par l'affectation de manière tellement profonde que la propriété du domaine public n'est plus la

⁶⁰⁰ Ph. YOLKA, *La propriété administrative*, *op. cit.*, p. 205.

⁶⁰¹ Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 170 : « l'affectation conditionne la formation de la propriété administrative ; elle apparaît au niveau du patrimoine comme le prolongement du principe de spécialité des personnes morales de droit public ». Sur ce point, J.-F. LACHAUME, « L'évolution de la propriété publique », in *Évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991, p. 10 ; H. PAULAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, préf. Jean Morange, PUF, 1994, p. 194.

⁶⁰² M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 599, note n°1 : « Sans compter que lorsqu'une dépendance du domaine public est désaffectée, elle retombe dans le domaine privé, il faut donc admettre que la désaffectation modifie la condition de la propriété, que l'affectation la modifie aussi ».

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ L. WODON, *Traité des choses publiques*, *op. cit.*, 1870, p. 71.

⁶⁰⁵ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 789.

⁶⁰⁶ Sur la place de l'affectation au sein de la domanialité publique, v. M. GROS, « L'affectation, critère central de la domanialité publique », *RDP*, 1992, p. 749.

⁶⁰⁷ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 251 et s.

⁶⁰⁸ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 600 (on souligne).

⁶⁰⁹ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. 2, 6^e éd., LGDJ, 1975, p. 140.

propriété privée mais une propriété administrative »⁶¹⁰ : il s'agit « d'une puissance publique propriétaire »⁶¹¹.

97. Aussi, niveler la propriété administrative et la puissance publique implique nécessairement que la première s'exerce à travers les moyens exorbitants propres à la seconde. L'identité de nature entre le domaine de la propriété administrative et la puissance publique suppose une identité de moyens. La puissance publique, qui se manifeste dans la propriété, modifie en même temps le cadre de son exercice. Exalté par l'affectation, l'exercice de la propriété administrative use des prérogatives habituelles de la puissance publique, symbolisées par l'acte unilatéral, la contrainte par la force et le privilège du préalable⁶¹² : « l'administration propriétaire va pouvoir infliger aux administrés des dommages qu'ils ne devraient pas supporter s'il s'agissait d'un propriétaire ordinaire ; il suffit de faire allusion à la faculté juridique d'alignement et aux effets exorbitants des plans d'alignement par lesquels elle s'exerce ; aux inconvénients qui peuvent résulter pour les propriétaires voisins de la construction d'ouvrages publics »⁶¹³.

CONCLUSION CHAPITRE I

98. C'est sur ces fondements que s'est construite la gestion domaniale. Les premiers théoriciens, qui ont posé les fondations du pouvoir de gestion sur la base de la théorie de la propriété administrative, lui ont logiquement reconnu le caractère de puissance publique. Le pouvoir de gestion n'a donc pas été bâti en marge de la puissance publique et de la personnalité publique⁶¹⁴, au contraire. Tout l'enjeu pour Hauriou et ses partisans était justement de préserver le fondement subjectiviste de la notion de gestion tout en l'ouvrant aux dépendances du domaine public, et sans que cela apparaisse incompatible avec son identité de puissance publique. Rigaud synthétise cette approche lorsqu'il écrit : « la gestion du domaine public, bien qu'elle implique des procédés spéciaux de commerce juridique où se manifeste la puissance publique, n'est donc pas en dehors de la personnalité juridique des administrations ; le domaine public rentre dans la sphère de cette personnalité comme étant un objet de

⁶¹⁰ A. DE LAUBADÈRE, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », *RDP*, 1950, p. 16.

⁶¹¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 630 : « Qu'est-ce qu'une propriété publique et comment la concevoir ? Il faut donc la rattacher à la puissance publique et voilà la puissance publique propriétaire ».

⁶¹² M. HAURIOU, *La gestion administrative*, *op. cit.*, p. 75.

⁶¹³ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 259.

⁶¹⁴ J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^{er} éd., 1960, *op. cit.*, p. 483 : « Le régime de la domanialité publique, des modifications résulte [...], comme le contrat administratif ou la responsabilité de la puissance publique, des modifications apportées à une institution du droit civil, en l'espèce la propriété, en fonction des exigences d'intérêt général ».

propriété au même titre que le domaine privé »⁶¹⁵. Il estime aussi que « dans la gestion du domaine public [...], ces personnes administratives révèlent des capacités d'agir qui sont imprégnées de puissance publique »⁶¹⁶.

Dans la mesure où la souveraineté est à la fois le centre d'imputation de la puissance publique et le fondement de la personnalité juridique de l'État, l'unité de la personnalité rime avec l'unité conceptuelle de la puissance publique. La construction théorique du pouvoir de gestion s'est réalisée dans la visée de préserver cette unité de la puissance publique. Le pouvoir de gestion est donc une « puissance publique propriétaire »⁶¹⁷ qui partage son identité de puissance publique avec les autres manifestations de la puissance publique. Parallèlement à ce processus d'association entre puissance publique et propriété, s'amorce une conjonction entre patrimonialité et puissance publique, qui précède la reconnaissance jurisprudentielle du pouvoir de gestion sur le domaine public.

⁶¹⁵ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 255.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 255-256.

⁶¹⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 630.

CHAPITRE II. L'ÉDIFICATION D'UNE PUISSANCE PUBLIQUE PATRIMONIALE

99. « Il y a quelque chose d'antipathique, dans une certaine mesure, sauf de rares exceptions, entre la domanialité publique et l'exploitation pécuniaire ou la production de revenus »⁶¹⁸. Les propos de Ducrocq synthétisent la pensée dominante du XIX^e siècle : le domaine public est un objet non patrimonial et improductif de revenus. Sensible au renouveau de la théorie civiliste du patrimoine⁶¹⁹, la doctrine publiciste reprend la distinction entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux pour souligner les régimes distincts du domaine public et du domaine privé. Selon la doctrine, alors que le domaine privé peut « faire l'objet d'une évaluation pécuniaire »⁶²⁰ et peut être considéré comme un bien frugifère⁶²¹, le domaine public, dominé par l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité, répugne au commerce juridique. Conformément à cette représentation, la doctrine recourt, à partir du dernier tiers du XIX^e siècle, à la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion afin de rendre compte des pouvoirs respectifs de l'administration sur le domaine public et sur le domaine privé. La conséquence de cet édifice doctrinal est que la puissance publique, circonscrite au domaine public et associée à l'acte d'autorité, exclut toute dimension patrimoniale. Ce schème est cependant ébranlé dès la fin du XIX^e siècle : le domaine public (re)devient également un objet patrimonial. Sur un plan pratique, l'administration tire progressivement argent de certaines utilisations du domaine public. Sur un plan théorique, des auteurs, tels que Saleilles, renouvellent une vision du domaine public dans une perspective patrimoniale⁶²². D'autres, comme Barckhausen, insistent sur le fait que le domaine public n'a jamais été totalement hermétique à une logique patrimoniale⁶²³. Un débat doctrinal naît en conséquence concernant la relation entre la puissance publique et la patrimonialité. La distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion persiste dans certaines analyses doctrinales, mais un autre courant tend à la dépasser et promeut une vision de la puissance publique dans le commerce juridique, compatible avec la patrimonialité. De ces réflexions, émerge la notion de gestion du domaine public. Construite en grande partie à partir de la théorie de la gestion administrative,

⁶¹⁸ Th. DUCROCQ, *Traité des édifices publics d'après la législation, civile, administrative et criminelle*, Cotillon, 1865, p. 120.

⁶¹⁹ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, t. V, 3^e éd., 1856-1863, *op. cit.*, p. 1 : « Le patrimoine d'une personne est l'universalité juridique de ses droits réels et de ses droits personnels proprement dits (*jura obligationum*), en tant qu'on envisage les objets sur lesquels ils portent sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire comme des biens ».

⁶²⁰ C. CHAMARD-HEIM, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, p. 262.

⁶²¹ Un bien frugifère est un bien qui produit des richesses appréhendées comme des fruits (c'est-à-dire qui engendre des biens nouveaux. Sur la définition de frugifère, v. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens*, t. III, 18^e éd., PUF, « Thémis de droit privé », 1998, p. 101.

⁶²² R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, *op. cit.*, p. 548 et s.

⁶²³ H. BARCKHAUSEN, « Étude sur la théorie générale du domaine public », *RDP*, 1902, p. 413.

la gestion du domaine public est un pouvoir inscrit dans le commerce juridique et pénétré par la patrimonialité (**Section I**). Le mouvement se consolide lorsque le juge se saisit du pouvoir de gestion. Son édification jurisprudentielle obéit à un long processus. Le pouvoir de gestion s'est peu à peu dégagé de la sphère de la police pour arriver au stade de « l'autonomie conceptuelle »⁶²⁴. Prolongeant la transformation fonctionnelle du domaine public, le pouvoir de gestion est érigé afin d'épouser les interventions patrimoniales et économiques des personnes publiques sur le domaine public (**Section II**).

SECTION I. LE DÉPASSEMENT THÉORIQUE DE L'OPPOSITION ENTRE PUISSANCE PUBLIQUE ET PATRIMONIALITÉ

100. Pour la doctrine de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, la question des pouvoirs relatifs au domaine public s'insère dans une approche plus vaste de l'action administrative. La problématique de la relation entre puissance publique et patrimonialité est non seulement au cœur d'une réflexion sur le rôle de l'État dans ses rapports aux biens et aux administrés, mais touche aussi à la définition même de l'acte administratif. La doctrine ne nie pas que certains actes ou certaines opérations de l'administration puissent avoir un objet ou une dimension patrimoniale, mais elle ne s'accorde pas sur sa signification. Fidèles à une vision de la puissance publique associée à la souveraineté, les partisans de la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion systématisent une opposition entre puissance publique et patrimonialité, qui forme le socle des pouvoirs de l'administration sur le domaine public (§1). Pourtant, « il y a un certain nombre d'actes, dans lesquels le caractère de puissance publique, d'autorité se rencontre en même temps que le caractère de patrimonialité »⁶²⁵. À l'instar de l'évolution des rapports entre la puissance publique et la propriété, la doctrine dépasse l'antagonisme entre puissance publique et patrimonialité par un renouvellement des outils de la technique juridique. Dans le prolongement d'une conception unitaire de la personnalité publique, Hauriou, Michoud et Jacquelin parviennent à penser une vision conciliant puissance publique et patrimonialité, propice à l'émergence du pouvoir de gestion (§2).

§1.- LES ACTES DE GESTION EXCLUS DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

101. Les zéloteurs de la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion partagent avec leurs prédécesseurs une même communauté de vue : les prérogatives issues du droit

⁶²⁴ Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 213 et s.

⁶²⁵ J. GUILLOUARD, *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs : autorisations, actes d'exécution, concession*, 1903, p. 147.

propriété diffèrent ontologiquement de celles de la puissance publique ; elles relèvent, les unes et les autres, de deux univers juridiques totalement cloisonnés. Portée par Aucoc, Ducrocq, Berthélemy et surtout par E. Laferrière, cette théorie repose en effet sur une même vision de l'État, structurée autour de la dichotomie entre l'État patrimonial et l'État puissance publique. Cette vision prolonge l'opposition entre l'État personne civile, propriétaire du domaine privé et/ou gestionnaire des services publics et l'État dépositaire de la souveraineté, figure de l'autorité et détenteur de la puissance publique (I). Mais la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion ne correspond pas seulement à la dualité domaniale, elle sert aussi, pour une partie de la doctrine, à systématiser les pouvoirs sur le domaine public (II).

I. La signification de la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion

102. La distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion prolonge la distinction entre l'État-administrateur et de l'État-propriétaire⁶²⁶. Mais, critique à l'endroit des œuvres de Merlin⁶²⁷ et de Henrion de Pansey⁶²⁸, la doctrine abandonne la vision finaliste des pouvoirs de l'administration et promeut une approche substantialiste, fondée sur la nature de l'acte⁶²⁹. La doctrine est convaincue que la distinction bipartite des actes est de cette manière « plus claire [...], plus nette, plus large »⁶³⁰. Selon Laferrière, « les actes réglementaires sont des actes administratifs d'une nature particulière, dont l'annulation ne peut appartenir qu'à l'autorité ou à la juridiction administrative, mais dont les tribunaux peuvent exceptionnellement déterminer le sens et apprécier la légalité, lorsqu'ils sont appelés à leur assurer une sanction pénale »⁶³¹. Ducrocq envisage les choses d'une manière peu différente. Selon l'auteur, hormis les cas prévus par la loi, la juridiction administrative est compétente pour les litiges « en raison de leur nature »⁶³² spécifique, c'est-à-dire qu'« il faut que le litige soit suscité par un *acte administratif proprement dit*, et que la réclamation, à laquelle donne lieu l'acte administratif, soit fondée sur la

⁶²⁶ G. QUIOT, « La distinction entre État-administrateur et État-Propriétaire : clef du partage des compétences juridictionnelles pour les litiges administratifs en France au début du 19^e siècle », JEV, n° 8, 1996, p. 76.

⁶²⁷ MERLIN, *Questions de droit*, 2^e éd., t. IV, v° Pouvoir judiciaire, § 9, p. 62, cité par R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, 1954,., p. 67.

⁶²⁸ P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, 1818, p. 469 : « le suprême administrateur de l'État [agit] successivement comme gouvernement et comme propriétaire ». Sur cet auteur, F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, op. cit., p. 157.

⁶²⁹ J.-M. AUBY ET R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, op. cit., t. 1, p. 392 : Selon la théorie de E. Laferrière et d'Aucoc, « il faut que le caractère administratif résulte de la nature même de l'acte et non pas uniquement de la qualité de son auteur de son auteur ou du but qu'il propose » et p. 394 : « le caractère administratif d'un acte, exclusif de la compétence judiciaire de la nature même de l'acte et non du but que proposait son auteur ».

⁶³⁰ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd, op. cit., 1920, p. 21.

⁶³¹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, LGDJ, rééd. 1989, p. 477. Concernant les actes réglementaires, p. 483.

⁶³² Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, t. 1, 1881, op. cit., p. 232.

violation d'un droit et non seulement sur la simple lésion d'un intérêt »⁶³³. Berthélemy parachève la construction du système doctrinal en considérant que l'acte de gestion doit relever de la compétence judiciaire « quel que soit son but »⁶³⁴ : « il n'y a pas de bon motif pour soustraire de tels litiges [relatifs au domaine privé, aux marchés publics ou aux contrats en général] à la compétence des tribunaux ordinaires »⁶³⁵.

103. L'analyse se porte alors sur l'identification de « l'acte administratif proprement dit ». Ces différents auteurs s'accordent sur les critères de reconnaissance. Laferrière associe la notion d'acte administratif à celle de puissance publique, elle-même accolée à celles d'autorité et de commandement⁶³⁶, au même titre que Ducrocq qui définit l'acte administratif comme étant à la fois « des actes d'autorité et de commandement » et « des actes de puissance publique »⁶³⁷. Berthélemy s'accorde strictement avec cette définition, l'acte d'autorité n'est ni plus ni moins que l'acte « par lequel l'administration commande ou défend quelque chose »⁶³⁸. Guidée par un souci de clarification et de systématisation⁶³⁹, cette doctrine s'attache ainsi à rendre compte d'une essence particulière commune à l'ensemble des actes administratifs. D'une manière encore plus explicite, Laferrière replace la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion dans le cadre du dédoublement fonctionnel de l'État⁶⁴⁰ ou de l'autorité administrative⁶⁴¹. Le concept de souveraineté est l'élément fondateur et clivant de la dualité entre la puissance et la gestion. Laferrière embrasse une définition matérielle⁶⁴² de la souveraineté en reprenant, dans une certaine mesure, la doctrine des « marques »⁶⁴³. Les actes de gestion ne relèvent pas, selon l'auteur, du contentieux administratif puisqu'ils sont « ceux que l'administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics et non comme dépositaire d'une part de souveraineté »⁶⁴⁴. La souveraineté est, à ses yeux, synonyme

⁶³³ *Ibid.* (souligné par l'auteur)

⁶³⁴ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, 1920, p. 22.

⁶³⁵ *Ibid.*

⁶³⁶ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, *op. cit.*, p. 478 et p. 481

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, 9^e éd., *op. cit.*, 1920, p. 22.

⁶³⁹ *Ibid.*, Préface, p. XIII : « Il n'y a pas, à notre avis, de matières juridiques où la subtilité soit plus nuisible et la mobilité moins permise que les questions de compétence. Les solutions qui leur sont données doivent être facilement comprises, parce qu'elles sont destinées à guider les justiciables ; elles doivent être stables, parce qu'elles tracent des règles aux juges et que ceux-ci seraient moins portés à les suivre s'ils voyaient leurs auteurs s'en affranchir eux-mêmes.

⁶⁴⁰ M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, *op. cit.*, p. 41 ; F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 160 et s.

⁶⁴¹ M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁴² O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 138 et s.

⁶⁴³ *Contra* G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif*, PUF Droit, 2002, p. 135 : « Le degré de théorisation demeure faible car Laferrière ne met pas en rapport le droit administratif avec une analyse de l'État et de la souveraineté comme le fera la doctrine dans le premier quart du XX^e siècle ».

⁶⁴⁴ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, *op. cit.*, p. 483.

d'autorité et de supériorité vis-à-vis des particuliers. L'administration se manifeste par des actes administratifs lorsqu'elle « est dépositaire d'une part d'autorité, de puissance, qui est un des attributs du pouvoir exécutif »⁶⁴⁵. Laferrière ne pense pas un « droit subjectif de souveraineté [qui] s'impose aux droits subjectifs privés »⁶⁴⁶ pour la raison qu'il ne conçoit pas de personnalité publique et qu'il ne peut y avoir, selon lui, de droits subjectifs de la puissance publique⁶⁴⁷. Laferrière appréhende plutôt l'essence particulière de l'intervention de l'administration à travers les moyens qu'elle sollicite et qu'elle est la seule à détenir : « elle [l'administration] intervient par voie de prescriptions générales ou individuelles, d'injonctions ou de défenses, adressées à ceux qui s'écartent des règles prescrites ou qui nuisent à l'intérêt général »⁶⁴⁸.

104. Dans les vocables choisis, les maîtres-mots sont, en fin de compte, « inégalité » pour les actes d'autorité et « égalité » pour les actes de gestion. S'agissant de ces derniers, la doctrine ne les appréhende en effet que par analogie avec ceux produits par les particuliers. C'est une constante pour tous les auteurs. Berthélemy définit « l'acte de gestion [comme] celui que les administrateurs accomplissent, soit pour le profit du domaine privé, soit pour le fonctionnement des services publics, dans les conditions où les particuliers opèrent pour la gestion de leurs propres affaires »⁶⁴⁹. C'est dans l'œuvre de Laferrière que cette idée est le mieux résumée : « on ne doit pas considérer, comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire, tout acte émané de l'administration, toute opération accomplie ou prescrite par elle en vue d'un intérêt général ; mais seulement les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique et qui excèdent, à ce titre, les facultés des citoyens. Ces facultés, qui sont égales pour tous dans les rapports des individus entre eux, le sont aussi dans leurs rapports avec l'administration, lorsque celle-ci fait, en vue d'intérêts généraux, ce qu'un simple citoyen pourrait faire en vue d'intérêts particuliers. Mais ces facultés ne sont plus égales

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 5. Voir également, P. GONOD, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, LGDJ, « BDP », 1997, p. 120 : « La traduction de cette différence résulte dans le fait que l'État dispose d'une autorité suprême, d'une puissance supérieure, qui prévaut sur l'ensemble des volontés individuelles ».

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ Même plus, le recours à la notion de droit subjectif dans le cadre de l'exercice de la puissance publique est fortement critiqué par ce courant doctrinal, jugé dangereux pour les libertés publiques, v. H. BERTHÉLEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », RDP, 1904, p. 209, spéc. p. 212 : « Que l'État soit assimilé à une personne quand il s'agit d'exercer pour la collectivité les droits patrimoniaux dont la limite est précise et dont nulle liberté ne peut être offusquée, c'est au mieux. Gardons-nous au contraire d'assimiler à une personne l'État qui commande, car nous construirons par cette nouvelle fiction un être formidable, nullement pareil aux êtres qui nous entourent, un monstre dont nous ne pourrions ni modérer les prétentions ni limiter l'omnipotence ».

⁶⁴⁸ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁴⁹ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, 1920, p. 22 et p. 43 : « ce sont [...] des actes comme tout le monde en pourrait en faire dans l'administration d'un patrimoine particulier ».

entre les individus et l'administration, lorsque celle-ci exerce la puissance qui lui a été déléguée. Ce n'est plus alors le principe d'égalité qui domine, mais au contraire le principe d'autorité »⁶⁵⁰.

105. La clarté de la distinction entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion n'est pourtant qu'apparente, autant que le ralliement unanime de l'ensemble de la doctrine⁶⁵¹. Si la notion d'acte d'autorité fait l'objet d'un certain consensus, c'est loin d'être le cas au sujet de la notion de gestion. La doctrine s'accorde certes sur son caractère purement patrimonial et privé, mais la détermination de son champ et de ses modalités fait débat. Avec les œuvres de Laferrière, de Aucoc et de Berthélemy, la notion de gestion ne se réduit pas à l'exercice du droit de propriété, elle s'ouvre à un champ plus large. Certes, la gestion ne suppose pas l'intervention de la puissance publique⁶⁵². En revanche, la discussion porte sur sa teneur et son étendue. Aucoc et Laferrière ont joué, à ce niveau, un rôle déterminant, dans la mesure où ils ne lient plus exclusivement la gestion à la mise en valeur des propriétés publiques puisqu'elle devient, dans leurs discours, partiellement ou exclusivement, synonyme d'exploitation des services publics⁶⁵³.

106. Chez Aucoc, la gestion recouvre deux facettes distinctes mais de même importance, la gestion des propriétés et la gestion des services publics : « la juridiction administrative est la juridiction ordinaire et normale quand il s'agit de statuer sur les actes d'autorité faits par l'administration. Sa compétence ne cesse que [lorsque l'administration] passe un contrat soit pour la gestion de ses propriétés, soit même pour la gestion de ses services publics »⁶⁵⁴. À rebours de la définition dualiste de Aucoc, Laferrière préconise une vision unitaire où gestion et service public sont strictement associés. L'exercice de la propriété n'est qu'une sous-composante ou plutôt un élément, parmi d'autres, permettant la « bonne marche » des services publics. Le droit de propriété a un rôle bien défini. Laferrière ne l'envisage que comme un moyen d'alimenter la « fortune publique » nécessaire au bon fonctionnement des services publics : « les marchés passés par l'administration pour assurer le fonctionnement des services publics et l'exécution des travaux d'intérêt général, *les actes faits pour la mise en valeur des propriétés*

⁶⁵⁰ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p. 478.

⁶⁵¹ P. GONOD, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁵² E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p. 495 : « Les marchés passés par l'administration pour assurer le fonctionnement des services publics et l'exécution des travaux d'intérêt général, les actes faits pour la mise en valeur des propriétés publiques, les engagements pécuniaires contractés par l'État ou par les administrations locales pour subvenir aux besoins qu'ils ont mission de satisfaire, sont des actes de gestion ; l'intérêt public les motive, mais en général la puissance publique n'y intervient pas [nous soulignons] ».

⁶⁵³ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 395.

⁶⁵⁴ L. AUCOC, concl. sur CE, 26 février 1869, Pinard : *D.*, 1869. III. 74 et Conférences, 2^e éd., I, p. 485, cités par J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 392.

publiques, les engagements pécuniaires contractés par l'État ou par les administrations locales pour subvenir aux besoins qu'ils ont mission de satisfaire, sont des actes de gestion »⁶⁵⁵.

107. Malgré les évolutions jurisprudentielles qui débutèrent avec l'arrêt *Blanco*⁶⁵⁶, suivi par les arrêts *Terrier*⁶⁵⁷ et *Thérond*⁶⁵⁸, Berthélemy reste très attaché à la théorie de la distinction entre les actes d'autorité et de gestion⁶⁵⁹, une théorie, dit-il, « qui a toujours eu et garde [ses] préférences. Elle est logique ; elle assure au contentieux administratif la meilleure justification qu'il soit susceptible de recevoir »⁶⁶⁰. La distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion reste, selon l'auteur, le cadre le plus efficient de la détermination des compétences entre les deux ordres de juridiction, et constitue la théorie la plus en accord avec le rôle de l'État, la plus protectrice des libertés individuelles⁶⁶¹. En réalité, la théorie de la séparation entre les actes d'autorité et les actes de gestion gagne ses faveurs car elle est en adéquation avec son rejet de la personnalité juridique dans l'exercice de la puissance publique. Il admet que la gestion puisse couvrir d'autres hypothèses : « un marché de travaux publics, un contrat par lequel on charge un entrepreneur de construire un pont, une concession de voie ferrée, etc., n'ont pas pour objet l'amélioration ou l'exploitation du domaine privé de l'État ou des établissements publics »⁶⁶² et pourtant, selon l'auteur, ce sont des actes de gestion. Berthélemy arrive à la conclusion que les actes de gestion sont ceux « que font les administrateurs en tant que représentants légaux des personnes administratives, soit pour le domaine privé dont ils ont la garde, soit pour les services publics dont ils ont la charge »⁶⁶³ et il rejoint ainsi la définition proposée par Aucoc, en plaçant côte-à-côte propriété et service public comme champs potentiels des actes de gestion. Berthélemy s'oppose ainsi aux évolutions jurisprudentielles⁶⁶⁴.

⁶⁵⁵ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p. 436 (on souligne).

⁶⁵⁶ TC, 8 février 1873, *Blanco* : *D.*, 1873, III, p. 20 ; *S.* 1873, II, p. 153.

⁶⁵⁷ CE, 1903, *Terrier* : *S.* 1903, III, 25 ; *D.* 1904, III, p. 65.

⁶⁵⁸ CE, 4 mars 1910, *Thérond* : *S.*, 1911, III, p. 17.

⁶⁵⁹ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, 1920, p. 22 : pourtant, l'auteur retient que « la compétence judiciaire est désormais écartée pour tous les litiges qui naissent à l'occasion du fonctionnement des services publics » et que « les tribunaux judiciaires restent compétents pour connaître des contestations relatives au domaine privé de l'État, des départements et des communes »

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 22, note n° 1.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 44 : « Les actes d'autorité accomplis par les administrateurs n'impliquent pas l'existence d'une personne juridique au nom de laquelle ils sont faits. Cette notion, jadis couramment admis, est aujourd'hui contredite par de nombreux auteurs. Sous l'influence de la science allemande, on s'est mis à considérer l'État comme une personne, alors même que par ce mot, l'« État », on entend désigner la puissance publique. Je vois là une conception fautive, dangereuse, et capable d'engendrer d'inutiles complications ».

⁶⁶² *Ibid.*, p. 43.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁶⁴ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 121 : « Ses récriminations à l'encontre de la décision *Blanco* ne doivent pas faire illusion. S'il reprochait au tribunal des conflits d'abandonner le terrain du

108. La distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion n'est pourtant pas strictement représentative de la séparation entre puissance publique et patrimonialité, ni de la dissociation entre domaine privé et domaine public, dans la mesure où elle fournit une clef de lecture des pouvoirs de l'administration sur le domaine public. L'acte d'autorité n'est pas totalement hermétique à la patrimonialité, et il existe des actes de gestion sur le domaine public.

II. L'appréhension des pouvoirs du domaine public à travers le prisme de la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion

109. Dans les écrits du XIX^e siècle, la notion de gestion, conceptualisée à la lumière de la théorie du droit de garde, est parfois en lien avec l'administration publique. Par exemple, de Gérando envisage que « les règles qui concernent la gestion des biens de l'État ont pour but la conservation du patrimoine public, et son imitées de celles qui régissent l'administration des biens des mineurs »⁶⁶⁵. Dans le même ordre d'idée, Macarel et Boulatignier affirment au sujet du domaine public local qu'« il est tout simple d'en remettre la garde, la police, la gestion enfin à la puissance publique »⁶⁶⁶. Également à la fin du XIX^e siècle, dans les *Pandectes françaises*, on peut relever la présence du vocable de gestion sous le thème « Autorités chargées de veiller à la conservation du domaine public » : « C'est [...] le préfet qui, dans la gestion domaniale, comme, d'ailleurs, dans les autres branches de l'administration, représente l'État »⁶⁶⁷. L'emploi de ce vocable dans un tel contexte n'est pas une simple maladresse rédactionnelle. Au contraire, il reflète une volonté doctrinale d'ériger la gestion comme notion générale incluant l'ensemble des actes, dont la teneur et les modalités varient en fonction de l'identité du domaine. Selon ces auteurs, il y a aussi au sein de la garde du domaine public une forme de « rationalité gestionnaire »⁶⁶⁸ parce que la garde est elle-même incluse au sein de la compétence

droit pour celui de l'équité, c'est-à-dire du non-droit, c'est qu'il ne pouvait insérer cette jurisprudence dans son schéma ».

⁶⁶⁵ J. DE GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français*, 2^e éd. *op. cit.*, p. 386

⁶⁶⁶ L.-A. MACAREL et J. BOULATIGNIER, *De la fortune publique en France*, t. I, *op. cit.*, p. 31, cité par M. HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, p. 5, note n°2.

⁶⁶⁷ « Domaine », in *Pandectes françaises*, *op. cit.*, p. 622. Il est également écrit que « pareillement, le domaine public municipal est confié à l'administration de l'autorité municipale, certains actes de gestion étant toutefois réservés, soit au point de vue de l'approbation, soit au point de vue de l'accomplissement, à l'autorité supérieure, soit au préfet, soit au chef de l'État, soit au Parlement ».

⁶⁶⁸ G. J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, *op. cit.*, p. 175 et s. Un paragraphe est intitulé : « De la garde et de la gestion du domaine public de l'État ».

qui renvoie à la gestion des « intérêts publics et communs »⁶⁶⁹, à ce but unique de l'administration tourné vers « l'utilité sociale, la satisfaction des besoins généraux »⁶⁷⁰.

110. La construction de la gestion à partir de la garde du domaine public est cependant minoritaire et elle est niée au moment de l'émergence de la distinction entre les actes d'autorité et de gestion. Hormis Arnaud de Praneuf qui évoque les « actes de gestion du domaine public, comprenant les contrats administratifs »⁶⁷¹, la doctrine postérieure milite pour l'exclusion de la gestion dans l'administration du domaine public. Au nom de la dichotomie entre l'autorité et la gestion, la doctrine intègre le pouvoir de l'administration sur le domaine public exclusivement dans le cadre de la puissance publique. Soucieux de préserver la cohérence de son système, Laferrière conçoit l'ensemble des actes domaniaux comme des actes de puissance publique, y compris ceux qui sont teintés de patrimonialité. Les concessions sur le domaine public « ne sont pas des actes de gestion, mais de véritables actes de puissance publique auxquels s'ajoute un élément contractuel. Aussi ces sortes de contrats excèdent-ils les facultés que le droit privé reconnaît aux citoyens ; ils ne peuvent se réaliser qu'avec le concours de l'autorité publique et en vertu des pouvoirs dont elle dispose »⁶⁷². L'œuvre de Guillouard prolonge la théorie de Laferrière : les concessions sur le domaine public sont des contrats de droit public⁶⁷³. Guillouard est lui aussi favorable à la dualité des actes de l'administration. Mais l'accord entre les deux auteurs n'est qu'apparent. Si, selon Laferrière, l'État est seulement investi de la personnalité civile, Guillouard théorise une personnalité juridique dans l'exercice de la puissance publique⁶⁷⁴. Dans la mesure où la gestion est reléguée aux actes purement patrimoniaux, les autorisations et les concessions sur le domaine public sont des actes de puissance publique qui emportent des conséquences patrimoniales⁶⁷⁵, sans pour autant être des actes de gestion.

⁶⁶⁹ L. A. MACAREL, *Cours d'administration générale*, Discours d'ouverture, le 5 mai 1840, ext. Du Mon. des 24-25 août 1840, Paris, p. 8, cité par G. J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, *op. cit.*, p. 172.

⁶⁷⁰ L. A. MACAREL, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁷¹ A. ARNAUD DE PRANEUF, *Traité des juridictions administratives et particulièrement des conseils de préfectures*, Dupont, 1868, p. 36.

⁶⁷² E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, *op. cit.*, p. 549. V. aussi, J.-X BRÉMOND, *Traité théorique et pratique de la compétence administrative*, Larose, 1894, p. 105.

⁶⁷³ J. GUILLOUARD, *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs : autorisations, actes d'exécution, concession*, *op. cit.*, p. 293 et s.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 300 : « Supposons donc que la concession soit exclusivement l'œuvre de la puissance publique : la puissance publique est-elle une personne publique ? Nous répondrons : incontestablement oui, par des raisons de droit et par de raison de fait ; par des raisons de droit : il y a sans nul conteste des droits de puissance publique et le mot personnalité désigne l'aptitude à être sujet de droit : lors dont qu'il y a des droit, il faut une personne pour les supporter ; cette personne, c'est l'État, ce ne peut être que lui, puisque c'est en son nom qu'ils sont mis en mouvement ».

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 165-166, note n° 2.

111. D'autres auteurs se réfèrent à la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion comme clef de lecture des pouvoirs de l'administration sur le domaine public. La gestion n'est pas, selon eux, une activité interne de l'administration⁶⁷⁶ mais devient une activité externe produisant des effets juridiques sur les administrés. Dit autrement, certains auteurs reconnaissent la production d'actes de gestion sur le domaine public, et non exclusivement sur le domaine privé⁶⁷⁷. Foignet envisage une gestion à côté de la garde du domaine public, mais qui n'aurait qu'un rôle accessoire relatif à la perception des éventuels revenus domaniaux⁶⁷⁸. Au sujet des concessions de voirie, Berthélemy produit une analyse similaire : « les contrats par lesquels la redevance est stipulée sont des actes de gestion, et non des actes de puissance publique comme le serait l'établissement de tarifs d'impôts »⁶⁷⁹. Lepinte approfondit l'idée d'une dualité des pouvoirs sur le domaine public. Conformément au dogme de la séparation entre la propriété et la puissance publique, l'auteur estime que, « lorsque l'administration délivre une autorisation domaniale », « tantôt [...] elle agit uniquement comme puissance publique, dans un but de police, et la redevance exigée en retour de l'autorisation donnée est une taxe perçue comme un impôt. Tantôt, au contraire, elle n'agit plus comme puissance publique, mais comme gérante ou mieux, comme propriétaire du domaine, et l'occupation est accordée moyennant un prix librement débattu entre elle et l'occupant »⁶⁸⁰. Les deux facettes de l'autorisation domaniale coexistent mais Lepinte ne parvient pas à les réunir.

112. *Conclusion §1.* Les auteurs qui excluent les actes de gestion de l'administration du domaine public et ceux qui admettent des actes de gestion sur le domaine public, mais en les distinguant de la puissance publique, partagent une même idée de la puissance publique. Ils excluent toute réunion entre la gestion et la puissance publique au sein de laquelle la puissance publique se conjuguerait avec la patrimonialité. En renouvelant les outils de la technique juridique, une autre partie de la doctrine théorise une puissance publique dans le commerce juridique, qui inclut une dimension patrimoniale.

⁶⁷⁶ Sur ce point, R. DE RÉCY, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1^{ère} éd., 1882, t. II, p. 180 et s.

⁶⁷⁷ Sur la limitation des actes de gestion au domaine privé, A. GAUTIER, *Cours de droit administratif. Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, A. Lahure, 1880, p. 86 ; M.-P. PRADIER-FODÉRÉ, *Précis de droit administratif*, 7^e éd., Pédone, 1872, p. 356-357.

⁶⁷⁸ R. FOIGNET, *Manuel élémentaire de droit administratif conforme aux nouveaux programmes*, 1893, p. 187. V. aussi, G. LECHALAS, *Manuel de droit administratif, services des ponts et chaussées*, t. III, Baudry, 1889-1898, p. 204 et s. ; P. REGRAY, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, Rousseau, 1900, p. 317.

⁶⁷⁹ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 424.

⁶⁸⁰ H. LEPINTE, *Des occupations du domaine public*, Paris, 1899, p. 14. Sur ce point, v. J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 56 et s.

113. La distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion décline et perd sa valeur explicative dans la description du droit administratif. Bien qu'elle renouvelle les fondations du droit administratif, la théorie contentieuse de Laferrière est rejetée par une partie de la doctrine, dès le début du XX^e siècle. La distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion est jugée comme une systématisation trop rigoureuse, inapte à embrasser les différentes modalités de l'intervention administrative⁶⁸¹. Conformément à ses postulats objectivistes, Duguit dénonce la dimension impérialiste de la théorie de Laferrière. Constatant aussi le « lien intime rattachant l'acte administratif à la gestion des services publics » et la « répugnance »⁶⁸² du juge judiciaire à s'immiscer dans cette gestion, Duguit reconstruit la théorie de l'acte administratif autour d'une logique finaliste⁶⁸³. De cette manière, il s'assure d'une unité de l'action administrative. « Malgré ces différences, l'action administrative présente un caractère essentiel toujours le même »⁶⁸⁴ : être dirigée vers le but du service public. Mais, hormis l'École du service public, la doctrine reste attachée au lien entre la puissance publique et l'action administrative. Dans la mesure où, dans un effort de reconstruction, cette doctrine adhère à une acception de la gestion, construite à la lumière du commerce juridique et de la patrimonialité, l'enjeu pour elle est d'intégrer de la puissance publique au sein de la gestion. La doctrine parvient à penser une puissance publique dans le commerce juridique (I) et, par une construction graduelle, la puissance publique se conjugue avec la patrimonialité (II). Bien qu'elles dépassent le champ de la matière domaniale, les constructions doctrinales qui associent patrimonialité et puissance publique possèdent une valeur explicative pour décrire les pouvoirs de l'administration sur le domaine public (III).

I. L'insertion de la puissance publique dans le commerce juridique

114. « *Il y a encore de la puissance publique dans la gestion, et il peut y avoir de la gestion dans les actes de puissance publique* »⁶⁸⁵. À une analyse qui distingue gestion et puissance publique, succède un propos doctrinal qui tend à les réunir. La théorie de la gestion administrative, portée par Hauriou, signe un changement de perspective. La théorie de Hauriou se présente comme une réponse à « la détermination du domaine d'application du droit administratif conçu comme un

⁶⁸¹ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 186.

⁶⁸² L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op. cit.*, p. 150.

⁶⁸³ G. BIGOT, *Introduction au droit administratif depuis 1789*, 1^{re} éd., PUF, 2002, p. 246-247.

⁶⁸⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, *op. cit.*, p. 156.

⁶⁸⁵ H. RIPERT, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », *RDP*, 1905, p. 5.

corps de règles autonome»⁶⁸⁶, une réponse qui a l'ambition d'élargir le champ de la compétence du juge administratif. Mais, pour ce qui nous intéresse, la gestion publique est aussi la traduction de l'unité de la personnalité juridique de l'État et des collectivités publiques. La gestion est élevée au niveau de la puissance publique et est imputée à la facette publique de la personnalité publique. À l'instar de la propriété du domaine public, la personnalité juridique opère la réunion « du droit de gestion et du droit de commandement »⁶⁸⁷, telle que l'a également initiée Michoud : « en matière de contrats, il est inadmissible que l'État puissance publique puisse violer sans indemnité le contrat passé par l'État personne publique : les deux actes, contrat et acte d'autorité, sont faits en vue d'un même intérêt collectif, et par conséquent pour le compte de la même personne. La jurisprudence n'en a jamais douté, et nous ne voyons pas qu'on ait pu donner aucune explication satisfaisante de cette règle en dehors de l'unité de la personnalité de l'État »⁶⁸⁸.

115. Le premier élément de la construction doctrinale est la préservation de la dimension subjective de la notion de gestion, qui est pour Hauriou, Michoud et Moreau intimement liée à l'univers du commerce juridique et de l'échange⁶⁸⁹, et donc à la dimension subjective de la personnalité juridique de l'État. Dans le sillage de Laferrière, Hauriou a noté l'évolution de la notion de gestion : celle-ci n'est plus simplement la « manutention de la fortune patrimoniale de l'État »⁶⁹⁰, mais elle « a pour but le développement général de la fortune publique par le bon fonctionnement des services, par une bonne police, une bonne justice », afin de « maintenir l'unité politique du pays »⁶⁹¹ et de favoriser son développement économique⁶⁹². À l'instar de Laferrière, Hauriou rapproche la notion de gestion de celle de service public⁶⁹³. Mais il refuse une perception objectiviste de la gestion, à rebours de l'approche de Duguit et de Jèze selon lesquels la bonne marche d'un service public relève d'une compétence de l'administration réglée uniquement par le droit objectif. Hauriou refuse ce postulat et renforce même la subjectivité de la notion de gestion. Il insiste sur ce que recèle la gestion : cette dernière

⁶⁸⁶ P. COUZINET, « La théorie de la gestion publique dans l'œuvre de Maurice Hauriou », in *La Pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Annales de la Faculté de Toulouse, 1968, p. 157.

⁶⁸⁷ G. BIGOT, « Personnalité publique et puissance publique », préc., p. 38.

⁶⁸⁸ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., t. I, p. 298.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 299.

⁶⁹⁰ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, op. cit., p. 6.

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., op. cit., 1927, p. 60 : « Tous les services, à part ceux d'assistance, présentent, à certains égards, un caractère économique, car, directement ou indirectement, ils favorisent soit la circulation, soit la production, soit la répartition des richesses ».

⁶⁹³ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, op. cit., Avertissement, p. III. V. J. RIVERO, « Hauriou et la notion de service public », in *Mélanges Mestre*, p. 461, A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, 9^e éd., op. cit., 1984, p. 47, n° 58.

implique, à ses yeux, un système relationnel où règne la collaboration⁶⁹⁴ entre l'administration et les administrés, elle ne relève donc pas d'une situation objective (ou d'« état »)⁶⁹⁵, mais relève au contraire de « phénomènes économiques »⁶⁹⁶.

116. La question qui se pose alors est de savoir quelle est la place de la puissance publique dans ce système relationnel. En apparence, la puissance publique, marquée par son caractère unilatéral et son exorbitance, se présente en contradiction avec le monde du commerce juridique⁶⁹⁷. Hauriou envisage le problème différemment. Le commerce juridique se définit essentiellement par les principes de l'échange et de la collaboration⁶⁹⁸. La notion de commerce juridique apparaît alors plus large et donc forcément plus souple, permettant d'embrasser d'autres situations, en dehors des relations entre les particuliers *stricto sensu*. En effet, la collaboration entre l'administration et les administrés n'est pas celle en vigueur dans les relations entre les particuliers, dominées par le contrat et la justice commutative. Cette collaboration, en présence dans la gestion administrative, se définit plutôt comme une relation intersubjective entre les parties en présence. Il existe ainsi, à côté du commerce de la vie privée, un « commerce de la vie administrative ». Les dépendances du domaine public sont sans doute le meilleur exemple, elles sont effectivement frappées par le principe d'inaliénabilité, ce qui les exclut de fait du commerce juridique de la vie civile, mais elles appartiennent au commerce administratif⁶⁹⁹. Au sujet du domaine public, le principe d'inaliénabilité implique, selon la doctrine, un principe de précarité qui modifie le cadre du commerce juridique et qui le différencie du commerce de la vie civile⁷⁰⁰. Plus précisément, « c'est par cette ouverture de la précarité que se glisse la possibilité de faire sur le domaine public des opérations de la vie administrative, malgré le principe de l'inaliénabilité, car la précarité empêche que l'aliénation soit jamais complète au sens civil du mot, et l'inaliénabilité

⁶⁹⁴ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, *op. cit.*, p. 58 : « Comme la gestion est une collaboration et la collaboration une forme de société ou d'association, on est autorisé à traiter l'administré comme un associé toutes les fois qu'il impliqué dans une situation de gestion ».

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 66 : « La vérité est que la gestion administrative et la collaboration qu'elle recèle et tout ce qu'il y d'association *sui generis* dans l'affaire s'explique autrement, par l'idée de la *situation d'état* ».

⁶⁹⁶ M. HAURIOU, note sous CE, 16 juil. 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans : S., 1909, III, p. 97, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, Sirey, t. III, p. 215.

⁶⁹⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 27 : « Le commerce juridique n'est autre chose que le mouvement des échanges et des transactions traduit en règles, en principes et en moyens juridiques. [...] C'est du commerce juridique que vient la conception de la justice égalitaire qui a pour symbole la balance ».

⁶⁹⁸ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 143. Sur la notion de collaboration, v. aussi, V.-B. GÉNY, *La collaboration des administrés avec l'administration*, Thèse, Nancy, 1930.

⁶⁹⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 668 : « Et si l'on dit que [les dépendances du domaine public] sont mises "hors commerce", il faut entendre cela du commerce de la vie privée, mais non point de celui de la vie administrative ».

⁷⁰⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 796.

ne prohibe que les aliénations complètes au sens civil »⁷⁰¹. La théorisation du commerce juridique administratif s'est construite sur les mêmes fondements que ceux de la vie civile : y dominant également les principes de l'échange et de la collaboration, si ce n'est qu'il obéit à un corpus de règles de droit administratif distinct des règles du droit civil. D'autres auteurs ont prolongé ce propos en défendant la distinction entre ces deux types de commerce juridique⁷⁰² et ils ont promu l'idée d'une gestion domaniale inhérente à un commerce juridique spécial sur le domaine public⁷⁰³. Rigaud estime que le principe d'inaliénabilité « a surtout une signification négative ; [il] édicte la mise hors commerce de la vie civile, mais [il] laisse subsister comme possible un commerce spécial régi par le droit public ». Duverger estime plus tard que « le domaine public ne peut ainsi faire l'objet d'un "commerce civil", mais [qu'il] peut être soumis à un "commerce administratif" [...] en admettant qu'on puisse conclure des contrats administratifs sur les biens qui en font partie »⁷⁰⁴.

117. Au reste, par le biais de la gestion administrative, la puissance publique change d'univers juridique. Les personnes publiques entretiennent des relations juridiques qui ne sont « ni dans le phénomène de l'organisation, ni dans tel autre détail particulier d'aménagement, mais dans un phénomène d'un autre ordre dont l'aménagement rationnel permet l'évènement, la décision exécutoire prise dans les relations du commerce juridique »⁷⁰⁵. La puissance publique, ainsi envisagée par Hauriou, n'est plus la puissance publique au « repos », où l'administration agit par voie d'autorité « sans commencer aucune exécution ». En matière d'opération administrative, elle devient une puissance publique qui « entre en travail », une puissance publique en « mouvement »⁷⁰⁶. Derrière la dualité de la puissance publique, se dessine la distinction entre l'individualité objective et la personnalité subjective de l'État. Les prémisses de la théorie de l'*Institution* sont déjà présentes dans la théorie de la gestion administrative. Dans les deux théories, l'acte d'autorité correspond à « la discipline institutionnelle »⁷⁰⁷, cet exercice de la puissance publique ne se présente pas comme l'exercice d'un droit subjectif et l'administré n'est qu'un sujet interne de l'institution administrative. En revanche, dans le cadre de la gestion administrative, l'administration se prête au commerce

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 796-797, note n° 26.

⁷⁰² Sur ce point C. CHAMARD-HEIM, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, p. 418 et s.

⁷⁰³ Pour exemple, O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, 1905, t. III, *op. cit.*, p. 94-95 : « c'est dans la sphère du droit public que ces choses sont dans le commerce. Elles peuvent être aliénées conformément aux règles du droit public ; elles subissent des charges de toutes sortes au profit de tiers et des restrictions qui leur sont propres ».

⁷⁰⁴ M. DUVERGER, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics. Étude théorique et pratique*, *op. cit.*, p. 216.

⁷⁰⁵ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, 1910, p. 645, cité par N. BETTIO, *La circulation des biens entre les personnes publiques*, *op. cit.*, p. 373.

⁷⁰⁶ P. COUZINET, « La théorie de la gestion publique dans l'œuvre de Maurice Hauriou », *op. cit.*, p. 165.

⁷⁰⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 33.

juridique, c'est-à-dire qu'elle se projette « vers le monde extérieur »⁷⁰⁸ : la puissance publique se transforme alors en droit subjectif⁷⁰⁹ et entre en relation avec les administrés qui ont la qualité de tiers. À cette mutation, correspond la distinction contentieuse entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux, qui suit la frontière entre l'objectivisme et le subjectivisme⁷¹⁰. L'« acte de commandement ne se présente pas [...] comme l'exercice d'un droit subjectif ». Cette « décision ne peut être attaquée qu'au nom de la légalité objective, par la voie de recours objectifs comme celui de l'excès de pouvoir »⁷¹¹. L'acte d'exécution d'une opération administrative ne relève que du contentieux subjectif, l'État « encourt vis-à-vis [des administrés] une responsabilité subjective à raison des dommages qu'il leur occasionne »⁷¹². Ce n'est donc que dans la théorie de la gestion administrative que la puissance publique est réputée être rattachée à la personnalité subjective et qu'elle peut engendrer des droits subjectifs au profit des administrés⁷¹³, ce qui, pour Hauriou, fait de la gestion publique le terrain privilégié de la théorie des droits acquis. Deux droits subjectifs sont donc face à face : les droits subjectifs de puissance publique de l'administration et les droits subjectifs sur la puissance publique des administrés⁷¹⁴. Pourtant, cette relation n'équivaut pas à un rapport d'égalité entre l'administration et les administrés. La volonté de l'administration reste supérieure à celle de l'administré. La collaboration n'enlève pas à la puissance publique sa prédominance. L'administré reste dans un rapport de subordination⁷¹⁵ et l'administration n'est jamais véritablement liée à l'administré⁷¹⁶, elle peut toujours se détacher d'une collaboration, c'est là que réside le cœur de la puissance publique dans la théorie de la gestion administrative.

118. La théorie de la gestion administrative, surtout relue à la lumière de la théorie de l'institution, est la preuve que Hauriou n'est pas allé au bout d'une logique purement

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 34.

⁷⁰⁹ On peut dire aussi que la distinction entre les actes d'autorité et la gestion publique coïncide avec celle entre les décisions exécutoires et l'exécution des opérations administratives.

⁷¹⁰ Sur ce point, v. aussi, M. HAURIOU, note sous CE, 16 juil. 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans : S., 1909, III, p. 97, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, *op. cit.*, t. III, p. 214.

⁷¹¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 33.

⁷¹² *Ibid.*, p. 34. V. aussi, M. HAURIOU, note sous CE, 3 août 1900, Ville de Paris c. Sanoner : S., 1902, III, p. 41, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, *op. cit.*, p. 252 : « Si la puissance publique est irresponsable dans les situations d'autorité, elle est au contraire responsable dans les opérations de gestion ».

⁷¹³ *Ibid.*, p. 58 : « elle [l'administration] tend par elle-même à engendrer des droits pour l'administré, et les plus souvent des droits nouveaux, des avantages créés par la collaboration elle-même ».

⁷¹⁴ On retrouve la théorie de la rencontre des droits subjectifs chez J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français. Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, 1899, Larose, p. 36.

⁷¹⁵ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, *op. cit.*, p. 75 : « même dans les actes de gestion contractuels, il n'y a pas la situation d'égalité qui est le propre de la vie privée, il s'y manifeste au contraire une inégalité et une subordination qui sont la caractéristique de la puissance publique ».

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 61 : « la gestion publique laisse subsister de la puissance publique, c'est-à-dire un pouvoir qui n'est jamais entièrement lié ».

subjectiviste⁷¹⁷. Sa théorie oscille entre les deux présupposés, objectiviste et subjectiviste : « nous ne disons pas que la puissance publique soit la *volonté même* de la personnalité publique des administrations, nous disons que c'est une *volonté* qui agit au nom de cette personnalité ; c'est qu'en effet la puissance publique n'est pas toujours considérée comme étant la volonté même des personnes administratives, dans un certain nombre d'hypothèses elle est considérée comme une volonté objective existant en soi et qui n'est rapportée à aucun sujet »⁷¹⁸. Michoud a d'ailleurs mis en exergue cette ambivalence. Il refuse l'idée que la puissance publique ne soit imputée à la personnalité juridique de l'État et des collectivités locales que lorsqu'elle est exercée dans le cadre de la gestion administrative. Selon Michoud, Hauriou « apporte [...] une restriction » à la théorie des droits subjectifs administratifs « quand il explique que les actes de puissance publique sont accomplis *en partie seulement* au nom de la personne administrative, *en partie* au nom d'une puissance publique impersonnelle et irresponsable »⁷¹⁹. En refusant l'unité subjective de la puissance publique, Hauriou met effectivement à mal le principe de l'unité de la personnalité juridique de l'État⁷²⁰. À certains égards, sa théorie de l'institution s'avère être en effet un compromis entre le droit objectif et le droit subjectif de la puissance publique, dans la mesure où cette théorie a réintégré une « autolimitation objective » qui s'impose à l'État. Néanmoins, il est indiscutable que Hauriou a joué un rôle fondamental dans la promotion d'une puissance publique dans le commerce juridique. À l'instar de Michoud⁷²¹, il a réussi à dépasser l'antagonisme entre les actes d'autorité et les actes de gestion, ainsi que celui entre la patrimonialité et la puissance publique, et ce sans remettre en cause l'identité de cette dernière. Contrairement à Carré de Malberg⁷²², il a mis en place un système où la puissance publique n'est pas seulement le fer de lance de la domination étatique mais où elle est également pensée,

⁷¹⁷ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 142 et s.

⁷¹⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 227-228 (souligné par l'auteur).

⁷¹⁹ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, 1924, p. 300 (souligné par l'auteur). V. aussi, L. MICHOD, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État », *RG.A*, t. III, 1911, p. 257 : « Tous deux [Duguit et Hauriou] ont critiqué, notamment, la théorie de la personnalité juridique de l'État puissance publique, l'un pour la supprimer, l'autre pour la cantonner dans certains provinces seulement du droit public ».

⁷²⁰ La dualité de l'état de la puissance publique n'a pas perduré chez certains auteurs de la seconde moitié du XX^e siècle, cf. J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 1960, p. 75, n° 80 : « L'acte juridique de l'administration, au contraire, est, comme tout acte juridique, un acte de volonté destiné à introduire un changement dans les rapports de droit qui existent au moment où il intervient, ou mieux, à modifier l'ordonnement juridique ».

⁷²¹ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 1924, *op. cit.*, p. 349 ; t. II, p. 67 : « dans l'exercice des droits de domanialité publique [...], l'État se présente comme réunissant des ressources d'ordre pécuniaire ou patrimonial, dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer la bonne marche de ses services, comme gérant des biens dans leur intérêt ».

⁷²² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 43-44, n° 37. Sur ce point, v. É. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 187.

sur le terrain du droit, dans un système de collaboration qui reste sous « l'empire du droit subjectif »⁷²³.

II. Une diffusion graduée de la puissance publique

119. Pour parvenir à dépasser la dichotomie stricte entre les actes d'autorité et les actes de gestion, la doctrine théorise une gradation de la puissance publique. Partant de l'idée que les actes de l'administration « s'échelonne[nt] depuis la souveraineté absolue jusqu'aux actes de gestion »⁷²⁴, Jacquelin, Michoud et Hauriou théorisent une puissance publique qui n'est plus limitée aux actes d'autorité, mais qui se diffuse dans les différents rouages de l'administration. Tirant profit d'une conception unitaire de la personnalité juridique, la doctrine abandonne la dualité des actes de l'administration et opte pour une vision graduée de la puissance publique. En particulier, Jacquelin, professeur à l'université de Lille, propose une échelle des actes administratifs : « l'activité de l'administration évolue entre deux points extrêmes : la puissance et la patrimonialité »⁷²⁵. À la différence des doctrines qui « reposent sur une division pour ainsi à dire à cloisons étanches, qui ne laisse subsister aucun lien entre les deux catégories d'actes qu'elle implique », le propos de Jacquelin est fondé « sur une idée unique à décroissance graduelle »⁷²⁶. Et « c'est l'idée de puissance publique qui décline graduellement jusqu'à celle de patrimonialité, lorsqu'elle cesse d'être principale pour devenir accessoire ». La gestion du domaine public, comme celle du domaine privé, sont au cœur d'un équilibre entre patrimonialité et puissance publique, ces « deux caractères coexistent dans la même personne », mais « la patrimonialité se laisse influencer par la puissance publique »⁷²⁷. La gestion du domaine public, plus que celle du domaine privé, suppose en effet la présence de règles dérogatoires au droit civil, afin de répondre aux besoins généraux. Mais, dans ces cas, « ce sont les principes ordinaires du droit civil qui reçoivent d'habitude leur application ». En conséquence de quoi, comme le souligne justement A.-L. Girard, il existe un désaccord de fond entre Jacquelin et Hauriou⁷²⁸. Alors que Jacquelin privilégie la patrimonialité de l'acte pour l'exclure de la compétence du juge administratif, Hauriou envisage la puissance publique de l'acte de gestion dans un sens favorable à la compétence du juge administratif.

⁷²³ M. HAURIUO, note sous CE, 16 juil. 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans, S., 1909, III, p. 97, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, op. cit., t. III, p. 215

⁷²⁴ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative...*, op. cit., t. II, p. 174.

⁷²⁵ R. JACQUELIN, *Une conception d'ensemble du droit administratif*, V. Girard et E. Brière, 1899, p. 18.

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 25-26.

⁷²⁸ A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 221.

120. Du reste, la théorie de la gestion administrative promue par Hauriou ne repose pas sur la même logique que la théorie de Jacquelin, puisqu'elle ne constitue pas une remise en cause de la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Hauriou ne fait qu'intercaler la gestion administrative entre les deux pour initier une gradation de la puissance publique. L'opposition n'est donc pas entre les actes de gestion publique et les actes d'autorité, il n'existe entre ces actes qu'une différence de degré : la véritable opposition est celle qui sépare la gestion publique et la gestion privée⁷²⁹ au regard des moyens qu'elles emploient. Inscrire la puissance publique dans le commerce juridique pourrait supposer une dilution de celle-ci, à tel point qu'elle perdrait son identité originelle. La théorie de la gestion administrative pourrait aussi être apparentée à la conception d'une puissance publique d'une nature différente de celle qui s'incarne dans les actes d'autorité. Mais dans l'esprit de son promoteur, ça ne peut raisonnablement pas être le cas. La puissance publique est le critère du droit public et de la compétence du juge administratif, le but de l'auteur n'est donc pas de théoriser une puissance publique différente, mais d'étendre aux actes de gestion la puissance publique incarnée par les actes d'autorité⁷³⁰. Il faut donc constater qu'entre les actes d'autorité et les actes de gestion publique, l'unité de la puissance publique subsiste. Hauriou a identifié le « patrimoine identitaire » de la puissance publique à partir de celui des actes d'autorité, pour le transférer par la suite dans la gestion administrative. Il n'existerait ainsi qu'une différence de degré, d'intensité, et non de nature entre les actes d'autorité et les actes de gestion administrative. En identifiant, voire en privilégiant, le caractère de puissance publique de la gestion administrative, Hauriou confère une primauté à ce caractère par rapport à l'autre dimension de cette activité, c'est-à-dire sa dimension patrimoniale. De même, Michoud et Moreau fusionnent la patrimonialité et la puissance publique sous la catégorie des « droits patrimoniaux de puissance publique ». Plus précisément, Michoud reprend la classification opérée par Moreau⁷³¹, qui distingue parmi les droits de puissance publique les « droits d'autorité pure » et les « droits patrimoniaux de puissance publique » de nature pécuniaire, relatifs à la gestion du domaine public⁷³².

⁷²⁹ Pour une présentation générale, A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, 6^e éd., *op. cit.*, 1984, p. 51.

⁷³⁰ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, *op. cit.*, 1899, p. 71 : « Si [...] la situation de gestion reste attachée au droit public, le droit administratif conserve le caractère homogène d'une branche du droit public ; le contentieux administratif de pleine juridiction subsiste ; les droits de gestion continuent à relever de la personnalité de puissance publique, le fisc ne se développe pas ».

⁷³¹ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. II, *op. cit.*, 1924, p. 66-67.

⁷³² F. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, *op. cit.*, 1909, n° 69 et s.

121. Dans la théorie de la gestion administrative, si la puissance publique se prodigue ou s'irrigue d'une manière plus discrète, elle n'en est pas moins présente⁷³³. Ramenée sous le principe exclusif de la souveraineté⁷³⁴ et ayant comme unique source le pouvoir exécutif⁷³⁵, la puissance publique s'infiltré dans tous les rouages de l'administration. Par un principe de délégation, toutes les autorités administratives, chargées de la gestion d'un service public, sont aussi dépositaires d'une « parcelle de puissance publique », donc « il est évident que cette force subsiste dans le fonctionnement des services publics »⁷³⁶. La puissance publique est ventilée entre les actes d'autorité et les actes de gestion⁷³⁷, mais elle reste une, et ce quelles que soient les modalités de son exercice. En somme, la puissance publique reste une force et cette qualité ne varie pas en fonction de la nature de son intervention. Cela revient à dire que la puissance publique n'abandonne pas son caractère prédominant lorsqu'elle pénètre le monde du commerce juridique. L'unité de la puissance publique, qui est visée par Hauriou, est une unité matérielle. Elle porte exclusivement sur les qualités de la puissance publique. Au sujet du pouvoir de police, Hauriou considère que ce pouvoir peut être appréhendé soit comme répondant à la « discipline institutionnelle »⁷³⁸, soit comme « un service organisé » dont la gestion est une opération de commerce juridique⁷³⁹. Dans la première hypothèse, le pouvoir de police n'est qu'un droit objectif ; dans la seconde, il apparaît comme un droit subjectif. Or, cette distinction des deux « états » de la police n'est pas forcément synonyme d'une différenciation ontologique. La police reste, dans les deux cas, un acte de puissance publique qui revêt la même qualité, c'est-à-dire celle de l'exorbitance⁷⁴⁰. À vrai dire, cette distinction entre « discipline institutionnelle » et « service organisé » n'a de conséquences qu'en matière contentieuse : le premier cas relève du contentieux objectif et les actes ne peuvent être annulés qu'à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir⁷⁴¹ ; le second suppose seulement un

⁷³³ M. HAURIOU, *La gestion administrative, op. cit.*, p. 72 ; H. RIPERT, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestions dans les situations contractuelles », préc., p. 7 : « tout le mouvement jurisprudentiel moderne tend à révéler les rapports nécessaires qui existent entre le domaine de la police et celui de la gestion qu'une analyse rigoureuse avait jusqu'à présent séparés trop complètement ».

⁷³⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 227.

⁷³⁵ M. HAURIOU, *La gestion administrative, op. cit.*, p. 73 : « Il ne faut pas que l'expression puissance publique nous égare, la puissance publique c'est aussi le pouvoir exécutif appliqué au fonctionnement des services publics, par conséquent elle existe non seulement dans les actes d'autorité qui correspondent à la situation de repos ou de « puissance » proprement dite, mais aussi dans les actes de gestion qui correspondent au mouvement et à l'exécution ».

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 72

⁷³⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 227 : « les droits exercés au nom de la puissance publique peuvent l'être soit par la voie d'autorité, soit par la voie de gestion ».

⁷³⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 34.

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁴¹ V. également J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif*, LGDJ, 1899, p. 61 et s., spéc. p. 70. L'auteur, qui tout en s'inscrivant dans le sillage de son maître, Hauriou, a envisagé la dimension subjectif du recours pour excès de pouvoir : « dès qu'une personne a le moyen juridique d'exiger à son

contentieux subjectif : les agissements de l'administration peuvent être saisis sur le fondement d'un recours en responsabilité.

122. L'unité matérielle de la puissance publique se traduit aussi par une identité de moyens. Selon Hauriou, comme selon Michoud⁷⁴², l'administration dispose toujours des armes habituelles afin de faire prévaloir sa volonté sur celle des administrés. La gestion administrative fut par exemple un tremplin pour la reconnaissance de la catégorie du contrat administratif. Cette catégorie s'est construite sur l'idée d'un rapport forcément inégalitaire entre l'administration et son cocontractant⁷⁴³. L'administration peut, au nom de ses pouvoirs exorbitants, mettre fin à la convention. Hauriou estime que l'administration n'est en réalité jamais véritablement liée par le contrat qui l'unit en apparence à un collaborateur. L'administration détient, en sus, des moyens de contrainte pour imposer ses vues ou pour obliger la participation d'un administré à un service public. Hauriou parle, dans ce cas, de « gestion forcée »⁷⁴⁴. Cela peut concerner les « occupations temporaires en matière de travaux publics » ou « l'établissement de servitudes d'utilité publique »⁷⁴⁵. En définitive, Hauriou a érigé une gradation de la puissance publique autour d'un système oscillatoire. Au centre du cercle, les actes d'autorité, rapprochés de la notion de décision exécutoire, représentent la version la plus aboutie de la puissance publique, où celle-ci s'exprime avec le plus d'intensité. Dans le cercle extérieur, qui représente la gestion administrative, la puissance publique perd un peu de force mais elle est restée encore bien vivace.

III. La place de la gestion du domaine public dans la théorie de la gestion administrative

123. La gestion administrative, telle que développée par Hauriou, dépasse le champ de la domanialité publique pour se rapprocher de la notion de service public. La gestion administrative fut théorisée à un moment où les notions de service public et de domaine public n'étaient pas arrivées à un certain stade de maturité et à un certain degré d'autonomie.

avantage l'observation d'une disposition de la loi objective, il y a un droit subjectif ». Sur cet auteur, B. PLESSIX, « Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République », in Travaux de l'AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Lexisnexis, p. 33.

⁷⁴² L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. II, *op. cit.*, 1924, p. 74 : « même dans la gestion de ces droits, l'État se réserve ou peut se réserver certains privilèges, s'il estime nécessaire aux intérêts généraux qu'il représente ».

⁷⁴³ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁴⁴ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, *op. cit.*, p. 29 : « Dans l'acte de gestion forcée, la collaboration de l'administré à l'opération administrative est obtenue par la contrainte ».

⁷⁴⁵ *Ibid.*

Dans la continuité de Laferrière⁷⁴⁶, Hauriou entrevoit l'administration du domaine public comme une sous-composante de la gestion des services publics, comme un moyen de réaliser une mission de service public. Il suffit d'observer la structure des différentes éditions de son *Précis de droit administratif* pour s'en apercevoir. Par exemple, Le domaine public s'intègre dans la partie intitulée « les moyens de gestion des services publics »⁷⁴⁷. De plus, même si l'école du service public rejette l'idée d'une puissance publique, son influence, notamment celle de Jèze⁷⁴⁸, se fait aussi sentir : la domanialité publique est relue à la lumière du service public, comme d'ailleurs beaucoup d'autres notions du droit administratif⁷⁴⁹. Le résultat est que la relation entre le domaine public et le service public est apparue, à un moment, comme étant double : soit le domaine public est présenté comme un moyen de réalisation du service public, ce qui est logique au regard de son affectation, soit il en est l'objet. Dans cette dernière hypothèse, la gestion du domaine public se confond avec celle du service public. Le service public n'est pas une finalité mais la structure ou l'entité qui gère le domaine public et, ainsi, la gestion du domaine public est absorbée par la gestion du service public. Quoi qu'il en soit, la doctrine a éprouvé des difficultés à distinguer ce qui relève de la gestion du service public de ce qui a trait à la gestion du domaine public. Au mieux, la gestion du domaine public est présentée comme une activité interne de la gestion du service public. Pour beaucoup d'auteurs, y compris dans la doctrine postérieure, derrière le domaine public, même lorsqu'il est affecté à l'usage de tous, il y a toujours un service public. Le Professeur R. Drago souligne par exemple qu'« il est rare, sinon impossible, qu'un bien soit affecté directement à l'usage du public sans qu'apparaisse, sous-jacente, l'idée de service public »⁷⁵⁰.

124. La différenciation entre la gestion du service public et celle du domaine public a émergé bien plus tard. La thèse du Professeur Ph. Yolka entérine la dualité au sein de la gestion publique⁷⁵¹ répartie entre le service public et le domaine public⁷⁵². Dans une certaine

⁷⁴⁶ Contrairement à DUCROCQ et à BERTHÉLEMY qui envisagent gestion du domaine privé et gestion du service comme deux composantes de la gestion privée.

⁷⁴⁷ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 575 et s.

⁷⁴⁸ G. JÈZE, Note sous CE, 5 mai 1944, *C^{ie} maritime de l'Afrique orientale*, RDP, 1944, p. 239 : « Le domaine public, c'est un service public ».

⁷⁴⁹ Le lien entre la gestion du service public et la gestion du domaine public est encore prégnant dans la doctrine postérieure, v. V. INSERGUET-BRISSET, *Propriété publique et environnement*, Paris, LGDJ, 1994, p. 153-155 : « le domaine public est le terrain d'élection de la notion clef du droit public qu'est le service public » ; G. BRAIBANT, AJDA, 20 juin 1995, n^o spécial, *Le droit administratif*, p. 17-18 : « Les théories du domaine public ou de contrat administratif n'ont de sens que par rapport à la notion de service public ». Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 285-287

⁷⁵⁰ R. DRAGO, « Nature juridique de l'espace hertzien », in *Mélanges Juglart*, 1986, p. 363-364.

⁷⁵¹ On peut relever la thèse de L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1938, p. 105 : « [la] domanialité pourrait se rattacher à l'idée de service public ».

mesure, les choses ont évolué à l'image de ce que Ducrocq et Berthélemy avaient envisagé au sujet de la gestion privée, à l'opposé des conceptions de Laferrière. La proximité entre gestion et service public ne doit pas occulter le fait que le domaine public a joué un rôle fondamental, presque un rôle d'incubateur, dans l'élaboration de la gestion administrative. Lorsqu'ils se sont penchés sur la notion de gestion, Hauriou et Ripert ont puisé dans le domaine public leurs exemples les plus notables. Leurs travaux respectifs sont les témoins des évolutions que connaît le domaine public, devenu le terrain d'une exploitation économique et patrimoniale. Aussi, il est à noter que ces travaux ont coïncidé avec un moment important de la jurisprudence en matière domaniale, « la querelle du gaz et de l'électricité »⁷⁵³, au cours de laquelle le Conseil d'État a admis que des considérations plus larges que celles issues de la police, en l'occurrence l'intérêt financier de la collectivité publique⁷⁵⁴, pouvaient justifier l'abrogation d'une autorisation⁷⁵⁵. Dans l'hypothèse du retrait d'une permission de voirie en raison d'un intérêt pécuniaire de la commune, Hauriou affirme : « il n'est point si sûr que nous soyons ici en une matière de police, et [...] nous pourrions bien nous trouver en une matière de gestion de service public »⁷⁵⁶. Le domaine public est donc l'objet d'une gestion administrative. Dans la quatrième édition de son *Précis de droit administratif*, Hauriou distingue, parmi les pouvoirs sur le domaine public, les « droits de police » et les « droits de gestion »⁷⁵⁷. Ce sont en effet de nombreux pans de la domanialité publique qui sont désormais analysés à travers les principes de la gestion administrative. D'ailleurs, il n'est pas étonnant que Hauriou soit le premier à avoir fédéré autour de la gestion administrative un certain nombre de prérogatives relatives au domaine public⁷⁵⁸. S'agissant des aiances de voirie, comme elles assurent l'accès entre les propriétés privées et le domaine public, Hauriou considère que ce ne sont pas des « droits de nature civile », mais que « ce sont [désormais] des droits provenant d'une situation de gestion »⁷⁵⁹. Aussi, certaines utilisations domaniales ont vocation à être appréhendées à travers la gestion administrative. Hauriou oriente déjà son propos vers le

⁷⁵² Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 286 et aussi p. 291 : « Il est néanmoins permis de se demander si la gestion publique peut véritablement être réduite au service public. La réponse paraît négative, parce que cette gestion emprunte en réalité deux distinctes : la gestion des services publics et la gestion de propriétés publiques ».

⁷⁵³ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 216.

⁷⁵⁴ CE, 10 juillet 1896, *Collette*, *Rec.*, p. 565, *D.*, 1898, III, 2 ; CE, 6 juin 1902, *Goret* : *Rec.*, p. 420 ; *D.*, 1904 III 17, concl. Romieu ; S 1903 III 65, note Hauriou.

⁷⁵⁵ Sur la querelle du gaz et de l'électricité, H. RIPERT, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestions dans les situations contractuelles », *prec.*, *spéc.*, p. 12.

⁷⁵⁶ M. HAURIOU, note sous CE, 27 déc. 1901, *Pécard frères c. Maire de Nevers, Préfet de la Nièvre et Ville de Nevers*, S., 1902, III, p. 33, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, *op. cit.*, t. III, p. 303

⁷⁵⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 610.

⁷⁵⁸ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *Economica*, 1981, p. 261.

⁷⁵⁹ HAURIOU s'oppose ici à PROUDHON, v. *La gestion administrative*, 1899, *op. cit.*, p. 15.

principe d'une « meilleure utilisation »⁷⁶⁰ (ou de « bonne administration »⁷⁶¹), structurant les différents usages du domaine public⁷⁶², principe que l'on retrouvera plus tard dans la jurisprudence⁷⁶³. Cependant, la notion de collaboration s'avère être un élément clivant au sein des utilisations domaniales : certaines d'entre elles existent en dehors de la gestion administrative lorsque, selon Hauriou, les particuliers occupent le domaine public uniquement en vue de leur intérêt privé. Dans ce cas précis, les usagers du domaine public ne collaborent pas avec l'administration, ils ne sont donc pas dans une situation de gestion administrative. En revanche, si les particuliers occupent le domaine public en collaborant « avec un service public, [...] ceux-là sont dans une situation de gestion »⁷⁶⁴. Hauriou dessine ainsi une forme de distinction entre les usages conformes et les usages simplement compatibles au regard de l'affectation : seuls les premiers relèvent d'une situation de gestion parce que leur caractère conforme suppose nécessairement une collaboration entre l'occupant et l'administration gestionnaire, dans l'intérêt du service public⁷⁶⁵. En dehors de la sphère de la gestion, les usagers n'ont pas de droit subjectif à l'occupation du domaine public, seulement une « aptitude »⁷⁶⁶ à bénéficier d'un titre d'occupation.

125. La dualité entre le domaine public et le domaine privé se prolonge logiquement dans l'opposition entre la gestion publique et la gestion privée⁷⁶⁷. Puisqu'il est dominé par le régime de la propriété privée, le domaine privé est soumis à une gestion privée. *A contrario*, le domaine public étant une propriété administrative, une propriété où se manifeste la puissance publique, son régime est celui de la gestion publique. Hauriou a conservé l'idée d'une association entre le domaine privé et la propriété privée. Bien qu'il reconnaisse la participation du domaine privé

⁷⁶⁰ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, *op. cit.*, p. 17. Sur ce point, J. CAILLOSSE, *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, Thèse, Rennes, t. I, p. 64 et s. ; J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, LGDJ, 1969 ; M. LAGRANGE, « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDP*, 1974, p. 5.

⁷⁶¹ M. HAURIOU, note sous CE, 11 avril 1913, Compagnie des Tramways de l'Est parisien : *S.*, 1914, III, p. 113, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929, op. cit.*, t. III, p. 294

⁷⁶² Notion qui peut être rapprochée de celle de « meilleure exploitation » du domaine public, v. B. CHENOT concl. sur CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, *RDP*, 1944, p. 236.

⁷⁶³ CE, 16 novembre 1956, *Sté Désaveines*, *RPDA*, 1957, p. 1, concl. Laurent ; *RDP*, 1957, p. 529, note Waline ; CE, 2 octobre 1968, *Union départemental des transports routiers du Var*, *Rec.*, p. 837. Sur ce point, GAUDEMET Y., *Droit administratif des biens*, 13^e éd, *op. cit.*, 2008, p. 216.

⁷⁶⁴ M. HAURIOU, *La gestion administrative*, 1899, *op. cit.*, p. 18-19.

⁷⁶⁵ M. HAURIOU, note sous CE, 27 déc. 1901, Pécard frères c. Maire de Nevers, Préfet de la Nièvre et Ville de Nevers : *S.*, 1902, III, p. 33, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929, op. cit.*, t. III, p. 303 : « Ce permissionnaire ne devait pas poser de câbles électriques sur la voie publique pour son propre agrément ni pour sa propre utilité, il devait assurer une sorte de service public d'éclairage, et la permission donnée est une combinaison permettant d'assurer un service public, partant quelque chose qui n'est pas une mesure de police, mais un acte de gestion, et qui est de nature à créer des droits réciproques ». V. aussi, note sous CE, 6 juin 1902, Goret c. Maire de Bar-le-Duc, *S.*, 1903, III, p. 65.

⁷⁶⁶ M. HAURIOU, note sous CE, 11 avril 1913, Compagnie des Tramways de l'Est Parisien : *S.*, 1914, III, p. 113, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929, op. cit.*, t. III, p. 294.

⁷⁶⁷ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 284.

au service public, « le fait que la propriété privée est intervenue détruit le caractère public de l'opération »⁷⁶⁸. Sur ce point, il s'inscrit dans le sillage des théories domaniales du XIX^e siècle. La gestion du domaine privé s'avère être exclusivement patrimoniale et elle est uniquement rattachée à l'administration patrimoniale, comme l'a également envisagé la théorie allemande du *Fisc*⁷⁶⁹. Mais il ne faut pas se méprendre, la dualité entre le domaine public et le domaine privé ne coïncide pas, selon Hauriou, avec une double personnalité de l'État. C'est la nature privée de la propriété qui constitue un obstacle à la reconnaissance d'une gestion publique sur le domaine privé. L'auteur n'opère pas de jonction entre la nature de la personnalité et celle de la propriété. La personnalité juridique de l'État et des collectivités locales reste unitaire. Seulement, lorsque les personnes publiques gèrent le domaine privé, elles se placent nécessairement sous l'égide des règles du droit civil⁷⁷⁰. Les conclusions de Romieu sous l'arrêt *Terrier* relaient cette idée⁷⁷¹. Leur lecture renseigne sur un point essentiel : la gestion du domaine privé occupe une place toute particulière au sein de la gestion privée. *Ipsa facto*, la gestion du domaine privé est exclusivement du ressort de la gestion privée et, contrairement à d'autres hypothèses, elle ne répond pas à un choix de l'administration d'agir comme une personne privée⁷⁷², en raison justement de la nature privée de la propriété du domaine privé.

La gestion administrative qui a cours sur le domaine public ne diffère pas ontologiquement des autres pans de la gestion administrative. La gestion publique sur le domaine public est née d'un double mouvement. Le domaine public fut un des truchements par lesquels la puissance publique a pénétré le commerce juridique à travers le prisme de la gestion administrative, facilité par l'avènement de l'exploitation domaniale qui a gagné la puissance publique. La théorie de la gestion administrative connaît une certaine postérité dans la doctrine, elle est encore une clef de lecture de la puissance publique incarnée par le pouvoir de gestion⁷⁷³.

⁷⁶⁸ M. HAURIOU, *La gestion administrative, op. cit.*, p. 76.

⁷⁶⁹ *Ibid.* : « La limite de la gestion publique est donc l'administration du domaine privé, c'est-à-dire l'administration fiscale ».

⁷⁷⁰ R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, op. cit.*, p. 139 : « il y a gestion privée lorsque l'administration accomplit une opération ou gère un service dans les mêmes conditions qu'une personne privée, en usant des règles du droit privé ».

⁷⁷¹ J. ROMIEU sur sous CE, 6 février 1903, *Terrier, Rec.*, p. 94, *D.*, 1904, III, 65 ; *S.* 1903, III, 25 ; *J.-A.*, II, 447 ; *L'année adm.*, 1903, p. 321.

⁷⁷² *Ibid.* : « Cette distinction qu'on a proposé d'appeler la gestion publique et la gestion privée peut se faire, soit à raison de l'acte qu'il s'agit d'apprécier. Le service peut, en effet, tout en intéressant une personne publique, ne concerner que la gestion du domaine privé [...] D'autre part, il se peut se faire que l'administration, tout en agissant non comme une personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique, et se place volontairement dans les conditions d'un particulier ». Sur ce point, R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, op. cit.*, p. 101.

⁷⁷³ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », préc.

126. *Conclusion Section I.* Les travaux de Jacquelin, de Ripert, de Michoud, et surtout ceux de Hauriou ont réussi à établir un pont entre puissance publique et patrimonialité, favorable à l'émergence du pouvoir de gestion sur le domaine public. Mais l'autonomie du pouvoir de gestion est loin d'être arrêtée : la puissance publique qui irrigue la gestion administrative est encore proche de la police ; la gestion administrative présente sur le domaine public est encore synonyme de la gestion d'un service public ; la gestion administrative, lue à la lumière de la notion de collaboration, ne touche pas l'ensemble des usages sur le domaine public. L'édification du pouvoir de gestion, en tant que pouvoir autonome sur le domaine public, est en réalité l'œuvre du juge administratif. Le pouvoir de gestion est la réponse juridique créée par la Haute juridiction afin de traduire les interventions patrimoniales des personnes publiques.

SECTION II. LA QUESTION DE L'UNITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE FACE À LA CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE DE LA GESTION PATRIMONIALE DU DOMAINE PUBLIC

127. Captivés par les travaux de la doctrine, les membres du Conseil d'État s'approprient progressivement la théorie de la gestion administrative. Les conclusions successives des Commissaires du gouvernement véhiculent une autre perception du domaine public. Alors qu'une grande partie de la doctrine reste attachée à l'exclusivité du pouvoir de police, l'idée d'un pouvoir de gestion, à côté du pouvoir de police, s'installe progressivement dans l'esprit du Conseil d'État. Conscient d'une tension entre police et patrimonialité, le juge érige la notion de gestion du domaine public en lui donnant une acception particulière, distincte de la gestion du service public. La gestion est le support de l'intervention patrimoniale pour ce qui concerne la réglementation des usages et la perception des produits du domaine public (§1). Cependant, la construction jurisprudentielle réactive le débat doctrinal autour de l'identité du pouvoir de gestion. Cherchant à préserver l'unité conceptuelle de la puissance publique, la doctrine propose différentes grilles d'analyse. Les Professeurs C. Klein et É. Picard envisagent une recomposition de la police administrative qui intégrerait la gestion. Actant la dualité entre les deux pouvoirs, une autre partie de la doctrine reconstruit l'unité de la puissance publique autour de la notion d'exorbitance (§2).

128. La particularité d'une construction juridique est d'être « incessamment [...] mobile et progressive »⁷⁷⁴. La construction juridique du pouvoir de gestion est en effet le produit d'un long processus jurisprudentiel qui débuta au début XIX^e siècle. Le pouvoir de gestion est investi d'un rôle « fonctionnel » : il s'agit de fournir un fondement juridique aux interventions patrimoniales de l'administration sur le domaine public. Deux mouvements parallèles et complémentaires ont permis l'émergence du pouvoir de gestion : la création jurisprudentielle de l'acte de gestion supplantant l'acte de police dans la réglementation des usages domaniaux **(I)** et la redéfinition de la redevance en produit de la gestion du domaine public **(II)**.

I. La construction juridique de l'acte de gestion domaniale

129. La question de l'émergence de la gestion domaniale est liée au changement fonctionnel du domaine public, devenu le siège de nouvelles préoccupations, financières et économiques. L'administration du domaine public n'est plus « imperméable » à des logiques patrimoniales. Processus évoqué par les thèses respectives de de Laubadère, des Professeurs J. Caillosse⁷⁷⁵, É. Fatôme⁷⁷⁶ et Ph. Yolka⁷⁷⁷, la logique gestionnaire a d'abord touché les occupations privatives pour s'étendre ensuite aux utilisations collectives⁷⁷⁸. En particulier, la voirie publique a été la scène de la naissance du pouvoir de gestion. Deux temps sont à distinguer : le temps de l'autonomisation **(A)** et le temps de l'autonomie **(B)**.

A. Le processus d'autonomisation de l'acte de gestion

130. Une catégorie juridique, estime Waline, est « tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi ou toute autre règle de droit attache des conséquences juridiques »⁷⁷⁹. Une catégorie juridique suppose un régime juridique distinct de celui d'une autre catégorie juridique. Selon le Professeur D. Lochak, le juge choisit « par une qualification

⁷⁷⁴ R. SALEILLES, « Droit civil et droit comparé », *RIE*, 1911, p. 28, cité par D. DEROUSIN, « Raymond Saleilles : le droit, la méthode et la postérité », in F. AUDREN, C. CHÈNE, N. MATHEY et A. VERGNE (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2013, p. 371.

⁷⁷⁵ J. CAILLOSSE, *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, Thèse Rennes, 1978, p. 64 et s.

⁷⁷⁶ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation sur le domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 81 et s.

⁷⁷⁷ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 214 et s.

⁷⁷⁸ Pour une présentation de l'évolution de la gestion domaniale, G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Sirey, 1942, p. 552 et s.

⁷⁷⁹ M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey-Bruylant, t. I, 1963, p. 359.

appropriée, de rattacher un acte ou une situation donnée à telle catégorie juridique plutôt qu'à une autre, en opérant à cet effet, s'il le faut, les "rectifications de frontières" nécessaires entre des notions dépourvues le plus souvent de définition conceptuelle *a priori*, en modelant et remodelant leurs contours et leur contenu»⁷⁸⁰. Suivant ce schéma, l'acte de gestion, préalablement posé par le juge administratif, devrait être défini en fonction de règles juridiques spécifiques, différentes de celles applicables aux actes de police. En réalité, la création jurisprudentielle de l'acte de gestion répond à un schéma inverse, le juge a d'abord posé des éléments de régimes les éléments de son régime en rupture avec ceux du régime des actes de police, sans encore rattacher ces éléments à une catégorie particulière et autonome. Le premier tiers du XX^e siècle est le moment d'une autonomisation du pouvoir de gestion – et non de son autonomie juridique –, autonomisation qui touche à la fois les occupations privatives (1) et les utilisations collectives du domaine public (2). Autrement dit, les jurisprudences relatives à ces occupations « forment les principaux jalons d'une évolution qui verra le juge administratif s'orienter vers la reconnaissance d'un pouvoir de gestion domaniale »⁷⁸¹.

1. L'autonomisation de la gestion en matière d'occupation privative

131. Les Commissaires du gouvernement s'approprient la doctrine de Hauriou, bien qu'elle ne soit pas mentionnée dans leurs conclusions. L'affaire *Goret* est l'occasion pour le Commissaire du gouvernement Romieu d'adopter le système de la gestion administrative. De prime abord, Romieu embrasse une définition classique de la permission de voirie considérée comme un acte de puissance publique issu de la garde du domaine public ; mais, séduit par la théorie de la gestion administrative, il opère une distinction, à partir du critère de la collaboration, entre la permission de voirie délivrée dans l'intérêt personnel du particulier et celle délivrée dans le but d'ériger un service public. Dans ce dernier cas, la permission de voirie est analysée par le Commissaire du gouvernement comme un acte de gestion, « d'ordre contractuel, dont la validité est avant tout subordonnée aux engagements antérieurs que les communes ont pu prendre »⁷⁸². La gestion n'est plus antinomique avec la puissance publique, mais elle ne forme pas encore une catégorie particulière de la puissance publique. Dans les premières analyses, gestion et police sont entremêlées. Teissier affirme que « la police et la gestion ne sauraient être ventilées ; elles se pénètrent sans cesse »⁷⁸³. La gestion incarne certes

⁷⁸⁰ D. LOCHAK, « L'agencement des catégories juridiques : la structure du droit administratif », in *L'administration dans son droit*, Publisud, 1985, p. 93.

⁷⁸¹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 215.

⁷⁸² J. ROMIEU, concl. sur CE, 6 juin 1902, *Goret* : *S.*, 1903, III, p. 65.

⁷⁸³ G. TEISSIER, concl. sur l'arrêt TC, 29 février 1908, *Feutry* : *S.*, 1908, III, p. 97.

l'intervention de l'administration sur le domaine public, mais la police reste le moyen privilégié au service de cette gestion. Comme Ripert, Jansse prolonge les propos des Commissaires du Gouvernement lorsqu'il affirme : « de la police dérive un mode de gestion du domaine public, où la sauvegarde de l'ordre et de l'intérêt publics s'entrecroise avec l'administration patrimoniale de l'assiette du domaine public »⁷⁸⁴. « La gestion [est en somme] sous couleur de la police »⁷⁸⁵. La gestion s'est ainsi épanouie sur le terreau de la police : le temps de l'autonomie conceptuelle entre les deux pouvoirs fut précédé par celui de la confusion, où police et gestion apparaissaient superposées et entremêlées. Autrement dit, la gestion du domaine public a d'abord emprunté les formes et le cadre juridique propres à la police⁷⁸⁶. Mais, à partir de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, le pouvoir de police est tiraillé entre l'extra-patrimonialité et la patrimonialité⁷⁸⁷. Si certains auteurs, tels que Watrin, optent pour un élargissement du pouvoir de police le liant à la patrimonialité⁷⁸⁸, ce conflit interne s'est conclu par un retranchement, où l'exercice de la police est présenté en opposition avec toute forme de patrimonialité. La principale conséquence est que la police ne peut pas poursuivre un but exclusivement financier, sous peine d'être sanctionnée. La règle du détournement de pouvoir a permis de contenir toute tentative d'élargissement et d'ouverture du pouvoir de police vers des préoccupations patrimoniales⁷⁸⁹. Michoud ou Jèze ont relayé cette idée. Les deux auteurs insistent en grande partie sur le fait qu'un élargissement du pouvoir de police ne peut se faire sans une dénaturation de celui-ci⁷⁹⁰. En voulant préserver une forme de pureté du pouvoir de police, la jurisprudence comme la doctrine l'ont circonscrit et, en même temps, ont paralysé toute évolution. Le champ est donc laissé libre face à la nécessité de trouver un autre fondement juridique qui pourrait embrasser l'intégration des préoccupations financières et patrimoniales sur le domaine public : c'est dans cette nécessité que réside l'intérêt du recours au pouvoir de gestion. Ce dernier est ainsi le fer de lance d'un domaine public désormais

⁷⁸⁴ L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, *op. cit.*, 1938, p. 174.

⁷⁸⁵ H. RIPERT, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », *préc.*

⁷⁸⁶ É. PICARD, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 300 : l'idée de gestion s'est « camoufl[ée] sous l'appareil juridique des motifs déterminants » ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 219 ; É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, Thèse, Caen, 1974, p. 57.

⁷⁸⁷ R. DE RÉCY, *Traité du domaine public*, t. II, 2^e éd., *op. cit.*, 1894, p. 233 et s. V. aussi, P. REGRAY, *Des faits de jouissance dont le domaine public est susceptible*, *op. cit.*, p. 130 et s.

⁷⁸⁸ G. WATRIN, « Quelques rapports entre les notions de police, domaine public et service public », *RDP*, 1936, p. 147.

⁷⁸⁹ CE, 12 nov. 1927, de Bellescize : *Rec.*, p. 1048 ; CE, 29 janv. 1928, Société des ateliers de construction d'automobile Turcat-Méry : *Rec.*, p. 969. Sur ce point, M. BEURDELEY, *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, Thèse, 1928, p. 74 et s. ; P.-H. TEITGEN, *La police municipale*, Sirey, 1934, p. 98 et s. ; A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie*, *op. cit.*, p. 167 ; C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 246 ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 214 et s. ; A. MESTRE, « La révocation des permissions de voirie », *Rev. des concessions*, 1923, p. 5.

⁷⁹⁰ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. II, *op. cit.*, 1924, p. 66 ; G. JÈZE, « Théorie générale des motifs déterminants », *RDP*, 1902, p. 401.

tourné vers le commerce juridique. La distinction entre l'*extracommercium* et le *commercium*, entre l'objectivisme et le subjectivisme, s'inscrit dans l'opposition entre la police et la gestion.

132. Les préoccupations gestionnaires ont d'abord pénétré le domaine public à travers les occupations privatives, notamment par le biais des permissions de voirie⁷⁹¹, parce que ces occupations privatives représentaient, à l'heure d'un domaine public dominé par l'affectation à l'usage de tous, des usages résiduels, perçus presque comme une tolérance de l'administration⁷⁹². Le pouvoir de police étant centré essentiellement sur la préservation de l'affectation, il laissait, dans une certaine mesure, le champ libre à l'émergence des logiques gestionnaires concernant ces types d'usages, mais qui restaient du même coup à la périphérie de l'affectation domaniale⁷⁹³. L'émergence du pouvoir de gestion est liée à la détermination des motifs en matière de refus ou de renouvellement des autorisations domaniales. Concrètement, la « querelle du gaz et de l'électricité »⁷⁹⁴ a initié le processus par lequel la permission de voirie a cessé d'être un acte de police pour devenir un acte de gestion. La notion d'intérêt général s'est avérée d'une grande utilité. Son imprécision fut en quelque sorte le gage de sa souplesse. Lorsque le juge administratif a pris conscience de l'évolution qui se jouait sur le domaine public, l'intérêt général, supplantant l'ordre public⁷⁹⁵, fut en effet un outil juridique précieux lui permettant de fournir un cadre juridique aux nouvelles interventions de l'administration sur le domaine public. Par contre, l'intérêt financier n'est pris en compte que de manière indirecte⁷⁹⁶, à travers d'autres motifs, selon la théorie de la pluralité de buts⁷⁹⁷. Si, par la suite, l'intérêt financier est peu à peu sorti de la « clandestinité »⁷⁹⁸, il n'est pas encore un motif légal à part entière, justifiant le refus ou la révocation des titres d'occupations⁷⁹⁹. La jurisprudence *Demoiselle Taillandier*⁸⁰⁰, souvent présentée comme le moment de la consécration de l'intérêt

⁷⁹¹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, op. cit., p. 214-215 ; É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, Thèse, Caen, 1974, p. 88. V. aussi, CE, 19 juin 1931, Ville de Sarreguemines, S., 1932, 25, note P. L. : « que les permissions de voirie accordées par les maires doivent être regardées comme des arrêtés de police ».

⁷⁹² H. LEPINTE, *Des occupations du domaine public*, Paris, 1899, p. 14 ; J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, op. cit., p. 56-57 : l'autorisation d'occuper le domaine public « est une faveur, c'est une tolérance qui lui a été consentie, en retour de laquelle il est juste qu'il fournisse un équivalent pécuniaire ».

⁷⁹³ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, Thèse, Caen, 1974, p. 83.

⁷⁹⁴ J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, op. cit., p. 57 et s.

⁷⁹⁵ Pour un exemple jurisprudentiel, CE, 26 mai 1911, Compagnie des mines de Courrières : *Rec.*, p. 644.

⁷⁹⁶ CE, 10 juill. 1896, Colette : *Rec.*, p. 565 ; *D.*, 1898, III, p. 2 ; CE, 27 déc. 1901, Pécard : *Rec.*, p. 924 ; *D.*, 1904, III, p. 17, concl. J. Romieu ; *S.*, 1903, III, p. 65, note M. Hauriou.

⁷⁹⁷ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., 1975, op. cit., p. 190.

⁷⁹⁸ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, op. cit., p. 219. V. aussi, H. RIPERT, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », préc.

⁷⁹⁹ CE, 19 déc. 1930, Montagne : *Rec.*, p. 1087.

⁸⁰⁰ CE, 6 mai 1932, *Demoiselle Taillandier* : *Rec.*, p. 467 ; *D.*, 1934, III, p. 18, concl. Rousselier, note Duclos ; *S.*, 1932, III, p. 65, note P. Laroque.

financier⁸⁰¹, est en réalité inspirée par la réorganisation du service public et des motifs d'ordre public⁸⁰²

133. L'évolution jurisprudentielle est aussi confortée par les analyses doctrinales, que leur discours repose sur des postulats objectivistes ou sur des postulats subjectivistes. En effet, selon Duguit, dans le cadre des permissions de voirie, la mission de l'administration-service public vise en premier lieu la protection de l'affectation, mais cela n'interdit pas la prise en compte des intérêts financiers inhérents à la gestion du domaine public. Le fait que ce dernier soit le support d'activités économiques est une donnée que Duguit intègre dans son discours : les actes de gestion doivent « concilier les besoins de l'industrie moderne avec les intérêts pécuniaires de l'État et avec la circulation publique »⁸⁰³. De Laubadère livre une interprétation subjectiviste de ce mouvement jurisprudentiel : il rapproche la dimension économique de la permission de voirie de l'exercice de la propriété. La permission de voirie est, dit-il, « l'acte d'un propriétaire qui autorise l'utilisation de sa propriété dans la mesure où cette utilisation répond à une bonne exploitation économique, qui l'interdit ou la révoque dans le cas contraire, qui l'oriente enfin vers sa meilleure exploitation »⁸⁰⁴. Néanmoins, les permissions de voirie ne sont qu'une étape dans le processus d'autonomisation du pouvoir de gestion.

2. L'autonomisation de la gestion en matière d'usage collectif

134. Si effectivement les autorisations d'occupations privatives ont été originellement des actes de police, qu'en est-il alors du régime des utilisations collectives ? La reconnaissance d'une logique gestionnaire a en effet rencontré davantage de résistances en raison d'une représentation dogmatique ancrée dans l'esprit du juge et de la doctrine au début du XX^e siècle⁸⁰⁵, qui supposait le principe d'exclusivité du pouvoir de police concernant les utilisations collectives⁸⁰⁶. L'idée sous-jacente était que les utilisations collectives s'inscrivaient en relation directe avec l'affectation publique, notamment lorsqu'il était question de la voirie publique. Usages impersonnels, anonymes, gratuits et frappés par le principe d'égalité⁸⁰⁷, elles étaient

⁸⁰¹ P. LAROQUE, note sous CE, 6 mai 1932, *Demoiselle Taillandier* : S., 1932, III, p. 65.

⁸⁰² P. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 10^e éd., *op. cit.*, 2012, p. 156.

⁸⁰³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. III, *op. cit.*, p. 348.

⁸⁰⁴ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, *op. cit.*, p. 210.

⁸⁰⁵ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie*, *op. cit.*, p. 167.

⁸⁰⁶ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 224-225.

⁸⁰⁷ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 42 : « Tous les passants, tous les promeneurs usent de la rue au même titre ; nul n'a plus de droit que moi-même à traverser la chaussée en un point déterminé ».

aussi considérées comme le support de l'exercice de la liberté d'aller et de venir⁸⁰⁸. Dans des hypothèses considérées comme plus marginales, c'est-à-dire lorsqu'elles impliquaient un usage économique du domaine public, le commerçant était considéré comme n'étant que de passage sur le domaine public, noyé dans l'ensemble des utilisations collectives, pour ses besoins ou à la recherche de quelques chalands⁸⁰⁹. Dans ce contexte, l'autorité, investie du pouvoir de police, ne pouvait qu'intervenir en vue de la préservation de l'affectation, au prix de certaines limitations ou interdictions prises dans le respect des libertés publiques. L'exclusivité du pouvoir de police sur les usages collectifs fut ainsi la dernière réminiscence de la théorie du droit de garde, selon laquelle le domaine public était considéré comme un objet improductif, indisponible et dominé par l'affectation.

135. Ce schéma s'accordait mal avec les évolutions qu'a connu le domaine public. De nouveaux types d'usages, tels que la circulation routière, ont émergé et, dans un contexte de crise économique, de nouvelles nécessités, notamment celle de la protection des services publics⁸¹⁰, se sont imposées. Or, de même que pour les occupations privatives, le pouvoir de police est resté enfermé dans une acception restrictive, « le caractère même [de ce pouvoir] ne permettait qu'une intervention purement *administrative* ; il n'autorisait en particulier ni une intervention *financière* parce que le pouvoir de police n'a pas été organisé en vue d'un but financier, ni une intervention *économique* parce que le pouvoir de police n'a pas été organisé en vue d'un but de gestion »⁸¹¹. C'est par l'entremise de la réglementation des transports en commun que les préoccupations financières et patrimoniales ont pénétré les usages collectifs sur le domaine public⁸¹². Les jurisprudences relatives à la protection du service public de transport en commun furent le révélateur de l'extension de la logique gestionnaire aux usages collectifs. Certes, la protection du service public était déjà admise dès la seconde moitié du XIX^e siècle, mais cela uniquement au nom de l'exigence de l'ordre public : la poursuite d'un but financier était exclue. L'octroi d'un droit exclusif sur le domaine public ne répondait

⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 47. Le cas échéant, la liberté de commerce est présentée comme étant incluse dans la liberté d'aller et de venir. Sur la relation entre la circulation des commerçants et la liberté du commerce et de l'industrie : Cass. crim., 24 février 1858, *Anjouvin, D.*, 1858, I, p. 256 ; S. 1858, I, p. 408 ; CE, 20 mai 1904, *Lamarthonie, Rec.*, p. 409 ; CE, 5 juin 1908, *Riverain et Henry, Rec.*, p. 609. Également sur ce point, C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative, op. cit.*, p. 245 et s. ; D. MAILLOT, *La place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français*, Thèse, 1964, p. 118 et s.

⁸¹⁰ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative, op. cit.*, p. 246-247.

⁸¹¹ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie, op. cit.*, p. 167.

⁸¹² D. MAILLOT, *La place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français, op. cit.*, p. 145 et s. ; É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous, op. cit.*, p. 220 et s. ; C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative, op. cit.*, p. 248 et s. ; É. PICARD, *La notion de police administrative, op. cit.*, p. 295 et s. ; Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 225 et s.

qu'aux besoins de commodité de la circulation routière⁸¹³. Aussi, l'administration ne pouvait « créer un monopole de fait que si des raisons de police le [justifiait] »⁸¹⁴. C'est dire que l'octroi d'un droit exclusif à une entreprise concessionnaire ne pouvait être qu'un effet incident, voire accidentel, de la réglementation de police, et non le but directement poursuivie par elle⁸¹⁵.

136. Le célèbre arrêt *Société des bus antibois* est considéré comme un tournant à l'origine d'un tropisme qui a conduit à l'intégration à part entière des préoccupations financières. Certes, le juge administratif admet pour la première fois dans cet arrêt que la protection du service public puisse être un but légal et que l'interdiction édictée par le maire puisse être prononcée en vue d'« empêcher la concurrence de ces entreprises avec la société concessionnaire de transports en commun dans ladite agglomération »⁸¹⁶. Mais voir dans cet arrêt la consécration de la logique gestionnaire aux usages collectifs serait lui conférer une trop grande portée. D'une part, le but financier n'est intégré qu'indirectement, dans la mesure où la protection du service public permet d'assurer son équilibre financier, et à terme de garantir celui du budget de la commune. D'autre part, la mesure d'interdiction reste dans son principe une mesure de police dont la première finalité est la protection de l'ordre public. Il est délicat, à la lecture de cet arrêt, de percevoir une logique gestionnaire : l'intérêt financier n'est pas vraiment explicite, il est noyé dans l'ensemble des motifs de la mesure d'interdiction, couvert par la règle des motifs déterminants⁸¹⁷. L'arrêt *Société des bus antibois* n'est donc qu'une première étape, et c'est l'arrêt *Mironneau* qui approfondit, peu de temps après, la logique gestionnaire en matière d'usages collectifs. Le juge administratif ajoute aux circonstances exceptionnelles celle résultant de la bonne exploitation du domaine public⁸¹⁸, en vue de laquelle le système monopolistique est le mécanisme qui semble le plus efficient. Ainsi, la logique gestionnaire s'autonomise : « la réalisation du privilège d'exclusivité [se dissocie enfin] des nécessités de police »⁸¹⁹. Alors que le pouvoir de police s'arrête devant la porte de la patrimonialité, la notion

⁸¹³ Cass. crim., 24 février 1858, *Anjouwin*, D. 1858, I, 256 ; S., 1858, I, 408.

⁸¹⁴ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *Economica*, 1981, p. 246.

⁸¹⁵ Pour des exemples de la jurisprudence administrative, CE, 7 juin 1865, *Lesbats*, D., 1866, III, 29 ; CE, 8 décembre 1888, *Ponthas*, concl. Gauwain, S., 1890, III, 69, DP, 1890, III, 9. Sur ce point, M. P.-H. TEITGEN, *La police municipale. Étude sur l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Thèse Nancy, 1934, p. 369 ; D. MAILLOT, *La place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 152.

⁸¹⁶ CE, Sect., 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois* : *Rec.*, p. 117 ; S., 1932, 3, 65, note P. Laroque ; *D.P.*, 1932, 3, 60, concl. Latournerie et note Blaevoët ; *G.A.J.A.*, n°49.

⁸¹⁷ Il est en effet reconnu que les autorités de police puissent poursuivre des finalités qui ont traits à l'intérêt général ou de la meilleure exploitation du domaine public, v. G. WATRIN, « Quelques rapports entre les notions de police, domaine public et service public », *préc.*, p. 147, *spéc.*, p. 172 et s.

⁸¹⁸ P. LAROCHE note sur CE, 13 janvier 1933, *Mironneau*, S., 1933, III, p. 41 : « si le besoin auquel le service envisagé se propose de satisfaire est déjà suffisamment satisfait par les services existant, toutes les fois, en un mot, que la création du nouveau service ne sera pas justifiée par la bonne exploitation du domaine public ».

⁸¹⁹ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 251.

de « bonne exploitation du domaine public », qui doit être rapprochée de celle de « meilleure utilisation du domaine public », fournit un fondement autonome au pouvoir de gestion, à l'évidence en rupture avec les exigences du pouvoir de police⁸²⁰.

B. La consécration de l'autonomie de l'acte de gestion

137. Ce n'est qu'avec le Commissaire du gouvernement Chenot que se dessine l'édification d'une catégorie de la puissance publique autonome, à côté de la police. Le célèbre passage de ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie maritime de l'Afrique Orientale* entérine la dichotomie des pouvoirs sur le domaine public. En effet, « le domaine public n'est plus seulement un objet de la police administrative, c'est l'assiette d'un nombre toujours croissant de services d'intérêt général, et c'est un bien dont l'administration doit assurer dans l'intérêt collectif la meilleure exploitation »⁸²¹. Ses conclusions sur l'arrêt *Radio-Atlantique* témoignent de son adhésion à une acception de la police fermée à toute patrimonialité. C'est pourquoi la gestion est investie d'un rôle bien particulier : embrasser l'intervention patrimoniale et économique de l'administration sur le domaine public. « L'administration peut toujours, à l'occasion de la gestion du domaine public, et par les moyens des autorisations qu'elle accorde aux particuliers, transformer des entreprises privées en service public »⁸²². La référence à la propriété au fondement de la gestion est absente⁸²³ ; elle apparaît plus tard sous la plume de Guldner dans ses conclusions sur l'arrêt *Société nationale d'éditions cinématographiques*. S'appuyant sur une représentation utilitariste de la propriété, Guldner affirme que le domaine public « constitue une richesse dont [les personnes publiques] peuvent et doivent assurer la meilleure utilisation, et qu'elles sont en droit de tirer toutes les conséquences de leur droit de propriété dans la mesure où l'affectation au service public n'en est pas gênée »⁸²⁴. Le juge administratif parachève l'autonomie juridique du pouvoir de gestion vis-à-vis du pouvoir de police en matière

⁸²⁰ Contra É. Picard, *La notion de police administrative*, préc., t. II, *op. cit.*, p. 851 : « Ces conclusions mettent à nu le rôle normatif de la notion de meilleure utilisation : elles ne s'appuient nullement sur la thèse de la propriété ou sur la théorie de la gestion qui ne constituent que l'alibi juridique de la nécessité. Elles restituent, sans le dire, toute l'unité de la notion de police sur le domaine public ».

⁸²¹ B. CHENOT, concl. sur CE, 5 mai 1944, *Compagnie de l'Afrique Orientale* : RDP, 1944, p. 236.

⁸²² B. CHENOT, concl. sur CE, 6 fév. 1948, *Société Radio Atlantique et Société Radio Club Landais* : RDP, 1948, p. 244.

⁸²³ L'absence de référence à la propriété permet à Jèze d'interpréter exclusivement cette jurisprudence à l'aune du service public. Selon l'auteur, l'administration « a le droit et le devoir [d']aménager [le domaine public] et d'en organiser activement l'utilisation par les particuliers en vue de l'intérêt général, pour le meilleur fonctionnement possible du service public auquel la chose est affectée » (G. JÈZE, note sous CE 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, RDP, 1944, p. 239).

⁸²⁴ E. GULDNER, concl. sur CE, 20 déc. 1957, *Sté nationale d'éditions cinématographiques* : S., 1958, jurispr. p. 73.

d'occupations privatives⁸²⁵. Le considérant de principe de l'arrêt du 2 mai 1969 *Sté d'affichage Girandy*, qui reprend celui de l'arrêt *Société nationale d'éditions cinématographiques*, est des plus clairs : « il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation ; [...] ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni celui de la liberté de la presse, ni les règles établies pour la surveillance et le contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence, ne sauraient faire obstacle à l'exercice de ces pouvoirs de gestion »⁸²⁶. L'autonomie du pouvoir de gestion vis-à-vis du pouvoir de police se confirme aussi par l'intégration à part entière de l'intérêt financier comme motif de refus⁸²⁷, de résiliation⁸²⁸ ou de non renouvellement⁸²⁹ d'un titre d'autorisation. Les préoccupations financières ont également pénétré les réglementations des usages collectifs. L'instauration d'un monopole du service public en place sur le domaine public peut être guidée par la garantie de la rentabilité du service public. Dans la jurisprudence *Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes*, le juge administratif considère que la « meilleure utilisation du domaine public » suppose, le cas échéant, des mesures de protection et un droit exclusif, garantie de l'équilibre financier du service public : « qu'il appartient à l'autorité administrative d'organiser ce service en vue de la meilleure utilisation du domaine ; qu'à cette fin, elle est en droit, lorsqu'une concurrence serait de nature à compromettre l'efficacité de ce service de n'en confier la gestion qu'à une seule entreprise »⁸³⁰.

138. Mais les notions de commerce juridique et de gestion ont quelque peu changé de sens. La construction jurisprudentielle du pouvoir de gestion s'éloigne de la vision de Hauriou, selon laquelle la gestion rimait avec la collaboration entre l'administration et l'administré et selon laquelle la police avait sa place dans le commerce juridique, en tant que sous-composante de la gestion administrative. Hauriou avait pris le parti d'élargir la notion de commerce juridique, dans la volonté de l'ouvrir à la sphère du droit public. Dans l'évolution jurisprudentielle, la gestion du domaine public reste l'exercice de la puissance publique dans le commerce juridique, ce dernier étant entendu comme relevant de la patrimonialité et de

⁸²⁵ CE, 20 déc. 1957, *Sté nationale d'éditions cinématographiques* : *Rec.*, p. 702 ; *Gaz. Pal.* 26-28 févr. 1958 ; *JCP G* 1959, II, 10913, note Mimin ; *RDP*, 1958, p. 347 ; *RFDA*, 1958, p. 22 ; *S.* 1958, jurispr. p. 73, concl. Guldner.

⁸²⁶ CE 2 mai 1969, *Sté d'affichage Girandy* : *Rec.*, p. 238 ; *AJDA* 1970, p. 110, obs. de Laubadère. V. aussi CE, 3 mai 1963, Min. des Travaux publics c/ Commune de Saint-Brévin-Les-Pins : *Rec.*, p. 259 ; *AJDA*, 1963, II, p. 356 ; *RDP*, 1963, p. 1174, note M. Waline ; CE, 7 janv. 1987, Ville de Bordeaux : *Rec.*, p. 1 ; *AJDA*, 1987, p. 428 ; CE, 31 mai, 1989, *Société Ducœur et Bayssac* : *RDP*, 1989, p. 1814.

⁸²⁷ CE, 26 mai 1989, Commune de Saint-Martin-de-Ré, inédit au recueil Lebon.

⁸²⁸ CE, 4 mai 1959, *SNCF c/ Burfin* : *Rec.*, p. 264.

⁸²⁹ CE, 8 janv. 1960, Lafon : *AJDA*, 1960, p. 183.

⁸³⁰ CE 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes* : *Rec.*, p. 407 ; *AJDA*, 1972, p. 647, concl. Rougevin-Baville.

l'exploitation économique du domaine public ; surtout la police est exclue du commerce juridique, elle revient à une définition plus classique et ne relève pas du domaine de la propriété administrative, contrairement à ce que Hauriou ou Bernard avaient envisagé. Ce rétrécissement de la gestion domaniale autour de la patrimonialité a eu le mérite d'amorcer la dualité au sein de la gestion publique, en marquant la différence entre la gestion du domaine public et la gestion du service public⁸³¹.

139. Au sujet des contrats d'occupation du domaine public, les termes de la relation entre la gestion et la puissance publique sont différents, puisque l'autonomie de la gestion et de la police repose sur l'antinomie entre le contrat et la police⁸³². Outil juridique privilégié de la gestion domaniale, le contrat est en principe incompatible avec l'exercice du pouvoir de police. En conséquence, le contrat d'occupation du domaine public fonctionne en marge de la puissance publique, dans la mesure où celle-ci n'est incarnée qu'à travers la police. Une partie de la doctrine en a tiré la conclusion que les contrats d'occupation sont d'une nature civile. Certaines décisions ont d'ailleurs penché pour cette solution : le contrat d'occupation domaniale y est appréhendé en tant que « contrat de location », en contrepartie d'une rémunération versée à l'administration⁸³³. Certains auteurs ont pris le relais de ce courant jurisprudentiel, en militant pour la reconnaissance de véritables baux sur le domaine public⁸³⁴. À la rigueur, le juge administratif a reconnu le caractère administratif du contrat domanial mais uniquement en fonction de la nature de ses clauses et/ou de son objet⁸³⁵. Ainsi, le contrat d'occupation du domaine public est loin de former une catégorie unitaire et homogène. La position du juge a, par la suite, fait l'objet de vives critiques, et le décret-loi du 17 juin 1938⁸³⁶ l'a complètement enterrée en rangeant les contrats d'occupation du domaine public dans la

⁸³¹ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », préc., spéc., p. 278 : « La gestion du domaine public est une de ces activités d'exécution qui, à côté de celle des services publics administratifs, met en œuvre des prérogatives de puissance publique tout en restant aussi une activité, une opération patrimoniale avec des effets que le droit devra prendre compte ».

⁸³² J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, p. 3 ; J. PETIT, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Mélanges Jacques Moreau*, p. 345 ; H. RIPERT, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », préc., p. 5.

⁸³³ CE 7 décembre 1925, *Chemin de fer de l'État* ; Cass., 1^{er} décembre 1930, *Ville d'Aix-les-bains*, *D.P.*, 1931, I, p. 27 ; TC 5 mars 1934, *Worms*, p. 1243 ; TC, 11 janvier 1937, *Chavron et Selles*, p. 1109, *D.P.*, 1938, III, p. 70 ; *S.*, 1938, 3, p. 57 note Alibert. Sur ce point, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 13^e éd. *op. cit.*, 2008, p. 200, n°374.

⁸³⁴ Par ex. G. BRULLIARD, « Domaine public et contrats de louage », *DH*, 1938, chron., p. 21.

⁸³⁵ CE, 18 déc. 1936, *Prade* : *Rec.*, p. 1124 ; *DP*, 1938, 3, p. 70, note P.-L. Josse. *Adde* B. PLESSIX, « Contrats domaniaux », *J.Cl Propriétés publiques*, n° 10.

⁸³⁶ La formule a été reprise par l'article L. 84 du code du domaine de l'État et, aujourd'hui, par l'article L. 2331-1-1^o du code général de la propriété des personnes publiques : « sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1^o aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordés ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ». *Adde* Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 240, n° 468.

catégorie des contrats administratifs. Ce décret-loi a été le relais d'une parole doctrinale de plus en plus prégnante, qui encourageait la reconnaissance du caractère administratif du contrat d'occupation. Mais, au-delà de cette reconnaissance, le décret-loi a édifié un système au centre duquel se trouve le pouvoir de gestion⁸³⁷. L'exposé des motifs est à ce titre significatif : « le domaine public est cependant, par sa nature, essentiellement hors du commerce et, en conséquence, les contrats auxquels donne lieu la gestion du domaine public échappent à ce titre tant à la compétence des tribunaux judiciaires qu'aux règles de fond de notre législation civile ». C'est donc la particularité de la domanialité publique qui impose la nature administrative des contrats d'occupation⁸³⁸. Mais ce passage du décret-loi est particulièrement riche et appelle d'autres remarques. D'abord, les auteurs du décret confirment la relation directe entre le pouvoir de gestion et le contrat domanial⁸³⁹, en écho à la doctrine de Hauriou⁸⁴⁰. Ensuite, ils reconnaissent la nature spécifique de la gestion domaniale, tout comme celle du contrat d'occupation domaniale, en les plaçant en dehors des règles de droit civil : l'expression « hors du commerce » ne signifie pas l'exclusion hors du commerce juridique, mais seulement hors du commerce civil. Enfin, une jonction est opérée entre la puissance publique, la gestion domaniale et le contrat d'occupation⁸⁴¹. Le caractère « exorbitant » de la gestion domaniale se prolonge dans la nature administrative du contrat d'occupation du domaine public⁸⁴². La consécration du caractère administratif du contrat domanial a pour conséquence de rendre inapplicables les législations relatives à la révision des loyers⁸⁴³ et au statut du fermage⁸⁴⁴. Surtout, le décret-loi du 17 juin 1938 a balayé la possibilité pour les

⁸³⁷ Sur ce point, R.-E. CHARLIER, « Les contrats comportant occupation du domaine public », *JCP*, 1943, I, p. 372 ; J.-M. AUBY, « Les contrats comportant occupation du domaine public », *D.*, 1953, chron. p. 99.

⁸³⁸ A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. I, 2^e éd., 1984, LGDJ, p. 144.

⁸³⁹ La jonction fait entre la gestion du domaine public et le contrat d'occupation du domaine public désavoue certains analyses qui distinguent trois pouvoirs sur le domaine public : le pouvoir de police, le pouvoir au titre du droit de propriété et le pouvoir contractuel, v. R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., 1940, *op. cit.*, p. 658.

⁸⁴⁰ Chez Hauriou, le contrat implique nécessairement une situation de collaboration entre l'administration et l'administré donc le contrat relève d'une situation de gestion.

⁸⁴¹ Cette logique se retrouve pour les autorisations conventionnelles, v. circulaire relative à l'arrêté du 30 juillet 1970 devenu article A. 26 du Code du Domaine de l'État : « Les autorisations temporaires d'occupation du domaine public du type classique se présentent comme des actes unilatéraux de puissance publique. Il a paru plus conforme à l'esprit de l'arrêté du 30 juillet 1970 de donner aux titres d'autorisation ouvrant droit à indemnité en cas de retrait la forme d'une convention traduisant un accord de volonté de l'administration et de l'administré sur les conditions de l'occupation. Il va sans dire, cependant, que cette innovation ne confère aucunement à la convention, contrat d'occupation du domaine public ».

⁸⁴² Sur ce point, v. la présentation générale du Professeur B. PLESSIX, « Contrats domaniaux », *J. Cl. Propriétés publiques*, n° 11.

⁸⁴³ TC, 12 déc. 1942, Sté méditerranéenne combustible c/ Ch. com. Alger, *Rec.*, p. 320 ; *D.*, 1944, p. 17, note M. Waline.

⁸⁴⁴ CE, 15 nov. 1950, Durel : *Rec.*, p. 557.

occupants d'exploiter un fonds de commerce⁸⁴⁵. Le contrat domanial n'en reste pas moins un outil du commerce administratif sur le domaine public, instrument de la gestion domaniale.

140. Le dernier conflit entre la police et la gestion porte sur les permis de stationnement. La voirie publique, lieu originel de la gestion, connaît en effet deux types d'occupation privative. L'emprise sur le sol est l'élément clivant entre la permission de voirie et le permis de stationnement. En effet, le permis de stationnement est une simple occupation temporaire n'emportant pas d'emprise sur la dépendance domaniale, contrairement à la permission de voirie. Le lien profond entre l'usage de la voirie et le permis de stationnement, considéré comme consubstantiel à la circulation routière⁸⁴⁶, a conduit les auteurs à considérer le permis de stationnement comme une manifestation du pouvoir de police. L'origine de la distinction entre les types d'occupation réside aussi dans un avis du Conseil d'État qui avait déjà acté la différenciation entre les occupations privatives avec ou sans emprise⁸⁴⁷. Lorsque l'occupation est sans emprise, elle relève de la compétence de l'autorité de police ; dans le cas contraire, elle relève de l'autorité compétente chargée de la conservation⁸⁴⁸ qui est apparentée par certains auteurs à une manifestation de la propriété administrative⁸⁴⁹. Par la suite, la distinction entre la police et la gestion s'est substituée à celle opposant la police générale et la police de la conservation, mais l'octroi des permis de stationnement n'est toujours pas considéré comme un acte de gestion. La pratique administrative a ébranlé ce schéma, le permis de stationnement n'est plus forcément perçu comme le pendant de la circulation routière. Au contraire, il devient un usage autonome, indépendant du stationnement⁸⁵⁰. Aussi, il s'ouvre à d'autres usages en marge de l'affectation de la voirie publique et il se rencontre sur d'autres dépendances domaniales, en dehors de la voirie. Différents textes ont également donné la compétence aux autorités propriétaires, et non de police, pour délivrer des permis de stationnement⁸⁵¹, sans compter qu'aux termes de l'article 53 du Code du domaine de l'État⁸⁵²,

⁸⁴⁵ CE, Sect., 21 janv. 1949, Cie générale frigorifique : *Rec.*, p. 26 ; CE, Sect., 20 avr. 1956 : *Rec.*, p. 162, RDP, 1956, p. 575, concl. M. Long ; CE, 28 avr. 1965, Sté X : *AJDA*, 1965, p. 655, obs. L. Lamarque. Sur l'opposition entre le régime du fonds de commerce et la domanialité publique, O. de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Fonds de commerce et domaine public, *AJDA*, 2002, p. 792 ; R. RÉZENTHEL, « L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public : vers la fin d'un malentendu », *Gaz. Pal.*, 8-10 février 1998, p. 2.

⁸⁴⁶ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 46-47 : « il est évident que la liberté d'aller et de venir comporte également la liberté de s'arrêter, et le fait que l'arrêt se prolonge au-delà d'une durée quelconque ne saurait, juridiquement, modifier la nature et le caractère de cet arrêt ».

⁸⁴⁷ CE Avis 30 novembre 1882. Sur ce point, R. DE RÉCY, *Traité du domaine public*, t. II., 2^e éd., *op. cit.*, 1884, p. 282.

⁸⁴⁸ Cette distinction a connu une certaine postérité, Y. GAUDEMET, « Les constructions en volume sur le domaine public », *CJEG*, 1991, p. 297.

⁸⁴⁹ J. LAFERRIÈRE, *Le droit de propriété et le pouvoir de police*, 1908, p. 57.

⁸⁵⁰ Sur la confusion entre le stationnement et le permis de stationnement, C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *Economica*, 1981, p. 500 et s ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 230.

⁸⁵¹ Notamment l'article L. 131-5 du Code des communes.

le Préfet peut octroyer des permis de stationnement sur des dépendances du domaine public national où il n'exerce pas de pouvoir de police. Selon ce même article, « les autorités chargées de la gestion du Domaine public national ont délégation permanente des Préfets pour autoriser les occupations temporaires et le stationnement sur les dépendances de ce domaine »⁸⁵³ dont elles ont la garde. Mais la doctrine n'a pas totalement abandonné le critère de l'emprise afin de déterminer la frontière entre la police et la gestion⁸⁵⁴. Les hésitations de la jurisprudence⁸⁵⁵ et l'hétérogénéité des textes réglementaires et législatifs⁸⁵⁶ ne permettent pas de tracer une ligne de démarcation claire entre les deux pouvoirs. En raison de l'absence de critères distinctifs et de l'interchangeabilité des motifs qui guident le pouvoir de gestion et le pouvoir de police⁸⁵⁷, il est vain de délimiter leurs champs respectifs de manière prospective et inductive. Le permis de stationnement reste en tout état de cause un acte de police, mais il peut aussi être un acte de gestion. En effet, « si toutes les permissions de voirie doivent être regardées comme des actes de gestion domaniale, tous les permis de stationnement ne sont pas des actes de police »⁸⁵⁸.

141. Les différents freins à l'émergence d'un pouvoir de gestion se sont peu à peu effondrés. Les critères de l'emprise au sol et de l'anormalité n'ont pu contenir l'extension du pouvoir de gestion, qui a gagné les permis de stationnement et, d'une manière générale, l'ensemble des occupations privatives⁸⁵⁹. En outre, le critère de la nature de l'acte n'est plus opérant, le pouvoir de gestion est indifférent au cadre juridique de l'occupation du domaine public : la logique gestionnaire se retrouve aussi bien lorsqu'il s'agit d'une autorisation unilatérale que dans le cadre d'une autorisation contractuelle. La construction jurisprudentielle du pouvoir de gestion est parachevée lorsque la logique gestionnaire est étendue aux usages

⁸⁵² L'article 53 du code du domaine de l'État reprend les dispositions de l'article 2 du décret-loi du 19 juillet 1934.

⁸⁵³ H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 6^e éd., Dalloz, 1964, p. 31. L'auteur considère qu'« il s'agit, en réalité, sous le nom de délégation, d'un véritable transfert d'attributions qui s'impose aussi bien aux Préfets qu'aux services techniques ».

⁸⁵⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., LexisNexis, 2011, p. 294 ;

⁸⁵⁵ Sur la reconnaissance jurisprudentielle de la nature policière du permis de stationnement, v. CE, 3 juin 1932, Dulaurens-Pretecille : *D.*, 1932, III, p. 54, concl. Detton ; CE, 11 mai 1977, Ville Lyon : *Rec.*, 1977, p. 211 ; *RDP* 1978, p. 277. Sur la reconnaissance de la nature gestionnaire du permis de stationnement, CE, 18 nov. 1966, Froment et Veuve Clément (deux affaires) : *Rec.*, p. 607 ; *RDP*, 1966, p. 543, note M. Waline, et 987, concl. Galabert ; *AJDA* 1967. 45, note de Laubadère ; *JCP*, 15063, note Mourgeon ; CE 17 mars 1976, Aimé ; *DA* 1976, n° 141 – CE, 11 févr. 1998, Ville Paris c/ Assoc. défense droits artistes peintres place du Tertre : *AJDA* 1998, p. 523. V. aussi, J. Le PENNEC, *L'exercice des pouvoirs du maire sur le domaine public*, thèse, Rennes, 1970.

⁸⁵⁶ L'art. L. 2144-3 CGCT reconnaît au maire, autorité de police, la faculté de délivrer des permis de stationnement.

⁸⁵⁷ P. LAFAGE, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, *op. cit.*, p. 206.

⁸⁵⁸ J. DUFAU, *Le domaine public*, éd. du Moniteur, 4^e éd., t. 1, p. 204, cité par Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 224. V. aussi, P. LAFAGE, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, *op. cit.*, p. 140.

⁸⁵⁹ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie*, *op. cit.*, p. 169.

conformes⁸⁶⁰. Si le pouvoir de gestion s'est autonomisé par rapport au pouvoir de police, cela lui confère non seulement le pouvoir de réglementer les usages collectifs et privatifs en tenant compte l'intérêt économique et financier, mais cela lui donne aussi la possibilité de tirer profit du domaine public dans une perspective patrimoniale, structurée autour de la notion de redevance.

II. Le rapprochement entre la redevance et le pouvoir de gestion

142. La grammaire domaniale s'appuie sur la notion de redevance pour caractériser les conditions financières de l'occupation du domaine public. Cette notion est issue de l'Ancien Régime, et réapparaît dès le XIX^e siècle dans la doctrine administrative. Foucart ne la mentionne pas : au sujet des droits de circulation et des droits de navigation, il préfère le terme de contribution indirecte⁸⁶¹ ; le terme de redevance n'apparaît qu'en dehors du droit domanial, uniquement pour les concessions minières. Proudhon évoque la notion d'indemnité pour qualifier le coût de l'occupation sur un chemin public⁸⁶². À vrai dire, l'usage de la notion de redevance est plus fréquent dans les écrits de la seconde moitié du XIX^e siècle. Pour citer quelques exemples, la redevance est mentionnée par Batbie⁸⁶³ et par Gaudry⁸⁶⁴ concernant la concession et la permission de voirie sur le domaine public. Mais la généralisation de l'usage de cette notion est l'œuvre du législateur, en raison des lois du 20 décembre 1872⁸⁶⁵ et du 29 juillet 1881⁸⁶⁶. La redevance devient alors un vocable habituel, que ce soit dans le droit positif ou dans les analyses doctrinales. Cependant, l'accord sur l'usage de la notion de redevance est superficiel et ne dissimule pas les divergences autour de sa définition (A). Tributaire des conceptions domaniales, la redevance s'est éloignée de la matière fiscale au fur et à mesure de l'émergence du pouvoir de gestion sur le domaine public (B).

A. Les vicissitudes doctrinales de la notion de redevance

143. « Le caractère fiscal des redevances d'occupation privative est la conséquence directe de la nature [de police] des pouvoirs reconnus à l'administration sur le domaine public »⁸⁶⁷. Même si elle est présentée comme une évidence, la jonction entre la nature fiscale de la

⁸⁶⁰ CE, 18 nov. 1966, Froment et Veuve Clément : RDP, 1967, p. 987, concl. Galabert.

⁸⁶¹ E.-V. FOUCART, *Éléments de droit public et administratif*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 52 et s.

⁸⁶² J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public*, t. I, *op. cit.*, 1833, p. 309.

⁸⁶³ A. BATBIE, *Précis du cours de droit public et administratif*, 3^e éd., 1869, *op. cit.*, p. 15 et p. 184.

⁸⁶⁴ J.-A.-J. GAUDRY, *Traité du domaine*, t. I, 1862, *op. cit.*, p. 283, p. 390.

⁸⁶⁵ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, 1874, p. 102.

⁸⁶⁶ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 473.

⁸⁶⁷ *Ibid.*

redevance et le droit de garde est en réalité le fruit d'une construction qui véhicule une certaine représentation du domaine public. Si, dans le droit allemand du XIX^{ème} siècle, la figure du *Fiscus* et celle de l'État-puissance publique s'excluent mutuellement⁸⁶⁸, la matière fiscale apparaît, en droit français, intimement liée à la puissance publique puisqu'elle s'oppose à toute dimension patrimoniale, conformément à l'idée que le domaine public est insusceptible de faire l'objet d'un droit de propriété. Retirer de l'argent d'une utilisation domaniale se présente comme un fait accessoire à la surintendance de l'État⁸⁶⁹, impliquant l'obligation que la perception de la redevance soit autorisée annuellement dans les lois budgétaires. C'est pourquoi la réclamation d'une redevance ne peut reposer, pour la doctrine, que sur un fondement textuel et légal. Les lois du 20 décembre 1872 et du 29 juillet 1881 sont citées par les auteurs comme les moments de la généralisation des redevances sur le domaine public⁸⁷⁰, et par le juge administratif comme le cadre d'habilitation à destination des autorités administratives⁸⁷¹. En conséquence, et bien qu'elles soient incluses par la loi dans la catégorie des produits du domaine public, les redevances sont assimilées à des contributions indirectes⁸⁷², dans la continuité de la doctrine de Foucart. Néanmoins, leur définition fiscale est mise à mal à partir du début du XX^e siècle en raison d'un renouveau de la théorie de l'impôt. Alors que celui-ci se présente comme une recette destinée à « couvrir des dépenses d'intérêt général »⁸⁷³, la redevance apparaît comme la contrepartie de l'occupation du domaine public. Le *Dictionnaire des domaines* de Maguéro met en exergue l'opposition entre la nature de la redevance et la matière fiscale. En partant notamment de la doctrine de Vignes⁸⁷⁴, il est affirmé que « le caractère essentiel de l'impôt [...] est d'être une charge commune imposée en principe à tous les citoyens, en échange de la protection ou des services généraux et collectifs que l'État

⁸⁶⁸ M. FROMONT, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, Paris, LGDJ, « BDP », t. 33, 1960, p. 69.

⁸⁶⁹ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 2^e éd., 1874, *op. cit.*, p. 101 : « Le ministre des finances, et sous ses ordres l'administration de l'enregistrement et des domaines, dans les attributions desquels est placée la gestion du domaine de l'État, n'intervient au contraire qu'accessoirement en ce qui touche les dépendances du domaine public ».

⁸⁷⁰ E. MAGUÉRO (dir.), « Occupation du domaine public », in *Dictionnaire des domaines*, 1899, *op. cit.*, p. 500 : « La légitimité de la perception des redevances est donc indiscutable pour toutes les occupations du domaine public, sans distinguer entre les diverses dépendances de ce domaine, maritime, fluvial ou terrestre » ; P. REGRAY, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, *op. cit.*, pp. 312-313. Il existait déjà la loi du 16 juil. 1940 qui imposait le paiement d'une redevance pour les prises d'eau sur les fleuves et les rivières navigables.

⁸⁷¹ CE, 9 juil. 1920, Cie générale des eaux : *Rec.*, p. 693 : « Considérant qu'en édictant ces dispositions, le préfet n'a fait qu'[...] exercer le droit que les lois de finances reconnaissent à l'État de percevoir des redevances sur ledit domaine ».

⁸⁷² Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 2^e éd., 1874, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁷³ G. JÈZE, *Cours élémentaires de sciences des finances et de législation financière française*, M. Giard & E. Brière, 1912, p. 703-704.

⁸⁷⁴ E. VIGNES, *Traité des impôts en France considérés sous le rapport du droit, de l'économie politique et de la statistique*, t. I, 3^e éd., Guillaumin, 1872, p. 1 : « Les dépenses publiques ayant pour but de satisfaire aux besoins collectifs de la société, il est légitime de demander à tous les citoyens les ressources nécessaires pour y parvenir. De là l'impôt, ou contribution imposée à chaque citoyen pour prix des services et de la protection qu'il reçoit de la société ».

leur assure [...]. L'impôt est donc général et obligatoire. Or, la redevance exigée d'un concessionnaire admis à jouir privativement d'une portion du domaine public n'offre aucun de ces caractères ; essentiellement variable, elle forme la contre-partie d'avantages spéciaux assurés à une personne déterminée qui reste libre de s'affranchir de l'obligation de la payer en renonçant aux droits corrélatifs que ce paiement lui assure »⁸⁷⁵.

144. La doctrine est donc à la recherche d'un autre fondement. Ducrocq⁸⁷⁶, Berthélémy⁸⁷⁷, Hauriou⁸⁷⁸ et Jèze optent à ce titre pour une catégorie civiliste, précisément pour un rapprochement entre la notion de loyer et celle de redevance, sans doute en souvenir de certains textes qui ont assimilé l'occupation à une location⁸⁷⁹. La convergence des positions de ces trois auteurs sur ce point peut surprendre tant leurs postulats théoriques sont divergents. Hauriou est plus enclin à l'usage des catégories civilistes, si bien que la référence au loyer s'inscrit logiquement dans la continuité de son approche propriétaire de la domanialité publique⁸⁸⁰ ; elle semble par contre décalée chez Berthélémy, en raison des substrats théoriques de sa construction fermée à l'idée de propriété. La qualification de la redevance par la notion de loyer paraît artificielle dans la mesure où, consent l'auteur, l'engagement de l'administration « n'est pas identique à celui d'un propriétaire qui loue son bien ; sa stipulation seulement ressemble à la stipulation d'un loyer »⁸⁸¹. La référence au loyer dans la théorie de Jèze est tout aussi surprenante puisque l'auteur rejette également la propriété du domaine

⁸⁷⁵ E. MAGUÉRO (dir.), « Occupation du domaine public », in *Dictionnaire des domaines*, 1899, *op. cit.*, p. 500. V. aussi, H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1904, p. 423 : « Il n'en est pas moins vrai que leur occupation privative constitue un avantage qui n'appartient pas à tout le monde. Ce n'est pas pour racheter les inconvénients de leur occupation, c'est pour compenser le profit qu'ils en retirent, qu'ils doivent, très légitimement, être astreints à une redevance » ; H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 69.

⁸⁷⁶ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, t. IV, 7^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 314. Pour l'auteur, la redevance est « le prix de location payé par le concessionnaire ».

⁸⁷⁷ *Ibid.* : « Cette redevance [...] n'est pas une taxe. C'est le prix d'un service rendu ; c'est un loyer. Sans doute, il n'y a pas ici un bail du domaine public, avec toutes les conséquences attachées à ce genre de contrat. L'administration ne s'engage pas à procurer au permissionnaire la jouissance privative et paisible, pour un temps donné, de l'emplacement dont elle autorise l'occupation ».

⁸⁷⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 8^e éd., *op. cit.*, 1914, p. 735 ; *ibid.*, 11^e éd., 1927, p. 860 : « Les permissions d'occupation temporaire sont accordées moyennant des redevances qui, très logiquement, ont le caractère juridique de loyers ». V. aussi, G. RENARD, *Cours élémentaire de droit public*, Sirey, 1922, p. 168 : « les redevances perçues à propos des permissions et concessions accordées par le pouvoir domanial présentent le caractère de prix ou de loyers » ; C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 90 ; R. BONNARD, *Précis de droit public*, 6^e éd., *op. cit.*, 1944, p. 295.

⁸⁷⁹ Par exemple, Art. 7-3^o de la loi du XI frimaire an VII – Art. 5 § 1 de la loi de finances du 29 juillet 1881, cités par Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 272.

⁸⁸⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 1^e éd., *op. cit.*, 1893, p. 532-533. Dans la première édition de son *Précis de droit administratif*, Hauriou n'utilise pas la notion de loyer. Mais il affirme que « Les personnes administratives, qui sont au fond propriétaires des dépendances de leur domaine public, ont le droit de retirer de ces choses toute utilité qu'elles peuvent donner, tant que cela ne porte pas atteinte à leur destination ». Le rapprochement entre le loyer et la propriété est plus explicite dans la 12^e édition, Hauriou juge que les redevances domaniales relève de « l'exercice du droit de location inhérent à la propriété » (*ibid.*, 12^e éd., 1933, p. 784).

⁸⁸¹ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., 1904, *op. cit.*, p. 424.

public. Le recours de Jèze au loyer se comprend en réalité par une distinction entre les facettes juridique et économique de l'occupation domaniale : « la permission de voirie économiquement n'est pas autre chose qu'une demande de location d'une chose »⁸⁸².

145. Cependant, l'usage de la notion de loyer n'est pas pleinement satisfaisant parce que, pour une autre partie de la doctrine, cette notion est impropre à expliquer le caractère juridique de la redevance. Pour Passez, « il n'y a rien de comparable entre un bail conclu dans un immeuble appartenant à une collectivité publique ou l'affermage d'une forêt ou de pâturages et l'occupation d'une dépendance de la domanialité [...]. La permission de voirie, autorisation de police, n'a rien de commun avec un bail, contrat de droit privé ; et la redevance qui l'accompagne ne peut être un loyer »⁸⁸³. Pour Bonnard, la raison du rejet est différente : l'idée de loyer contrevient à la règle d'indisponibilité du domaine public⁸⁸⁴. Trotabas propose un autre argument. Il récuse cette terminologie car le loyer appelle un accord contractuel qui est contredit par la plupart des cas où la redevance est exigée à partir d'actes unilatéraux, notamment par le cas des permissions de voirie⁸⁸⁵. Ce point de vue est développé par de Laubadère : « l'idée de location est à écarter mais pour une raison : la location est un contrat, la situation du locataire est une situation contractuelle. Or dans tous les cas de permis de stationnement comme de permission de voirie, la situation de l'usager est entièrement unilatérale même en ce qui concerne l'élément financier »⁸⁸⁶. D'autres voies sont en conséquence explorées. En premier lieu, bien que Dementhon admette que « l'exigibilité des redevances dérive pour l'État de son droit de propriété », il réhabilite la notion d'indemnité. L'auteur retient une conception ancienne de l'occupation domaniale, qui la lie à l'idée de privilège et de faveur. La redevance est « le prix de cette jouissance exceptionnelle ; c'est la contre-partie des avantages individuels spéciaux conférés au permissionnaire aux dépens de la jouissance commune »⁸⁸⁷. De Laubadère propose une définition plus moderne, il évacue de la définition de l'occupation son caractère exceptionnel : la redevance n'est donc pas une indemnité ni un impôt, ni une taxe ni un loyer. Il propose une voie médiane en assimilant la redevance à un produit de la propriété administrative. De Laubadère souligne, à l'heure de sa thèse, un tropisme jurisprudentiel qui tend vers la consécration du lien entre redevance et

⁸⁸² G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, 1926, *op. cit.*, p. 237.

⁸⁸³ C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 92.

⁸⁸⁴ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1944, p. 295.

⁸⁸⁵ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 88, v. aussi p. 97. V. aussi, H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 69 : « Bien que correspondant souvent à la valeur locative, elle ne constitue pas précisément un loyer puisque l'autorisation n'est pas un bail ».

⁸⁸⁶ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie*, *op. cit.*, p. 263.

⁸⁸⁷ H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 69.

propriété. Aux fins de sa démonstration, l'auteur s'appuie sur une définition à la fois fonctionnelle et utilitariste de la propriété. Non sans contradiction, il se réfère à la conception du giste et objectiviste de la propriété privée – fonction sociale de détention de richesse – pour justifier les pouvoirs de l'administration dans une optique pourtant teintée de subjectivisme : « le propriétaire cède les utilités de sa chose, il peut se réserver le droit de participer à ces utilités, c'est-à-dire aux bénéfices réalisés par l'occupant »⁸⁸⁸.

146. Parallèlement aux discussions sur le caractère juridique de la redevance, les débats ont également porté sur son étendue. Pour certains auteurs, la redevance, dans sa version extraite de la matière fiscale, est cantonnée aux occupations anormales (compatibles). Pour Berthélemy, la redevance exigée pour un usage conforme est possible mais elle présente « les caractères d'un *péage*, c'est-à-dire d'un *impôt* », parce qu' « il ne s'agit plus d'une faveur dont on jouit, d'une tolérance dont on a le bénéfice, il s'agit d'un droit dont l'exercice peut être seulement réglementé »⁸⁸⁹. Bonnard s'inscrit dans la même perspective : « comme il s'agit de l'usage normal du domaine, l'administration n'intervient plus comme propriétaire : ainsi disparaît le fondement de l'idée de loyer »⁸⁹⁰. Par ailleurs, il y a lieu, pour la doctrine, de différencier les différentes hypothèses en fonction de la présence ou non d'une emprise sur le domaine public. Berthélemy⁸⁹¹, comme Regray⁸⁹², proposent de circonscrire les redevances non fiscales aux occupations emportant emprise sur le domaine public. D'autres auteurs préconisent enfin de distinguer en fonction des actes juridiques. La concession est le lieu privilégié de la redevance non fiscale, ainsi que le souligne le *Dictionnaire des domaines* dirigé par Maguéro⁸⁹³. La thèse de Trotabas fit œuvre de clarification. Selon l'auteur, le caractère non fiscal de la redevance est acquis pour les concessions, mais il l'est aussi pour toute occupation domaniale. Le propos de Trotabas est de transcender la distinction entre les permissions de voirie et les permis de stationnement, il n'y a plus à distinguer entre les occupations emportant ou non emprise sur le domaine public. L'auteur privilégie l'objet des actes : « le stationnement, comme la permission, est un mode d'utilisation *privative* et l'on ne saurait dès lors faire intervenir une prétendue différence dans les caractères juridiques de ces deux utilisations pour

⁸⁸⁸ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie*, *op. cit.*, p. 271.

⁸⁸⁹ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., 1904, *op. cit.*, p. 425. Pour cela, l'auteur fournit une interprétation de l'art. 7 § 3 de la loi du 11 frimaire an VII, qui mentionne « le produit de la location des places dans les halles, marchés et chantiers, sur les rivières, les ports et les promenades publiques ». Selon BERTHÉLEMY, la redevance exigée ne doit pas être entendue comme un loyer mais comme une recette fiscale.

⁸⁹⁰ R. BONNARD, *Précis de droit public*, 6^e éd., 1944, *op. cit.*, p. 296.

⁸⁹¹ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3^e éd., 1904, *op. cit.*, p. 428-429.

⁸⁹² P. REGRAY, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, *op. cit.*, p. 312 et s.

⁸⁹³ E. MAGUÉRO (dir.), « Occupation du domaine public », in *Dictionnaire des domaines*, 1899, *op. cit.*, p. 500.

établir une distinction dans la nature de la redevance »⁸⁹⁴. De Laubadère parvient à la même conclusion en intégrant la redevance administrative dans l'exercice de la propriété, la faculté de réclamer une redevance est ainsi indifférente à l'occupation et à la forme de l'acte.

B. La clarification apportée par le juge sur la définition de la redevance

147. À une analyse doctrinale bigarrée succède un propos plus unitaire. À partir de la seconde moitié du XX^e siècle, sous l'impulsion de la thèse de de Laubadère, la définition de la redevance, en tant que dérivé du droit de propriété, est globalement partagée par la doctrine. Lenoir, et plus tard le Professeur C. Teitgen-Colly⁸⁹⁵, militent dans leurs thèses respectives pour une vision propriétaire des redevances. Dans sa note sous l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage et de chauffage par le gaz et l'électricité*, L. Renaud participe aussi à ce mouvement en estimant que l'État peut « établir et percevoir toutes les redevances qu'en comporte normalement la gestion et notamment celles qui correspondent à l'utilisation privative de ce domaine »⁸⁹⁶. Mais cette solution est loin d'être acquise dans le droit positif et dans le raisonnement de ses organes d'interprétation. Lecteur attentif de la jurisprudence, de Laubadère pondère dans son *Traité de droit administratif* le point de vue qu'il avait développé dans sa thèse : il est obligé de s'incliner devant les solutions jurisprudentielles qui voient toujours « dans la redevance une taxe assimilée aux contributions indirectes »⁸⁹⁷. Il y a bien un décalage entre le discours doctrinal et la jurisprudence. L'arrêt *SA affichage Giraudy* qualifie pour la première fois la redevance de « produit de la gestion » du domaine public, mais qui « constitue [...] une recette de la nature de celles prévues par les dispositions du Code de l'Administration communale ». Deux interprétations sont possibles : soit le juge admet la gestion sous un angle propriétaire, et il y a donc une contradiction à percevoir la redevance comme une taxe ; soit l'assimilation de la redevance à une taxe dénote une gestion en dehors de la propriété publique, ce qui signifie que la redevance doit s'extraire définitivement de la matière fiscale pour que son intégration dans le pouvoir de gestion et dans la propriété publique soit acquise. Du reste, l'inadéquation entre les discours doctrinaux et la jurisprudence se vérifie compte tenu de la répartition des compétences, issue de la jurisprudence *Bonnard* du

⁸⁹⁴ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁹⁵ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *op. cit.*, p.

⁸⁹⁶ L. RENAUD, note sous CE, 28 juin 1957, *Compagnie générale d'éclairage et de chauffage par le gaz et l'électricité* : *CJEG*, 1957, I.

⁸⁹⁷ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif des biens*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, p. 201. Sur la jurisprudence, TC, 20 janv. 1945, *Sieur Robin c/ Commune de Noiseau* : *Rec.*, p. 273 ; CE, 28 juil. 1947, *Ville de Cannes* : *Rec. T.*, p. 582. V. aussi, J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 177 : « Aujourd'hui la redevance a pris un caractère unilatérale très accentué. La jurisprudence a d'ailleurs décidé qu'elle devait être considérée comme une taxe fiscale ».

20 décembre 1957, entre le juge administratif et le juge judiciaire en cas de contestation de la redevance⁸⁹⁸. Hormis quelques parenthèses jurisprudentielles⁸⁹⁹, « le juge administratif et le juge judiciaire sont concurremment compétents pour apprécier la légalité des actes qui fondent la perception de la redevance, le premier à l'occasion du contentieux de l'annulation des actes, le second par voie d'exception à l'occasion du plein contentieux de la redevance »⁹⁰⁰. La construction jurisprudentielle a néanmoins conforté la règle générale d'attribution du contentieux des contributions indirectes au juge judiciaire.

148. L'arrêt *Chambre de commerce et d'industrie du Var* sonne le glas de la répartition des compétences, le juge administratif se reconnaissant implicitement compétent pour apprécier la légalité de la redevance⁹⁰¹. La solution doit être lue en creux à la lumière des conclusions du Commissaire du Gouvernement O. Fouquet qui affirme que « la redevance est caractéristique d'une opération de puissance publique, l'exploitation de son domaine public par une collectivité qui en fixe unilatéralement les conditions »⁹⁰². La formulation est reprise explicitement dans la jurisprudence *Commune de Montrouge c/ Sté pour la construction en accession et location (SOCAL)*⁹⁰³, selon laquelle les droits de voirie « ne sauraient être assimilés [...] à des contributions indirectes mais se rattachent à des actes et opérations de puissance publique, relevant à ce titre de la compétence de la juridiction administrative ». Le juge administratif interprète le cadre d'habilitation en sa faveur en développant un raisonnement mêlant redevance, exploitation du domaine public et puissance publique. L'association entre la redevance et l'exploitation du domaine public exclut la qualification de contribution indirecte, l'association entre la redevance et la puissance publique exclut la compétence du juge judiciaire.

149. *Conclusion §1.* L'édifice prétorien du pouvoir de gestion prolonge une construction théorique qui associe patrimonialité et puissance publique. Le pouvoir de gestion est la réunion de la prise en compte de l'intérêt financier et de l'exploitation pécuniaire du domaine public. Le pouvoir de gestion n'est pas seulement la gouvernance d'un bien, il correspond

⁸⁹⁸ CE, 20 déc. 1957, Bonnard : *Rec.*, p. 1957.

⁸⁹⁹ CE, 17 oct. 1956, Ville de Perpignan : *Rec.*, p. 372 ; CE, 11 avril 1986, Ministre du budget c/ Société « Le domaine des Embiez » : *Rec.*, p. 86 ; *RJF*, n° 6/86, n° 613.

⁹⁰⁰ O. FOUQUET, concl. sur CE, 22 déc. 1989, Chambre de commerce et d'industrie du Var : *RFDA*, 1990, p. 649.

⁹⁰¹ CE, Sect., 22 déc. 1989, Chambre de commerce et d'industrie du Var : *Rec.*, p. 268 ; *RFDA*, 1990, p. 650, concl. O. Fouquet ; *JCP*, 1990, 21538 ; *D.*, 1991, somm. 142, obs. Llorens et Soler-Couteaux ; *LPA*, 15 juin 1992, p. 18, note Boudine.

⁹⁰² O. FOUQUET, concl. sur CE, 22 déc. 1989, Chambre de commerce et d'industrie du Var, préc.

⁹⁰³ CE, 5 mai 1993, Commune de Montrouge c/ Sté pour la construction en accession et location (SOCAL), *Rec.*, T., p. 675 ; *LPA*, 30 sept. 1994, p. 4, concl. B. du Marais.

aussi à l'administration d'un patrimoine⁹⁰⁴. Aussi, désormais catégorie juridique du droit positif, le pouvoir de gestion devient par la même occasion un objet d'analyse doctrinale et son identité de puissance publique fait débat, dans la mesure où les productions doctrinales divergent sur ses fondements.

§2. LES DÉBATS DOCTRINAUX AUTOUR DE L'IDENTITÉ DU POUVOIR DE GESTION

150. L'élargissement des motifs en matière de refus ou de non renouvellement des autorisations et l'intégration des préoccupations gestionnaires au sein des usages collectifs ont créé un point de tension au sein de la doctrine. Les tentatives doctrinales pour ramener le pouvoir de gestion dans le giron du pouvoir de police s'avèrent infructueuses (I). C'est en définitive la vision propriétaire qui s'impose : la doctrine associe patrimonialité et propriété pour comprendre le pouvoir de gestion et sollicite « l'effet d'exaltation de l'affectation » pour fonder son identité de puissance publique (II).

I. Les théories en faveur de l'exclusivité du pouvoir de police sur le domaine public

151. Le courant doctrinal, représenté par les Professeurs C. Klein et É. Picard, défendent, dans la continuité de Watrin, le principe de l'exclusivité du pouvoir de police sur le domaine public, en menant une réflexion de fond sur la notion de police. La principale finalité de leur démarche est de donner une nouvelle acception au pouvoir de police, permettant d'embrasser les nouveaux mécanismes d'exploitation du domaine public. Ces auteurs ont ravivé une lecture radicale de la distinction entre la souveraineté et la propriété. Selon eux, la puissance publique, incarnée par la police, est issue de la souveraineté et elle ne saurait inclure un *dominium*⁹⁰⁵. Ce faisant, ils ressuscitent la conception du domaine public issue du XIX^e siècle : le principe d'exclusivité du pouvoir de police se conjugue avec l'absence d'un droit de propriété sur le domaine public. Cette doctrine reprend à son compte une conception de la propriété circonscrite à la sphère privée : « le droit de propriété s'analyse [...] comme un rapport juridique entre une volonté autonome et une chose, rapport dont l'opposabilité aux tiers est garantie par le droit. Le droit de propriété est tout à la fois un droit subjectif, un pouvoir d'auto-détermination, une garantie de la liberté libérale et une véritable liberté publique

⁹⁰⁴ Sur les deux conceptualisations de la propriété, M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie de droit*, *op. cit.*, p. 24 et s. et p. 198 et s.

⁹⁰⁵ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. II, *op. cit.*, p. 845-846 : « On ne voit pas non plus en quoi cette puissance publique, qui dispose par nature d'un pouvoir de souveraineté sur tous les objets de son ressort, gagnerait quoi que ce soit à compléter – ou à abîmer – son *imperium* en une sorte de *dominium* ».

opposable à la puissance publique et à ses sujets »⁹⁰⁶. En se référant uniquement à la doctrine privatiste et notamment à Josserand⁹⁰⁷, les Professeurs É. Picard et C. Klein nous livrent une définition réductrice de la propriété à partir du modèle du Code civil⁹⁰⁸ et, ce faisant, ils oublient les efforts de Hauriou, de Rigaud et de de Laubadère, pour conceptualiser une propriété administrative distincte de la propriété privée. De leur avis, le rattachement de la puissance publique est problématique : il est difficile de concevoir la propriété privée au fondement de la puissance publique alors qu'elle est en principe en position d'extériorité vis-à-vis de la puissance publique. Aussi, il apparaît difficile, pour ces auteurs, de comprendre « comment la puissance publique pourrait se voir reconnaître une liberté dont l'essence, comme celle de toutes les autres libertés publiques, est de n'être reconnue qu'aux individualités qui sont assujetties à cette puissance »⁹⁰⁹. En particulier, le Professeur É. Picard analyse, dans le sillage de l'école du service public, le contrôle de légalité à la lumière du droit objectif, ce qui a pour conséquence de vider le droit de propriété de sa substance lorsqu'il se meut à travers le pouvoir de gestion. Selon le Professeur É. Picard, il y a en effet une incompatibilité de principe entre le contrôle de légalité, contrôle objectif, et la subjectivité du droit de propriété : « le principe de légalité ne laisse place, au profit de la puissance publique, à aucun droit subjectif – mais seulement à une certaine marge de pouvoir discrétionnaire –, puisque sa raison d'être est d'objectiver toute action administrative »⁹¹⁰. Par contre, le contrôle de légalité est présenté par l'auteur comme étant adapté à l'acte de police. Ce dernier est en effet perçu comme un acte d'autorité et suppose nécessairement un contrôle objectif⁹¹¹ : le recours pour excès de pouvoir

152. Dans une certaine mesure, le Professeur É. Picard s'inscrit dans la continuité de la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Il rapproche la puissance publique d'un commandement, expression d'une volonté supérieure à celle des individus. Derrière cette démonstration, c'est une conception spécifique de la puissance publique qui est défendue, structurée autour de la police. Le Professeur É. Picard, attaché à une conception libérale de l'État, est convaincu que le régime de la police est le plus à même de répondre à la protection des libertés publiques dont le domaine public est le siège. Il y a certainement une filiation entre

⁹⁰⁶ *Ibid.*

⁹⁰⁷ L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges Sugiyama*, p. 95.

⁹⁰⁸ C. KLEIN, *La police du domaine public*, LGDJ, 1966, p. 29 et s.

⁹⁰⁹ É. PICARD, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, t. II, p. 845.

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ F. MOREAU, *Le règlement administratif. Étude théorique et pratique de droit public français*, 1902, Paris, A. Fontemoing, p. 16 ; J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 49 et s. Sur ce point, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 432.

sa théorie et celle de Berthélemy⁹¹². Comme son prédécesseur, le Professeur É. Picard théorise une puissance publique contraire à l'exercice d'un droit subjectif. Sa théorie est traversée par la conviction que les libertés se portent mieux lorsqu'elles sont face à une puissance publique enfermée dans un système où règne exclusivement le droit objectif⁹¹³. Dans l'hypothèse d'un rattachement de la puissance publique au droit de propriété, le pouvoir de gestion est condamné parce qu'il offrirait à l'administration « une fonction parallèle de police qui échappe au droit statutaire »⁹¹⁴. Le pouvoir de gestion serait un pouvoir qui existe sans habilitation, contrairement à la police, et qui permettrait « d'imposer sans texte de véritables mesures disciplinaires »⁹¹⁵. Repensée dans un cadre institutionnel, la police relève uniquement du droit statutaire et disciplinaire⁹¹⁶, c'est-à-dire de la facette objective de l'institution. Si la théorie de l'institution est au cœur de la théorie du Professeur É. Picard, elle ne revêt pas, sous certains aspects, les mêmes significations. L'auteur exclut toute dimension subjective, surtout lorsqu'il est question de la puissance publique. La police est appréhendée sous l'angle unique du droit objectif, alors que Hauriou l'avait ventilée entre le droit objectif et le droit subjectif, en l'intégrant en partie dans le commerce juridique. La théorie du Professeur É. Picard est en fin de compte la théorie de l'institution, mais éclairée uniquement par les préceptes de Berthélemy et, dans une certaine mesure, par ceux de Duguit⁹¹⁷.

153. À l'appui de leurs démonstrations, les Professeurs C. Klein et É. Picard pointent un élément non négligeable, la confusion générique, dans la mesure où il est parfois difficile de distinguer ce qui relève de la gestion et ce qui relève de la police. Le Professeur É. Picard a démontré avec une certaine pertinence la faiblesse des analyses qui se sont évertuées à définir des critères de distinction entre le pouvoir de police et le pouvoir de gestion⁹¹⁸. De même, le Professeur C. Klein considère que « police et gestion ne constituent que des techniques ayant un même objet et un même but », et d'autant plus « [lorsqu'] elles sont réunies dans les mêmes

⁹¹² H. BERTHÉLEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », préc., spéc. p. 212. Sur ce point, G. BIGOT, « Personnalité publique et puissance publique », préc.

⁹¹³ É. PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., t. II, p. 847.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ *Ibid.*, t. II, p. 846.

⁹¹⁶ Sur ces notions, L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, op. cit., p. 91 et p. 92.

⁹¹⁷ Cette position est une constante pour le Professeur É. PICARD, v. « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 651 : « Les prérogatives de puissance publique - la puissance publique elle-même, au sens organique ou fonctionnel du terme - n'ont de signification, de valeur et d'existence que fonctionnelles et conditionnelles. Selon le droit de l'État de droit, elles ne doivent et ne peuvent recevoir que ce type de statut. Étant instituées pour le service des fins de l'État de droit, elles sont, avec un sens néanmoins un peu différent de ce que disait L. Duguit, des "pouvoirs-devoirs objectifs". Les droits fondamentaux, quant à eux, seraient plutôt subjectifs ».

⁹¹⁸ Pour un exemple, J. CATHELIN, note sous TA, Bordeaux, 17 octobre 1962, *Froment, D.*, 1963, p. 575.

mais, il n'y a aucune raison juridique de les distinguer »⁹¹⁹. À cela s'ajoute l'idée que la gestion et la police ne diffèrent pas non plus du point de vue des qualifications. La police n'est pas simplement un pouvoir cantonné dans un rôle passif, source de sanctions, c'est-à-dire, pour reprendre la formule de Bonnin, une prérogative « dirigeante par nature » et « réprimante par essence »⁹²⁰, elle est aussi source d'obligations⁹²¹. Au même titre que la gestion, la police peut orienter l'activité des usagers dans un but d'ordre public⁹²². Confrontés à l'incompatibilité entre la police et la patrimonialité, les Professeurs É. Picard et C. Klein consentent à l'idée que, dans son acception libérale, la notion de police est un réceptacle limité afin d'accueillir les nouvelles évolutions domaniales⁹²³. Mais, au lieu de chercher un nouveau fondement, en l'occurrence le pouvoir de gestion, ces auteurs sollicitent davantage les notions de police ou d'ordre public afin d'y intégrer les nouvelles logiques agissant sur le domaine public. Le Professeur C. Klein insiste sur la flexibilité de la notion d'ordre public. Loin de l'idée qu'un élargissement de l'ordre public ne peut se faire sans une dénaturation de celui-ci, l'auteur présente au contraire l'ordre public comme un « label » suffisamment souple, apte à recevoir les considérations patrimoniales. L'intégration des logiques gestionnaires est, selon le Professeur C. Klein, le signe de « l'adaptabilité de la notion de police, mais inversement, [qui] exclut sa dénaturation »⁹²⁴. L'ordre public est ainsi une notion générale et générique, support juridique de l'ensemble des intérêts généraux de l'administration sur le domaine public ; en ce sens, l'ordre public ne présente guère de différence avec l'intérêt général. L'unité du but, l'intérêt général, appelle nécessairement un seul type d'intervention, qui ne peut qu'être celle du pouvoir de police, au regard de son lien intrinsèque avec l'ordre public. Le Professeur É. Picard appréhende le problème différemment en proposant une nouvelle définition de la notion de police. Le propos consiste à extraire l'ordre public de sa définition classique,

⁹¹⁹ C. KLEIN, *La police du domaine public*, *op. cit.*, p. 240-241.

⁹²⁰ C.-J. BONNIN, *Principes d'administration publique*, t. III, 3^e éd., 1812, p. 365-366, cité par G. BIGOT, « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, F. Melleray (dir.), LGDJ, 2003, p. 42, note n°51.

⁹²¹ É. PICARD, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, t. II, p. 285. Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 285.

⁹²² Pour des exemples : CE, 8 décembre 1972, Ville de Dieppe : *AJDA*, 1973, p. 28, chron. Cabanes et Léger : le Conseil affirme que la recherche de l'« agrément » de la circulation figure, à côté de la sécurité et de la commodité, parmi les buts en vue desquels la police municipale peut s'exercer ; CE, 23 novembre 1955, Dame Dupont, *D.* 1956 ; CE, 13 février 1942, Ville de Dôle : *Rec.*, p. 48 ; CE, 21 octobre 1955, Daquembronne : *Rec.*, p. 489 : légalité d'un arrêté selon lequel l'autorisation de place ne peut être accordée qu'à des personnes de bonne vie et mœurs, âgées d'au moins 21 ans et jouissant de leurs droits civils et politiques ; CE, 4 mai 1929, Lefèvre du Grosriez : *Rec.*, p. 470 : légalité d'un arrêté municipal imposant aux entrepreneurs, sous peine de retrait de leur autorisation, la mise en service quotidienne de leur véhicule sauf cas de force majeure. Sur ce point, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, *op. cit.*, 2001, p. 480-481, n° 583-584.

⁹²³ É. PICARD, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, t. II, p. 838 : « La notion de police a donc subi une crise, puis un éclatement, parce que, la définissant par référence à une notion matérielle d'ordre public à contenu fixe, la pensée juridique ne pouvait trouver dans cette dernière notion la justification de cette extension ».

⁹²⁴ C. KLEIN, *La police du domaine public*, *op. cit.*, p. 276.

construite en référence au fameux triptyque : sécurité, salubrité et tranquillité. Ce faisant, le Professeur É. Picard édifie la notion de « police du domaine public », qui sert de pont entre la police générale et les préoccupations gestionnaires. Cette police renvoie à un ordre public domanial, évidemment teinté de patrimonialité, mais conçu comme une sous-composante de l'ordre public général. Ainsi, il s'agit moins d'élargir la notion de police que d'intégrer la gestion dans la police, dans le but avoué de recréer l'unité catégorielle de la police, l'unicité des pouvoirs domaniaux et, *a fortiori*, l'unité de la puissance publique.

154. Quelles que soient les voies choisies par ces auteurs pour intégrer la gestion dans la police, il s'agit, pour l'un comme pour l'autre, de transcender l'opposition entre la patrimonialité et la police, ce qui, au regard de la distinction entre la souveraineté et la propriété, peut paraître problématique. La distinction entre la souveraineté et la propriété n'est pas seulement une séparation entre deux pouvoirs, elle représente une construction plus profonde qui oppose l'objectivisme et le subjectivisme, le public et le privé, la patrimonialité et la puissance publique. Pour ces deux auteurs, le rejet de la propriété sur le domaine public n'est alors qu'un alibi théorique, puisque la confusion entre la patrimonialité et l'*imperium* est malgré tout réalisée. La police est rattachée à la souveraineté tout en étant pénétrée par l'intérêt financier. Ils proposent, de plus, une vision de la police qui se monnaie : les autorisations d'occupation du domaine public, bien qu'elles soient octroyées en contrepartie d'une redevance, restent perçues comme des actes de police⁹²⁵, ce qui va à l'encontre du principe d'indisponibilité du pouvoir de police⁹²⁶. Aussi, un pouvoir qui ne peut être délégué⁹²⁷ ne saurait être le fondement des mécanismes de délégation des pouvoirs domaniaux, que ce soit à partir d'une concession domaniale ou de service public, ou simplement à partir d'un transfert de gestion⁹²⁸. Le problème ne peut se résoudre qu'à la condition de maintenir la

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 164 : « la police du domaine public a pour conséquence pour l'administration des facultés de jouissance intéressantes, un véritable fructus » ; p. 167 : « il y a au profit des collectivités publiques une véritable faculté de jouissance, de fructus rattachée à l'exercice de leur pouvoir de police ».

⁹²⁶ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 251, C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 64.

⁹²⁷ J. MOREAU, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat », *AJDA*, 1965, p. 3 ; M. DREIFFUS, « Service de stationnement payant et délégation de service public », *AJDA*, 200, p. 129 ; N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 431-432.

⁹²⁸ CE, 1^{er} avril 1994, Commune de Menton et autre, *D.*, 1994, p. 138 : Le juge estime que le Maire détient au regard de l'article L. 131-4 et L. 131-5 la compétence de réglementer le stationnement et le cas échéant, autoriser des permis de stationnement moyennant le paiement de droits, cette compétence ne peut qu'être exercée que par des agents sous l'autorité directe du Maire ; TC, 14 mai 1990, Cie Copagan-Copagaly-Taxitel c/ Préfet de police.

distinction entre la police et la gestion et de considérer que seules les prérogatives gestionnaires sont déléguées⁹²⁹.

155. En somme, la police du domaine public produirait tous les effets du droit de propriété : l'octroi des occupations temporaires, la réglementation des usages collectifs, l'affectation et la désaffectation du bien, mais sans y être rattachée. Les Professeurs C. Klein et É. Picard confondent ainsi deux pouvoirs : un pouvoir sur les personnes (le pouvoir de police) et un pouvoir sur une chose (le pouvoir de gestion). La police du domaine public est une puissance publique qui gravite dans le commerce juridique, mais à laquelle ces auteurs, et notamment le Professeur É. Picard, ne reconnaissent aucune subjectivité, en raison de son régime dominé par le contrôle de légalité. La référence à la propriété est exclue parce qu'elle signifierait, selon eux, la fin de l'unité de la puissance publique, menacée par l'émergence de la dualité des pouvoirs domaniaux sur le domaine public. Suivant leur perspective, seul le recours à la notion de police permettrait de préserver l'unité conceptuelle de la puissance publique. Mais, force est de constater que « l'intérêt général patrimonial ou financier est essentiellement étranger à l'ordre public. Cette limite matérielle de la notion d'ordre public manifeste que, sur ce point au moins, le droit administratif français est resté fidèle à la conception libérale de la police »⁹³⁰. Ainsi la police reste enfermée dans une définition qui la distingue fondamentalement de toute dimension patrimoniale. Face à l'impossibilité de distiller de la patrimonialité au sein de la puissance publique incarnée par le pouvoir de police, une autre partie de la doctrine choisit de justifier la patrimonialité par l'association de la puissance publique et de la propriété. Les termes du problème dévient : comment distiller de la puissance publique au sein de la propriété incarnée par le pouvoir de gestion ?

II. L'appréhension du pouvoir de gestion à travers le prisme de l'exorbitance

156. À la suite de la consécration jurisprudentielle du pouvoir de gestion, la théorie de la propriété administrative a été un outil d'analyse de l'intervention patrimoniale de l'administration. La postérité de la théorie de la propriété administrative est indubitable. Beaucoup de manuels et d'ouvrages plus récents lui accordent une importance particulière. De

⁹²⁹ Pour une critique plus approfondie des positions des Professeurs C. KLEIN et É. Picard, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 251.

⁹³⁰ J. PETIT, « La police administrative », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, 2011, p. 23.

Laubadère la porte jusqu'aux dernières éditions de son *Traité de droit administratif*⁹³¹. Les ouvrages de Trotabas⁹³², Lavroff⁹³³, Lenoir⁹³⁴, des professeurs Dufau⁹³⁵, Auby et Ducos-Ader⁹³⁶ reprennent cette théorie dans une perspective qui ne diffère qu'en peu de choses de celle de Hauriou⁹³⁷. Les thèses du Professeur H. Pauliat⁹³⁸ et du Professeur C. Teitgen-Colly⁹³⁹ en sont également les porte-parole. Cette dernière, particulièrement, associe la prise en compte de l'intérêt financier avec l'exercice de la propriété administrative.

157. L'analyse doctrinale du pouvoir de gestion a fait l'objet d'une refonte depuis l'avènement conceptuel de la théorie de la propriété publique. Ce changement sémantique représente, pour le moins, une véritable transformation des fondements théoriques du droit de propriété des personnes publiques⁹⁴⁰, et *a fortiori*, de l'approche du pouvoir de gestion. La théorie de la propriété publique, portée notamment par le Professeur Ph. Yolka⁹⁴¹, est en rupture avec la théorie de la propriété administrative de Hauriou : la propriété publique n'est plus, dans son acception, synonyme de domaine public, elle englobe l'ensemble des biens publics, qu'ils appartiennent au domaine public ou au domaine privé. L'autonomie du domaine public par rapport à la propriété était déjà théorisée sous la plume de Capitant et de Maroger, mais ces auteurs ne faisaient pas état d'un lien entre la personnalité publique et la propriété du domaine public. Le Professeur Ph. Yolka inaugure une troisième voie, à mi-chemin entre Hauriou et le radicalisme de Capitant et de Maroger. Le lien organique du domaine public est maintenu, mais la propriété publique n'est plus circonscrite au domaine public. Cette ouverture vers le domaine privé illustre surtout que l'identité de la propriété est le

⁹³¹ A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. II, 8^e éd., LGDJ, 1986, n° 299 et s.

⁹³² L. TROTABAS, *Manuel de droit public et administratif*, 9^e éd., LGDJ, 1956, p. 138.

⁹³³ D.-G. LAVROFF, *Le domaine des collectivités locales*, Dalloz, 1991, p. 7 : « Il s'agit d'une "propriété administrative", caractérisée par l'existence d'une affectation du bien, qui a pour effet de paralyser les conséquences du droit de propriété qui sont en contradiction avec celle-ci. Elle ne comporte pas un aspect de droit privé limité par une affectation de droit public mais en elle-même une notion autonome ».

⁹³⁴ Y. LENOIR, *Les domaines de l'État et des autres personnes publiques*, Sirey, 1966, p. 79.

⁹³⁵ J. DUFAU, *Le domaine public*, t. I, *Le Moniteur*, 4^e éd., 1994, p. 36.

⁹³⁶ J.-M. AUBY et R. DUCOS-ADER, *Droit administratif*, Dalloz, 7^e éd., 1986.

⁹³⁷ Sur la postérité de la théorie de propriété administrative, H. MOYSAN., *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.* p. 108.

⁹³⁸ H. PAULIAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 300 et s.

⁹³⁹ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 281 et s.

⁹⁴⁰ Ch. LAVIALLE, « Regards sur trente ans d'évolution du droit domaniale », *préc.*, p. 253, spéc. p. 256-257. L'auteur parle de « glissement terminologique ».

⁹⁴¹ La distinction entre la propriété publique et la domanialité publique se retrouve également dans la thèse de Hervé MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 73 et s : Par exemple, l'auteur distingue la règle de l'accession et celle de l'accessoire, la première relève de la propriété, la seconde de la domanialité publique. L'auteur range dans la sphère de la propriété publique « la charge d'entretien des dépendances du domaine public (p. 80), la responsabilité des dommages causés par le domaine public (p. 82) et le perception des revenus procurés par le domaine public (p. 83). V. aussi, B. GARIDOU, *Recherche sur la théorie de la propriété publique en droit administratif français*, Toulouse 1, 2003.

prolongement de l'identité de la personnalité⁹⁴². La propriété publique est, en fin de compte, distincte de la propriété privée et de la domanialité publique de par son régime, caractérisé par les deux principes d'incessibilité et insaisissabilité⁹⁴³. La propriété publique n'est plus une propriété affectée, autrement dit elle n'est plus une propriété dont l'affectation modifie la structure, elle n'est plus dominée par un régime fonctionnel, elle se définit désormais exclusivement par son lien avec la personnalité publique⁹⁴⁴, selon une approche véritablement organique.

158. Les champs respectifs de la propriété publique et du domaine public semblent associés à deux espaces juridiques biens définis. Le pouvoir de gestion est au carrefour des règles domaniales et de celles de la propriété publique. En admettant que son fondement soit la propriété publique, il s'exerce dans le cadre déterminé par la domanialité publique, structurée autour de l'affectation⁹⁴⁵. Pour maintenir l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion, le fondement de la propriété publique n'est pas suffisant, malgré son rattachement à la personnalité publique. La doctrine recourt à l'effet d'exaltation de l'affectation, afin d'expliquer et de légitimer l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion.

Dans la théorie moderne de la propriété publique, l'affectation n'est plus présentée comme une servitude d'utilité publique⁹⁴⁶ (ce qui était le cas dans les théories de Saleilles, Capitant ou Maroger), ni comme étant consubstantielle à la propriété (ainsi que le défendait la théorie de la propriété administrative telle que formulée par Hauriou ou par de Laubadère). En effet, le propos de la théorie moderne consiste à relativiser le lien entre la propriété publique et l'affectation puisqu'il s'agit d'évacuer l'affectation de la définition de la propriété publique,

⁹⁴² Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 517 : « Il [le droit de propriété publique] un droit de propriété dont l'originalité découle de la qualité de son titulaire ».

⁹⁴³ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 23 et s. ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 578 et s., spéc. p. 609 ; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 75 ; Ch. LAVIALLE, « Article 19. Proposition de rédaction. La propriété publique », in J.-J. BIENVENU, J. PETIT, B. PLESSIX et B. SEILLER (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, 2012, p. 289. Sur le principe d'incessibilité, v. concernant le domaine immobilier de l'État, art. L. 3211-7 CGPPP ; s'agissant du domaine mobilier, art. L. 3211-18 CGPPP. Sur le principe d'insaisissabilité, v. Art. L. 2311-1 CGPPP : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables ». Sur ce dernier point, v. F. BLANC, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », *RDP*, 2009, p. 1553 ; Ph. YOLKA, « L'insaisissabilité des biens publics », *JCP Adm*, 2007, p. 2307.

⁹⁴⁴ Sur la critique de l'approche fonctionnelle de la propriété publique, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 471 et s.

⁹⁴⁵ Ch. LAVIALLE, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP*, 1990, p. 483 ; du même auteur, « Regards sur trente ans d'évolution du droit domanial », in *L'évolution du droit*, Krynen et Théron (Dir.), *Les travaux de l'IFR, vol. II, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 2004, p. 253.

⁹⁴⁶ On trouve encore certains auteurs qui analysent l'affectation comme une servitude, N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 2011, *op. cit.*, p. 30 : « l'affectation d'un bien à une finalité d'intérêt général affranchit l'administration des règles de droit privé ; elle place ses biens sous un régime spécial de protection, mais elle l'oblige aussi envers les administrés. Ainsi, en destinant les biens publics à une utilité autre que le seul intérêt patrimonial de leur propriétaire, l'affectation s'apparente à une servitude ».

sans pour autant totalement les opposer. La théorie moderne de la propriété publique insiste sur un point essentiel : l'affectation est dans une position d'« extériorité »⁹⁴⁷ par rapport à la propriété publique. Le but de cette approche n'est pas d'extraire le pouvoir d'affectation du droit du propriétaire, mais seulement de l'extraire de la définition de la propriété publique. Face au « dualisme externe » représenté par les œuvres de Capitant et de Maroger, le Professeur Ph. Yolka propose en effet un « dualisme interne »⁹⁴⁸. Si l'affectation est considérée comme étant normalement une prérogative du propriétaire, elle n'est plus un élément de définition de la propriété publique, cette dernière se caractérisant uniquement par son rattachement à la personnalité publique⁹⁴⁹.

159. C'est dans ce cadre que l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion est repensée. D'abord, il est nécessaire de rappeler que la propriété publique représente par elle-même un niveau d'exorbitance, incarné par les deux principes d'incessibilité et d'insaisissabilité. Le domaine public est, quant à lui, un « voile »⁹⁵⁰, pour reprendre l'expression du Professeur Y. Gaudemet, qui serait d'une autre nature, dans la mesure où il n'est pas un régime foncier et où il se rajoute au régime de la propriété publique⁹⁵¹. Le domaine public est présenté comme un niveau d'exorbitance supplémentaire, nécessaire à la protection de l'affectation d'utilité publique⁹⁵². Or, la question qui se pose est de savoir à partir de quel fondement le pouvoir de gestion du domaine public est érigé en puissance publique. Ce fondement est-il simplement la propriété publique ? Des éléments, tels que le rattachement du pouvoir de gestion à la personnalité publique et son caractère exorbitant⁹⁵³, abondent dans ce sens. Mais l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion ne peut pas exclusivement reposer sur la propriété publique : cela reviendrait à remettre en cause la dualité domaniale, la

⁹⁴⁷ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 604 et s.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 605.

⁹⁴⁹ *Ibid.* : « une propriété publique, dont l'administrativité n'est pas fonction d'une affectation éventuelle, mais du rattachement à la personnalité publique ». Sur la critique de la théorie du Professeur Yolka, v. H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 172 : « L'élément de finalisation de dépendances du domaine public, l'affectation à l'utilité publique, apparaît donc comme une composante soit interne, soit externe la propriété dans la thèse de la propriété administrative. Mais il conduit toujours à définir une propriété diminuée, soit qu'elle se heurte à l'obstacle de sa propre finalité, soit qu'elle s'efface devant des prérogatives de nature non propriétaire mais domaniale ».

⁹⁵⁰ Y. GAUDEMET, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *Mélanges F. Terré*, p. 567. Voir aussi, *Traité de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 17.

⁹⁵¹ *Ibid.* : « Quand à la domanialité publique, elle n'est pas d'abord un régime d'appropriation mais toute entière dominée par le concept d'affectation, affectation à une utilité publique qui détermine elle-même un régime protecteur spécifique, commandé par les exigences de cette affectation et limité à ce que celles-ci requièrent. La domanialité publique n'est donc pas un régime foncier ; c'est proprement un régime de droit public qu'on rattacherait aux exigences de l'intérêt public ; il est, pourrait-on dire, plus fonctionnel que réel ».

⁹⁵² Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 605 : « l'affectation justifie la mise en œuvre d'un régime exorbitant (la domanialité publique) qui se superpose à la propriété publique sans se confondre avec elle ».

⁹⁵³ Sur ce point, H.-G. HUBRECHT, « L'exorbitance du droit des propriétés publiques », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2003, p. 219.

gestion du domaine public perdrait sa spécificité vis-à-vis de la gestion du domaine privé. Or, ce n'est ni la volonté de la doctrine, ni le reflet du droit positif. Il faut donc chercher un élément exogène à la propriété publique et c'est sur ce point qu'il est possible d'identifier une continuité entre la théorie de la propriété administrative et celle de propriété publique. Dans l'une comme dans l'autre, l'affectation joue un rôle central dans l'élaboration du pouvoir de gestion comme puissance publique. On retrouve le processus d'exaltation ou, pour reprendre l'expression du Professeur Y. Gaudemet, de « durcissement »⁹⁵⁴ des prérogatives propriétaires par l'affectation. La question de la qualité de puissance publique du pouvoir de gestion entremêle ainsi des éléments relevant à la fois de la propriété publique et de la domanialité publique. Seulement, l'effet d'exaltation n'est plus un élément inhérent à la propriété publique, il se réalise en raison de la superposition de la domanialité publique sur la propriété publique : « l'affectation justifie la mise en œuvre d'un régime exorbitant [la domanialité publique] qui se superpose à la propriété publique sans se confondre avec elle »⁹⁵⁵. L'accent est mis sur la nécessaire présence de prérogatives de puissance publique dans la gestion domaniale, afin de répondre à la satisfaction d'un but d'intérêt général. Cette rhétorique était déjà à l'œuvre dans la théorie de la propriété administrative. Hauriou mettait déjà l'accent sur l'exercice de la puissance publique en vue d'un intérêt général⁹⁵⁶. Sur ce point, le Professeur Ph. Yolka s'inscrit dans le sillage de Hauriou : « quant à l'effet d'exaltation des pouvoirs de la propriété qu'emporterait l'affectation, il n'intervient qu'en vue d'un but d'intérêt général que l'administration est tenue de poursuivre ; il est donc de l'ordre de la sujétion autant que de la prérogative »⁹⁵⁷. Dans le même sens, le Professeur Ch. Laviolle, quoiqu'il ne recoure pas au terme d'« exaltation », insiste sur le fait que « c'est l'affectation publique qui colore de puissance publique le pouvoir de gestion du propriétaire public ou de son délégataire »⁹⁵⁸ et « participe de la puissance publique car sont en cause les intérêts du groupe institué en personne morale publique »⁹⁵⁹. Bien que distincte de la propriété publique, l'affectation reste au cœur de la démonstration, elle assure la jonction entre la puissance publique et l'intérêt général. Elle exalte les prérogatives gestionnaires au niveau de la puissance publique, tout en symbolisant l'utilité publique de la dépendance domaniale.

⁹⁵⁴ Y. GAUDEMET, « L'avenir du droit des propriétés publiques », préc. : « La domanialité publique s'ajoute à la propriété et en durcit les effets pour autant que dure l'affectation (et le classement) et dans les limites de ce que celle-ci requiert ; mais elle n'est pas une forme de propriété ».

⁹⁵⁵ p. 605.

⁹⁵⁶ Sur la relation entre l'intérêt général et l'exercice de prérogatives de puissance publique, v. F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, op. cit., p. 73 et s.

⁹⁵⁷ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, op. cit., p. 606.

⁹⁵⁸ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », préc., p. 278.

⁹⁵⁹ *Ibid.*

160. Le rôle de l'affectation ne doit pas occulter la place de la personnalité publique. La doctrine a définitivement entériné la dimension subjectiviste de la notion de gestion domaniale, qui se traduit par l'exercice du droit de propriété publique. L'unité de la personnalité publique coïncide avec l'unité de la propriété publique et rime ainsi avec l'unité de la gestion domaniale, qui englobe l'ensemble des biens publics, dont le dénominateur commun est l'exploitation patrimoniale⁹⁶⁰. Bien qu'elle soit à « la croisée des puissances publiques et privées »⁹⁶¹, la gestion formerait une activité homogène, tournée vers la maîtrise du bien public. L'affectation serait juste un élément supplémentaire permettant d'induire un particularisme à la gestion du domaine public, par l'entremise de laquelle les prérogatives propriétaires se muent en prérogatives de puissance publique. La théorie de la propriété publique parvient en somme à associer la patrimonialité et la puissance publique : la propriété assoit la dimension patrimoniale du pouvoir de gestion, et l'effet d'exaltation lui garantit son identité de puissance publique. Une partie de la doctrine considère d'ailleurs que les prérogatives gestionnaires se sont renforcées et ont gagné en exorbitance, que l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion se trouve réaffirmée et approfondie, qu'elle est une prérogative « plus en avant dans la sphère régaliennne »⁹⁶². Les conclusions du Commissaire du gouvernement Stahl sous l'arrêt *Société EDA* signent l'aboutissement de cette évolution : « les actes de gestion du domaine public sont, au sein des actes administratifs, sans doute parmi ceux qui sont le plus marqués par les prérogatives de puissance publique : les occupations privatives ne peuvent être que précaires ; elles sont révocables unilatéralement, afin de toujours permettre à l'autorité domaniale de prendre les mesures nécessaires à la conservation et à la bonne utilisation du domaine »⁹⁶³. La doctrine acte ainsi un renversement de valeur au sein de la gestion, au profit de son identité de puissance publique. Cela laisse poindre un paradoxe : le changement fonctionnel du domaine public, désormais siège des activités économiques, a été facilité par la reconnaissance d'une logique patrimoniale, qui est elle-même la conséquence de la reconnaissance du droit de propriété, mais ce même droit est aussi le fondement d'un pouvoir exorbitant qui est présenté comme le frein des activités

⁹⁶⁰ Sur l'unité des patrimoines publics, M.-A. LATOURNERIE, *Point de vue sur le domaine public*, 2004, Montchrestien, coll. « Clefs / Politique », p. 134 et s., Ph. YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », préc.

⁹⁶¹ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », préc., spéc. p. 284 : « L'application des critères classiques de distinction sans prise en compte de l'unité profonde de l'activité de gestion est une opération artificielle d'autant plus qu'elle se produit à un moment où par ailleurs est relevée la nature économique de cette activité pour la soumettre au droit de la concurrence. On ne peut d'un côté (domaine public) se référer au réel et de l'autre (domaine privé) succomber au formalisme » ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 308 : « Cet élargissement de la gestion publique se réalise au prix d'un fractionnement interne entre service public et gestion domaniale ; mais il présente l'avantage de fournir une explication unitaire des pouvoirs de gestion exercés sur l'ensemble de la propriété publique ».

⁹⁶² S. NICINSKI, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », *AJDA*, 2004, p. 751.

⁹⁶³ J.-H. STAHL concl. sur l'arrêt CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, *RFDA*, 1999, p. 427.

économiques. Étrangeté de l'histoire domaniale, l'exploitation économique du domaine public a renforcé le caractère de puissance publique du pouvoir de gestion⁹⁶⁴.

CONCLUSION CHAPITRE I

161. Le pouvoir de gestion n'est pas seulement une puissance publique propriétaire, dans le sens où il n'est pas seulement l'expression d'une maîtrise du bien public ; il est aussi une puissance publique patrimoniale, dans la mesure où il peut tirer profit de l'objet de sa propriété. Le débat autour des champs respectifs du pouvoir de police et du pouvoir de gestion a cristallisé un certain nombre de tensions : face à une vision restrictive du pouvoir de police, la consécration jurisprudentielle du pouvoir de gestion permet d'épouser les préoccupations économiques, telles que la protection du service public, ainsi que les préoccupations patrimoniales ayant cours sur le domaine public, au cœur desquelles figurent l'intérêt financier et la question de la redevance domaniale. À travers la théorie de la propriété administrative, puis la théorie de la propriété publique, la lecture propriétaire du pouvoir de gestion s'est imposée en raison de sa capacité à rendre compte de la dimension patrimoniale de la domanialité publique, contrairement au pouvoir de police qui reste « antipathique » à toute forme d'onérosité. Mais si la propriété permet de saisir la dimension patrimoniale, elle paraît insuffisante pour justifier l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion et pour lui conférer son exorbitance. La doctrine a recours à l'effet d'exaltation de l'affectation pour transcender les prérogatives du propriétaire et les ériger au niveau de la puissance publique. Ainsi, la puissance, dans sa version publique, est le fruit d'un mélange d'éléments propres à la propriété publique et d'éléments externes, d'une nature exorbitante.

CONCLUSION DU TITRE I

162. Les notions de personnalité juridique, de propriété, de sujet de droit, de patrimoine, de commerce juridique sont des éléments déterminants dans la construction juridique du pouvoir de gestion du domaine public, défini par la doctrine, aussi bien dans la théorie de la gestion administrative que dans la théorie de la propriété publique, comme une puissance publique ayant pour fondement la propriété publique. Ces notions constituent un « outillage juridique » subjectiviste qui permet de saisir non seulement le fondement propriétaire du pouvoir de gestion, mais aussi de rendre compte de l'exploitation patrimoniale du domaine public.

⁹⁶⁴ Sur ce point, v. J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public, op. cit.*, p. 99 : « paradoxalement, la situation des occupants du domaine semble s'être détériorée avec le triomphe de la conception économique du domaine ».

Ainsi, la conception d'une personnalité publique unitaire amène « patrimoine et puissance à vivre sous le même toit »⁹⁶⁵, en dépit de leur opposition originelle. En effet, le pouvoir de gestion est une construction théorique au confluent de notions longtemps considérées comme antinomiques : souveraineté et propriété, puissance publique et patrimonialité. L'accolade de ces notions, qu'il est nécessaire de définir, forme le noyau du pouvoir de gestion et le fondement de son émergence, elle porte en germe les termes de sa reconstruction théorique et la raison de sa spécificité. La dualité que lui imprime sa généalogie fait du pouvoir de gestion un objet singulier, dont l'identité reste en débat.

163. La gestion du domaine public associe des prérogatives de puissance publique et des prérogatives propriétaires. Autrement dit, par le biais de l'effet d'exaltation de l'affectation, la gestion du domaine public serait le résultat d'une intégration d'éléments exogènes, propres à la puissance publique (unilatéralité, inégalité, supériorité), qui sont à l'origine étrangers à l'exercice de la propriété publique. En définitive, la doctrine parvient à intégrer de la puissance publique dans un rapport à une chose, mais l'enjeu est surtout de penser directement le pouvoir de gestion comme une puissance sur une chose, afin de rendre compte de sa singularité par rapport aux autres expressions de puissance publique. En outre, l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion est de nouveau mise en question lorsqu'il se trouve confronté au droit positif, et particulièrement au droit de la concurrence qui met en exergue les indices de sa spécificité par rapport aux autres expressions de puissance publique, spécificité qu'il s'agit de saisir et de définir.

⁹⁶⁵ Ph. YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », in Travaux de l'AFDA, *La personnalité publique*, LexisNexis, « Colloques et débats », 2007, p. 36-37

TITRE II. LA RECONSTRUCTION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE GESTIONNAIRE

164. Le pouvoir de gestion du domaine public est une puissance sur une chose, et cette particularité en fait un objet singulier au sein des manifestations de puissance publique. En effet, c'est cette qualité de puissance sur une chose qui fédère en son sein les attributs de la propriété et les attributs de la puissance publique. Ces deux facettes fondent l'ambivalence du pouvoir de gestion ; or, les différentes appréhensions, jurisprudentielles ou doctrinales, tendent à privilégier l'un ou l'autre de ces aspects. Le débat n'est pas arrêté : si l'insertion de la logique patrimoniale a paradoxalement renforcé l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion, ce point de vue est remis en question par la confrontation du pouvoir de gestion et du droit de la concurrence⁹⁶⁶, qui valorise sa dimension propriétaire, et de ce fait, refait jaillir un questionnement autour de son identité même de puissance publique.

Le domaine public, comme d'autres pans du droit administratif, « n'échappe pas au processus global de réécriture économique »⁹⁶⁷ impulsé par le droit de l'Union européenne et par le droit de la concurrence, et cette coloration économique du pouvoir de gestion renouvelle son appréhension théorique, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, elle témoigne de la difficulté générée par l'accolade de la puissance publique et de la propriété. Ensuite, la prise en compte des normes concurrentielles et le questionnement issu de l'appréhension du pouvoir de gestion en droit de l'Union européenne apportent un nouvel éclairage dans la théorisation du pouvoir de gestion, et fonctionnent comme un révélateur de sa spécificité par rapport aux autres expressions de puissance publique, spécificité en lien avec l'objet de sa puissance : le domaine public, et avec les modalités de son rapport : la propriété.

En outre, s'il s'est agi d'intégrer de la puissance publique dans la propriété pour fonder le pouvoir de gestion, il faut s'entendre sur la signification de la puissance, et précisément de la puissance publique, incarnée par le pouvoir de gestion. Définir l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion à partir de sa labélisation par le juge administratif est une approche lacunaire, qui ne renseigne en rien sur la définition de cette puissance. L'effet d'exaltation par le medium de l'affectation est en outre insuffisant pour caractériser la puissance publique gestionnaire, dans la mesure où il intègre une puissance publique exogène dans le pouvoir de gestion, lequel n'est donc pas pensé comme étant en soi une puissance, et *a fortiori*, une puissance publique.

⁹⁶⁶ Sur ce point, v. G. GONZALEZ, « Domaine public et droit de la concurrence », *AJDA*, 1999, p. 387.

⁹⁶⁷ J. CAILLOSSE, « Faut-il en finir avec la domanialité publique ? », *Études foncières*, n°100, 2002, p. 7. V. aussi, du même auteur, « Le droit administratif français saisi par le droit de la concurrence ? », *AJDA*, 2000, p. 99.

À dessein de spécifier la notion de puissance relative au pouvoir de gestion du domaine public, la méthodologie subjectiviste permet d'éclairer autrement l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion, en envisageant sa structure relationnelle. Il ne s'agit plus de penser une substance de la puissance publique conférée au pouvoir de gestion, mais de penser le pouvoir de gestion comme une puissance structurelle spécifique, en analysant les relations qu'il implique avec son objet (le domaine public), ainsi que les relations qu'il implique entre l'administration et les administrés. C'est dans ce cadre relationnel qu'il s'agit de redéfinir la puissance incarnée par le pouvoir de gestion, une puissance spécifique au pouvoir de gestion, autrement dit, une propriété publique en puissance, les deux éléments n'étant plus seulement associés, mais assimilés dans une tentative de caractérisation d'une puissance singulière, distincte des autres expressions de puissance publique.

Cette proposition de définition de la spécificité de la puissance publique gestionnaire (**Chapitre II**) repose donc préalablement sur le constat de son traitement spécifique en droit positif (**Chapitre I**).

CHAPITRE I : LE CONSTAT D'UNE SPÉCIFICITÉ DU POUVOIR DE GESTION EN DROIT POSITIF

165. Le pouvoir de gestion du domaine public fait l'objet d'un traitement différencié en droit positif, aussi bien en droit de l'Union européenne qu'en droit interne. L'identité de puissance publique du pouvoir de gestion est mise en questions par le droit de la concurrence qui en renforce la lecture économique, et souligne sa spécificité en tant que pouvoir sur une chose. L'identité de puissance publique de la gestion domaniale est également en débat au regard des dispositions de la CEDH, et particulièrement au sujet de l'application de l'article 6 §1⁹⁶⁸ ou de l'article 1^{er} du protocole n°1⁹⁶⁹. Néanmoins, le choix du prisme du droit de l'Union européenne est plus riche, en raison de ses conséquences en matière de contentieux en droit français, et parce qu'il problématise la question des relations entre les personnes publiques et les biens, autour d'une relecture des rapports entre propriété et puissance publique. La catégorisation européenne se heurte à l'appréhension du pouvoir de gestion en droit interne, car elle le range parmi les activités économiques, fondamentalement incompatibles avec l'exercice de la puissance publique (**Section I**). Il s'agit d'envisager le droit de l'Union européenne et le droit français dans un rapport dialogique, ne serait-ce que parce que le droit de l'Union européenne a servi de tremplin à l'élaboration du droit de la concurrence en France et de modèle à l'intégration de ce même droit dans les normes de référence du juge administratif⁹⁷⁰. En droit interne, le pouvoir de gestion ne perd pas son identité de puissance publique, mais il occupe une place particulière en raison de ses rapports avec les libertés économiques (**Section II**).

SECTION I. L'APPROCHE EUROPÉENNE DE LA GESTION DU DOMAINE PUBLIC

166. Le droit de l'Union européenne véhicule ses propres représentations, il produit sa propre conception de l'État, structurée autour d'une distinction de ses différentes fonctions. Il ne s'agit pas d'une distinction de ses fonctions juridiques, mais plutôt d'une dualité

⁹⁶⁸ Sur l'application de l'article 6 §1 de la CEDH à la gestion domaniale par le juge administratif, v. CE 28 juillet 2000, Tête et autres, *AJDA*, 2000, p. 796, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RFDA*, 2001, p. 121, concl. H. Savoie. Sur ce point, v. F. ROLIN, « Les incidences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur le droit domanial », *AJDA*, 2003, p. 2130.

⁹⁶⁹ CEDH, gr. ch., 30 nov. 2004, Öneriyildiz c/ Turquie, req. n° 48939/99 ; CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, Depalle c/France, req. n° 34044/02 ; Brosset-Triboulet c/France, req. n° 34078/02.

⁹⁷⁰ M. BAZEX, « Le droit public de la concurrence », *RFDA*, 1998, p. 798 ; S. NICINSKI, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », préc.

fonctionnelle répartie entre la fonction strictement étatique et la fonction économique⁹⁷¹. Au regard de l'approche européenne, la question est donc de savoir où, entre ces deux fonctions, est situé le pouvoir de gestion du domaine public. Émanation de la personnalité publique, le pouvoir de gestion renvoie à une activité administrative et investie de prérogatives de puissance publique, même si elle est teintée de patrimonialité. Cette perception traditionnelle devrait impliquer qu'il soit considéré comme une activité hors marché. Mais les instances européennes, notamment la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), et ultérieurement la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), souvent peu enclines à retenir les qualifications du droit interne⁹⁷², ne s'alignent pas sur la conception française du pouvoir de gestion considéré comme une puissance publique. Le droit de l'Union européenne déconstruit une construction juridique associant puissance publique et propriété, puissance publique et patrimonialité. Il appréhende le pouvoir de gestion différemment : il le conçoit comme une activité économique⁹⁷³ (§2). Cette qualification est riche en ce qu'elle dévoile de la vision européenne des rapports entre les personnes publiques et les dépendances du domaine public, et d'une manière générale, des rapports entre les personnes publiques et les choses : une vision structurée autour d'une relecture du principe de séparation entre la souveraineté et la propriété (§1).

§1. LA DÉFINITION EUROPÉENNE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

167. De prime abord, le droit de l'Union européenne semble ressusciter l'ancienne distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. Mais cette distinction entre la souveraineté et la propriété issue du XIX^e siècle ne correspond pas aux catégories européennes : l'activité économique, au sens de l'Union européenne, est plus large que le champ de l'exercice d'un droit de propriété, et l'activité patrimoniale n'est pas nécessairement synonyme d'activité économique. La distinction européenne entre l'activité économique et la puissance publique forme le principe matriciel de la construction européenne de la gestion des biens publics. Le droit de l'Union européenne propose sa propre définition positive de la

⁹⁷¹ Les caractérisations des fonctions de l'État se retrouvent surtout dans la littérature économique, v. P. LEROY-BEAULIEU, *L'État moderne et ses fonctions*, Guillaumin, 1900, p. 94, cité par J.-P. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, Thèse Strasbourg III, 2005, p. 193. V. aussi, L. AZOULAI, « L'État », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2010, p. 159 : « l'État actionnaire, l'État commerçant, l'État marchand doivent être rigoureusement distingués de l'État et régulateur ».

⁹⁷² TPICE, 12 déc. 2000, ADP c/ Commission, aff. T-128/98, *Rec.*, p. II-3933, pt. 128 : « il suffit de rappeler que, en tout état de cause, des qualifications nationales sont inopérantes pour apprécier la nature d'une activité au regard d'une disposition de droit communautaire, notamment de concurrence ».

⁹⁷³ J.-P. DE LA RICA, « Domianialité publique et droit communautaire : "Peau de chagrin" ou nouvelle mutation ? », in G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR et D. RITLÉNG (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, PUS, 2007, p. 373.

puissance publique – et non simplement une définition négative en opposition à l’activité économique⁹⁷⁴ – en réactivant le lien entre la puissance publique et l’exercice de la souveraineté des États-membres (I). Néanmoins, le champ de la puissance publique s’en trouve restreint : la puissance publique est repoussée par l’attractivité de la notion d’activité économique qui englobe une partie des activités étatiques ou assurées par des personnes publiques. La distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* recouvre une nouvelle acception, elle se prolonge dans l’antinomie (ou « incompatibilité »⁹⁷⁵) entre l’activité économique et la puissance publique, antinomie qui conduit à « modifier la gestion même du domaine public »⁹⁷⁶ : cette dernière, ainsi appréhendée, ne peut pas être une « puissance publique propriétaire » et se rapproche alors du concept d’*imperium* (II).

I. Le lien entre l’exercice de la souveraineté et la puissance publique

168. Les transferts successifs de compétences des États membres vers les Communautés puis au profit de l’Union européenne sont à l’origine de l’élaboration d’un système juridique autonome auquel les États membres consentent à se soumettre⁹⁷⁷. En conséquence, l’État devient une composante du système européen, il devient un « acteur »⁹⁷⁸, objet et sujet du droit de l’Union européenne⁹⁷⁹. Aux fins de l’application des normes européennes, les instances européennes, et surtout le juge européen, furent amenées à définir la notion d’État en délimitant ses contours, et en ont, en définitive, proposé leur propre conception, qui procède « d’un même principe fondamental [...] : la reconnaissance, au profit de l’administration, d’un ensemble de pouvoirs qui la mettent, vis-à-vis de l’administré, en situation de supériorité »⁹⁸⁰. Or, l’approche essentialiste est déterminante dans la construction européenne de l’État. À l’instar de Matter qui définissait jadis les « services publics par nature » comme ceux « qui sont de la nature, de l’essence même de l’État ou de l’administration publique »⁹⁸¹, l’État est, pour

⁹⁷⁴ Pour une présentation générale, L. ARCELIN, *L’entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003 ; Y. CHÉROT, *Droit public économique*, 2^e éd., Economica, 2007, p. 255 et s.

⁹⁷⁵ Ch. DENIZEAU, *L’idée de puissance publique à l’épreuve de l’Union européenne*, Dalloz, « BDP », 2004, p. 91.

⁹⁷⁶ N. FOULQUIER, « Les catégories du droit des biens publics », in J.-B. AUBY (dir.), *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 698.

⁹⁷⁷ Sur ce point, v. F. CHALTIÉL, « La souveraineté et l’Union européenne à la croisée des chemins », *Petites affiches*, 22 janvier 2003, n° 16, p. 6 ; S. ROLAND, « La souveraineté », in J.-B. AUBY (dir.), *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, *op. cit.*, p. 119.

⁹⁷⁸ N. SCANDAMIS, « L’État dans l’Union européenne *Passion d’un grand acteur* », *RDP*, 2012, p. 1339.

⁹⁷⁹ M. HECQUARD-THERON, « La notion d’État en droit communautaire », *op. cit.*

⁹⁸⁰ J. RIVERO, « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », in M. CAPPELLETTI (dir.), *Nouvelles perspectives d’un droit commun de l’Europe*, Bruylant, 1978, p. 405.

⁹⁸¹ P. MATTER, concl. sur TC, 22 janv. 1921, Société commerciale de l’Ouest africain : D., 1921, III, p. 1. Sur ce point, S. BOUSSARD, « L’éclatement des catégories de service public et la résurgence du “service public par nature” », *RFDA*, 2008, p. 43.

les instances européennes, un ensemble d'autorités publiques⁹⁸², il est surtout un ensemble de fonctions ou de missions spécifiques exclues de la sphère économique et qui jouissent d'une immunité face aux règles de concurrence⁹⁸³. L'enjeu pour les instances européennes est de circonscrire cet ensemble de missions ou de fonctions inhérentes à « l'identité »⁹⁸⁴ de l'État autour du point d'ancrage qu'est le concept de souveraineté. Ce dernier « se présente en effet comme un concept-limite, un concept-frontière, un concept-démarcation qui ne possède d'utilité qu'en ce qu'il permet de délimiter un dedans et un dehors »⁹⁸⁵. Mais le concept de souveraineté présente une certaine singularité dans le langage des acteurs européens. Si le recours à l'analyse économique a été déterminant dans la construction européenne de la notion d'entreprise, les instances européennes ne s'y réfèrent pas lorsqu'il s'agit de la construction de la notion d'État qui associe souveraineté et puissance publique pour refléter une même réalité juridique⁹⁸⁶ : la souveraineté renvoie à des missions spécifiques de type « régaliens »⁹⁸⁷, incarnées par la puissance publique **(A)**. D'une manière générale, la souveraineté est la source de la puissance publique, puissance supérieure et omnipotente **(B)**

A. Le rôle de la souveraineté dans la détermination des fonctions étatiques

169. N'ayant pas été défini directement par les traités européens, « le concept communautaire d'État s'élabore à l'image d'un jeu de construction »⁹⁸⁸, déterminé au fil des jurisprudences. L'État est un objet atypique, sa définition en droit de l'Union européenne fait appel à une démarche particulière⁹⁸⁹, qui peut être qualifiée d'essentialiste⁹⁹⁰ et rapprochée de la

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ L'État et la puissance publique est véritablement de l'ordre de la construction, le principe dérogatoire aux règles du traité, notamment en matière de concurrence, n'était pas prévu par les traités, v. Ch. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 89, n° 116 ; R. TINIÈRE, « Puissance publique et droit de l'Union européenne. L'europanisation de la puissance publique », in Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, n° 5, *op. cit.*, p. 227.

⁹⁸⁴ L. AZOULAI, « L'État », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, *op. cit.*, p. 151.

⁹⁸⁵ S. ROLAND, « La souveraineté », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, *op. cit.*, p. 119.

⁹⁸⁶ Pour Ch. DENIZEAU, l'association entre la souveraineté et puissance publique va de soi. A l'instar du Professeur O. BEAUD, elle considère que puissance publique et souveraineté sont synonymes, les deux facettes d'une même réalité. Mais la puissance publique peut être conçue en dehors de la souveraineté, notamment si on se réfère à la théorie domaniale de PROUDHON. Aussi, la souveraineté n'implique pas une définition particulière de la puissance publique, la souveraineté peut être à l'origine d'une définition stricte ou, au contraire, élargie de la puissance publique.

⁹⁸⁷ On peut constater une référence directe à cette notion dans TPICE, 4 juil. 2007, Bouygues SA c/ Commission, aff. T-475/04. Le juge européen mentionne « l'exercice des fonctions régaliennes ».

⁹⁸⁸ M. HECQUARD-THERON, « La notion d'État en droit communautaire », *préc.*

⁹⁸⁹ *Ibid.* V. aussi, A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2002, p. 252, n° 274.

⁹⁹⁰ Sur cette approche essentialiste des fonctions étatiques, v. P. LEROY-BEAULIEU, *L'État moderne et ses fonctions*, *op. cit.*, 1900, p. 93 et s.

« doctrine des marques » de souveraineté⁹⁹¹. Certaines fonctions sont rattachées à l'exercice de la souveraineté et relèvent à ce titre des activités exclusivement étatiques. La définition européenne de l'État est désormais relativement établie pour les autorités européennes, notamment si l'on compare les différentes jurisprudences relatives aux emplois de la fonction publique, aux libertés de circulation et à l'application des règles de concurrence ; ces différentes jurisprudences, qui se sont influencées mutuellement, partagent une même communauté de vue, et en ce sens, dévoilent une même définition de l'État.

170. En premier lieu, l'interprétation de l'article 48§4 TCE (devenu 45§4 TFUE) a été l'occasion pour la Cour de poser les premières pierres de l'édification européenne de l'État. Cet article relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union précise que ses dispositions ne sont pas applicables aux « emplois dans l'administration publique ». L'enjeu pour la Cour fut d'attribuer un sens à ces termes d'une très grande généralité. Quels sont les emplois susceptibles d'entrer dans cette catégorie ? La réponse à cette question fut donnée dans l'arrêt de principe du 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*⁹⁹². La définition des « emplois dans l'administration publique » que livre la CJCE se heurte à de nombreux égards à la conception française de la fonction publique : l'interprétation de la Cour fait la part belle à l'approche fonctionnelle au détriment d'une vision « institutionnelle »⁹⁹³, c'est-à-dire organique. Sont en effet considérés comme des emplois de l'administration publique uniquement ceux qui « comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts nationaux de l'État ou des autres collectivités publiques »⁹⁹⁴. Cette interprétation du terme « administration publique » a contribué à asseoir une définition européenne de la puissance publique et à délimiter son champ. En effet, c'est à cette même définition de la puissance publique qu'il est fait référence

⁹⁹¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 69 et s.

⁹⁹² CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. C-149/79 : *Rec.*, p. 3881. Sur ce point, L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 91-92, n° 124 ; G. DRUESNE, « La liberté de circulation des personnes dans la C.E.E et les "emplois dans l'administration publique" » ; du même auteur, « Puissance publique et libertés : les limites à la liberté de circulation des personnes dans la Communauté économique européenne », in *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, Paris, Ed. de l'Université et de l'enseignement, 1981, p. 711

⁹⁹³ Sur ce point, L. DUBOIS, « La notion d'emplois dans l'administration publique », *RFDA*, 1987, p. 949 ; G. DRUESNE, *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, PUF, 1986, p. 132 ; R. CHAPUS, « Nationalité et exercice de fonctions publiques », in *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, Paris, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 1.

⁹⁹⁴ Une certaine interprétation de l'arrêt du 16 juin 1987, *Commission c/ Italie* « a pu donner à penser que ces deux conditions étaient alternatives, qu'il suffirait donc qu'un emploi, soit participe à l'exercice de la puissance publique, soit participe à la défense des intérêts généraux de l'État, ce ne semble pas de la position de la Cour telle qu'elle résulte des autres décisions », L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6^e éd., Montchrestien, p. 92, n° 124. V. également, D. BERLIN, « Droit communautaire et régime exorbitant du droit commun », *AJDA*, n° spéc., 20 juin 1996, p. 39.

en ce qui concerne les restrictions à la liberté d'établissement. Cette liberté ne s'applique pas aux activités qui participent, « même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique », activités qui usent de prérogatives relevant directement du « pouvoir de l'État »⁹⁹⁵.

171. La définition de la puissance publique que livre le droit de l'Union européenne est nourrie par la volonté de rendre compte d'une certaine étaticité (*Staatlichkeit*⁹⁹⁶), de circonscrire un noyau dur au-delà duquel l'État perdrait son essence. Il n'est donc pas anodin que le champ de la puissance publique soit déterminé par la notion de souveraineté : la puissance publique ne s'exerce que dans le cadre de certaines activités qui apparaissent, pour les instances européennes, comme étant intimement liées à l'exercice de la souveraineté étatique. Ainsi, le droit européen retisse le lien entre la puissance publique et la souveraineté, lien qui s'est dilué en droit interne et dans les discours technicistes des administrativistes contemporains⁹⁹⁷, où la puissance publique apparaît de plus en plus comme une notion technique, synonyme de prérogatives exorbitantes, et perdant sa substantialité en rapport avec la souveraineté⁹⁹⁸. La jonction entre puissance publique, fonction étatique et exercice de la souveraineté est manifeste dans les conclusions de l'avocat général M. Tesouro sous l'arrêt *Eurocontrol* : l'activité de contrôle de la navigation aérienne « est à divers égards liée à l'exercice de la souveraineté des États », elle « se traduit donc par une véritable fonction de police de l'espace aérien qui ne peut être exercée que par une autorité publique »⁹⁹⁹. La souveraineté est donc une référence opérationnelle, elle est le fondement de la puissance publique en même temps qu'elle en constitue la limite : une activité qui n'est pas rattachée à la souveraineté ne saurait être une activité de puissance publique. Souveraineté et puissance publique sont ainsi des termes de la grammaire européenne partagés par l'ensemble des acteurs européens, en particulier par les avocats généraux qui s'accordent sur leur signification et sur leur portée¹⁰⁰⁰. Le droit fiscal européen est un autre exemple de cette « convention de langage ». L'avocat général J. Mischo retient la définition proposée par l'avocat général M.-G.-F. Mancini¹⁰⁰¹ à l'occasion d'un

⁹⁹⁵ M. MAYRAS, concl. sur CJCE, 21 juin 1974, Belgique c/ Reyners, aff. 2/74 : *Rec.*, p. 657.

⁹⁹⁶ Sur cette notion, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 139.

⁹⁹⁷ Sur les discours technicistes sur la puissance publique, v. M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, *op. cit.*

⁹⁹⁸ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 11 : « la doctrine a cessé de traiter la notion de puissance publique comme une notion relevant de la théorie de l'État. Usant de ce terme dans un terme très restreint, propre au contentieux administratif, elle le transforme inmanquablement en une notion purement technique et instrumentale, beaucoup moins riche en signification que la signification originnaire de la souveraineté qui n'a pourtant pas disparu » ; v. aussi du même auteur, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. I, 2012, *op. cit.*, p. 207 et s.

⁹⁹⁹ G. TESAURO, concl. sur CJCE, 19 janv. 1994, SAT c/ Eurocontrol, aff. C-364/92 : *Rec.*, p. I-45.

¹⁰⁰⁰ M. BAZEX, « Droit public de la concurrence », *RFDA*, 1998, p. 781.

¹⁰⁰¹ M. G. F. MANCINI, concl. sur CJCE, Commission c/ République française, aff. C-307/84 : *Rec.*, p. 1725, 1732.

contentieux relatif aux emplois dans l'administration publique. Pour l'avocat général J. Mischo, les « activités accomplies en tant qu'autorité publique » sont celles qui sont « exercées en vertu du pouvoir de souveraineté ou de la puissance publique »¹⁰⁰². Les énoncés sont différents, mais sous les différents termes, tels qu'« administration publique », « pouvoir public » ou « autorité publique », la structure de pensée est similaire et véhicule la même représentation des pouvoirs de l'État, dont ces termes traduisent la souveraineté. En particulier, les différents avocats généraux adhèrent à une vision matérielle de la souveraineté qui fonde une définition substantielle de la puissance publique¹⁰⁰³. La notion de souveraineté permet de délimiter les fonctions dites « essentielles »¹⁰⁰⁴ de l'État, fonctions qui, eu égard à leur nature, ne sont pas des activités économiques¹⁰⁰⁵. En particulier, l'activité de police de surveillance antipollution en matière portuaire, distincte de la gestion de l'infrastructure publique, n'est pas une activité économique puisque « sous sa forme préventive, [elle] constitue une activité relevant de la puissance publique, activité qui ne peut qu'être conçue comme faisant partie des activités essentielles de l'État »¹⁰⁰⁶.

172. Le raisonnement des avocats généraux a été déterminant dans la mesure où les juridictions européennes ont réintégré l'approche substantielle de la puissance publique. Il est vrai que l'argumentation développée par le juge européen n'est pas aussi détaillée que celle des avocats généraux, mais on peut déceler cette approche substantielle sous certaines formulations telles que : « typiquement des prérogatives de puissance publique », et surtout : « relève des fonctions essentielles de l'État »¹⁰⁰⁷. L'absence d'une véritable analyse du juge européen, qui passerait par un travail de systématisation des critères de qualification, est

¹⁰⁰² J. MISCHO, concl. sur CJCE, 17 oct. 1989, Ufficio distrettuale delle imposte dirette danni e interessi Fiorenzuola d'Arda, aff. 231/87 et 129/88, *Rec.*, I, p. 3233. Pouvoir de souveraineté et puissance publique sont ici deux termes synonymes.

¹⁰⁰³ Autre exemple du rapprochement la puissance publique et souveraineté, S. ALBER, concl. sur CJCE, 29 octobre 1998, Commission c/ Espagne, aff. C-114/97 : *Rec.*, I, p. 6717, v. pt. 25.

¹⁰⁰⁴ A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 236.

¹⁰⁰⁵ On retrouve cette approche essentialiste des activités étatique dans les conclusions de l'Avocat général M. Léger. Selon lui, les activités purement étatiques sont des activités que « leur nature [...] désigne comme relevant des missions essentielles dévolues aux pouvoirs publics », M. LÉGER, concl. sur CJCE, 15 janv. 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a, aff. C-44/96 : *Rec.*, I, p. 73, pt. 69. V. aussi, R. KOVAR, « La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée », *Europe*, juillet 1994, p. 1, (1^{ère} partie) ; août septembre 1994, (2^e partie).

¹⁰⁰⁶ G. COSMAS, concl., sur CJCE, 18 mars 1997, Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA, *op. cit.*, v. pt. 56, v. aussi, pt. 47 : « L'activité de surveillance antipollution dans le Porto petroli qu'exerce SEPG répond à la nécessité fondamentale d'assurer la sécurité tant des usagers du Porto petroli que des habitants des zones limitrophes de celui-ci. Outre le fait qu'elle vise à protéger l'environnement, [...] cette activité est liée directement, si elle n'y équivaut pas, à la police du domaine maritime du Porto petroli et cette fonction peut [...] être exercée par une autorité publique, indépendamment de la forme juridique choisie pour son organisation et sa gestion ».

¹⁰⁰⁷ CJCE, 18 mars 1997, Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA, *préc.*, pt. 23.

regrettable¹⁰⁰⁸ et l'on peut se ranger à l'avis du Professeur L. Idot qui estime que ces formulations relèvent davantage « de la pétition de principe que de la démonstration »¹⁰⁰⁹. Le juge européen a sans doute fait « l'économie d'une [véritable] définition de la notion d'activité de puissance publique »¹⁰¹⁰, néanmoins il se fonde directement sur l'élaboration conceptuelle des avocats généraux, leurs développements servent de référence à l'appui de son raisonnement. En définitive, l'expression « typiquement des prérogatives de puissance publique » est aussi le moyen pour la CJCE de circonscrire un noyau dur de fonctions spécifiques de la puissance publique. Le juge européen propose une définition de la puissance publique qui ne doit souffrir d'aucune discussion puisque la puissance publique est présentée comme étant inhérente « aux fonctions essentielles de l'État »¹⁰¹¹. En conséquence, ce n'est pas seulement le champ de la puissance publique qui se trouve restreint, c'est aussi sa définition qui est circonscrite.

B. L'exercice de la souveraineté : une définition européenne de la puissance publique

173. Les instances européennes adhèrent à une conception particulière de la puissance publique attachée à la notion de souveraineté. Cette conception restrictive de la puissance publique est l'envers de l'attractivité de la notion d'entreprise, l'une comme l'autre ayant été élaborées « dans une perspective systémique visant à assurer l'établissement et le bon fonctionnement du Marché commun ou Marché intérieur »¹⁰¹². La puissance publique est une prérogative dont la définition s'inscrit en opposition avec celle de l'activité économique. En lien avec la souveraineté, la puissance publique est la traduction de l'intervention par essence supérieure de l'État. Pour le Professeur M. Hecquard-Théron, la construction européenne de la puissance publique « rappelle à plus d'un titre la vieille distinction [...] entre tâches d'autorité et tâches de gestion »¹⁰¹³. La puissance publique semble s'apparenter aux actes d'autorité, bien que cette référence soit évidemment absente dans les conclusions des avocats généraux et dans les argumentations développées par le juge européen. Par exemple, si l'on se fonde sur

¹⁰⁰⁸ Contra A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 272. Selon l'auteur, la Cour « procède toujours d'une analyse fouillée de situations concrètes ».

¹⁰⁰⁹ L. IDOT, note sous CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA*, *Europe*, mai 1997, p. 20.

¹⁰¹⁰ Ch. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 91. V. aussi, M. HECQUARD-THERON, « La notion d'État en droit communautaire », *préc.*, spéc. p. 700.

¹⁰¹¹ Les instances européennes reprennent la distinction entre les fonctions régaliennes et non-régaliennes qu'on pouvait déceler chez H. BERTHÉLEMY, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1910, p. 7. L'auteur distingue en effet les « attributions essentielles et attributions facultatives de l'État ».

¹⁰¹² A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁰¹³ M. HECQUARD-THERON, « La notion d'État en droit communautaire », *op. cit.*, spéc., p. 700. Cette analogie est présente également chez le Professeur Bazex, « Droit public de la concurrence », *RFDA*, 1998, p. 781.

les conclusions de l'avocat général M. G. F. Mancini sur l'arrêt *Commission c/ République française*, la puissance publique se traduit « par des actes de volonté qui s'imposent aux particuliers en ce sens qu'ils exigent leur obéissance ou, s'ils n'obéissent pas, les contraignent à s'y conformer »¹⁰¹⁴. Cette définition de la puissance publique s'apparente à celle de l'acte d'autorité, en ce sens qu'elle intègre l'idée de commandement : la puissance publique est source de prescriptions et de contraintes¹⁰¹⁵. Mais, contrairement à la théorie française de l'acte d'autorité de la fin du XIX^e siècle, cette définition introduit des éléments subjectivistes, selon un cadre théorique qui s'apparente fortement à la théorie de la *Herrschaft*¹⁰¹⁶ : la puissance publique est synonyme de puissance étatique (*Staatsgewalt*) ; en tant qu'incarnation de l'exercice de la souveraineté¹⁰¹⁷, elle est le fruit de la volonté (*Willensmacht*¹⁰¹⁸) omnipotente et de domination¹⁰¹⁹ de l'État, et elle relève de la *res publica*¹⁰²⁰.

174. La puissance publique, puissance supérieure, touche en première lieu, aux activités normatives. Elle n'est pas seulement une puissance administrative, elle inclut aussi la « puissance législative ». La jurisprudence est constante sur ce point : « l'activité législative des États-membres »¹⁰²¹ ne constitue pas une activité économique. C'est d'ailleurs l'ensemble des activités de réglementation¹⁰²², indépendamment de leur valeur normative, qui est rattaché à la puissance étatique, à la condition néanmoins que la réglementation corresponde véritablement à une politique étatique¹⁰²³, à défaut de quoi elle serait considérée comme partie intégrante d'une activité économique¹⁰²⁴. Le droit de l'Union européenne conforte donc l'État dans sa

¹⁰¹⁴ M. G. F. MANCINI, concl. sur CJCE, *Commission c/ République française*, aff. C-307/84 : *Rec.*, p. 1725, 1732, définition reprise par l'Avocat général J. MISCHO, concl. sur CJCE, 17 oct. 1989, Ufficio distrettuale delle imposte dirette dommages et intérêts Fiorenzuola d'Arda, préc., pt. 37.

¹⁰¹⁵ B. NABLI, « L'autorité publique et la puissance publique », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, *op. cit.*, p. 331.

¹⁰¹⁶ Pour une synthèse de la théorie de la *Herrschaft*, v. J. CHEVALLIER, « L'intérêt dans l'Administration française », *RISA*, Paris, 1975, p. 325, spéc. p. 328 : l'État est « censé détenir la puissance commandante, le pouvoir de domination, c'est-à-dire le droit de formuler des ordres, qui s'imposent par eux-mêmes et avec force de contrainte irrésistible parce qu'ils émanent d'une puissance supérieure ».

¹⁰¹⁷ J. MEGRET, *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. 3, éd. de l'Université de Bruxelles, 1970, p. 98 : les activités d'autorité publique sont celles « qui concourent à la formation de la volonté de l'État [on souligne], ou à l'exercice pour son compte d'un véritable pouvoir de puissance publique ».

¹⁰¹⁸ Littéralement, « puissance de la volonté ». Sur ce concept, O. JOUANJAN, « Les aventures du sujet dans la narration villeyenue de l'histoire de la pensée juridique », *Droit et société*, 2009/1, n° 71, p. 27, spéc., p. 33.

¹⁰¹⁹ O. JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Travaux de l'AFDA Les droits publics subjectifs*, *op. cit.*, p. 5. V. aussi, L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 1924, *op. cit.*, p. 317.

¹⁰²⁰ O. BEAUD, « L'honneur perdu de l'État ? », *Droits*, 1992, p. 3.

¹⁰²¹ Pour un exemple, CJCE, 14 juil. 1971, Muller, aff. 10/71 : *Rec.*, p. 723.

¹⁰²² Ne sont pas des activités économiques les réglementations nationales prévoyant la fixation de prix de vente au détail par les autorités publiques (CJCE, 2 juil. 1987, Lefèbre, aff. 188/86, *Rec.*, p. 2963), celles relatives au blocage de prix de produits soumis à la législation européenne (CJCE, 18 oct. 1979, Denkvit France Sarl, aff. 05/79, *Rec.*, p. 3203).

¹⁰²³ CJCE, 20 mars 1983, *Commission c/ Italie (British Telecom)*, aff. 41/83, *Rec.*, p. 873.

¹⁰²⁴ D. BERLIN, « Droit communautaire et régimes exorbitants du droit commun », préc.

fonction première : la fonction de production normative et décisionnelle, dans un sens de *jurisdictio*¹⁰²⁵, « traduisant [ainsi] la monopolisation politique des organes étatiques »¹⁰²⁶ et la monopolisation de la production normative, prolongements du principe d’indivisibilité de la souveraineté¹⁰²⁷. L’activité de réglementation est incluse dans la puissance publique mais elle n’épuise pas toutes ses potentialités. L’exercice de la souveraineté ne se réduit pas à la production de normes. Aux dires de l’avocat général J. Mischo, « le pouvoir de souveraineté s’exprime concrètement par le truchement d’autorisations, licences, permis, concessions, inscriptions dans des registres, délivrances de copies certifiées conformes, sanctions pour non-observation de lois ou de règlements, etc. »¹⁰²⁸. La liste est longue¹⁰²⁹, il n’en reste pas moins que le droit de l’Union européenne identifie deux lieux privilégiés d’expression de la puissance publique, identifiée au pouvoir de souveraineté. À côté de l’activité de réglementation, les activités de police et de contrôle sont une autre voie d’expression de la puissance publique. L’activité de police est une fonction étatique¹⁰³⁰, elle est aussi une prérogative de puissance publique puisqu’elle suppose des moyens de contrainte et de coercition¹⁰³¹, sans lesquels l’activité de police n’est pas une activité de puissance publique. Par exemple, une société privée de sécurité qui assure « [sa] mission de surveillance et de protection sur la base de rapports privés » n’est pas investie « de pouvoirs de contraintes »¹⁰³² ou, selon l’avocat général S. Alber, « de pouvoirs de souveraineté »¹⁰³³, elle n’exerce donc pas une activité de puissance publique. Dans l’esprit des avocats généraux, la souveraineté constitue un principe de légitimation de la production normative de l’État, elle est aussi le centre d’imputation de la *coercitio* étatique. L’ancienne alliance entre la souveraineté et l’*impérium* est même réactivée sous la plume de l’avocat général M. Mayras, selon lequel la puissance publique est « la faculté d’user de

¹⁰²⁵ Cela signifie que, « quel que soit le titulaire de la souveraineté, son caractère souverain [celui de l’État] consiste en ceci qu’il est le maître absolu de l’idée de droit agissant dans le groupe politique », G. BURDEAU, *L’État*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁰²⁶ Ch. DENIZEAU, *L’idée de puissance publique à l’épreuve de l’Union européenne*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰²⁷ Sur ce principe, N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », in Travaux de l’AFDA, *La puissance publique*, *op. cit.*, p. 173.

¹⁰²⁸ J. MISCHO, concl. sous CJCE, 17 oct. 1989, Ufficio distrettuale delle imposte dirette dommages et intérêts Fiorenzuola d’Arda, préc., pt. 38.

¹⁰²⁹ Par exemple, l’activité de certification n’est nécessairement pas une activité de puissance publique, v. TPICE, 22 oct. 1997, SCK et FNK, aff. jointes, T-213/95 et T-18/96, *Rec.*, II, p. 1739. L’activité en question n’était pas une activité de puissance publique parce qu’elle correspondait « à un demande commerciale de prouver à des clients de plus en plus avertis et exigeants que leurs produits ou services sont, sinon de qualité, du moins conformes à un minimum d’exigences connues » (A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 272-273).

¹⁰³⁰ Sur l’ensemble de la jurisprudence européenne relative aux activités de police, v. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 276.

¹⁰³¹ CJCE, 14 déc. 1995, Banchemo, aff. C-387/93 : *Rec.*, I, p. 4663, v. pt. 49.

¹⁰³² CJCE, 29 oct. 1998, Commission c/ Espagne, aff. C-114/97 : *Rec.*, I, p. 6717.

¹⁰³³ S. ALBER, concl. sur CJCE, 29 octobre 1998, Commission c/ Espagne, pt. 25.

prérogatives exorbitantes du droit commun, de privilèges de puissance publique, de pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens »¹⁰³⁴.

175. La puissance publique est donc une puissance spécifique en droit de l'Union européenne, au regard de sa définition mais aussi en raison de ses finalités. Les *telos* que le droit de l'Union européenne reconnaît à la puissance publique sont un autre moyen d'opposer sa définition à celle de l'activité économique. Les fins d'intérêt général dépassent le champ de la puissance publique, ne serait-ce que parce qu'elles sont présentes dans la notion de service d'intérêt économique général (SIEG), mais la puissance publique reste unie à l'intérêt général par un lien indissoluble, elle est donc en droit de l'Union européenne une puissance finalisée. La production de normes doit d'abord avoir « lieu dans l'intérêt public »¹⁰³⁵. Dans une analyse proche de celle du détournement de pouvoir, le juge européen peut déclasser une réglementation si elle poursuit exclusivement l'intérêt de son auteur, en l'occurrence lorsque cet auteur est une personne privée agissant sur délégation de l'État, ou lorsque la réglementation correspond à une « action économique sur un marché »¹⁰³⁶. Pour bénéficier du label de puissance publique, la réglementation doit en somme être « l'application d'une politique de l'État clairement articulée et expressément affirmée »¹⁰³⁷, et non fixer « les prix et conditions »¹⁰³⁸ d'une offre économique. La forme, réglementaire ou législative, ne revêt aucune importance, seules importent la nature et la finalité de l'acte qui s'articulent et se complètent, dans l'esprit du juge européen, pour construire un modèle de puissance publique en opposition à la notion d'activité économique. La jurisprudence européenne développe le même raisonnement au sujet des mesures de police. Les finalités, telles que l'ordre public¹⁰³⁹, la santé publique, la moralité publique ou toute autre exigence impérative ou impérieuse d'intérêt général, sont des éléments inhérents à la définition de la police en tant que prérogative *typique* de puissance publique. Les activités d'Eurocontrol, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, sont « typiquement des prérogatives de puissance publique », car ces activités sont exercées au nom d'intérêts généraux tels que « le maintien » et « l'amélioration de la sécurité de la navigation aérienne », la sécurité des passagers et les impératifs liés à la défense

¹⁰³⁴ Mayras, concl. sur CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74 : *Rec.*, p. 641.

¹⁰³⁵ CJCE, 18 juin 1985, I.G.A.V, aff. 94/74, *Rec.*, p. 699, pt. 35.

¹⁰³⁶ A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰³⁷ J.-G. ASSIS DE ALMEIDA, *La notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence*, Thèse Paris II, 1994, p. 200.

¹⁰³⁸ CJCE, 20 mars 1985, *Commission c/ Italie (British Telecom)*, aff. 41/83 : *Rec.*, p. 873, pt. 17. Dans ces conditions, la réglementation remplit « donc la même fonction que des clauses contractuelles ».

¹⁰³⁹ Sur ce point, v. S. POILLOT REZUZETTO, « Ordre public et droit communautaire », in *Mélanges en hommage du Doyen Boyer*, Dalloz, 1993, p. 177.

nationale¹⁰⁴⁰. De même, dans l'arrêt *Diego Cali*, l'activité de surveillance antipollution est une activité de police car elle est finalisée à « la protection de l'environnement du domaine maritime », elle constitue ainsi une « mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'État »¹⁰⁴¹.

II. La dissociation européenne entre la gestion domaniale et la puissance publique

176. Au nom de l'opposition définitionnelle entre la puissance publique et l'activité économique, la gestion domaniale perd son identité de puissance publique en droit de l'Union européenne. Sur l'espace de l'infrastructure publique, coexistent donc deux pouvoirs : la gestion, qualifiée d'activité économique, et la police, activité *typique* de puissance publique, ce qui signe le retour de la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, reflet du dédoublement fonctionnel de l'État. Le droit de l'Union européenne rompt ainsi avec le principe d'une puissance publique ventilée entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de police. Par ce biais, le droit de l'Union européenne réactive sur le domaine public la distinction entre l'*imperium* et le *dominium* en dissociant la puissance publique de la gestion. La puissance publique étant pensée dans le cadre restreint de l'*imperium*, elle ne saurait irriguer la gestion de l'infrastructure. Et le fondement propriétaire de la gestion, conforté par l'approche européenne, ne saurait être le fondement d'une activité de puissance publique. La séparation, qui présente une certaine radicalité, entre la puissance publique et la gestion relève donc du champ catégoriel établi par les règles européennes **(A)**, mais, preuve encore de son enracinement en droit de l'Union européenne, cette distinction est aussi un principe prescriptif, une exigence imposée par les règles européennes, notamment en droit de la concurrence **(B)**.

A. La dissociation définitionnelle entre la gestion domaniale et la puissance publique

177. La présence de la puissance publique dans le commerce économique n'est pas admise, du moins la puissance publique ne peut pas être l'instrument d'une activité économique. En qualifiant la gestion domaniale d'activité économique, le droit de l'Union européenne altère la figure de l'État-propriétaire puisqu'il dissocie la puissance publique des prérogatives propriétaires. La gestion du domaine public est un exemple de divergence de qualification

¹⁰⁴⁰ CJCE, 19 janv. 1994, SAT c/ Eurocontrol, préc., pt. 27.

¹⁰⁴¹ CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA*, préc.

entre le droit de l'Union européenne et le droit français¹⁰⁴². La qualification européenne dépend de l'interprétation de l'expression « typiquement une prérogative de puissance publique ». Dans le contentieux relatif à ADP, les juges européens consentent que l'entité soit, au regard du régime de la domanialité publique, investie de prérogatives de puissance publique dans sa gestion du domaine public, mais les prérogatives en question ne sont pas considérées comme des prérogatives *typiques* de puissance publique, elles ne sont donc pas un obstacle à la qualification de l'activité d'ADP en activité économique¹⁰⁴³.

Le raisonnement produit par les juges européens appelle plusieurs remarques. D'abord, il existerait ainsi une forme de hiérarchie entre différentes prérogatives de puissance publique : seules celles qui sont rattachées à une mission essentielle de l'État sont considérées comme des prérogatives *typiques* de puissance publique, ce qui n'est pas le cas des prérogatives de puissance publiques inscrites dans le cadre de la gestion domaniale. Ensuite, si les prérogatives *typiques* de puissance publique sont l'émanation de la souveraineté étatique. Le droit de l'Union européenne instruit ainsi une dissociation entre la puissance publique existante dans la gestion domaniale et l'exercice de la souveraineté : la gestion domaniale n'est pas une fonction étatique au sens du droit de l'Union européenne, selon une vision matériellement restrictive de la souveraineté.

178. Les prérogatives de gestion sont donc partie intégrante de l'activité économique et perdent en conséquence leur identité de puissance publique. Même une réglementation prise à l'occasion de la gestion d'une infrastructure n'est pas une réglementation étatique, au sens de l'Union européenne, puisqu'elle ne met pas en œuvre des prérogatives *typiques* de puissance publique : une telle réglementation s'inscrit donc dans le cadre général de l'activité économique¹⁰⁴⁴. À partir de la définition de l'activité économique et de celle de la puissance publique, il est nécessaire, selon le juge européen, « de faire une distinction entre, d'une part, les activités purement administratives d'ADP, notamment les missions de *police*, et, d'autre part, les activités en cause de gestion et d'exploitation [de la dépendance domaniale] »¹⁰⁴⁵,

¹⁰⁴² N. CHARBIT, « L'application du droit de la concurrence : affrontement sur la voie publique ? », *RTD. com.*, 2004, p. 47.

¹⁰⁴³ J. MISCHO, concl. sur CJCE, 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, préc. : « le simple fait que le requérant dispose pour l'exercice d'une partie de son activité de prérogatives de puissance publique n'est pas suffisant pour exclure que son activité a un caractère économique ». V. aussi, TPICE, 12 déc. 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, préc., pt. 120 : « L'existence en droit national d'un régime de police spéciale de la domanialité publique [sic] n'est nullement incompatible avec l'exercice sur le domaine public d'activités de nature économique ».

¹⁰⁴⁴ CJCE, 20 mars 1985, Italie c/ Commission, aff. 41/83, *Rec.*, p. 873 : Dans ces conditions, les règlements visés par la décision attaquée doivent être regardés comme faisant partie intégrante de l'activité d'entreprise de BT », formulation reprise par TPICE, 12 déc. 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, préc., pt. 123.

¹⁰⁴⁵ TPICE, 12 déc. 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, préc., pt. 112.

appréhendées en tant qu'activité économique. La séparation au sein d'une même entité entre ses différentes activités est un principe bien ancré en droit de l'Union européenne¹⁰⁴⁶. Conséquence directe de l'approche fonctionnelle, le principe de dissociation contribue à dessiner une frontière entre la police et la gestion¹⁰⁴⁷. La distinction entre l'*imperium* et le *dominium* est donc un principe interne à la maîtrise de l'infrastructure publique, elle structure les deux activités qui répondent à deux sphères respectives distinctes, autonomes et qui s'opposent. La distinction entre la souveraineté et la propriété n'emprunte pas en droit de l'Union européenne la voie de la dualité des biens, mais celle de la dualité fonctionnelle.

179. La distinction entre la puissance publique et la gestion de l'infrastructure est parfois difficile à déterminer pour le juge européen. Dans le cadre du contentieux relatif à l'attribution des licences UMTS¹⁰⁴⁸, le requérant considérait « que les autorités nationales, lorsqu'elles procèdent à leur attribution, agissent comme un opérateur économique cherchant à en tirer le meilleur prix afin de valoriser économiquement la *gestion* du domaine public hertzien »¹⁰⁴⁹. L'appréciation du juge européen témoigne de sa difficulté à qualifier l'activité de gestion du domaine public hertzien et à délimiter les champs respectifs de la puissance publique et de la gestion économique du domaine. Selon ses termes, « l'exercice de fonctions régaliennes n'exclut pas la prise en compte de données d'ordre économique dans le cadre de la gestion patrimoniale d'une ressource publique rare telle que les radiofréquences composant l'espace public hertzien sur lequel peut être accordé un droit d'accès ou un droit d'usage ». Il en résulte que « les États membres ont à la fois un rôle de régulateur des télécommunications et un rôle de gestionnaire du patrimoine public que constitue l'espace hertzien »¹⁰⁵⁰. À bien y regarder, l'administration de l'espace public hertzien serait de prime abord, selon le juge européen, une activité « régalienne », mais intégrerait, lorsqu'elle se mue en gestion patrimoniale, des

¹⁰⁴⁶ Pour un exemple, TPICE, 12 déc. 2006, Selex Sistemi Integrati SpA c/ Commission, aff. T-155/04. Le Tribunal procède à une dissociation d'activités d'Eurocontrol. L'activité d'adoption de normes relève d'une « mission législative » et procède de prérogatives de puissance publique et l'activité d'assistance technique est une activité économique dissociable de la première activité. Position confirmée par, CJCE 26 mars 2009, Selex Sistemi, aff. C-113/07 : *Rec.*, p. I-2207 ; *AJDA*, 2009, p. 980, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RTDE*, 2009, p.473, chron. L. Idot. V. également, CJCE, 1^{er} juil. 2008, MOTOE, C-49/07 : *Rec.*, p. I-04863, *Europe*, août-sept., 2008, comm. 276 ; *Concurrences*, 4-2008, p. 87, obs. A.-L. S. ; *RLC*, 2008, 17/1192, obs. L. Arcelin, 17/1218, obs. S/D. ; *JDI*, 2009, p. 693, obs. C. Prieto.

¹⁰⁴⁷ Commission, déc. 28 juin 1995, R.V.A : *JOCE*, n° L 216, p. 8, pt. 2. La commission fait une distinction entre d'autre part les activités de sécurité qualifiées de police et les activités strictement économiques de l'entité chargée de l'administration de l'aéroport de Bruxelles.

¹⁰⁴⁸ Sur ce contentieux, v. B. RICOU, « L'attribution des licences de téléphonie mobile de troisième génération », *RFDA*, 2011, p. 539.

¹⁰⁴⁹ TPICE, 4 juil. 2007, Bouygues SA c/ Commission, aff. T-475/04, pt. 98 (on souligne).

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, pt. 104. La CJUE n'est pas revenu sur la qualification du Tribunal et s'est intéressée précisément à la qualification d'Aide d'État de la baisse de redevance des licences de SFR et d'Orange, v. CJUE, 2 avril 2009, Bouygues SA, aff. C-431/07 P

préoccupations économiques, ce qui l'apparenterait aussi à une activité économique. Dans la continuité de la jurisprudence *Connect Austria*¹⁰⁵¹, l'appréciation du Tribunal tient aussi au fait que les licences de téléphonie mobile ont une valeur économique, ce qui est confirmé dans l'arrêt *Bouygues SA*, parce que ces licences constituent en droit français un droit d'usage d'un patrimoine public.

180. La solution relative à l'arrêt *Bouygues SA* fut prise peu de temps après celle rendue à l'occasion d'un contentieux fiscal opposant T-Mobile à l'État autrichien¹⁰⁵². Ces deux jurisprudences illustrent l'une des rares divergences de qualification de l'activité économique¹⁰⁵³ au sein du droit de l'Union européenne, entre droit fiscal et droit de la concurrence. En effet, même si l'activité économique appréhendée par le droit fiscal européen se rapproche de celle existante en droit de la concurrence, elle est, notamment aux dires de l'avocat général J. Kokott, plus large en droit fiscal européen¹⁰⁵⁴ « compte tenu de l'existence des règles spéciales applicables aux autorités publiques »¹⁰⁵⁵. Or, sur ce fondement, l'avocat général J. Kokott considère en premier lieu que l'octroi de fréquences moyennant le versement d'une redevance est bien une activité économique, puisqu'il s'agit de l'exploitation d'un bien « pour en retirer des recettes présentant un caractère de permanence »¹⁰⁵⁶, selon l'énoncé de la directive 77/388 du 17 mai 1977¹⁰⁵⁷. Mais, en raison de la particularité de l'activité, l'avocat général estime qu'elle ne peut être assimilée à la gestion d'un patrimoine privé. En conséquence, si l'adjudication des licences de téléphonie mobile s'apparente à une activité économique, l'autorité a en réalité agi par voie de « puissance publique »¹⁰⁵⁸ et, à ce titre, elle n'est pas assujettie à la TVA. On est tenté de dire que, dans sa caractérisation de la gestion des ondes hertziennes, l'avocat général J. Kokott fait un saisissant écho, peut-être involontaire, à la

¹⁰⁵¹ CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, aff. C-462/99 : *RTDE*, 2004, p. 669, chron. L. Idot ; *ibid.*, 2005. 131, chron. J.-B. Blaise et L. Idot (pt. 93).

¹⁰⁵² CJCE, 26 juin 2007, *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche*, aff. C-284/04 :

¹⁰⁵³ Sur ce point, J. MAIA, « Débat sur les frontières de l'«activité économique» imposable à la TVA », *RJF*, 2/02, p. 102.

¹⁰⁵⁴ J. KOKOTT, concl. sur CJCE, 16 juin 2007, *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche*, *Rec.*, p. I-05189., (pt. 61).

¹⁰⁵⁵ L. VALLÉE, comm. sous CJCE, 16 juin 2007, *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche* : *RJEP*, n° 649, Janvier 2008, comm. 3.

¹⁰⁵⁶ J. KOKOTT, concl. sur CJCE, 16 juin 2007, *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche*, *op. cit.*, pt. 77.

¹⁰⁵⁷ Directive n° 77/388/CEE (modifiée), 17 mai 1977 : *JOCE* n° L 145, 17 juin 1977. Au sens du droit fiscal européen est « une activité économique une opération comportant l'exploitation d'un bien corporel ou incorporel en vue de retirer des recettes ayant un caractère de permanence ».

¹⁰⁵⁸ J. KOKOTT, concl. sur CJCE, 16 juin 2007, *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche*, préc. (pt. 121) : « Dans un tel contexte, l'État exerce essentiellement des prérogatives de la puissance publique ». Le raisonnement de J. Kokott se fonde directement sur la jurisprudence CJCE, 14 déc. 2000, *Fazenda Pública*, aff. C-446/98 : *Rec.*, p. I-11435, v. pt. 119 : « la Cour a tiré du fait que la gestion des stationnements publics comportait l'usage de prérogatives de puissance publique la conclusion que l'activité était soumise à un régime particulier de droit public ».

théorie administrative du domaine public où la puissance publique n'est pas incompatible avec une exploitation patrimoniale ou économique, sans compter que l'avocat général J. Kokott formalise une distinction entre les biens publics et les biens privés. La solution proposée n'a pourtant pas eu les faveurs de la Cour, dont la solution aboutit au même résultat mais selon des principes logiques différents. En effet, selon la Cour, « l'attribution, par l'autorité réglementaire nationale de l'assignation des fréquences, de droits tels que des droits d'utilisation de fréquences du spectre électromagnétique dans le but de fournir au public des services de télécommunications mobiles par voie de mise aux enchères ne constitue [tout simplement] pas une activité économique »¹⁰⁵⁹.

Pour ce qui est de l'arrêt *Bouygues SA*, force est de constater que le Tribunal retient malgré tout la distinction définitionnelle entre le « rôle de régulateur » et le rôle de « gestionnaire du patrimoine public »¹⁰⁶⁰, il n'opère donc aucune confusion entre les deux notions – la gestion du domaine public est toujours, dans sa définition, exclue de la puissance publique – mais il associe les deux rôles, de régulateur et de gestionnaire, au sein de la même entité. En effet, en raison de la particularité du domaine public hertzien, qui tient notamment au processus d'appropriation par l'État des ondes hertziennes¹⁰⁶¹, le Tribunal a éprouvé des difficultés à faire la part des activités de puissance publique et des activités de gestion. Il est vrai que l'octroi des fréquences radioélectriques dans de nombreux États-membres est le fruit de mesures ou de réglementations étatiques dans le cadre d'une activité de « régulation », ainsi le spectre hertzien reste une *res communis* sur lequel l'État n'exerce qu'un pouvoir de police¹⁰⁶². D'ailleurs, dans la jurisprudence *Connect Austria*, la mesure d'octroi d'une licence de téléphonie mobile est analysée à l'aune du principe de l'effet utile du Traité¹⁰⁶³, preuve qu'elle relève d'une activité non économique dont le juge européen apprécie les effets sur le marché selon la logique d'opposabilité¹⁰⁶⁴, et non d'applicabilité directe des règles de concurrence¹⁰⁶⁵. Il est vrai

¹⁰⁵⁹ CJCE, 26 juin 2007, T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche, préc. (pt. 44).

¹⁰⁶⁰ TPICE, 4 juil. 2007, Bouygues SA c/ Commission, aff. T-475/04, pt. 104. Sur ce point, v. H. LEGAL, « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », *AJDA*, 2007, p. 949.

¹⁰⁶¹ T. PEZ, *Le domaine public hertzien. Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, LGDJ, « Systèmes Droit », 2011, p. 18-19.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 17-18.

¹⁰⁶³ CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, préc. (pt. 84) : « Si l'inégalité de chances entre les opérateurs économiques, et donc la concurrence faussée, est le fait d'une mesure étatique, une telle mesure constitue une violation de l'article 86, paragraphe 1, CE, lu en combinaison avec l'article 82 CE ».

¹⁰⁶⁴ Sur la relation entre le principe de l'effet utile et le principe d'opposabilité des règles de concurrence, v. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, pt. 80 : « il convient de rappeler qu'il est de jurisprudence constante qu'un État membre enfreint les interdictions édictées par l'article 86, paragraphe 1, CE, lu en combinaison avec l'article 82 CE, lorsqu'il prend une mesure législative, réglementaire ou administrative qui crée une situation dans laquelle une entreprise publique ou une entreprise à laquelle il a conféré des droits spéciaux ou exclusifs est amenée à abuser de sa position dominante ».

aussi que la directive 97/13¹⁰⁶⁶ relative à l'attribution des licences de téléphonie mobile considère que l'activité d'attribution de ces licences relève de la compétence exclusive des États¹⁰⁶⁷. Ainsi, dans l'arrêt *Bouygues SA*, le juge européen s'est fondé sur une qualification d'activité de type régalien qui semblait s'imposer en référence à la directive 97/13 mais qu'il a dû nécessairement adapter à la spécificité du domaine public hertzien.

B. La distinction entre la gestion domaniale et la puissance publique : un principe prescriptif

181. En droit de l'Union européenne, la distinction entre la puissance publique et la gestion a une assise définitionnelle, mais elle est aussi exigée au nom des règles européennes. Elle est donc un principe prescriptif qui peut être interprété comme une règle de non-cumul¹⁰⁶⁸ : aux fins du fonctionnement du marché, les entités qui exercent une activité économique ne peuvent en principe détenir de prérogatives de puissance publique¹⁰⁶⁹. Le but est de limiter l'intervention de la puissance publique, considérée comme « perturbatrice des lois du marché »¹⁰⁷⁰. L'« équité économique »¹⁰⁷¹ suppose qu'une entreprise ne puisse pas bénéficier de prérogatives de puissance publique dans le cadre de son activité économique, car ces prérogatives constitueraient un avantage par rapport à ses concurrents. Le principe de non-cumul se présente alors comme le complément du principe européen d'égalité des chances entre opérateurs économiques¹⁰⁷². Précisément, le cumul des activités économiques et des activités de puissance publique porte en germe un conflit d'intérêts¹⁰⁷³ qui peut être sanctionné. Le droit de l'Union européenne cultive une suspicion à l'encontre de la confusion des rôles d'arbitre et d'acteur du jeu concurrentiel, suspicion selon laquelle un tel cumul serait automatiquement à l'origine de distorsions de la concurrence¹⁰⁷⁴. La règle de non-cumul des

¹⁰⁶⁶ Directive 97/13/CE du Parlement Européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications : *JOCE*, n° L 117 du 07/05/1997 p. 15-27.

¹⁰⁶⁷ CJCE, 26 juin 2007, *T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche*, préc., pt. 41. V. également, concl. J. KOKOTT sous cet arrêt, pt. 114 : « Aucune entreprise ne peut octroyer directement des droits de cette nature ».

¹⁰⁶⁸ J.-P. KOVAR, *l'État et les modes d'organisation du marché*, *op. cit.*, p. 199 et s.

¹⁰⁶⁹ A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, *op. cit.*, p. 312.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ Commission, *IX^e Rapport sur la politique de la concurrence*, 1979, p. 10.

¹⁰⁷² Pour un exemple, CJCE, 19 mars 1991, *France c/ Commission*, aff. C-202/88 : *Rec.*, p. I-1223.

¹⁰⁷³ CJCE, 13 déc. 1991, *GB-INNO-BM*, C-18/88 : *Rec.*, p. I-5941, pt. 25-26.

¹⁰⁷⁴ CJCE, *Italie c/ Commission*, 20 mars 1985, aff. 41/83 : *Rec.*, p. 873. Dans cet arrêt, la CJCE constate que « confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser des spécifications devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agréeer ces appareils revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ces concurrents dans le domaine des télécommunications ». Sur cette question, S. RODRIGUES, *Services publics et services d'intérêt économique général dans la Communauté européenne. Éléments de droit comparé et analyse du droit communautaire*, Thèse Paris I, 1999, p. 386 et s.

prérogatives de puissance publique et de l'activité économique est donc une autre voie logique d'expulsion de la puissance publique hors de la gestion du domaine public. Une entité qui gère une infrastructure publique ne saurait cumuler cette activité avec une activité *typique* de puissance publique. S'agissant de la gestion des infrastructures publiques, le principe de non-cumul s'est progressivement affirmé, surtout afin d'accompagner les processus de déréglementation des secteurs en réseau, dans la continuité du principe de séparation entre le gestionnaire de l'infrastructure et l'exploitant de l'activité¹⁰⁷⁵. Le principe de non-cumul a ici vocation à séparer les activités de réglementation des activités d'exploitation « pour garantir une protection optimale des intérêts des usagers par le traitement impartial de tous les opérateurs »¹⁰⁷⁶, et ce pour plusieurs raisons, dont la première est que la détention de prérogatives de puissance publique par une entreprise renforce nécessairement sa position dominante. Dans le même sens, dans un arrêt en date du 10 décembre 1991, la Cour européenne n'est pas favorable à la détention par un opérateur économique de prérogatives de puissance publique¹⁰⁷⁷, car elle présume que l'entité exercerait la puissance non dans l'intérêt général mais dans son propre intérêt, afin d'asseoir et de renforcer sa position sur un marché donné. La séparation entre le pouvoir de gestion et la puissance publique acquiert donc une valeur prescriptive au sein des règles européennes.

182. *Conclusion §1.* L'appréhension du pouvoir de gestion du domaine public en droit de l'Union européenne est ainsi tributaire d'une représentation de l'État qui associe puissance publique et souveraineté. Les difficultés associées à la jonction de prérogatives propriétaires et de prérogatives de puissance publique, au sein au pouvoir de gestion, sont mises en exergue par la construction européenne qui préfère maintenir une dissociation entre ces deux pouvoirs. Le pouvoir de gestion est ainsi expulsé hors de la puissance publique et appréhendé comme une activité économique.

§2. LA GESTION DU DOMAINE PUBLIC : UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

183. L'activité économique est au cœur de l'application des règles de concurrence. Cette notion, fondamentalement liée à celle d'entreprise, est à la fois le sujet et le cadre des règles de

¹⁰⁷⁵ Sur ce principe, J. CATTAN, « La question de la séparation des entreprises de réseaux verticalement intégrées : un facteur de divergence au cœur de la régulation sectorielle », *RJEP*, n° 692, Décembre 2011, p. 3.

¹⁰⁷⁶ Livre vert du 11 juin 1992 sur le développement du marché unique des services postaux.

¹⁰⁷⁷ CJCE, 10 déc. 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, préc., (pt. 17 et 18).

concurrence¹⁰⁷⁸. Hypertrophique, voire « envahissante » pour certains¹⁰⁷⁹, la notion d'activité économique englobe un ensemble de pratiques et de comportements, indépendamment de l'identité juridique de l'opérateur. Elle peut ainsi concerner l'activité des personnes privées aussi bien que celle des personnes publiques. En conséquence, l'activité économique offre une clef de lecture, pour le droit de l'Union européenne, des différentes fonctions de l'État. L'émergence de l'approche fonctionnelle de l'entreprise a modifié l'équilibre au sein du traité européen, c'est dire que « la dichotomie originelle, posée par le traité, entre les règles de concurrence, applicables aux entreprises et celles applicables aux États, est dépassée »¹⁰⁸⁰. Cette appréhension économique du pouvoir de gestion a été facilitée par la signification de l'article 345 TFUE qui n'opère pas de différenciation de traitement entre la propriété publique et la propriété privée. Lu à la lumière des dispositions du traité relatives aux règles de concurrence, cet article imprime à la propriété publique une dimension économique (I). Cette lecture favorise l'appréhension du pouvoir de gestion en tant qu'activité économique, notion dont la particularité réside dans sa définition fonctionnelle, distincte de la définition organique¹⁰⁸¹ ou statutaire de l'entreprise¹⁰⁸² (II).

I. L'article 345 TFUE, fondateur d'une lecture économique de la propriété publique

184. L'article 345 TFUE¹⁰⁸³ (anciennement 83 CECA, 222 CE et 295 TCE¹⁰⁸⁴) dispose que « le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété des États membres »¹⁰⁸⁵. Certains

¹⁰⁷⁸ L. IDOT, « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récents... », *Europe, Chronique*, Janvier, p. 1 ; du même auteur, « La notion d'entreprise », *RDS*, 2001, p. 191.

¹⁰⁷⁹ L. IDOT, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in CREDECO, *L'ordre concurrentiel, colloque en l'honneur d'Antoine PIROVANO*, 2002.

¹⁰⁸⁰ Ch. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *op. cit.* p. 96.

¹⁰⁸¹ Définition organique qu'on retrouve dans le contentieux relatif aux mécanismes de « péréquation des ferrailles », CJCE, 16 dec. 1963, Sociétés des aciéries du temple c/ Haute autorité, aff. 32/62 : *Rec.*, p. 583 ; CJCE, 16 juin 1996, Acciaierie et ferriere di Solbiat c/ Haute Autorité, aff. 50/65 : *Rec.*, p. 209. L'entreprise était « une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé ».

¹⁰⁸² CJCE, 13 juillet 1962, Mannesmann A.G c/ Haute Autorité (péréquation des ferrailles), aff. 19/61 : *Rec.*, p. 675 : « l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant de façon durable un but économique déterminé » ; CJCE, 13 juillet 1966, Etablissement Consten SARL et Grundig-Verkaufs GmbH c/ Commission, aff. jointes 56 et 58/64 : *Rec.*, p. 429, p. 444.

¹⁰⁸³ Dans la mesure où la rédaction n'a pas été modifiée, nous désignerons par commodité les différentes versions de cet article sous le nom de 345 TFUE. Sur l'article 345 TFUE (ex. 295 TCE), v. A. LAPEYRIE, *Les développements de l'article 295 du Traité CE pour la construction communautaire*, Thèse Toulouse I, 2007 ; P. MÈLE, *Le droit de propriété en droit communautaire*, Thèse Paris X, 2006 ; H. LEGAL, « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », *AJDA*, 2007, p. 949 ; M. KARPENSCHIF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA*, 2002, p. 95 ; C. GAUTHIER, « Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit français des propriétés publiques », *Cahier de droit européen*, Vol. 43, 2007, p. 381.

auteurs ont considéré que l'article 295 TCE (devenu 345 TFUE) jouissait d'une portée particulière, d'une force supérieure par rapport aux autres dispositions du Traité¹⁰⁸⁶. D'autres ont placé cet article dans le domaine « matériellement constitutionn[el] »¹⁰⁸⁷ de l'ordre juridique européen¹⁰⁸⁸. Selon l'avocat général Colomer, cet article assurerait au recours d'un État à la propriété publique une « présomption de validité »¹⁰⁸⁹, face à l'exigence de respect des autres dispositions du traité, notamment celles relatives au droit européen de la concurrence. Ce raisonnement n'a pourtant pas été suivi par la CJCE¹⁰⁹⁰, qui a considéré que l'article 345 TFUE n'occupait pas une place privilégiée au sein de la structure du traité. Autrement dit, l'article 345 TFUE ne saurait « prétendre à une quelconque prééminence sur les autres normes du Traité »¹⁰⁹¹. Si l'on peut concevoir que l'article en question assure une place à la propriété publique, sa lecture, combinée à celle des autres dispositions du traité, notamment relatives au droit de la concurrence, emporte une appréhension économique de la propriété publique. Ainsi, la neutralité impliquée par l'article 295 TCE (devenu 345 TFUE) s'apparente de prime abord à une protection du régime de la propriété publique, mais elle est aussi le vecteur d'une lecture économique de la propriété publique et, par extension, le vecteur de la qualification d'activité économique du pouvoir de gestion en droit de l'union européenne.

185. L'indifférence de l'Union européenne à l'égard du régime de la propriété signifie que les États membres « restent entièrement libre de déterminer l'étendue, la composition et l'organisation interne de leur secteur public, et gardent toute autonomie d'introduire les réformes qu'ils estiment nécessaires dans le régime de la propriété qui est le leur »¹⁰⁹². Cette

¹⁰⁸⁴ Sur la genèse de l'article 345 TUE, v. B. DELAUNAY, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres », *RJEP*, octobre 2009, étude 11.

¹⁰⁸⁵ La rédaction est issue d'une déclaration faite par Robert Schuman le 9 mai 1950 au sujet de la Communauté du charbon et de l'acier. V. aussi, C. GAUTHIER, « Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit français des propriétés publiques », préc., spéc. p. 391.

¹⁰⁸⁶ L.-J. CONSTANTINESCO, « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, p. 281.

¹⁰⁸⁷ D. SIMON, *L'ordre juridique communautaire*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 83 et s.

¹⁰⁸⁸ Sur ce point, A. LAPEYRIE, *Les développements de l'article 295 du Traité CE pour la construction communautaire*, *op. cit.*, p. 23-24.

¹⁰⁸⁹ R.-J. COLOMER, concl. sur CJCE, 4 juin 2002, préc., pt. 67, passage cité par R. KOVAR, « Les actions spécifiques : état de la jurisprudence de la Cour de justice », *Europe*, n°8, Août 2008, étude 7. V. aussi, B. DELAUNAY, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres », préc.

¹⁰⁹⁰ CJCE, 4 juin 2002, Affaires dites « golden shares », préc. ; CJCE, 6 déc. 2007, *Federconsumatori*, aff. C-463 et 464/04 : Rec., I, p. 10419. Sur ce point, v. *J.cl Europe Traité*, « Monopôles publics », pt. 21 ; R. KOVAR, « Actions spécifiques et entreprises privatisées : donner et retenir ne vaut ? », *RJEP*, 2002, p. 625.

¹⁰⁹¹ R. KOVAR, « Droit de propriété », in *Répertoire de droit communautaire*, *Dalloz*, 2007-1, pt. 51. V. aussi, L. FERRARI-BRAVO, « Les articles 90 et 37 dans leurs relations avec le régime de concurrence non falsifiée. Les incidences des règles de concurrence et de l'article 222 sur les possibilités de nouvelles nationalisations ou socialisations de secteurs économiques », in *L'entreprise publique et la concurrence*, Collège d'Europe, 1969, p. 409, spéc. p. 412 et 413.

¹⁰⁹² Commission européenne, *VI^e rapport sur la politique de la concurrence*, pt. 273.

déclaration peut se comprendre comme une forme de « neutralité négative »¹⁰⁹³ selon laquelle les instances européennes ne peuvent pas orienter l'action des États en matière de détermination du régime du droit de propriété. L'article 345 TFUE est donc une forme d'attribution en creux, en ce sens que l'exclusion d'une compétence de l'Union européenne induit une compétence pour les États membres¹⁰⁹⁴. Cette réserve de compétence doit nécessairement être rapprochée du principe de subsidiarité, qui définit d'une manière générale le cadre de la compétence des États membres. L'avocat général COSMA véhicule cette conception en estimant que l'article 345 TFUE « laisse en principe aux États membres le pouvoir de définir le régime du droit de propriété, y compris les restrictions apportées à ce droit pour des motifs d'intérêt général »¹⁰⁹⁵.

186. L'article 345 TFUE revêt un autre aspect qui semble, de prime abord, favorable à la propriété publique : le principe de non-discrimination entre la propriété publique et la propriété privée, qui implique une liberté d'accès au marché pour les personnes publiques. En ce sens, l'article 345 TFUE pose « un principe positif, et non pas [seulement] négatif, au profit des personnes publiques : celui d'être traitées de la même manière que leurs homologues privées et donc de pouvoir accéder au marché »¹⁰⁹⁶. On comprend le glissement sémantique de l'énoncé de l'article 345 TFUE, d'un principe négatif qui limite l'action de l'Union européenne au profit des États membres, vers un principe positif qui oblige les instances européennes, comme celles des États membres, à traiter indifféremment un opérateur public et un opérateur privé. Cette disposition se présente comme une concrétisation du principe d'égalité auquel elle confère une acception particulière en matière de droit de propriété. En effet, l'expression « ne préjuge en rien » implique « que le caractère privé ou public de l'opérateur économique ne constitue pas une différence objective justifiant un traitement distinct »¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹³ M. KARPENSCHIF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », préc.

¹⁰⁹⁴ CJCE, 15 mai 2003, Doris Salzmann, aff. C-300/01 : *Rec.* I-4899 : « Le régime de la propriété foncière relève des compétences réservées aux États membres en vertu de l'article 295 ». V. aussi, CJCE, 10 décembre 2002, *The Queen contre Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd*, aff. C-491-01 : *Rec.*, I-11453, point 147.

¹⁰⁹⁵ G. COSMAS, concl., sur CJCE, 18 déc. 1997, Daniele Annibaldi contre Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio, aff. C-309/96 : *Rec.* I-7493, point 21, citées par P. MÈLE, *Le droit de propriété en droit communautaire*, *op.cit.*, p. 34

¹⁰⁹⁶ M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS, note sous CE, Avis, 8 novembre 2000, Sté Jean Louis Bernard Consultants : *CJEG*, 2001, p. 62.

¹⁰⁹⁷ A. LAPEYRIE, *Les développements de l'article 295 du Traité CE pour la construction communautaire*, *op.cit.*, p. 164. V. aussi, R.-J. Colomer, concl. Sur CJCE, 4 juin 2002, affaires des « golden shares », préc., p. 54 : « l'expression "régime de propriété" qui figure à l'article 295 CE ne renvoie pas à l'ordre civil des relations patrimoniales – aspect, par ailleurs, complètement étranger aux fins des traités –, mais bien à l'ensemble idéal des règles de toute nature, issues aussi bien du droit privé que du droit public ». V. aussi, pt. 66.

187. Ainsi, dans le sens européen, le droit de propriété recouvre deux réalités : droit individuel attaché à la personne et droit économique, support des libertés économiques. Quoique ces réalités ne se croisent pas nécessairement, la vision du droit de propriété reste malgré tout unitaire parce que le droit de l'Union européenne n'a aucun a priori vis-à-vis des utilisations du droit de propriété. Le droit de propriété est pensé également d'une manière suffisamment large pour englober l'ensemble des modes d'exercice et sans préjuger de l'identité juridique de son titulaire. En revanche, le droit de l'Union européenne circonscrit la propriété publique à la fonction économique de l'État, distincte de sa fonction de puissance publique. Plus précisément, le droit de l'Union européenne se fait l'écho d'une conception du droit de propriété entendu comme un droit-fonction, c'est-à-dire comme un droit qui « doit être pris en considération par sa fonction dans la société » et qui est, en l'occurrence, appréhendé à la lumière de la distinction européenne des fonctions étatiques. On voit ici se dessiner les prémisses de la séparation entre la puissance publique et la propriété en droit de l'Union européenne, en même temps qu'un rapprochement entre la propriété publique et la propriété privée. La propriété publique remplit en effet la même fonction que la propriété privée : une fonction économique ou purement patrimoniale, et cela même si une personne publique en est titulaire.

Cependant, le principe de non-discrimination posé par l'article 345 TFUE a d'autres implications. Le droit de l'Union européenne est marqué par le principe de l'unité, entendu par là qu'il constitue un droit homogène, formant « une communauté de droit »¹⁰⁹⁸, un corpus de règles de droit commun, qui a vocation à régir l'ensemble des situations tombant sous son égide. En effet, la portée de l'article 345 TFUE doit aussi s'apprécier à la lumière des règles relatives à l'ordre concurrentiel européen. Plus précisément, l'article 345 TFUE doit être lu en combinaison avec les articles 101 et 102 TFUE et, surtout, avec l'article 106 TFUE (anciennement 86 TCE) qui soumet les entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général aux règles de la concurrence dans la limite où l'application de ces règles n'empêche pas l'accomplissement de la mission particulière qui leur est impartie¹⁰⁹⁹. L'article 345 TFUE ne peut donc apporter à la propriété publique une immunité face aux préceptes européens parce que cet article est pensé dans le cadre général des dispositions de ce Traité. L'article 345 TFUE a servi de fondement à la reconnaissance de la propriété publique, en lui réservant une place à côté de la propriété privée. Le principe de non-discrimination, issu de l'article 345 TFUE, se comprend surtout comme un traitement uniforme de tout régime de

¹⁰⁹⁸ Sur cette notion, J. RIDEAU, « L'incertaine montée vers l'Union de droit », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, p. 1.

¹⁰⁹⁹ CJCE, 20 mars 1985, Commission c/ Italie, aff. 41/83 : *Rec.*, p. 873.

propriété. Dès le moment où un droit de propriété, qu'il soit privé ou public, est le support d'une activité économique, il est soumis aux règles de concurrence. Il est d'ailleurs possible d'approfondir le raisonnement en considérant que l'article 345 TFUE a contribué à l'extension des règles de concurrence au secteur public. Si le droit de l'Union européenne a vocation à traiter indifféremment les deux régimes de propriété, cela suppose qu'aucun ne saurait se soustraire à l'application des règles de concurrence ou, autrement dit, que les règles de concurrence ont vocation à s'appliquer uniformément à l'ensemble des propriétés¹¹⁰⁰. L'entrée de la propriété publique dans la sphère économique repose en réalité sur ce traitement indifférencié entre la propriété publique et la propriété privée. Le principe de non-discrimination entre la propriété privée et la propriété publique, qui découle de l'article 345 TFUE, laisse donc entrevoir une autre lecture de cette même disposition, « devenu[e] le promoteur d'un principe d'égalité de concurrence entre entreprises publiques et privées »¹¹⁰¹, ce qui signifie « qu'en principe toutes les règles du traité doivent s'appliquer de même manière à toutes les entreprises tant privées que publiques dans tous les États membres ». L'article 345 TFUE n'est pas en contradiction avec les règles de concurrence, il en est au contraire le support. En d'autres termes, l'article 345 TFUE n'est pas « neutralisé »¹¹⁰² par les règles de concurrence, il en est le complément utile. Ainsi, en raison de la combinaison de l'article 345 TFUE et des règles de concurrence, le droit de l'Union européenne ne pose aucune prohibition de principe à la participation de la personne publique à une activité économique, mais cette participation doit s'exercer dans les mêmes conditions que pour les personnes privées, au nom du principe de l'unité de l'ordre juridique européen. Cet article semble donc fondateur de la qualification d'activité économique du pouvoir de gestion en droit de l'Union européenne.

II. La notion d'entreprise, vectrice d'une lecture économique de la gestion domaniale

188. L'appréhension économique de la gestion domaniale en droit de l'Union européenne repose sur plusieurs points. D'abord, les instances européennes, en particulier la CJCE (actuellement CJUE), mettent en avant la dimension économique de la gestion domaniale dans la mesure où celle-ci est analysée comme une prestation de service, c'est-à-dire comme la mise

¹¹⁰⁰ G. RIESCHL, concl. sur CJCE, 6 juillet 1982, France, Italie et Royaume-Uni c/ Commission, aff. jointes 188/90 à 190/80 : *Rec.*, I, p. 2545, cité par M. KARPENSCHIF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *op.cit.* : « en principe toutes les règles du traité doivent s'appliquer de même manière à toutes les entreprises tant privées que publiques dans tous les États membres ». V. aussi G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 483-484.

¹¹⁰¹ B. DELAUNAY, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres », préc.

¹¹⁰² *Ibid.*

à disposition d'infrastructures au bénéfice de tiers (A). À ce point s'ajoute un autre aspect, axé sur la finalité : la gestion domaniale est la source de services moyennant le versement d'un prix, elle offre donc un service onéreux (B). La CJCE fonde enfin l'appréhension économique de la gestion domaniale sur le fait qu'elle puisse être exercée par un opérateur privé (C).

A. La gestion domaniale ou la mise à disposition de l'infrastructure

189. Selon une jurisprudence désormais établie en droit de l'Union européenne, constitue une entreprise toute entité, quel que soit son statut juridique, qui exerce une activité économique, c'est-à-dire une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné¹¹⁰³. Cette définition juridique fait la part belle à l'appréhension économique de la notion d'entreprise¹¹⁰⁴. Le juge européen livre une définition d'une grande plasticité, permettant d'embrasser des hypothèses diverses. La forme de l'entreprise ne revêt plus d'importance, seule la nature de l'activité est prise en compte¹¹⁰⁵. Le juge européen fait donc le choix d'une approche « substantielle » au détriment d'une vision formelle¹¹⁰⁶. En outre, dans sa définition européenne, l'activité économique est avant tout une activité d'offre de biens et de services¹¹⁰⁷. Or, la gestion du domaine public doit être confrontée à cette définition qui fait désormais référence dans la détermination de l'application des règles de concurrence. La gestion domaniale peut-elle être analysée comme une activité d'offre de biens ou de services sur un marché donné ? La réponse émerge véritablement de l'arrêt du 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c/ Commission*, dans lequel la CJCE considère que la gestion de l'infrastructure aéroportuaire par l'Établissement public ADP est une activité économique au sens de l'article 86 TCE (devenu 106 TFUE). Parce que la mesure d'attribution d'un droit d'usage d'un bien public, qui d'ailleurs ne correspond pas nécessairement à l'octroi d'une occupation du domaine public¹¹⁰⁸, constitue une mise sur le marché de l'infrastructure aéroportuaire, la gestion du domaine public s'analyse comme relevant de l'exercice d'une activité

¹¹⁰³ CJCE, 23 avr. 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser C/ Macrotron GmbH, aff. C-41/90 : *Rec.*, p. I-1979.

¹¹⁰⁴ C. LE BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse, 2006, Paris X, p. 36 et s ; T. LAMARCHE, « La notion d'entreprise », *RTD. Com.*, 2006, p. 709.

¹¹⁰⁵ CJCE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, *Rec.*, p. I-43, v. notamment, pt. 19.

¹¹⁰⁶ G. FARJAT, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, p. 9 ; C. LE BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 38 ; L. IDOT, « La notion d'entreprise », *préc.*

¹¹⁰⁷ Sachant que l'activité de demande est exclue des règles européennes de la concurrence, à moins qu'elle soit intégrée en aval dans une activité d'offre, v. CJCE, 11 juillet 2006, FENIN c/ Commission, aff. C-205/03 P.

¹¹⁰⁸ Cela peut être simplement une autorisation d'exercer une activité au sein du domaine public, ce qui est le cas dans la jurisprudence ADP (autorisation d'exercer l'activité d'assistance en escale au sein de l'infrastructure aéroportuaire). Dans un autre arrêt, l'autorisation d'exercer une activité d'assistance en escale est analysée comme une autorisation d'accès aux infrastructures aéroportuaires, v. CJCE, 5 juil. 2007, Deutsche Luftansa c/ ANA – Aéroportos de Portugal SA, aff. C-181/06 : *Rec.*, p. I-05903.

économique¹¹⁰⁹. Plus précisément, la gestion domaniale n'est pas seulement, selon l'arrêt *ADP*, une activité d'exploitation patrimoniale, elle se présente avant tout comme une activité de prestation de services¹¹¹⁰, dans la continuité des arrêts *Italie c/ Commission*¹¹¹¹, *Merci convenzionali Porto di Genova*¹¹¹², *Deutsche Bahn c/ Commission*¹¹¹³, comme la mise à disposition de l'infrastructure à destination d'autres opérateurs économiques¹¹¹⁴ : « la gestion et la mise à disposition de ces installations pour la prestation de tels services constituent une activité économique »¹¹¹⁵, sans que cela soit incompatible avec « l'existence en droit national d'un régime de police spéciale de la domanialité publique [sic] »¹¹¹⁶. La Cour valide la position du Tribunal de première instance : il est conforme à l'article 86 TCE (devenu 106 TFUE) que « constitue une activité de nature économique la mise à disposition des compagnies aériennes et des différents prestataires de services, moyennant le paiement d'une redevance dont le taux est fixé librement par ADP, d'installations aéroportuaires »¹¹¹⁷. Dans une affaire plus récente, la CJUE juge aussi que « la construction d'une nouvelle piste [...] [est] une activité directement rattachable à la gestion de l'aéroport, laquelle est une activité économique »¹¹¹⁸.

190. Confirmée par la jurisprudence ultérieure, l'argumentation de la CJCE est structurée autour de la notion de « mise à disposition »¹¹¹⁹ de l'infrastructure, qui se comprend comme une activité de prestation de services¹¹²⁰. Le droit de l'Union européenne, par la voix de la

¹¹⁰⁹ H. LEGAL, « L'impact de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », préc. *Contra* R. KOVAR, note sous CJCE, 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, *AJDA*, 2003, p. 436. Selon l'avis du Professeur R. Kovar, il semblerait que la jurisprudence ne touche qu'un aspect de la gestion aéroportuaire, celle concernant l'autorisation des services commerciaux ayant leur siège au sein de l'aéroport. La Cour opère en effet une distinction entre la mise à disposition *stricto sensu*, d'un objet purement domanial, et l'autorisation d'activités d'assistance en escale. Il y aurait deux facettes de la gestion aéroportuaire, celle purement domaniale et celle touchant à l'organisation des activités au sein de l'enceinte de l'aéroport. La CJUE a en réalité une vision globale de l'exploitation d'une infrastructure dont les différentes composantes sont appréhendées à travers la notion d'activité économique.

¹¹¹⁰ J. MISCHO, concl., sur CJCE, CJCE, 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, aff. C-82/01 (pt. 141) : « les activités exercées par ADP, dont il est question en l'espèce, sont la mise à la disposition des compagnies aériennes et des différents prestataires de services, contre rémunération sous la forme d'une redevance dont il fixe librement le taux, d'installations aéroportuaires. ADP offre donc, à des opérateurs économiques, contre rémunération, un service qui consiste dans l'accès à des infrastructures ».

¹¹¹¹ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85 : *Rec.*, p. I-2619.

¹¹¹² CJCE, 10 déc. 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova*, aff. C-179/90 : *Rec.*, p. I-5923.

¹¹¹³ TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn c/ Commission*, aff. T-229/94 : *Rec.*, p. II-1695.

¹¹¹⁴ CJCE, 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, préc. (pt. 80).

¹¹¹⁵ TPICE, 12 décembre 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, aff. T. 128/98 : *Rec.* II-3933 (pt. 122).

¹¹¹⁶ *Ibid.* (pt. 120).

¹¹¹⁷ CJCE, 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, aff. C-82/01, (pt. 78).

¹¹¹⁸ CJUE, 19 déc. 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH*, aff. C-288/11 P.

¹¹¹⁹ *Ibid.* ; TPICE, 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn c/ Commission*, préc. (pt. 55) : « la mise à disposition de locomotives, leur traction et l'accès à l'infrastructure ferroviaire ».

¹¹²⁰ On retrouve d'une certaine mesure cette approche dans le contentieux fiscal européen, v. CJCE, 25 oct. 2007, *Ministero delle Finanze – Ufficio IVA di Milano contre CO.GE.P. Srl.*, aff. C-174/06 : « une relation juridique dans le cadre de laquelle une personne se voit accorder le droit d'occuper et d'utiliser, y compris de manière exclusive, un bien public, à savoir des zones du domaine maritime, pour une durée déterminée et

CJCE, opère une rupture dans les catégories juridiques du droit domanial. Tout le paradoxe est que la gestion du domaine public, au regard de l'affectation, est plus à même de recevoir la qualification d'activité économique que la gestion du domaine privé, qui reste de prime abord une gestion exclusivement patrimoniale et non économique. Le droit de l'Union européenne initie en effet un renversement de perspective. En référence aux propos de H. Legal, il apparaît qu'« il y a deux catégories de biens publics : premièrement ceux qui participent à une activité économique, auxquels en principe le droit de la concurrence s'applique comme à tout moyen de production, moyennant une prise en compte de leurs éventuelles missions d'intérêt général [...] ; et deuxièmement ceux qui sont d'ordre purement patrimonial et excluent toute insertion dans une logique de marché »¹¹²¹. Le droit de l'Union européenne sépare ce que le droit français a associé, à savoir les notions d'exploitation patrimoniale et d'exploitation économique¹¹²². La gestion du domaine public fait donc l'objet d'un conflit de définitions entre le droit français et le droit de l'Union européenne. En droit français, les définitions de l'exploitation économique et de l'exploitation patrimoniale du domaine public se sont confondues, elles ont été élaborées dans le cadre de l'opposition entre le *commercium* et l'*extracommercium*, opposition que le pouvoir de gestion a résorbé par une conciliation, accompagnant l'émergence d'un commerce juridique sur le domaine public. Le droit de l'Union européenne n'est pas empreint des mêmes catégories. La distinction européenne entre les activités hors marché et les activités économiques n'a pas la même signification, ni ne recouvre le même champ que la distinction entre le commerce administratif et le commerce privé. Seule importe, pour le droit de l'Union européenne, la question de l'insertion de la gestion domaniale dans l'économie, à savoir « la mise sur le marché »¹¹²³ de l'infrastructure.

B. L'onérosité de la mise à disposition de l'infrastructure

191. Si la notion d'offre de services est l'élément premier de la définition de l'activité économique, un autre élément est pris en compte par la CJCE : le caractère lucratif de l'exploitation de l'infrastructure, qui reflète davantage une approche finaliste qu'une approche substantielle de l'activité économique. En général, la place du critère du but lucratif fut

moyennant une rémunération relève de la notion de « location de biens immeubles » au sens de l'article 13, B, b), de la 6^{ème} directive 77/138.

¹¹²¹ H. LÉGAL, « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », préc.

¹¹²² Cette distinction se retrouve dans l'arrêt CJCE, 19 sept. 1995, Ledernes Hovedorganisation c/ Dansk Arbejdsgiverforening, aff. C-48/94 : *Rec.*, p. I-2745 ; D. 1995, IR, p. 219. Mais, parfois gestion économique et gestion patrimoniale sont associées, v. TPICE, 4 juil. 2007, Bouygues SA c/ Commission, aff. T-475/04 (pt. 104).

¹¹²³ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, op. cit., p. 436 ; *Droit public de la concurrence*, LGDJ, « Systèmes Droit », 2004, p. 68.

largement débattue et n'a fait l'objet d'une adhésion pleine et entière ni dans la jurisprudence¹¹²⁴, ni dans les conclusions des avocats généraux¹¹²⁵. Si l'avocat général F.-G. Jacobs a rappelé l'importance du critère du but lucratif¹¹²⁶, l'avocat général M. Poiares Maduro lui attribue une portée moins significative et tempère son rôle dans la qualification de l'activité économique¹¹²⁷ : « même si aucun but lucratif n'est poursuivi, il peut exister une participation au marché susceptible de mettre en cause les objectifs du droit de la concurrence »¹¹²⁸. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour ne retient pas forcément ce critère : l'absence de caractère lucratif d'une activité n'est pas rédhibitoire à sa qualification d'activité économique. Dans l'arrêt *FFSA*, la CJCE a estimé que « le seul fait que la CCMSA ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas à l'activité qu'elle exerce sa nature économique, dès lors [...qu'] elle peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer »¹¹²⁹.

Quoique le critère du but lucratif dans la qualification de l'activité économique soit très discuté, il en est autrement dans le cadre de l'exploitation d'une infrastructure. Le but lucratif n'est certes pas érigé au rang de critère, il occupe une place différente mais non négligeable. Le caractère lucratif de l'activité est seulement un indice qui se présente en complément du critère de l'objet de l'activité (offre de biens et de services). Le caractère lucratif n'est ainsi qu'un élément complémentaire : tant qu'il n'est pas rattaché à une activité d'offre de biens ou de services, sa simple présence ne suffit pas à emporter la qualification d'activité économique. Par exemple, dans l'arrêt *Eurocontrol*, les activités de perception de redevances de route sur les aéronefs sont considérées comme étant indissociables de l'activité de police de l'espace aérien exercée par Eurocontrol ; l'activité de perception de redevances n'est donc pas considérée comme une activité économique malgré son onérosité¹¹³⁰. Concernant l'administration d'une infrastructure portuaire, l'arrêt *Diego Cali* énonce que la perception d'une redevance dans le cadre d'une activité de surveillance préventive antipollution « n'est pas de nature à modifier la qualification juridique de cette activité »¹¹³¹, à savoir la qualification d'activité de police. En effet, la perception d'une redevance fait « partie intégrante »¹¹³² de l'activité de police en

¹¹²⁴ Sur ce point, v. C. LE BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 57 et s.

¹¹²⁵ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 273, n° 649.

¹¹²⁶ F.-G. JACOBS, concl. sur CJCE, 10 janv. 2006, Ministero dell'Economica e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di San Miniato, Spa, aff. C-222/04.

¹¹²⁷ M. POIARES MADURO, concl. sur CJCE, 11 juillet 2006, FENIN, aff. C-205/03.

¹¹²⁸ Cité par S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 273-274.

¹¹²⁹ CJCE, 16 nov. 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a c/ Ministre de l'Agriculture (FFSA), aff. C-244/94 : *Rec.*, p. I-4013, note P. Laigre, *Dr. Soc.*, n°1, janv. 1996, p. 82.

¹¹³⁰ CJCE, 19 janv. 1984, Eurocontrol, aff. C-364/92. Sur ce point, v. KOVAR, note sous CJCE, 24 octobre 2002, Aéroports de Paris, *AJDA*, 2003, p. 436, spéc., p. 440.

¹¹³¹ CJCE, 18 mars 1997, Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), aff. C-343/95 : *Rec.*, p. I-1580, pt. 24.

¹¹³² *Ibid.*

question. Dans le raisonnement de la Cour, l'approche substantialiste de l'activité est ainsi clairement privilégiée au détriment de l'approche finaliste¹¹³³.

Dans l'arrêt *ADP*, la CJCE utilise le caractère lucratif de l'activité à l'appui de son argumentation juridique, comme un biais facilitant, pour ainsi dire, la qualification d'activité économique de la gestion domaniale. Par contre, le caractère lucratif de l'activité de mise à disposition de l'infrastructure aéroportuaire ne doit pas s'entendre dans une acception exclusivement capitaliste¹¹³⁴, c'est-à-dire au sens de la recherche d'une maximisation des profits¹¹³⁵, car le caractère lucratif irait alors à rebours de la réalité de la gestion domaniale. Au contraire, la prise en compte du « lucre » dans la gestion domaniale signifie seulement que la mise à disposition, par des droits d'usage, de l'infrastructure aéroportuaire s'effectue en contrepartie d'un prix, si bien que la gestion domaniale est une offre de services onéreuse. La discussion a porté sur la redevance au titre de l'usage des installations aéroportuaires, et la CJCE a retenu que la mise à disposition des infrastructures est réalisée « moyennant le paiement d'une redevance dont le taux est fixé librement par ADP ». Par le biais de la qualification d'activité économique, les règles de concurrence ont encadré la discrétionnalité du pouvoir de gestion. En outre, la perception de l'activité de gestion comme activité d'offre de services, couplée à son caractère lucratif, la situe, du point de vue de la CJCE, hors des fonctions essentielles de l'État. En toute logique, cela suppose pour la Cour que l'activité de gestion soit susceptible d'être exercée par une entreprise privée à but lucratif et, selon un raisonnement circulaire, cet élément constitue en même temps « un indice supplémentaire permettant de qualifier l'activité en cause d'activité d'entreprise »¹¹³⁶.

C. La gestion de l'infrastructure, une activité susceptible d'être exercée par une personne privée

192. La CJUE confère une certaine portée à l'article 345 TFUE (anciennement 295 TCE) et ne préjuge en rien, sur le fondement de cet article, des régimes de la propriété choisis par les États-membres pour ce qui touche à la gestion des biens publics. Cela n'altère pas la possibilité pour la Cour de considérer la gestion de l'infrastructure comme étant une activité

¹¹³³ Sur ce point, A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, op. cit., 2002, p. 271.

¹¹³⁴ Cette différenciation entre le but lucratif et la recherche capitaliste se retrouve dans le 5^{ème} rapport sur la politique communautaire de concurrence, 1975, n° 159 : « de telles entreprises [publiques] ne sont pas toujours obligées de respecter les mêmes critères de rentabilité que les entreprises privées du même secteur : dans nombre de cas, elles ne peuvent du reste pas le faire, vu les conditions d'exploitation que l'État leur impose ». Sur ce point, v. C. LE BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, op. cit., p. 59 et s.

¹¹³⁵ CJUE, 19 déc. 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH*, préc., p. 50 : « Il en découle que le caractère économique ou d'une activité ne dépend pas du statut privé ou public de l'entité qui l'exerce ni de la rentabilité de cette activité ».

¹¹³⁶ TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, préc. (pt. 124).

économique : cette qualification s'impose indépendamment de la personnalité juridique du gestionnaire et du régime juridique de la propriété. La CJCE a utilisé toutes les potentialités de sa définition de l'entreprise pour l'appliquer à des régimes divers. Par exemple, le juge européen s'est fondé sur une décision de la Commission européenne¹¹³⁷ par laquelle fut constatée « que l'entreprise qui possède et exploite l'aéroport de Francfort (Flughafen Frankfurt/Main AG) est une entreprise privée agréée conformément à la législation allemande »¹¹³⁸. Dans l'arrêt *Port de Gênes*, la Cour a pu aussi relever qu'en Italie, « l'organisation des opérations portuaires pour le compte de tiers est concédée, en application de l'article 111 du code de la navigation, à des entreprises portuaires. Pour l'exécution des opérations portuaires, ces entreprises, constituées, en règle générale, sous la forme de sociétés de droit privé, doivent recourir exclusivement aux compagnies portuaires »¹¹³⁹. Dans le même sens, la formulation générale de l'arrêt *Diego Cali* illustre l'indifférence de la Cour quant au statut du gestionnaire de l'infrastructure. En effet, en ce qui concerne l'application des règles de concurrence, la Cour estime qu'« il n'importe pas que l'État agisse directement par le moyen d'un organe faisant partie de l'administration publique ou par le moyen d'une entité qu'il a investie de droits spéciaux ou exclusifs »¹¹⁴⁰.

193. Or, par le mécanisme du précédent jurisprudentiel, la gestion domaniale est pensée dans la continuité de toutes ces jurisprudences. Les juges européens ont tiré grandement profit des précédents jurisprudentiels pour considérer que les activités de gestion d'une infrastructure « n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par de telles organisations [publiques] ou par des autorités publiques »¹¹⁴¹. Les juridictions européennes changent de perspective pour se livrer, à cette étape de leur raisonnement, à une approche comparative : la méthodologie employée consiste à déterminer « si l'activité est effectivement gérée par des entités privées dans d'autres États membres ou si elle l'a été dans un passé récent dans les États-membres »¹¹⁴². Le modèle français de la gestion domaniale est donc confronté à des modèles existants dans d'autres États-membres, qui n'ont pas opté pour le choix d'une propriété publique ni pour un régime de protection équivalent à celui de la domanialité

¹¹³⁷ Commission, décision 98/190/CE, 14 janv. 1998, relative à une procédure d'application de l'article 86 du Traité CE, IV/34.801 FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG : JO L 72, p. 30.

¹¹³⁸ TPICE, 12 décembre 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, préc. (pt. 124).

¹¹³⁹ CJCE, 10 déc. 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova*, préc. (pt. 4).

¹¹⁴⁰ CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi ecologici porto di Genova SpA*, préc. (pt. 17).

¹¹⁴¹ On reprend ici la formulation générale de l'arrêt CJCE, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glökner*, aff., C-475/99 : Rec., p. I-8089 (pt. 20).

¹¹⁴² R. KOVAR, note sous CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris*, *AJDA*, 2003, p. 436, spéc., p. 440. On la retrouve dans d'autres jurisprudences, CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90 ; CJCE, 25 octobre 2001, *Ambulanz Glökner*, aff., C-475/99. Sur ce point, v. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 273.

publique. La comparaison semble biaisée puisque les différents contentieux témoignent de la grande hétérogénéité des régimes, ce qui abonde nécessairement dans le sens d'une qualification d'activité économique de la gestion domaniale, d'autant plus que, peu ou prou, toute activité peut potentiellement être gérée par des personnes privées¹¹⁴³. En cela, le recours à une analyse comparative semble dépourvu de sens et de pertinence, sans compter qu'une telle analyse s'éloigne de la signification stricte de l'énoncé de l'article 295 TCE (devenu 345 TFUE) ; la gestion par une personne privée devient une référence pour asseoir la qualification d'activité économique et, implicitement, la Cour confronte les différentes décisions politiques des États-membres en la matière. La non- L'absence de pertinence d'une telle comparaison se vérifie encore au regard d'autres jurisprudences où le fait que l'activité soit gérée par une personne privée a peu, voire n'a aucune d'incidence sur sa qualification. Dans la jurisprudence *Port de Gênes*, l'activité de surveillance préventive antipollution est bien du ressort d'une personne privée mais, eu égard à sa nature (une activité de police), elle n'a pas reçu le label d'activité économique, parce que l'approche substantialiste demeure l'approche centrale dans la construction juridique de la notion d'entreprise. Il reste que la méthode comparative recouvre, dans la jurisprudence européenne, la même fonction que l'approche finaliste de l'activité économique. À l'instar du but lucratif, le fait qu'une entreprise privée puisse gérer une infrastructure publique est un élément contribuant à asseoir la qualification d'activité économique, il s'agit donc d'une autre ressource argumentative à l'appui de la démonstration du juge européen.

194. *Conclusion Section II.* Le droit de l'Union européenne remet en question l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion. Conférant une acception particulière à la notion de puissance publique qu'elle soude à celle de souveraineté, l'approche européenne invalide les fondements sur lesquels s'est élaborée la construction théorique du pouvoir de gestion. En effet, elle dissocie puissance publique et propriété, puissance publique et gestion, dont l'accolade avait permis la conceptualisation d'une puissance publique propriétaire. À travers

¹¹⁴³ S. NICINSKI, *Droit public des affaires, op. cit.*, p. 273, n° 648. V. aussi, Maduro, concl. sur CJCE, 11 juillet 2006, Fenin, aff. C-205/03 : « appliqué littéralement, ce critère comparatif permet d'inclure toute activité dans le champ d'application du droit de la concurrence » ; J.-Y. CHÉROT, « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? », in *L'ordre concurrentiel*, in *Mélanges d'A. Pirovano*, 2003, p. 569 : « d'une part, en théorie, toute activité peut être exercée par l'initiative privée, d'autre part, l'expérience montre que toutes les activités ont été à un moment ou à un autre de l'histoire, exercées par l'initiative privée » ; L. IDOT, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », du même ouvrage, p. 528 : « avec une telle définition, tout a vocation à devenir demain "activité économique" » ; « L'"activité économique", un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE*, 2009/3, t. XXIII, 3, p. 353 : « Soutenir le contraire et retenir comme seul critère d'applicabilité du droit de la concurrence le fait que l'activité puisse être exercée par une entreprise privée reviendrait à avoir une conception particulièrement étendue, voire illimitée, du champ de ce droit. Très peu d'activités pourraient échapper aux règles de la concurrence sur la base d'un critère comparatif ».

une lecture économique de la propriété facilitée par la signification de l'article 345 TFUE, le droit de l'Union européenne appréhende le pouvoir de gestion comme une activité économique, c'est-à-dire comme une prestation de service. Cette représentation du pouvoir de gestion a influencé le droit interne, en particulier avec l'introduction des règles concurrentielles. L'identité de puissance publique du pouvoir de gestion a ainsi été éprouvée dans le conflit de compétence opposant le Conseil de la concurrence et le juge administratif.

SECTION II. LA LECTURE ÉCONOMIQUE DU POUVOIR DE GESTION EN DROIT INTERNE

195. Le thème de l'intégration des règles de concurrence dans le bloc de légalité administrative est devenu un thème central chez les administrativistes, et à l'origine de nombreuses analyses. Le propos est de systématiser l'assimilation des normes concurrentielles par le juge administratif, considérées *a priori* comme des normes hétérodoxes. La doctrine considère unanimement que la greffe a pris, que le juge administratif a fait siennes les normes concurrentielles¹¹⁴⁴, mais ce fut au prix d'un conflit de compétence avec le Conseil de la concurrence, au cœur duquel l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion était en jeu (§1). Le domaine public n'a évidemment pas échappé à ce mouvement jurisprudentiel de l'application du droit de la concurrence, voire il occupe une place particulière puisque, d'une part, les actes de gestion ont été en première ligne de l'application des règles concurrentielles et, d'autre part, ils bénéficient d'un régime particulier parmi les actes administratifs : les règles concurrentielles leur sont directement applicables. L'application des règles de concurrence suscite un questionnement sur la définition de la puissance publique gestionnaire. Toutefois, il ne s'agit pas de considérer que les règles de concurrence, « génération nouvelle de normes »¹¹⁴⁵, modifient les rapports entre les personnes publiques et le domaine public ou induisent une « banalisation » des prérogatives de puissance publique. Les règles concurrentielles sont une grille d'analyse afin de constater la spécificité du pouvoir de gestion par rapport aux autres manifestations de puissance publique (§2).

§1. LA LABÉLISATION DU POUVOIR DE GESTION EN PUISSANCE PUBLIQUE

196. Le *leitmotiv* doctrinal consiste à établir un lien de causalité entre l'application des règles de concurrence et les phénomènes de patrimonialisation et de valorisation du domaine

¹¹⁴⁴ S. NICINSKI, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », AJDA, 2004, p. 751.

¹¹⁴⁵ M. BAZEX, « Le droit public de la concurrence », RFDA, 1998, p. 798.

public¹¹⁴⁶, phénomènes qui ont sorti le domaine public de son improductivité originelle et qui ont approfondi par là-même son « économicité ». Objet économique, le domaine public est donc devenu un lieu privilégié de l'application des règles de concurrence¹¹⁴⁷. Ce constat doit néanmoins être nuancé, dans la mesure où les phénomènes de valorisation du domaine public, dont le Professeur Denoyer faisait déjà état dans sa thèse sur *l'exploitation du domaine public*¹¹⁴⁸ datant de 1969, sont bien plus anciens que l'avènement des règles de concurrence. Il ne s'agit pas de nier la prise en compte des phénomènes de valorisation dans la lecture économique de la gestion du domaine public, mais de considérer que cette lecture repose aussi sur d'autres fondements explicatifs. En effet, l'application des règles de concurrence dans le cadre de la domanialité publique doit aussi certainement à l'influence de la jurisprudence communautaire qui propose une vision de la gestion des patrimoines publics structurant de nouveaux rapports entre le gestionnaire du domaine public et les opérateurs économiques¹¹⁴⁹. Or, le raisonnement européen a trouvé un relais de choix, il fut en effet repris, voire instrumentalisé, par le Conseil de la concurrence (actuellement Autorité de la concurrence) qui s'est fondé sur la qualification d'activité économique du pouvoir de gestion afin de revendiquer sa propre compétence (I). La compétence sur les actes de gestion est donc convoitée à la fois par le juge administratif et par le Conseil de la concurrence, ce à quoi le juge administratif a répondu en (ré)affirmant leur caractère de puissance publique. Fruit de cette lutte contentieuse, les actes de gestion gardent leur identité de puissance publique tout en étant soumis directement aux règles de la concurrence (II).

¹¹⁴⁶ Sur le phénomène de valorisation du domaine public, cf. J. MORAND-DEVILLER, « La valorisation économique du patrimoine public », in *L'unité du droit, Mélanges en l'hommage à Roland Drago*, Paris, *Economica*, 1996, p. 273 ; N. LAVAL, « Développement économique et domaine public », *LPA* juil. 1997, n° 82 ; J. CAILLOSSE, *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, op. cit., p. 64 et s. ; J.-P. BROUANT, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, thèse, Paris I ; S. BERNARD, *La recherche de rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, « BDP », t. 215, 2001, p. 205 et s. ; G. ECKERT, *Droit administratif et commercialité*, thèse, Strasbourg III, 1994, p. 564 et s. ; N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 2011, p. 374 et s.

¹¹⁴⁷ Sur la relation du phénomène de valorisation et l'application des règles de concurrence au domaine public, v. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 283 ; C. MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées. La domanialité mise en péril par le marché*, L'Harmattan, « logiques juridiques », 2003, p. 324. V. aussi, B. TRESCHER, *Les activités économiques des entreprises sur le domaine public*, Thèse, Strasbourg, 1999, p. 75 et s. ; J.-P. DE LA RICA., « Domanialité publique et droit communautaire : "Peau de chagrin" ou nouvelle mutation ? », in *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Gabriel Eckert, Yves Gautier, Robert Kovar et Dominique Ritleng (dir.), PUS, 2007, p. 373 ; A. LAGET-ANNAMAYER, « Occupation du domaine public et intérêt général. D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée », *AJDA*, 2003, p. 1201.

¹¹⁴⁸ J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, op. cit.

¹¹⁴⁹ G. GONZALEZ, « Domaine public et droit de la concurrence », *AJDA*, 1999, p. 387.

I. Le Conseil de la concurrence, porte-parole du raisonnement européen

197. Le Conseil de la concurrence s'est vu attribuer, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la compétence du contentieux en matière de pratiques anticoncurrentielles. Aux termes de l'article L. 410-1 du Code du commerce (article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986), cette compétence du Conseil de la concurrence touche l'ensemble des « activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ». Cet énoncé, pour certains « énigmatique »¹¹⁵⁰, a suscité de nombreuses interrogations. Et la décision du Conseil constitutionnel du 23 décembre 1987 relative au Conseil de la concurrence n'offre pas de prime abord une clef de lecture de l'énoncé de l'article L. 410-1¹¹⁵¹ parce qu'elle ne vise que la compétence contentieuse relative aux « actes administratifs » pris par le Conseil de la concurrence, désormais Autorité de la concurrence¹¹⁵², et ne concerne donc nullement la compétence générale sur les actes administratifs en droit de la concurrence. Il faut pourtant reconnaître que cette décision du Conseil constitutionnel est déterminante en ce qu'elle préserve la compétence du juge administratif en matière de réformation ou d'annulation des actes administratifs pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique¹¹⁵³.

198. Un premier élément d'explicitation de l'énoncé de l'article L. 410-1 du Code du commerce est apporté par la décision *Ville de Pamiers*¹¹⁵⁴, selon laquelle un acte administratif ne constitue pas une activité de production, de distribution ou de services¹¹⁵⁵. Non sans contradiction¹¹⁵⁶, le Tribunal des conflits considère ainsi qu'un acte administratif n'est pas

¹¹⁵⁰ J.-B. AUBY, « L'énigme de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986 », *DA*, Repères, août-sept., 1997 ; S. DESTOUR, « L'application du droit interne de la concurrence aux personnes publiques par les juridictions administratives : fin d'une énigme », *JCP E CDE*, 1998, n° 2, p. 1 ; J.-J. ISRAËL, « Le droit de la concurrence et le juge administratif à propos de l'énigme de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : réponse au Conseil d'État », *Gaz. Pal.*, 29 déc. 1998, p. 1729.

¹¹⁵¹ CC, 23 janv. 1987, déc. n° 86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Rec.*, p. 8 ; *GAJA*, n° 95.

¹¹⁵² G. CLAMOUR, Intérêt général et concurrence, *op. cit.*, p. 256.

¹¹⁵³ N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2002, p. 105 et s.

¹¹⁵⁴ TC, 6 juin 1989, Préfet de la Région Île-de-France, Préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris et Sté d'exploitation et de distribution d'eau (SAEDE), affaire dite « Ville de Pamiers », *Rec.*, p. 293 ; *RFDA*, 1989, p. 457, concl. Stirn ; *AJDA*, 1989, p. 431, chr. Honorat et Baptiste ; *RDP*, 1989, p. 1780, note Gaudemet ; *JCP G*, 1990, II 21395, note Terneyre.

¹¹⁵⁵ Le Tribunal des conflits désavoue ainsi une autre interprétation de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 livrée par la Cour d'appel de Paris. Selon cette dernière, le droit de la concurrence pouvait s'appliquer aux personnes publiques non seulement lorsqu'elles se livrent à une activité de production, de distribution et de services, mais aussi lorsqu'elles exercent une simple « action sur le marché », cf. *CA*, Paris, 30 juin 1988, *D.* 1988. IR. 211 ; *Gaz. Pal.* 1988.2.656, notes Richer et Marchi ; *LPA*, 20 juill. 1988, obs. V. Sélinisky ; 19 août 1988, *ibid.*, p. 17, obs. J.-P. de la Laurencie.

¹¹⁵⁶ Sur l'ambiguïté de l'arrêt *Ville de Pamiers*, cf. Y. GAUDEMET, « Conflit de compétence et droit de la concurrence. Sur une équivoque », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p. 121 ; J.-J. ISRAËL, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », in *Droit administratif*, Mélanges

soumis aux règles de concurrence tout en « invitant »¹¹⁵⁷ le juge administratif à opérer un contrôle de légalité au regard de ces règles. À première vue, la décision *Ville de Pamiers* reposerait donc sur une confusion entre le champ de compétence du juge judiciaire et le champ d'application du droit de la concurrence. Mais, indirectement, cet arrêt du Tribunal des conflits fournit les premières pierres de l'élaboration de l'architecture contentieuse du droit de la concurrence. À vrai dire, la décision *Ville de Pamiers* n'exclut pas l'application des règles de concurrences à un acte administratif¹¹⁵⁸, elle exclut seulement la compétence du juge judiciaire¹¹⁵⁹, ce qui sera confirmé plus tard et de manière plus explicite par l'arrêt du 4 novembre 1996¹¹⁶⁰. Le Conseil d'État n'a intégré par la suite que la première partie du raisonnement du Tribunal des conflits¹¹⁶¹ en refusant la soumission des actes administratifs au droit de la concurrence¹¹⁶². Il ne répondra à l'invitation du Tribunal des conflits que dans l'arrêt *Million et Marais*, en consacrant l'opposabilité des règles de concurrence aux actes administratifs, unilatéraux et contractuels¹¹⁶³.

199. Cela étant dit, l'énoncé de l'article L. 410-1 du Code du commerce n'a pas tout de suite fait l'objet d'un consensus : le domaine public a été le théâtre d'une opposition entre le Conseil de la concurrence (et par extension le juge judiciaire) et le juge administratif¹¹⁶⁴. Toute la question fut de savoir si la gestion du domaine public pouvait s'apparenter à une activité « de production, de distribution et de services ». À certains égards, ce débat est comparable à celui existant en droit de l'Union européenne, dans la mesure où il est également structuré autour de la dichotomie entre les activités économiques et non économiques. Mais le Conseil de la concurrence est confronté à une donnée propre au droit interne, qui témoigne de l'originalité du droit français : la réserve de compétence du juge administratif en matière d'annulation et de réformation des actes administratifs. Limité par la jurisprudence *Ville de Pamiers*, le Conseil de la concurrence ne peut pas directement empiéter sur le domaine réservé au juge administratif, il ne peut donc pas s'attaquer de front à la gestion du domaine public

René Chapus, Paris, Montchrestien, 1992, p. 315 ; G. CLAMOUR, « Domaine public et droit de la concurrence : consolidation de l'édifice prétorien », *Revue Lamy de la concurrence*, Mai/Juillet 2005, n° 3, p. 57.

¹¹⁵⁷ M.-A. SABIRAU PEREZ, *Secteur public et concurrence*, PUP, 1998, p. 325 et s.

¹¹⁵⁸ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, p. 504.

¹¹⁵⁹ D. BERLIN, « Les actes de puissance publique et le droit de la concurrence », *AJDA*, 1995, p. 259.

¹¹⁶⁰ TC, 4 nov. 1996, *Rec.*, p. 552, *JCP éd. G.*, 1997, II, n° 22802, concl. Arrighi de Casanova J., *AJDA*, 1997, p. 203, chr. Chauvaux D et Girardo T.-X.

¹¹⁶¹ N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, préc., p. 97.

¹¹⁶² CE, 23 juil. 1993, *Cie générale des eaux*, *Rec.*, p. 226 ; *RFDA*, 1994, p. 252, note Terneyre ; CE, 29 juil. 1994, *CAMIF*, *Rec.*, p. 365, *CJEG*, 1996, p. 116, note E.-B. B.

¹¹⁶³ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 259 et s. ; N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, *op. cit.*, p. 104 et s.

¹¹⁶⁴ N. CHARBIT, « L'application du droit de la concurrence au domaine public : affrontement sur la voie publique ? », *RDT com.*, Janvier/Mars, 2004, p. 47 ;

(A). Il le fera néanmoins de biais. Selon un raisonnement inspiré de l'argumentation juridique européenne, le Conseil de la concurrence opère d'abord une double distinction, entre l'acte de gestion et ses effets sur la concurrence, et entre l'acte administratif et la pratique anticoncurrentielle imputée au gestionnaire. Tout l'art fut en effet de distinguer l'acte de gestion de l'activité de gestion, cette dernière étant considérée comme une activité économique (B).

A. La préservation apparente de la réserve de compétence du juge administratif

200. Dans un premier temps, le Conseil de la concurrence se rallie à une lecture stricte de la jurisprudence *Ville de Pamiers* en l'appliquant aux actes de gestion, qui bénéficient donc d'une immunité face aux règles de concurrence. Le considérant de la décision du 24 avril 1991 est des plus clairs : « le non-renouvellement du contrat d'occupation du domaine public conclu avec Madame Grandperrin et le choix d'un nouvel attributaire constituent des actes de gestion du domaine public ferroviaire accomplis par la S.N.C.F., entreprise publique ; [...] de tels actes ne constituent pas une activité de production, de distribution ou de services au sens de l'article 53 de l'ordonnance et se trouvent donc en dehors du champ de compétence du Conseil de la concurrence »¹¹⁶⁵. Cette position est confirmée par la Cour d'appel de Paris selon laquelle « les conventions par lesquelles elle [la SNCF] choisit les entreprises chargées de fournir les services s'incorporant à sa propre activité n'ont pas en elles-mêmes pour objet de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés spécifiques concernés »¹¹⁶⁶. À cet instant, le Conseil de la concurrence confirme donc le caractère administratif des actes de gestion, intégrés dans la catégorie « des actes administratifs pris dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique ». Ainsi, l'activité de gestion reste indissociable de son *instrumentum* : le contrat administratif ou l'acte unilatéral. La Cour d'appel de Paris s'approprie la confusion du Tribunal des conflits entre les notions d'acte et d'activité. Dans un raisonnement similaire à celui qui sous-tend l'arrêt *Ville de Pamiers*¹¹⁶⁷, le juge judiciaire rend compte de l'essence exclusivement administrative de la gestion, qui ne peut donc pas, selon les termes de la Cour d'appel de Paris,

¹¹⁶⁵ Cons. conc, déc.n° 91-D-20 du 24 avril 1991 relative à une saisine de Madame Yvette Grandperrin, *Rec. Lamy*, n° 445, obs. V. S.

¹¹⁶⁶ CA, Paris, 31 octobre 1991, Mme Parouty, *D.* 1992, jur., p. 312, note V. Sélinsky. *Adde* D. BERLIN, « Les actes de puissance publique et le droit de la concurrence », *AJDA*, 1995, p. 259. V. Aussi, CA, Paris, 31 oct. 1991, Grand-Perrin et Sté « Les Relais Hachette », *DA*, 1992, comm. 25. Sur ce point, G. GONZALEZ, « Utilisations des propriétés publiques au regard du droit de la concurrence », *J. Cl. Propriétés publiques*, n° 61.

¹¹⁶⁷ Dans la jurisprudence *Ville de Pamiers*, le TC avait considéré que « L'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas en lui-même susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché ».

avoir « pour objet de fausser le jeu de la concurrence »¹¹⁶⁸. Toutefois, la Cour d'appel se dégage du raisonnement de l'arrêt *Ville de Pamiers* et ouvre une brèche en admettant que l'acte de gestion puisse produire des *effets* anticoncurrentiels, c'est dire que « sans sanctionner directement l'acte administratif, ce qui n'entre pas dans sa compétence, [la Cour d'appel] pourrait l'atteindre indirectement en appréciant les effets anticoncurrentiels de certaines pratiques découlant de sa mise en œuvre »¹¹⁶⁹. On voit se dessiner une logique de détachabilité entre l'acte administratif et d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. Il est vrai que, par la suite, le Conseil de la concurrence ainsi que le juge judiciaire ont réaffirmé de manière constante leur incompétence en matière d'appréciation de la régularité d'un acte de gestion. Selon leurs termes, « la régularité de l'octroi ou du retrait d'une autorisation d'occupation du domaine public ne peut être appréciée que par le juge administratif »¹¹⁷⁰. Mais le Conseil de la concurrence et le juge judiciaire attribuent à la jurisprudence *Ville de Pamiers* une nouvelle portée. À partir d'une lecture en creux du passage de l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie générale des eaux*, selon lequel « l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une [...] activité [de production, de distribution et de services] »¹¹⁷¹, le Conseil de la concurrence et le juge judiciaire érigent le « critère de l'acte d'organisation du service »¹¹⁷², qui permet d'apprécier la détachabilité entre un acte administratif et une pratique anticoncurrentielle¹¹⁷³, en ce sens que le Conseil de la concurrence et le juge judiciaire circonscrivent leur incompétence aux actes administratifs touchant à l'organisation du service public. Dans l'arrêt du 5 mars 1996, la Cour de cassation relève que les pratiques anticoncurrentielles en question sont « indépendantes des modalités d'organisation de la concession du service public » et concernent « les activités de production,

¹¹⁶⁸ Le principe de l'objet non concurrentiel de l'occupation du domaine public est confirmé par la Cour de cassation, Cass. Com, 29 mars 1994, *Sté Paris Gennevilliers Container (GIE)*, *BOCC*, 4 mars 1994, p. 165.

¹¹⁶⁹ G. GONZALEZ, « Domaine public et droit de la concurrence », *op. cit.*, spéc., p. 389 ; J.-P. BROUANT, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, t. I, Thèse Paris I, 1995, p. 507 et s.

¹¹⁷⁰ Cons. conc, déc. n° 95-MC-16 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société EDA et Générale de location marseillaise ; Déc. n° 96-MC-01 du 16 janvier 1996, *BOCC*, 16 mars 1996, n° 4, p. 10 ; Déc. n° 98-D-77 du 15 décembre 1998, *BOCC*, 20 mars 1999, p. 101. V. aussi, Conseil de la concurrence, Déc. n° 98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, *BOCC*, 7 octobre 1998, n° 19, p. 582 : l'Autorité de la concurrence n'est pas compétent pour prononcer [...] la nullité de conventions ou de clause contenues dans des conventions conclues par des sociétés du groupe Decaux avec des collectivités locales et qui ont le caractère de contrats administratifs ».

¹¹⁷¹ CE, 23 juill. 1993, *Compagnie générale des eaux*, req. n°138-504.

¹¹⁷² D. BERLIN, « Les actes de puissance publique et droit de la concurrence », préc.

¹¹⁷³ Cette logique de détachabilité est apparue dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 26 septembre 1991, *Syndicat des moniteurs de ski français de la vallée de Méribel et autres* : *GP.*, 23-24 juillet 1993, note J.-Cl. Fourgoux, cité par J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, 2^e éd., *op. cit.*, 2007, p. 388 : « Il s'ensuit que les pratiques litigieuses, indépendantes des modalités d'organisation de la concession d'un service public par une collectivité publique dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique, relèvent des pouvoirs accordés au Conseil de la concurrence par les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ».

de distribution ou de services visés par l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 »¹¹⁷⁴, alors même que la pratique litigieuse était liée à une stipulation de la convention du domaine public. C'est sur ces fondements que s'amorce la distinction entre l'acte de gestion et l'activité de gestion.

B. La séparation entre l'acte de gestion et l'activité de gestion

201. L'association entre l'acte et l'activité, incluse dans la jurisprudence *Ville de Pamiers*, est remise en question, particulièrement concernant la gestion du domaine public. Le Conseil de la concurrence et le juge judiciaire favorisent une approche fondée sur l'activité de production, de distribution ou de services. Certes, « l'article 53 ne vise pas les actes mais les activités de production, de distribution ou de services »¹¹⁷⁵. Néanmoins, l'influence européenne fait aussi effet sur les instances françaises de la concurrence qui s'inspirent grandement du raisonnement développé par le juge européen afin d'appréhender les pratiques anticoncurrentielles¹¹⁷⁶ ayant cours sur le domaine public. Le droit de l'Union européenne est en effet riche d'enseignements en la matière, de par son approche globalisante selon laquelle une activité peut être économique alors même que l'entité, publique ou privée, est investie de prérogatives de puissance publique. Le changement de cap au sein des autorités de la concurrence n'est pas une simple coïncidence. La jurisprudence européenne, notamment les arrêts *Port de Gênes* ou *Diego Cali*, ont précédé, et clairement initié, un changement de perspective dans le raisonnement du Conseil de la concurrence. La jurisprudence européenne a inauguré une vision économique de la gestion des patrimoines publics, à laquelle le Conseil de la concurrence ne pouvait pas rester insensible, parce que cette vision était vectrice d'une expansion de sa compétence contentieuse. Un premier pas est franchi dans la décision du 5 décembre 1995, le Conseil de la concurrence considère « que, si la régularité de l'octroi ou du retrait d'une autorisation d'occupation du domaine public ne peut être appréciée que par le juge administratif, il est constant que la C.C.I.M.P., établissement public économique, donne par ces autorisations accès à des emplacements du domaine public aéroportuaire, moyennant le versement d'une redevance commerciale, à des entreprises de location de véhicules ; que ces activités de location constituent des activités de services au sens de l'article 53 de l'ordonnance

¹¹⁷⁴ Cass. com., 5 mars 1996, 5 mars 1996, Sté Total Réunion Comores et Sté Elf Antar France c/ Ministre de l'Economie, des Finances et du Budget, Bull. cass., n° 76.

¹¹⁷⁵ D. BERLIN, « Les actes de puissance publique et droit de la concurrence », préc.

¹¹⁷⁶ C. PRIETO, « Influence du droit communautaire et originalité du droit français de la concurrence », *Droit prospectif*, 1998-1, n°12, p. 43.

du 1^{er} décembre 1986 »¹¹⁷⁷. Surtout, le Conseil de la concurrence intègre le raisonnement européen, issu en particulier de deux décisions de la Commission européenne¹¹⁷⁸, dans la décision du 2 juin 1998¹¹⁷⁹. Même s'il vise l'article 410-1 du Code du commerce, le Conseil de la concurrence s'appuie sur le principe de l'unité du droit de la concurrence, qui lie le droit européen et le droit interne. La casuistique européenne est explicitement présente dans sa démonstration et se trouve replacée dans le contexte juridique de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : ces références extra-systémiques contribuent à appuyer l'appréhension économique de la gestion de la dépendance domaniale. D'une part, le Conseil de la concurrence a pleinement intégré le principe d'un dédoublement fonctionnel de l'autorité publique : « conformément aux principes [européens] ainsi dégagés, il y a lieu de distinguer dans le cadre de la mission confiée à ADP, d'une part, les tâches de surveillance et de régulation des trafics, de sécurité et de police, et d'autre part, les services de nature économique rendus moyennant une redevance aux compagnies aériennes, qui sont les clientes du gestionnaire d'aéroport »¹¹⁸⁰. D'autre part, la gestion domaniale est analysée comme une activité de prestation de services, en tant qu'elle fournit des installations¹¹⁸¹, et ce également au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

202. D'abord, le Conseil de la concurrence opère une « distinction entre l'accès aux emplacements du domaine public (opération matérielle relevant de l'application de l'ordonnance) et l'autorisation d'occupation »¹¹⁸². Le Conseil de la concurrence ne touche pas au cœur du contrôle de l'acte administratif, au nom de la préservation de la compétence du juge administratif. Implicitement, le Conseil de la concurrence semble distinguer deux temps :

¹¹⁷⁷ Cons. conc., déc. n° 95-MC-16 du 5 décembre 1995 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés EDA et Générale de location marseillaise.

¹¹⁷⁸ Commission européenne, déc., 28 juin 1995, Régie des voies aériennes belge ; déc., 14 janvier 1998, KLM Royal Dutch Airlines et autres c/ Flughafen Frankfurt-am-Main, aff. n° IV-34.801. Sur ce point, rapport d'activités du Conseil de la concurrence, 1998.

¹¹⁷⁹ Cons. conc., déc. n° 98-D-34 du 2 juin 1998 relative à la situation de la concurrence sur la marché des services d'assistance en escale de l'aéroport d'Orly et sur le marché des locaux et espaces nécessaire aux activités des compagnies aériennes mis à leur disposition par Aéroports de Paris sur l'aéroport d'Orly.

¹¹⁸⁰ Cons. conc., déc. n° 98-D-34, 2 juin 1998. On retrouve la distinction entre le pouvoir de police et le pouvoir de gestion dans la déc. n° 98-D-77 du 15 décembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris dans le secteur de l'hôtellerie à périphérie de l'aéroport de Paris Roissy Charles de Gaulle : « *En ce qui concerne l'information implantée sur les axes routiers, il faut distinguer la signalisation de police [...] et une signalisation dite "directionnelle", mais en œuvre non pas en vertu des pouvoirs de police du préfet mais par utilisation des pouvoirs de gestion du domaine public qui incombe à ADP.* »

¹¹⁸¹ Cons. conc., déc. n° 98-D-34 du 2 juin 1998, préc. : « en ce qui concerne les capacités et installations aéroportuaires, celles-ci sont fournies par le gestionnaire d'aéroport aux compagnies aériennes, pour poursuivre leurs activités, utilisent et occupent divers installations, locaux et espace d'accueil et de vente aménagés, pour lesquels elles acquittent une redevance, dont les taux sont fixés par le conseil d'administration d'ADP et qui varient en fonction de la nature et de la consistance des prestations ; qu'ainsi la fourniture d'installations aéroportuaires constitue également une activité de nature économique entrant dans le champ d'application de l'article 53 de l'ordonnance ».

¹¹⁸² G. GONZALEZ, « Domaine public et droit de la concurrence », préc.

le temps de l'accès, qui relève d'une activité économique, et le temps de l'occupation, dont le contrôle ressortit de la compétence du juge administratif. La conséquence est que la détermination des conditions d'accès au domaine public au regard des règles de concurrence n'implique pas « l'appréciation directe de la légalité d'actes relatifs à l'occupation du domaine public »¹¹⁸³. Il y a donc une « césure »¹¹⁸⁴ entre la légalité administrative et le contrôle concurrentiel.

À l'heure de ces décisions, la compétence du juge administratif apparaît assez résiduelle en raison de la lecture minimaliste de la jurisprudence *Ville de Pamiers*, combinée à l'intégration de la jurisprudence européenne. L'acte de gestion est déconnecté des autres composantes de la gestion domaniale, en particulier de celles entourant l'accès au domaine public. Cette déconnexion était déjà prégnante dans la décision du 7 juillet 1998 relative à la société Decaux, où la pratique anticoncurrentielle était artificiellement séparée des conditions d'occupation du domaine public : « l'activité exercée par le groupe Decaux, qui porte à la fois sur la fourniture de mobilier urbain aux collectivités locales et sur la commercialisation des espaces publicitaires aménagés sur ce mobilier urbain, est une activité de prestation de services visée à l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 » et « est sans incidence sur la nature commerciale de cette activité la circonstance qu'elle est exercée sur le domaine public et qu'elle implique la conclusion de contrats de droit public avec les collectivités locales »¹¹⁸⁵.

Par la suite, le Conseil de la concurrence franchit un pas supplémentaire. Il utilise toutes les potentialités de la notion générique et générale d'activité qui lui permet d'agréger, sous son égide, l'ensemble des décisions prises par la personne publique. *In fine*, la qualification de la gestion comme activité de prestation de services annihile, ou du moins supplante, le caractère administratif de l'acte de gestion. Il faut retenir, à ce titre, la décision du 15 décembre 1998 où le Conseil de la concurrence considère que, « alors même que la décision par laquelle ADP accorde ou refuse une autorisation d'occupation du domaine public ou un service dont la prestation implique l'utilisation d'une partie du domaine public revêt le caractère d'un acte administratif dont l'appréciation de la légalité ne relève que la juridiction administration, cette décision n'en est pas moins prise en l'espèce par ADP en vue d'exercer une activité de production, de distribution ou de services au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 »¹¹⁸⁶. Le prétoire de la Cour d'appel de Paris fut le dernier relais d'une

¹¹⁸³ Cons. conc., déc. n° 98-D-34 du 2 juin 1998, préc.

¹¹⁸⁴ A. LOUVARIS, « Droit de la concurrence et acte administratif : quel est le juge compétent ? », *D.*, 2000, p. 607.

¹¹⁸⁵ Cons. conc., déc. n° 98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain.

¹¹⁸⁶ Cons. conc., Déc. n° 98-D-77 du 15 décembre 1998, préc. : « que l'activité d'ADP, qui consiste à mettre à la position d'opérateurs économiques, directement ou indirectement et en contrepartie de redevances, des

approche globale de la gestion domaniale comme activité économique. Dans son arrêt du 23 février 1999, la Cour d'appel de Paris assoit la position du Conseil de la concurrence, tout en calquant le raisonnement européen : « ADP exerce une activité de services, de nature économique, telle que celles visées par l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, peu important au regard de ce texte, qui fait expressément entrer dans son champ d'application les activités de production, de distribution et de services émanant de personnes publiques, que le gestionnaire soit investi de prérogatives de puissance publique ou gère une partie du domaine public »¹¹⁸⁷.

203. Le raisonnement du Conseil de la concurrence et du juge judiciaire pose quelques difficultés. Il prône une puissance publique dans le cadre d'une activité économique : la réserve de compétence du juge administratif ne s'explique plus par le caractère administratif de la gestion domaniale, mais par le fait qu'il est le seul compétent pour se prononcer sur la régularité de l'acte, unilatéral ou contractuel, de gestion, qualifié d'acte administratif. Dans la mesure où l'acte administratif de gestion est déconnecté des autres composantes de l'activité de gestion, voire absorbé par la qualification d'activité économique de la gestion domaniale, il s'agit, pour le Conseil de la concurrence, moins de préserver le champ de la compétence du juge administratif que d'éviter d'empiéter sur le principe de son office sur les actes administratifs¹¹⁸⁸. Or, ceci contredit ouvertement certains principes inhérents à la domanialité publique. Entre autres, la séparation opérée par le Conseil de la concurrence entre l'activité de gestion et l'octroi d'un titre d'occupation du domaine public s'inscrit à rebours du principe selon lequel « nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique »¹¹⁸⁹. Même si elle est analysée comme une activité économique, la mise à disposition privative des installations publiques reste intimement liée à l'octroi d'un titre d'occupation¹¹⁹⁰. Partant d'une approche exclusivement matérielle, le Conseil

installations permettant à ces opérateurs d'informer les usagers des aéroports de leur existence ou de leur localisation, est une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ».

¹¹⁸⁷ CA, 1^{ère} chambre, section H, 23 février 1999, pris à la suite du pourvoi à l'encontre de la décision n° 98-D-34 du 2 juin 1998, ADP et Air France : *BOCCRF* du 18 février 2000, p. 65

¹¹⁸⁸ M. HECQUARD-THÉRON, « De la prérogative de puissance publique à la prérogative de décision », in *Mélanges Mourgeon, Bryant*, 1998, p. 671.

¹¹⁸⁹ Nous reprenons la formulation de l'art. L. 2122-1 du Code de la propriété des personnes publiques. Mais le principe était déjà acté par le Code du domaine de l'État, cf. art. L. 28 du code du domaine de l'État : « nul ne peut, sans autorisation délivrée par l'autorité compétente, occuper une dépendance du domaine public national ». Sur ce point, v. Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 236 ; Ch. LAVIALLE, « L'occupation sans titre du domaine public », *AJDA*, 1981, p. 563.

¹¹⁹⁰ A. LOUVARIS, « Droit de la concurrence et acte administratif : quel juge compétent », préc. : « le Conseil d'État a-t-il déjà eu l'occasion de juger que la procédure lancée par Aéroport de Paris pour choisir les entreprises habilitées à exercer l'activité de transports de fonds en zone aéroportuaire était indissociable de l'autorisation de circulation sur le domaine public donnée au candidat sélectionné (CE, 21 oct. 1994, Aéroports de Paris c/ Sté des Agents convoyeurs de sécurité et de transports de fonds, *Rec.*, p. 450) ».

de la concurrence minore la dimension formelle de la gestion domaniale et, par extension, l'ensemble des instruments de l'activité de gestion. Pour ainsi dire, « le Conseil de la concurrence est allé très loin dans cette théorie en détachant, sans aucun critère objectif, les mesures prises dans la gestion du domaine public des actes administratifs que la gestion du domaine public conduit naturellement à adopter »¹¹⁹¹.

En outre, la préservation de la compétence du juge administratif apparaît en définitive fragilisée. La gestion étant qualifiée d'activité économique, le Conseil de la concurrence peut contrôler les actes administratifs, en appréciant leur caractère éventuellement anticoncurrentiel. Il serait possible d'arguer que le principe est sauvegardé puisque le Conseil de la concurrence se refuse toujours à annuler un acte administratif. Néanmoins, le Conseil de la concurrence contourne la réserve contentieuse du juge administratif en utilisant pleinement ses outils juridiques. Dans la décision relative aux pratiques de la société Decaux, si le Conseil de la concurrence s'estime incompétent « pour prononcer [...] la nullité de conventions ou de clauses contenues dans des conventions conclues par des sociétés Decaux avec des collectivités locales et qui ont le caractère de contrats administratifs », il s'est par contre estimé compétent pour prononcer une injonction à l'encontre des sociétés du groupe Decaux de ne plus « proposer aux collectivités publiques souhaitant contracter avec elles l'insertion d'une clause [lui] reconnaissant [...] un droit de priorité pour l'installation de mobilier urbain supplémentaire [...], l'insertion d'une clause selon laquelle les équipements installés en cours de contrat ont une durée contractuelle propre différente de celle du contrat [...], l'insertion d'une clause de tacite reconduction »¹¹⁹². L'injonction n'est certes pas adressée à l'autorité gestionnaire, néanmoins le Conseil de la concurrence entre de plain-pied dans le contenu de l'acte administratif. À cet égard, la décision du 15 décembre 1998 est encore plus probante, dans la mesure où le Conseil de la concurrence enjoint directement l'autorité gestionnaire de prendre des décisions administratives conformes aux règles de concurrence¹¹⁹³.

204. Suite aux décisions du Conseil de la concurrence, les actes de gestion, actes administratifs, sont perçus dans le cadre d'une activité économique et, de ce fait, sont soumis directement aux règles de concurrence. Ce n'est donc plus seulement le principe de la détachabilité qui anime le raisonnement du Conseil de la concurrence¹¹⁹⁴. De l'aveu de ce

¹¹⁹¹ J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, 2^e éd., *op. cit.*, 2007, p. 389.

¹¹⁹² Cons. conc., déc. n° 98-D-52 du 7 juillet 1998, préc.

¹¹⁹³ Cons. conc., déc. n° 98-D-77 du 15 décembre 1998, préc.: « dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, Aéroports de Paris fera à l'APHPAR des propositions de nature à répondre à sa demande de signalisation des point d'arrêt des navettes desservant les hôtels de la périphérie ».

¹¹⁹⁴ Ph. TERNEYRE, « La compétence du juge administratif », *AJDA*, 2000, p. 697.

dernier, l'intégration du raisonnement européen lui a « permis [...] de confirmer sa compétence, alors même que les pratiques dénoncées par les parties saisissantes constituaient non plus des pratiques détachables d'un acte administratif, mais mettaient directement en cause le caractère anticoncurrentiel de décisions de nature administrative »¹¹⁹⁵.

En refusant dans un premier temps la soumission des actes administratifs aux règles de concurrence¹¹⁹⁶, le juge administratif a laissé un champ libre au Conseil de la concurrence, à même de lui permettre de revendiquer sa compétence¹¹⁹⁷. Il fut en conséquence confronté à une analyse, portée à la fois par le juge européen et le Conseil de la concurrence (et par extension par le juge judiciaire), qui qualifie la gestion domaniale d'activité économique. Pour cette raison, la jurisprudence administrative en matière de gestion domaniale ne reprend pas le schéma de la soumission des actes administratifs aux règles de concurrence. Elle est la conséquence de l'intégration des règles de concurrence dans le bloc de légalité administrative, à la suite de la jurisprudence *Million et Marais*¹¹⁹⁸ ; elle est surtout une réponse, sous forme de revendication, aux décisions du Conseil de la concurrence et à la jurisprudence européenne.

II. La compétence du juge administratif sur les actes de gestion

205. Le modèle de la gestion publique du domaine public, émanation de la personnalité publique et lieu d'expression de la puissance publique, est à l'évidence absent dans les décisions du Conseil de la concurrence et dans la jurisprudence du juge judiciaire, non seulement parce que les instances de la concurrence prônent une vision qui annihile la puissance publique, considérée comme partie intégrante d'une activité économique, mais aussi parce qu'elles rompent avec l'idée que la gestion publique appelle l'application d'un corpus de règles spécifiques, qui relève de la compétence contentieuse du juge administratif. Leurs décisions s'éloignent donc du principe selon lequel règne sur le domaine public un commerce juridique particulier, reflet de la singularité des personnes publiques. Cette « pratique décisionnelle menaçant l'ordre juridictionnel établi ne pouvait que susciter la contre-réaction du Conseil d'État »¹¹⁹⁹ qui a réaffirmé sa compétence sur les actes de gestion en revendiquant leur identité de puissance publique (A). La compétence du juge administratif sur les actes de

¹¹⁹⁵ Rapport d'activités du Conseil de la concurrence, 1998.

¹¹⁹⁶ CE 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, Rec., p. 226; CE 29 juillet 1994, *SA Camif*, Rec., p. 365

¹¹⁹⁷ N. CHARBIT, « L'application du droit de la concurrence au domaine public : affrontement sur la voie publiques ? », préc.

¹¹⁹⁸ N. CHARBIT, « L'application du droit de la concurrence au domaine public : affrontement sur la voie publique ? », préc.

¹¹⁹⁹ *Ibid.* V. aussi G. CLAMOUR, « Domaine public et droit de la concurrence : consolidation de l'édifice prétorien », préc.

gestion a été définitivement consolidée dans la jurisprudence du Tribunal des conflits, devant laquelle le juge judiciaire et le Conseil de la concurrence se sont inclinés (B).

A. Une compétence réaffirmée

206. L'arrêt *Sté EDA*¹²⁰⁰ a été le moment pour le Conseil d'État de revendiquer sa compétence sur les actes de gestion. Pour la Haute juridiction, il ne s'agit pas de revenir à une lecture stricte de la jurisprudence *Ville de Pamiers*, mais d'assurer une soumission des actes de gestion aux règles de concurrence tout en préservant leur caractère de puissance publique. Le Conseil d'État affirme que l'autorité gestionnaire ou affectataire du domaine public doit « lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution et de service, prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités »¹²⁰¹. Il y a un *continuum* entre les jurisprudences *Société Million et Marais* et *Société EDA*¹²⁰² : l'introduction des règles de concurrence n'est pas incompatible avec la compétence du juge administratif sur les actes administratifs et, également, sur les actes de gestion. Le juge administratif prend soin de rappeler « qu'il revient au juge de l'excès de pouvoir, à qui il appartient d'apprécier la légalité des actes qui ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application »¹²⁰³. Le Conseil d'État prône une vision plus formelle de la gestion domaniale en axant son raisonnement sur la notion d'acte et non sur celle d'activité. L'activité de la gestion domaniale reste indissociable de l'acte de gestion, acte administratif, dont le juge administratif est le seul compétent pour apprécier la légalité¹²⁰⁴. Le Conseil d'État utilise le terme d'« autorité gestionnaire » et non celui d'opérateur. Ce choix n'est pas anodin, il permet de circonscrire les actes de gestion dans la sphère de la puissance publique. Ainsi, le Conseil d'État fournit une réponse qui désavoue ouvertement les décisions du Conseil de la concurrence et la jurisprudence judiciaire qui avaient profité de la généralité de la notion d'activité économique ou du principe de détachabilité pour revendiquer leur compétence. Pour asseoir sa position, le Conseil d'État reprend le principe de la jurisprudence

¹²⁰⁰ CE, sect., 26 mars 1999, *Sté EDA* : *Rec.*, p. 96, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 1999, p. 427, note Bazex ; *RFDA*, 1999, p. 977, note D. Pouyaud ; *D.* 2000, p. 204, note Markus J.-P., *RDP*, 1999, p. 1545. Sur cet arrêt, G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 274 et s. ; N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, *op. cit.*, p. 170 et s. ; S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, *op. cit.*, p. 66 et s.

¹²⁰¹ CE, Sect., 26 mars 1999, *Sté EDA*, préc.

¹²⁰² J.-P. MARKUS, note sous CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, *D.*, 2000, p. 204 ; S. MANSON, note sous CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, *RDP*, 1999, p. 1545.

¹²⁰³ CE, Sect., 26 mars 1999, *Sté EDA*, préc.

¹²⁰⁴ Sur ce point, v. Y. CHÉROT, *Droit public économique*, 2^e éd., *op. cit.*, 2007, p. 390 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 275-276, N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, *op. cit.*, p. 170 et s.

Ville de Pamiers. Les conclusions du Commissaire du gouvernement J.-H. STAHL sur l'arrêt *Société EDA* rappellent que « quoi qu'en dise parfois le Conseil de la concurrence ou la cour d'appel de Paris, [...] agir par la voie d'actes administratifs, dans le cadre de prérogatives de puissance publique aussi éminentes, ne constitue pas une activité de production, de distribution ou de services au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 »¹²⁰⁵. L'appréciation de l'acte de gestion ne peut donc être déconnectée de l'ensemble des composantes de sa légalité, ce qui inclut, depuis leur entrée dans la légalité administrative¹²⁰⁶, les règles de concurrence.

B. Une compétence consolidée.

207. L'enjeu de la jurisprudence *Société EDA* tient à sa réception dans la jurisprudence du juge judiciaire et dans le contentieux du Conseil de la concurrence. À ce titre, la jurisprudence du Tribunal des conflits a fourni une clef de répartition des compétences qui a permis de consolider la position du juge administratif (1). Le Conseil de la concurrence et le juge judiciaire ont intégré le raisonnement du Tribunal des conflits en confirmant le principe de la compétence du juge administratif sur les actes de gestion (2).

1. La répartition des compétences initiée par le Tribunal des conflits.

208. Selon le considérant de l'arrêt du 18 octobre 1999 *Aéroport de Paris*, le Tribunal des conflits estime « que si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques »¹²⁰⁷. À première vue, la réserve de compétence du juge administratif repose sur deux critères cumulatifs¹²⁰⁸ : les actes administratifs qui relèvent de sa compétence sont ceux qui sont pris dans le cadre d'une mission de service public et qui traduisent l'exercice de prérogatives de puissance publique. De manière classique, le juge des

¹²⁰⁵ Concl. J.-H. STAHL sous CE, Sect., 26 mars 1999, Sté EDA, préc

¹²⁰⁶ M. BAZEX, « La libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative », *Gaz. Pal.*, 2001, n° 206, p. 5.

¹²⁰⁷ TC, 18 octobre 1999, Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris (Aéroports de Paris et Air France), *AJDA*, 1999, p. 1029, note Michel Bazex, et p. 996, chron. Pascale Fombeur et Mattias Guyomar ; *RFDA* 2000, p. 567, note Y. Laidié ; *CJEG* 2000, p. 18, concl. Rémy Schwartz

¹²⁰⁸ *Contra* P. TERNEYRE, « La compétence du juge administratif », *AJDA*, 2000, p. 697.

conflits s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence administrative où le critère de la puissance publique est en principe accolé au critère du service public¹²⁰⁹.

209. Le raisonnement du Tribunal des conflits appelle néanmoins plusieurs remarques. Au regard des deux critères cumulatifs, l'acte administratif semble être enfermé dans un étroit écrin¹²¹⁰. De prime abord, la gestion domaniale serait constitutive d'une activité de service public qui suppose l'usage de prérogatives de puissance publique. Dès lors, le Tribunal des conflits reprend à son compte la construction unitaire de la gestion publique autour de la notion de service public, où la gestion du domaine public n'est qu'une sous-composante qui n'emporte dès lors aucune spécificité. En effet, le Tribunal des conflits se fonde ici sur les catégories traditionnelles de répartition de compétences, au centre desquelles se trouve justement celle de service public. Déjà dans l'arrêt *Zaoui* du 13 décembre 1976¹²¹¹, le Tribunal des conflits retenait en effet que la gestion des infrastructures aéroportuaires correspondait à l'exécution d'un service public administratif, ce qui justifiait en conséquence la compétence du juge administratif. Cela étant, la gestion domaniale, qui avait réussi à se dégager de la gestion du service public pour former une catégorie autonome de la gestion publique, se voit replacer dans le giron du service public dans l'arrêt *Aéroport de Paris*. En l'occurrence, à s'en tenir à la lecture du Tribunal des conflits, l'Aéroport de Paris, alors établissement public, assurait une mission de service public qui avait pour *objet* la gestion des infrastructures aéroportuaires, dépendances du domaine public.

¹²⁰⁹ J.-Cl. VENEZIA, « Puissance publique, puissance privée », in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, 1977, p. 363. TC, 6 juin 1989, Préfet de la Région Île-de-France, Préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris et Sté d'exploitation et de distribution d'eau (SAEDE), *op. cit.* ; TC, 4 nov. 1996, n° 3038, Sté Datasport c/ Ligue nationale de football, *JCP G* 1997, II, 22802, concl. J. Arrighi de Casanova ; *AJDA* 1997, p. 142, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.

¹²¹⁰ A. LOUVARIS, « Droit de la concurrence et acte administratif : quel est le juge compétent ? », préc : « en se référant aux seules décisions prises par les personnes publiques dans l'exercice de leurs missions de service public, paraît restreindre la portée de la compétence de la juridiction administrative ».

¹²¹¹ TC, 13 déc. 1976, *Zaoui* : *Rec.*, p. 706 ; *AJDA* 1977, II, p. 438, note Dufau ; *D.* 1979, jurispr. p. 434, note F. Moderne ; *JCP G*, 1978, II, 18786, note Plouvin. V. aussi, TC, 15 mars 1999, *Pristupa*, *RFDA*, 1999, p. 1111. V. aussi au sujet de la gestion du domaine public portuaire, CE, 21 octobre 1988, *SARL CETRA* : *Rec.*, p. 364, *RA*, 1988, p. 531, note P. Terneyre : « Considérant qu'il résulte des dispositions des articles 1 et 2 de la loi du 29 juin 1965 que les ports maritimes autonomes sont des établissements publics de l'État qui assurent à la fois une mission de service public à caractère administratif et une activité de nature industrielle et commerciale ; que la vente de sable ressortit à cette dernière activité ; qu'il n'appartient ainsi qu'à la juridiction judiciaire de statuer sur les conclusions susanalysées ; que, par suite, le jugement du tribunal administratif de Nantes du 13 mars 1986 doit être annulé en tant qu'il y a statué et que lesdites conclusions doivent être rejetées comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître » ; CE, 18 déc. 1989, *Port autonome de Paris c/ Auvray et Nitot*, req. n° 71-993 et 71-994 : « le Port autonome de Paris a agi dans l'exercice des pouvoirs de gestion du domaine public de l'État qui lui ont été conférés par l'article 3 de la loi du 24 octobre 1968, c'est-à-dire dans le cadre d'une activité de service public administratif ».

210. Cependant, le Tribunal des conflits ne mentionne en définitive que le critère de la puissance publique pour déterminer l'administrativité de la gestion domaniale : les actes en question qui « se rattachent à la gestion du domaine public constituent l'usage de prérogatives de puissance publique »¹²¹². À ce moment de son raisonnement, le juge des conflits n'éprouve pas la nécessité de se référer également à la notion de service public ; comme dans ses jurisprudences précédentes¹²¹³, il privilégie le critère de la puissance publique. Il y a donc un glissement, entre le considérant de principe et son application en l'espèce, des critères cumulatifs vers des critères alternatifs afin de déterminer de déterminer le « seuil » de la compétence du juge administratif. Derrière la question de la combinaison des critères de service public et de puissance publique, se pose celle de la spécificité de la gestion domaniale par rapport aux autres catégories de la gestion publique. La référence exclusive à la puissance publique a le mérite de rendre compte de la singularité de la gestion domaniale par rapport à la gestion du service public. L'administrativité des actes de gestion est consubstantielle à leur caractère de puissance publique. La logique alternative des critères de service public et de puissance publique est relayée par la jurisprudence postérieure¹²¹⁴. Dans l'arrêt *Gisserot* du 4 mai 2009, le Tribunal des conflits distingue « les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public *ou* mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique »¹²¹⁵. La jurisprudence *Gisserot* permet ainsi de penser la gestion publique domaniale comme une activité autonome, qui suppose par elle-même l'usage de prérogatives de puissance publique, sans qu'il soit nécessaire de faire référence au service public.

211. Après avoir déterminé le champ de l'acte de gestion, le Tribunal des conflits institue, dans son arrêt *Aéroports de Paris*, un principe de détachabilité (ou de dissociation) entre l'acte de gestion et une pratique anticoncurrentielle. En l'occurrence, « sont détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, les pratiques d'Aéroports de Paris

¹²¹² TC, 18 octobre 1999, Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris, préc.

¹²¹³ TC, 4 nov. 1996, Sté Datasport c/ Ligue nationale de football, *op. cit.* : « la décision d'unifier par ce logiciel la billetterie informatique des clubs participant aux manifestations sportives organisées par la Ligue nationale de football ressortit *aux pouvoirs d'administration et aux prérogatives de puissance publique qui ont été conférés à ce groupement* [nous soulignons][...] ; que, dès lors, la délibération du Conseil d'administration de la Ligue nationale de football [...] ne constitue pas une activité de production, de distribution ou de services, à laquelle s'appliqueraient les règles de l'ordonnance du 1er décembre 1986 » ; TC, 19 janv. 1998, Union française de l'Express [UFEX] et a. c/ La Poste et autres, *D.* 1998, jurispr. p. 329, concl. Arrighi de Casanova ; *AJDA* 1998, p. 467, note J.-Y. Chérot : « ce litige, qui ne *met pas en cause l'exercice des prérogatives de puissance publique du service postal* [nous soulignons], ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, sous réserve d'éventuelles questions préjudicielles sur l'appréciation de la légalité d'actes administratifs relatifs à l'organisation et aux conditions d'exploitation de ce service ».

¹²¹⁴ G. ECKERT, « Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges », *AJDA*, 2009, p. 1490.

¹²¹⁵ TC, 4 mai 2009, Préfet région Île-de-France, Préfet Paris et Sté Éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre monuments nationaux, *DA*, 2009, comm. 145, note M. Bazex ; *LPA* 17 juin 2009, p. 12, concl. M. Guyomar, *RJEP* 2010, comm. 673, note B. Delaunay (on souligne).

susceptibles de constituer un abus de position dominante consistant dans l'obligation faite à la compagnie TAT European Airlines d'utiliser les services d'assistance en escale de cet établissement public en substitution à ses personnels ». En revanche, « en ce qui concerne les pratiques relevées par le Conseil de la concurrence », elles « sont en réalité indissociables de la réorganisation des aéroports d'Orly décidée par l'établissement public »¹²¹⁶. Par le biais du principe de détachabilité, le Tribunal des conflits dessine les contours de la gestion domaniale en la séparant d'autres activités économiques à la charge de la personne publique. Ce principe n'a pas fait l'objet d'une adhésion totale de la doctrine. Selon le Professeur Y. Laidié, « on comprend mal pourquoi l'obligation imposée à la société TAT d'utiliser les services d'assistance en escale de l'établissement public peut s'analyser comme une pratique détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, à l'inverse du regroupement des compagnies par aéroports et du refus d'autoriser l'ouverture de nouvelles lignes »¹²¹⁷. De plus, la valeur pratique du critère de la détachabilité prête à discussion, dans la mesure où il est parfois difficile de dissocier l'activité économique de l'acte administratif¹²¹⁸. D'ailleurs, dans la jurisprudence *Gisserot*¹²¹⁹, le juge des conflits ne se réfère pas (ou plus) au critère de détachabilité¹²²⁰, peut-être parce qu'il a pris acte des difficultés pratiques qu'il engendre¹²²¹. On peut donc légitimement nourrir des doutes sur la pertinence actuelle de ce critère en tant qu'instrument de répartition de compétences¹²²².

¹²¹⁶ TC, 18 octobre 1999, Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris, préc.

¹²¹⁷ Y. LAIDIÉ, « Brèves observations sur les difficultés de la dévolution du contentieux de la concurrence », *RFDA*, 2000, p. 567.

¹²¹⁸ C. BRÉCHON-MOULÈNES, « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 2000, p. 679.

¹²¹⁹ TC, 4 mai 2009, Préfet région Île-de-France, Préfet Paris et Sté Éditions J.-P. Gisserot c/ Centre monuments nationaux, préc.

¹²²⁰ M. BAZEX, « La détermination de la juridiction compétente pour connaître des pratiques anticoncurrentielles des opérateurs publics et ses implications », *DA*, 2009, comm. 145.

¹²²¹ On doit relever malgré tout que l'Autorité de la concurrence (Conseil de la concurrence) se réfère toujours au critère de détachabilité. V. Cons. conc., déc. n° 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent ; Autorité de la concurrence, déc. n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre.

¹²²² On doit noter cependant l'analyse du Professeur Eckert qui estime que le Tribunal des conflits ne se réfère pas au critère de détachabilité parce qu'il se situe uniquement au premier niveau du raisonnement de la jurisprudence *Aéroport de Paris*, à savoir la détermination du champ de la puissance publique. Dans la mesure où la mesure de résiliation du marché public n'est pas constitutive d'un acte de puissance publique, le juge des conflits n'a pas eu besoin d'apprécier la détachabilité entre l'acte et la pratique anticoncurrentielle, v. G. ECKERT, « Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges », *AJDA*, 2009, p. 1490.

2. La réception de la jurisprudence du Tribunal des conflits.

212. Le Conseil de la concurrence s'est rallié à la position du Tribunal des conflits, concernant le champ de la compétence du juge administratif¹²²³. Dans sa décision du 20 décembre 2000, le Conseil de la concurrence considère que la décision de refus d'occupation du domaine public et celle relative à la fixation du montant des redevances mettent « en cause des prérogatives de puissance publique dont l'appréciation ne relève que de la juridiction administrative »¹²²⁴. Le Conseil de la concurrence s'accorde avec la jurisprudence du juge des conflits : il intègre d'une part le principe de l'association entre l'acte de gestion et la puissance publique pour rendre compte de l'administrativité de la gestion domaniale¹²²⁵, et d'autre part l'absence de détachabilité entre la pratique litigieuse et l'appréciation de la légalité de l'acte de gestion. De plus, le Conseil de la concurrence abandonne la distinction artificielle entre l'accès et l'occupation du domaine public, présente dans les décisions qui ont précédé la jurisprudence *Sté EDA*. Il s'ensuit que la décision de refus d'accès au domaine public est en soi un acte administratif qui relève de la gestion domaniale et qui bénéficie à ce titre du privilège de juridiction.

213. La Cour de cassation confirme la position du Conseil de la concurrence mais inaugure une distinction au sein de la catégorie de la gestion domaniale. L'arrêt *Société Au Lys de France* distingue les actes de gestion qui « constituent l'usage de prérogatives de puissance publique liées à la mise en œuvre d'une mission de service public ou à la manifestation des pouvoirs régaliens conférés à l'administration, dans l'intérêt public, sur le domaine public » et les actes de gestion qui « ne traduisent pas l'usage de telles prérogatives de puissance publique »¹²²⁶. La solution de la Cour de cassation rompt avec la conception unitaire du pouvoir de gestion¹²²⁷,

¹²²³ Conseil de la concurrence, décision n° 99-D-72 du 1^{er} décembre 1999, Sté 3MCE : *BOCCR*, 31 janvier 2000, p. 45. Sur ce point, G. CLAMOUR, « Domaine public et droit de la concurrence : consolidation de l'édifice prétorien », préc.

¹²²⁴ Cons.conc., décision n° 2000-D-41 du 20 septembre 2000, Sté Au Lys de France : *BOCCRF*, 5 décembre 2000, p. 739.

¹²²⁵ Selon la formulation d'usage : « La gestion du domaine public ne constitue pas une activité de production, de distribution ou de services mais consiste en des actes de nature administrative mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique ». Cf. Conseil de la concurrence, Déc. n° 2000-D-42, 20 sept. 2000, SE-RAEL : *BOCCRF*, 31 janvier 2000, p. 741 ; Décision n° 01-MC-02, 1^{er} juin 2001, Sté Vedettes Inter-Îles vendéennes, *Rec. Lamy*, n° 857, obs. S. Destours ; Décision n° 01-D-34, 26 juin 2001, Sté Joe's Sight Seeing : *BOCCRF*, 2001, p. 65 ; Décision n° 02-D-72, 10 déc. 2002, Port autonome de Paris : *BOCCRF*, 28 février 2003, p. 173 ; Décision n° 02-D-73, 10 déc. 2002, Sté Garcia Autos : *BOCCRF*, 28 fév. 2003, p. 174 ; Déc. n° 03-D-25, 28 mai 2003, Sté Holopanoramme, *BOCCRF*, 8 octobre 2003, p. 688.

¹²²⁶ C. Cass. Com., 19 nov. 2002, Sté Au Lys de France : *Contrats et marchés publics*, Janvier 2003, n° 11, note G. Eckert.

¹²²⁷ Dans un arrêt antérieur mais qui fait suite à la jurisprudence *Aéroport de Paris*, la Cour de cassation semble au contraire se fonder sur une approche unitaire de l'acte de gestion. V. C. Cass., ch. com., 16 mai 2000, SEMMARIS, *BOCCRF*, 2000, p. 331 ; *D. aff.* 2000, p. 315, note A. Marmontel : « qu'ayant rappelé par des motifs

selon laquelle l'acte de gestion appartient à un tout homogène frappé du sceau de la puissance publique. Mais, la concrétisation de la distinction semble s'opérer au profit d'une lecture élargie du champ de la gestion constitutive de prérogatives de puissance publique. La Cour de cassation retient en effet que « la résiliation par un établissement public d'une convention d'occupation du domaine public et le refus opposé à une demande de concession constituent des décisions par lesquelles une personne publique assure la mission de gestion du domaine public qui lui est confiée au moyen de prérogatives de puissance publique ». L'arrêt *APHPAR* de la Chambre commerciale de la Cour de cassation intègre la dichotomie au sein des actes de gestion¹²²⁸, mais contrairement à l'arrêt *Société Au Lys de France*, il confère une portée plus importante aux actes de gestion qui « ne traduisent pas l'usage de prérogatives de puissance publique »¹²²⁹. Certes, selon le juge judiciaire, « l'établissement public ADP exerce, sur le domaine public aéroportuaire dont il a la charge, les pouvoirs de police liés à la gestion de ce domaine [sic] », gestion de laquelle « le refus d'implanter ou d'autoriser l'implantation des moyens de signalisation, dans l'enceinte des aérogares ou leurs dépendances, constitue une décision indissociable ». Mais, suivant un raisonnement nourri par la jurisprudence européenne, le juge judiciaire estime que « la mise à disposition de moyens de signalisation à des opérateurs privés [ne consiste pas] pour ADP [à] autoriser l'occupation du domaine public, mais [à] offrir un service à des opérateurs en vue de l'exercice de leur activité économique située en dehors du domaine aéroportuaire ». L'activité de mise à disposition de moyens de signalisation ne serait donc qu'une activité de service, parcelle la gestion domaniale, qui se situe en conséquence en dehors de la puissance publique. Néanmoins, cette solution de la Cour de la cassation ne rend pas compte du fait que la mise à disposition de moyens de signalisation reste indissociable de l'octroi d'une occupation en cas d'emprise sur le domaine public¹²³⁰, même si les entreprises qui en bénéficient ne sont pas installées sur le domaine public.

non contestés que la SEMMARIS s'est vu confier la gestion du MIN de Paris - Rungis sur un domaine public qui lui a été concédé et qu'elle se trouve investie des pouvoirs d'administration et des prérogatives de puissance publique que lui confère son règlement intérieur pris conformément aux dispositions du décret n°68-659 du 10 juillet 1968 portant organisation générale des marchés d'intérêt national et constaté que la contestation élevée par la NVSA devant le Conseil de la concurrence portait sur la décision de la SEMMARIS de soumettre l'exploitation de distributeurs automatiques dans le périmètre du marché à une convention d'installation et au paiement d'une redevance, la cour d'appel qui retient que cette décision constitue un acte de gestion du domaine public a par suite fait une exacte application de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 en décidant qu'un tel acte, dont l'appréciation de la légalité relève du juge administratif n'entraîne pas dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence, que le moyen [...] est inopérant en ses deux premières branches lesquelles tendent à faire trancher par l'autorité judiciaire un litige relevant des juridictions administratives ».

¹²²⁸ C. Cass. Com., 7 janvier 2004, *APHPAR* : *Bull. civ.* IV, n° 5, *BOCCRF*, 14 avr. 2004, p. 299, *BRDA*, 2004, n° 4, n° 17, *AJDA*, 2004, p. 851, note. N. Charbit.

¹²²⁹ C. Cass. Com., 19 nov. 2002, *S^{té} Au Lys de France*, préc.

¹²³⁰ Sur ce point, H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, 1948, p. 78, n° 236.

214. L'arrêt *APHPAR* de la Chambre commerciale n'est en définitive qu'une « note dissonante »¹²³¹. Le Conseil de la concurrence et actuellement l'Autorité de la concurrence s'inscrivent dans la continuité de l'arrêt *Aéroports de Paris* du Tribunal des conflits. Dans une décision datant du 31 janvier 2005, le Conseil de la concurrence estime que le refus d'autorisation d'occuper le domaine public est un acte administratif car il « met en cause des prérogatives de puissance publique »¹²³², il relève en conséquence de la compétence des juridictions de l'ordre administratif¹²³³. Quant au juge administratif, il consolide sa compétence sur les actes de gestion¹²³⁴, actes administratifs soumis aux règles de concurrence.

215. *Conclusion §1.* Le conflit de compétences qui a opposé le juge administratif au Conseil de la concurrence reflète l'ensemble des questionnements qui entourent l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion. L'influence de la jurisprudence européenne et l'introduction des normes concurrentielles ont fragilisé l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion et entrouvert des brèches au sein de sa construction, en dissociant des éléments que la pensée juridique avait associés. La labélisation du pouvoir de gestion comme puissance publique est donc, en droit interne, le fruit d'une confrontation : entre la gestion publique et les règles concurrentielles, entre les différentes instances en jeu, et entre les notions de

¹²³¹ G. CLAMOUR, « Domaine public et droit de la concurrence : consolidation de l'édifice prétorien », préc.

¹²³² Cons. conc., Déc. n° 05-D-02, 31 janvier 2005, Transport maritime de passagers à destination des Îles d'Hyères.

¹²³³ Cette position est confirmée dans les décisions postérieures, v. Cons.conc., déc. n° 07-D-28, 13 sept. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le Port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société havraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention : Rev. Lamy dr. conc. janv.-mars 2008, n° 14, p. 62, note S. Destours ; CCC, 2007, comm. 277, obs. G. Decocq ; CCC, 2008 comm. 278, obs. M. Bazex ; Aut. conc., déc. n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre : « Force est pourtant d'admettre que l'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour apprécier le comportement de l'établissement portuaire en l'espèce dès lors que les réunions de juillet et octobre 2006, dont l'objet portait explicitement sur la répartition future des postes à quai de Port 2000, ne peuvent être considérées comme dissociables de la gestion du domaine public et de l'exercice par l'établissement portuaire de ses prérogatives de puissance publique. En application de la jurisprudence énoncée aux paragraphes 139 à 141 ci-dessus, il n'appartiendra qu'à la juridiction administrative de statuer, si elle est saisie, sur la légalité de la décision par laquelle le port attribuera les futures postes à quai, au regard notamment des conditions dans lesquelles s'est déroulée la procédure préparatoire à cette attribution ». Par contre, dans la décision n° 07-D-28, « Le Conseil de la concurrence rappelle la distinction entre la nature et l'acte homologué et l'homologation elle-même, qui seule peut revêtir un caractère administratif et conclut à sa propre compétence pour les tarifs proposés par le concessionnaire, qui relèvent d'une décision autonome de sa part » (S. NICINSKI, « Droit de la concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publique*, G. Clamour (dir.), LexisNexis, 2011.

¹²³⁴ CE, 30 juin 2004, Dpt Vendée : *Rec.*, p. 277 ; *RJEP* 2004, p. 487, concl. P. Collin ; *AJDA* 2004, p. 2210, note S. Nicinski ; *DA.*, 2004, comm. 161, obs. M. Bazex et S. Blazy ; *AJDA* 2004, p. 2309, obs. N. Charbit ; *Rev. Lamy conc.*, 2005/1, n° 50, obs. S. Destours ; CAA Paris, 4 déc. 2003, n° 00PA02740, Sté d'équipement de Tahiti et des îles, *Contrats marchés publ.* 2004, comm. 54, obs. Eckert G., *AJDA* 2005, p. 200, note Nicinski S., *RLC*, 2005/3, n° 216, note Clamour G. ; TA Lille, 28 févr. 2006, SARL Gérard Demeyer Communications, *RLC*, 2007/13, n° 926, obs. Clamour G. ; CAA Marseille, 19 févr. 2007, n°04MA00915, SARL Sata Hanfling, *RLC*, 2008/14, n° 1004, obs. Clamour G. ; CAA Douai, 12 avr. 2007, n° 06DA00456, SARL Restaurant de l'aérodrome, *RLC* 2008/14, n° 1005, obs. Clamour G. ; CAA Bordeaux, 27 nov. 2007, *Carreas*, *Revue Lamy de la concurrence*, 2008, Actualité n° 15, note G. Clamour ; CAA Bordeaux, 30 décembre 2008, SARL CRAM, obs. A. Camus, *Concurrences*, n° 1-2009, p. 220.

puissance publique et d'économicité. Si la puissance publique gestionnaire est consolidée, elle n'en est pas moins imprégnée de cette confrontation qui lui imprime une spécificité.

§2. L'INAUGURATION D'UNE NOUVELLE LECTURE DU POUVOIR DE GESTION

216. L'introduction des règles concurrentielles et des libertés économiques invite à une nouvelle lecture du pouvoir de gestion du domaine public. Le paradigme concurrentiel prolonge le mouvement de l'exploitation patrimoniale, voire renforce l'économicité du pouvoir de gestion, en lui imprimant de nouvelles modalités telles que le marché pertinent ou la question de l'abus de position dominante. Ainsi, le droit de la concurrence induit une lecture économique du pouvoir de gestion, mais selon des modalités propres à la domanialité publique **(I)**. Il ne s'agit pas de qualifier la confrontation entre le droit de la concurrence et la puissance publique gestionnaire, que ce soit dans le sens d'un enrichissement ou dans celui d'une dégradation de cette dernière, mais d'analyser ce que cette confrontation révèle de la spécificité du pouvoir de gestion. Le juge administratif a attribué au pouvoir de gestion le label de la puissance publique à dessein de revendiquer sa compétence, mais cette estampillage n'est pas suffisant dans la perspective d'une tentative de définition de la puissance publique gestionnaire. La labélisation du pouvoir de gestion comme puissance publique ne gomme pas la spécificité que lui imprime l'éclairage du droit de la concurrence, révélateur de sa singularité par rapport aux autres expressions de la puissance publique, ne serait-ce qu'en raison de son fondement, la propriété publique. **(II)**.

I. L'approfondissement de l'économicité du pouvoir de gestion

217. Lorsqu'il est fait référence à la dimension économique du pouvoir de gestion, les termes de patrimonialité, d'exploitation, de propriété et de valorisation s'entrecroisent. À cet égard, s'est opérée dans les analyses doctrinales une convergence des notions d'exploitation patrimoniale et d'exploitation économique, utilisées de manière indifférenciée pour illustrer le phénomène de valorisation du domaine public. Le terme de « valorisation économique »¹²³⁵ est devenu récurrent dans la doctrine contemporaine¹²³⁶, d'autant plus avec l'avènement du Code

¹²³⁵ Sur ce point, v. Conseil d'État, La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, La doc. Fr., « Droits et Débats », 2012.

¹²³⁶ Sur la notion de valorisation économique du domaine public des collectivités locales », *LPA*, 10 juill. 1996, p. 15 et *LPA* 12 juill. 1996, p. 8 ; J. MORAND-DEVILLER, « La valorisation économique du patrimoine public », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 273 ; C. MANSON, « droits réels sur le domaine public local », *J.Cl Propriété publiques*, Fasc. 79-41 ; N. LAVAL, « Développement économique et domaine public », *LPA* juil. 1997, n° 82.

général de la propriété des personnes publiques¹²³⁷. Implicitement, ce choix s'appuie sur une acception marchande de la propriété, sur le modèle de la propriété privée¹²³⁸. Le caractère économique du pouvoir gestion est alors synonyme de la création de valeurs sur le domaine public. Mais les règles de concurrence invitent à une redéfinition du caractère économique du pouvoir de gestion : il ne s'agit pas seulement de la création de valeurs sur le domaine public, dans la mesure où le pouvoir de gestion est repensé dans sa relation avec le marché¹²³⁹ et où ses effets sur le jeu concurrentiel sont évalués. Cette nouvelle appréhension de l'économicité du pouvoir de gestion¹²⁴⁰ complète la première, plutôt qu'elle ne s'y oppose. De même que le domaine public s'est adapté aux mécanismes de valorisation, il épouse aussi, désormais, les préoccupations concurrentielles. Le droit de la concurrence préfigure ainsi la naissance d'un commerce économique inédit sur le domaine public (**A**), que les catégories domaniales ont intégré (**B**).

A. L'inauguration d'un nouveau commerce économique sur le domaine public

218. Le Commissaire du gouvernement J.-H. STAHL invitait le juge administratif à « prendre garde, autant que faire se peut, à se placer dans un même cadre conceptuel, à utiliser les mêmes critères, et à donner aux notions le même sens que celui que retient le Conseil de la concurrence et, derrière lui, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation »¹²⁴¹, en somme, à faire le choix d'une « stricte orthodoxie dans le maniement des concepts de la concurrence »¹²⁴² afin de ne pas « développer une conception autonome des notions du droit de la concurrence »¹²⁴³. Cela suppose en conséquence une gestion domaniale appréhendée à la lumière des notions forgées par les instances de la concurrence. Une première lecture de la jurisprudence administrative en matière domaniale dénote effectivement une certaine « fidélité [du juge administratif] dans l'utilisation du raisonnement économique »¹²⁴⁴. La frontière entre

¹²³⁷ Ch. MAUGÛE et G. BACHELIER, « La valorisation économique du domaine public des personnes publiques », in *La codification du droit des personnes publiques*, AJDA, 2006, p. 1082.

¹²³⁸ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 180 et s. ; R. VERDOT, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1963, p. 226 « la notion économique de propriété se rapproche de la notion juridique de patrimoine », v. aussi, p. 194 et p. 328. Selon l'auteur, l'acte d'administration est essentiellement économique, contrairement à l'acte de disposition qui relève du commerce juridique. Adde F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 268 ; F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 634 et p. 671 et s.

¹²³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », *APD*, t. 40, 1995, p. 286, spéc. p. 301 : « dans l'application du droit de la concurrence, le marché constitue l'*alpha* et l'*omega* ».

¹²⁴⁰ J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, « Voies du Droit », 2008, p. 110.

¹²⁴¹ J.-H. STAHL, concl. sur CE, Sect., 3 nov. 1997, Sté Million et Marais, préc.

¹²⁴² J.-H. STAHL, concl. sur CE, Sect., 26 mars 1999, Sté EDA, préc.

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 285.

le fait administratif et le fait économique s'est donc déplacée, « le modèle du marché »¹²⁴⁵ dans sa dimension « impérialiste »¹²⁴⁶ englobe désormais le domaine public¹²⁴⁷ : le domaine public devient l'objet et le sujet du marché, la gestion domaniale est une activité dont le juge administratif doit saisir les implications sur le jeu concurrentiel, au moyen des notions issues du droit de la concurrence. La réception des concepts issus du droit de la concurrence par le juge administratif s'effectue essentiellement à deux niveaux : la détermination du marché pertinent, préalable nécessaire à l'application des règles de concurrence (1) et l'appréhension des actes du gestionnaire du domaine public au regard des infractions anticoncurrentielles (2).

1. La détermination du marché pertinent et le domaine public.

219. La détermination du marché pertinent est la matrice de l'application des règles de concurrence¹²⁴⁸ puisqu'il « sert principalement à dessiner les contours de la concurrence potentielle »¹²⁴⁹. Relevant ainsi de la « technique du standard »¹²⁵⁰, le marché pertinent se définit, de prime abord et de manière abstraite, comme « le lieu théorique où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts »¹²⁵¹. Le marché pertinent fait l'objet, dans chaque cas, d'une appréciation *in concreto*¹²⁵². Mais la concrétisation du concept révèle son élasticité, et en ce sens le marché pertinent est un vecteur d'expansion des règles de concurrence. Les contours du marché pertinent sont

¹²⁴⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », préc.

¹²⁴⁶ *Ibid.* v. aussi, M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., 2003, *Armand Colin*, p. 47 et s.

¹²⁴⁷ C. MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées. La domanialité mise en péril par le marché*, *op. cit.* p. 268 : le domaine public est « soumis à la loi du marché, celle de l'offre et de la demande, de même qu'aux rapports de force de celui-ci ». Adde M. BAZEX, « Le domanialité publique : chassez le marché, il revient au galop », *Les Echos*, 5 déc. 2002 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 283.

¹²⁴⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., 2003, *op. cit.*, p. 54-55.

¹²⁴⁹ Rapport Conseil de la concurrence, 1990, p. XXXV, v. aussi Commission, 97/C 372/03 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE n° C 372 du 9 déc. 1997, p. 5, pt. 2

¹²⁵⁰ Sur cette notion, S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, 1980, n° 94.

¹²⁵¹ M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, 1^{re} éd., 1983, PUF, p. 279. V. aussi, C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 333 et s. V. aussi, CJCE, 21 fév. 1973, Continental Can, pt. 13 : « les possibilités de concurrence ne peuvent être appréciées qu'en fonction des caractéristiques des produits en cause en vertu desquelles ces produits seraient particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits » ; C. PRIETO, « Influence du droit communautaire et originalité du droit français de la concurrence », *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 1998-1, n°12, p.43. Selon l'auteur, le marché pertinent est le second critère du droit de la concurrence », à la suite de la détermination de la nature économique de l'activité.

¹²⁵² Afin de déterminer le champ du marché pertinent, les autorités ou le juge recourent à plusieurs méthodes. D'abord, la méthode descriptive qui consiste en la comparaison des caractéristiques du produit ou service. Ensuite, la méthode prospective, elle cherche à saisir le comportement éventuel du consommateur. Également, la méthode empirique, elle s'effectue à partir de données statistiques passées afin de rechercher le comportement des demandeurs. Enfin la méthode économétrique appliquées aux décisions passées. Cette présentation reprend très largement les termes de l'ouvrage du Professeur M. MALAURIE-VIGNAL, *in Droit de la concurrence*, 2^e éd., 2003, *op. cit.*, p. 55.

déterminés par rapport à un produit acheté ou à un service utilisé, en fonction d'une zone géographique et de la rencontre entre une offre et une demande.

220. En tant que standard juridique, le marché pertinent est l'instrument central du processus de lecture économique de la gestion domaniale, parce qu'il permet de construire juridiquement la relation économique entre le domaine public et les marchés connexes en lien avec la dépendance domaniale. Le marché pertinent est donc le vecteur d'une insertion plus approfondie du domaine public dans la sphère économique.

Dès la jurisprudence *Société EDA*, le juge administratif retient que l'appréciation d'une infraction aux règles concurrentielles suppose d'avoir préalablement défini le marché pertinent. À cet égard, il inaugure l'utilisation du mécanisme de consultation avant dire-droit auprès du Conseil de la concurrence¹²⁵³, prévu par l'article 26 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (article L. 462-3 du Code du commerce)¹²⁵⁴ et impliquant la reconnaissance de l'« expertise »¹²⁵⁵ du Conseil de la concurrence en la matière. En l'espèce, la première consultation relative à l'affaire *Société EDA* visait à déterminer « l'existence de marchés pertinents pour la *fourniture d'installations* pour la location de véhicules sans chauffeur et pour la location elle-même et à fournir au juge tous les éléments d'appréciation susceptibles de lui permettre de déterminer si l'obligation faite aux candidats de présenter une offre portant conjointement sur les aéroports d'Orly et de Roissy-Charles-de-Gaulle constitue un abus de position dominante »¹²⁵⁶. La volonté du Conseil d'État n'était pas de « donner dans l'interprétation de l'ordonnance une lecture propre qui serait différente de celle du Conseil de la concurrence ou de la cour d'appel de Paris »¹²⁵⁷. Néanmoins, la consultation induit une forme de dissociation entre le contrôle de légalité au regard des règles de concurrence et l'expertise économique.

221. Dans le contentieux relatif au domaine public, ce sont particulièrement les juges du fond qui se sont affranchis de l'expertise économique du Conseil de la concurrence. Ils font régulièrement référence au marché pertinent, mais pas systématiquement. Dans un jugement

¹²⁵³ L. RICHER, « Le juge économiste ? », *AJDA*, 2000, p. 703.

¹²⁵⁴ L'article L. 462-3 du Code du commerce permet à toute juridiction de saisir de consulter l'Autorité de la concurrence « sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies ». L'art. L. 462-3 fut également employée à plusieurs reprises : CE, 15 mars 2000, Sté Cegedim, *DA*, 2000, comm. 79 ; CE, 13 janv. 2003, Mutuelle générale des services publics, *BJCP*, 2003, p. 135, concl. P. Fombeur ; CE, Sect., 20 juil. 2005, Sté Fiducial informatique et a.

¹²⁵⁵ J.-H. STAHL, concl. sur CE, Sect., 26 mars 1999, Sté EDA, préc. J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », préc.

¹²⁵⁶ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 288. (on souligne)

¹²⁵⁷ J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *op. cit.*

du Tribunal administratif du 16 novembre 2005, le juge du fond relève l'abus de position dominante de la Chambre du commerce et de l'industrie de la Réunion en violation de l'article 8 du 1^{er} décembre 1986. Or, pour définir le marché pertinent, le juge administratif retient que « l'activité du marché de la location de véhicules sans chauffeur de la zone aéroportuaire et de sa périphérie est en étroite relation avec le *marché de l'accès aux supports de signalisation* destinés à l'information des passagers dès lors que la signalisation aéroportuaire constitue une publicité efficace pour les sociétés de location dans la prospection de leurs clients, passagers de l'aéroport »¹²⁵⁸. Dans un jugement du Tribunal administratif de Lille datant du 28 février 2006, est mentionné le marché du mobilier publicitaire ayant pour emprise le domaine public ferroviaire¹²⁵⁹. Dans un arrêt du 14 janvier 2010, La Cour administrative d'appel de Paris retient que « la Ville de Paris dispose d'une position dominante sur le marché de l'accès à des infrastructures souterraines permettant le déploiement d'installations de filaires de communications électroniques »¹²⁶⁰. Et plus récemment, dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai, le marché pertinent est constitué par « les terrains [appartenant au domaine public, que l'autorité portuaire] est en mesure d'offrir à la concurrence »¹²⁶¹.

Ces définitions du marché ne reposent sur aucune démonstration détaillée. L'économie des moyens¹²⁶² semble, de prime abord, rimer avec l'absence d'un véritable recours à une analyse économique. Néanmoins, l'analyse économique n'est pas totalement absente, ne serait-ce que parce que les juges administratifs reprennent à leur compte la distinction entre le marché que constitue la dépendance domaniale, où le gestionnaire est nécessairement en position dominante¹²⁶³, et les marchés connexes dépendants de l'infrastructure. À la lecture des définitions qui émergent des précédents arrêts et de la jurisprudence *Société EDA*, le marché pertinent est d'abord, dans sa « dimension économique »¹²⁶⁴, l'offre d'emplacements ou d'accès au domaine public en interaction avec d'autres marchés, ce qui suppose que les règles de la concurrence ne sont prises en compte que si le domaine public est le « siège d'activités de production, de distribution ou de services »¹²⁶⁵. Cela met en exergue la contradiction de la

¹²⁵⁸ TA, Saint-Denis, 16 nov. 2005, n° 0301732, Sté Wein Autos, Rev. *Lamy conc.*, 2006/6, n° 443, note G. Clamour. (on souligne)

¹²⁵⁹ TA, Lille, 28 févr. 2006, SARL Gérald Demeyer Communications, Rev. *Lamy conc.*, 2007/13, n° 926, note G. Clamour.

¹²⁶⁰ CAA, Paris, 15 janv. 2010, Sté Viatel Opérations.

¹²⁶¹ CAA, Douai, 1^{re} chambre, 5 mai 2011, Sté SMEG SA.

¹²⁶² F. DONAT et D. CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence du Conseil », *DA*, 2004, chr. n° 10.

¹²⁶³ M. GLAIS, « Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence », in *Rapport du Conseil d'État*, « Collectivités publiques et concurrence », *La documentation française*, 2002, p. 403.

¹²⁶⁴ D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et J.-L. RESPAUD, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2010, n° 266.

¹²⁶⁵ CE, Sect., 26 mars 1999, Sté EDA, préc.

construction jurisprudentielle administrative : la gestion domaniale est constitutive d'une offre sur un marché pertinent sans être explicitement une activité économique.

2. L'infraction concurrentielle et le domaine public

222. L'autre versant de l'intégration des notions issues du droit de la concurrence dans le contentieux relatif au domaine public concerne les différentes infractions concurrentielles, et notamment la question de l'abus de position dominante. D'une manière générale, l'abus de position dominante est constitué soit par « des pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'éliminer des concurrents ou d'empêcher l'arrivée d'une nouvelle entreprise sur le marché », il s'agit alors d'un abus de structure, soit « par des comportements qu'une entreprise ne pourrait adopter sans compromettre son propre intérêt sur un marché concurrentiel ou si elle ne disposait pas d'une position dominante »¹²⁶⁶, ce qui constitue un abus de comportement. Dans le cadre du domaine public, l'abus de position dominante prend une coloration sensiblement différente, puisque l'appréhension économique de la gestion d'un patrimoine public s'inspire de la théorie des infrastructures essentielles¹²⁶⁷, du moins de ses principes logiques. Concrètement, l'approche économique commande de penser la position dominante du gestionnaire sur l'infrastructure, en raison de son droit de propriété qui lui confère en effet « un pouvoir économique »¹²⁶⁸ exclusif sur la dépendance. Comme pour le marché pertinent, la Haute juridiction se réfère à l'expertise du Conseil de la concurrence, dans le cadre de l'arrêt *Société EDA*, pour déterminer l'existence d'un abus de position dominante. Néanmoins, cette consultation du Conseil de la concurrence est plus problématique qu'en matière de marché pertinent, puisque la détermination de l'abus de position dominante relève davantage de la qualification juridique des faits que de l'expertise économique *stricto sensu*¹²⁶⁹. Le juge administratif consulte néanmoins le Conseil de la concurrence et son office apparaît cantonné à la déclaration d'illégalité de l'acte de gestion. En somme, il se dessaisit d'une question qui est pourtant au cœur du contrôle de légalité.

223. L'usage de la notion d'abus de position dominante est devenu courant dans la jurisprudence administrative afin de qualifier les comportements du gestionnaire du domaine

¹²⁶⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., 2003, *op. cit.*, p. 190

¹²⁶⁷ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, 2009, p. 435.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, p. 184.

¹²⁶⁹ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 288-289 ; J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », préc.

public¹²⁷⁰. Le contentieux relatif aux actes de gestion suit le mouvement général de la jurisprudence administrative¹²⁷¹, dans le sens d'une autonomisation du juge administratif vis-à-vis du Conseil de la concurrence. De manière générale, et notamment dans l'arrêt *Congrégation Cisterciens de l'Immaculée Conception* datant du 29 mai 2006¹²⁷², le juge administratif constate lui-même un abus de position dominante et en tire des conséquences sur la légalité de l'acte de gestion, tout en prenant soin de viser l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou les dispositions européennes. De prime abord, la circonstance que le juge administratif vise ces normes de référence en matière d'abus de position dominante semble dénoter une volonté de ne pas proposer une interprétation autonome de l'abus de position dominante. Mais, s'arrêter à cette lecture de la jurisprudence administrative serait en retenir une vision restrictive, dans la mesure où le juge a pris en compte les règles concurrentielles à la suite de leur adaptation à la domanialité publique.

B. L'adaptation des concepts concurrentiels à la domanialité publique

224. Le thème de la banalisation de la gestion domaniale¹²⁷³ croise le thème plus général de la banalisation de la puissance publique¹²⁷⁴, parfois désignée comme une « dégénérescence de la puissance publique »¹²⁷⁵, ou une « altération »¹²⁷⁶, en raison de l'intégration des préoccupations concurrentielles. D'autres auteurs considèrent que cette intégration contribue au contraire à une « rénovation »¹²⁷⁷ de la puissance publique. Effectivement, dans le cadre de la domanialité publique, l'évolution de la jurisprudence, dans le sens d'une prise en compte accrue des phénomènes concurrentiels, ne tend pas à effacer la spécificité de la domanialité

¹²⁷⁰ S. NICINSKI, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », préc.

¹²⁷¹ Pour un exemple, C. MAUGÜÉ, concl. sur CE, 25 nov. 2003, UFC Que choisir et Greenpeace France, *CJEG*, 2003, p. 178 ; *DA*, 2003, n° 33, obs. C. M.

¹²⁷² CAA, Marseille, 29 mai 2006, *Congrégation Cisterciens de l'Immaculée Conception (CCIC) et Min. équip., Transports, Log., Tourisme et Mer*. Sur cette jurisprudence, v. A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, op. cit., p. 244-245. Pour d'autres exemples, v. CAA, Douai, 1^{re} chambre, 5 mai 2011, *Sté SMEG SA.* ; CAA, 14 déc. 2006, *SMEG SA* : « Considérant qu'il incombe à l'autorité administrative, affectataire du domaine public, lorsque celui-ci est le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération, pour la gestion de ce domaine, non seulement l'intérêt de ce domaine et l'intérêt général, mais encore les diverses règles, tels que le principe d'égalité et l'interdiction de l'abus de position dominante prévu par l'article 82 du traité instituant la communauté européenne et les dispositions du code du commerce, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités » ; CAA, Paris, 15 janv. 2010, *Sté Viatel Opérations* ; CAA, Douai, 12 avril 2007, *SARL Restaurant de l'aérodrome*.

¹²⁷³ Pour une présentation des tensions existantes entre l'exploitation marchande et la domanialité publique, J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, « Voies du Droit », 2008, p. 104 et s. V. aussi, G. BACHELIER, « Le concept du "domaine public" : un concept toujours pertinent », in *Mélanges Labetoulle, Dalloz*, p. 35.

¹²⁷⁴ J.-B. AUBY, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, *Dalloz*, 1992, p. 3.

¹²⁷⁵ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 502.

¹²⁷⁶ A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, op. cit., p. 27 et s.

¹²⁷⁷ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 557 et s.

publique¹²⁷⁸, bien au contraire. Le juge administratif est resté maître de la réception des règles de concurrence en tant qu'« interprète authentique »¹²⁷⁹ de l'ordre administratif. Le juge administratif saisit les règles de concurrence au moyen de ses propres outils, et leur réception a donc emprunté les voies de la domanialité publique. Dès lors, suggérer que « l'étude de la jurisprudence administrative empêche de déceler une quelconque spécificité dans l'appréhension des règles de la concurrence »¹²⁸⁰ semble excessif. La jurisprudence *Société EDA* opère la synthèse entre la réception des règles de concurrence et la préservation du cadre habituel de la gestion domaniale¹²⁸¹, elle constitue ainsi l'étape primordiale de « l'incorporation du marché économique à l'institution »¹²⁸², selon des termes empruntés à Hauriou.

225. « La rencontre de la tradition du vieux droit domanial avec la modernité du droit de la concurrence »¹²⁸³ a donc donné lieu à une synthèse. En effet, la concurrence peut être considérée comme un moyen de réalisation de l'intérêt général ou de certaines nécessités domaniales, comme la « meilleure utilisation » du domaine public. S'inscrivant dans le sillage de la jurisprudence *Société EDA*, l'énoncé de l'arrêt *SETIL* datant du 4 décembre 2003¹²⁸⁴ suggère que les préoccupations concurrentielles sont subsumées sous l'intérêt général. Le juge administratif propose ainsi une analyse qui n'inscrit pas la concurrence dans rapport d'opposition avec les autres intérêts domaniaux. Peut-être peut-on déceler dans cet énoncé un écho à la théorie de la concurrence-moyen¹²⁸⁵ qui a une place de choix en droit de l'Union européenne et qui a permis de transcender et de dépasser le conflit entre les intérêts concurrentiels et les intérêts généraux non-concurrentiels.

¹²⁷⁸ S. NICINSKI, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand Deviller*, Montchrestien, 2008, p. 659.

¹²⁷⁹ M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, « Que sais-Je ? », p. 100 et s.

¹²⁸⁰ A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 246.

¹²⁸¹ J.-H. STAHL, concl. sur CE, Sect., 26 mars 1999, *Sté EDA*, préc. : « admettre l'invocation des règles issues du droit de la concurrence ne reviendrait pas [...] à leur conférer une absolue primauté. La prise en considération des impératifs du libre jeu de la concurrence ne saurait faire disparaître les caractères essentiels de la domanialité publique et le primat des impératifs de bonne gestion et de conservation du domaine public ».

¹²⁸² Nous reprenons la formulation de M. HAURIU, *Principes de droit public*, 1^{er} éd., *op. cit.*, 1910, rééd. 2010, p. 278.

¹²⁸³ J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, *op. cit.*, p. 110.

¹²⁸⁴ « compte tenu de l'importance des emplacements disponibles, de l'utilité de l'ouverture d'une officine de change manuel sur le site d'un aéroport accueillant à la fois un trafic international et un trafic intérieur important lié aux transits touristiques à destination des différentes îles de la Polynésie française et de la faible importance de la surface demandée pour son activité, été privé d'une chance sérieuse d'exercer celle-ci ; qu'il est en droit d'obtenir réparation de ce préjudice qui est suffisamment certain et résulte directement des illégalités fautives susmentionnées » CAA Paris, 4 déc. 2003, n° 00PA02740, *Sté d'équipement de Tahiti et des Îles [SETIL]* : *Contrats-Marchés publ.*, 2004, comm. 54, note G. Eckert.

¹²⁸⁵ Sur cette théorie, P. BONASSIES, « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen », in *Études dédiées à Alex Weil*, Dalloz, 1983, p. 51 ; L. CARTELIER, « Les services publics européens, la concurrence et l'intérêt général », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, p. 14 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 38 et s.

226. L'élasticité des notions propres au droit domanial ont permis l'intégration des préoccupations concurrentielles. Selon la typologie élaborée par le Professeur D. Truchet, l'intérêt général est aussi une « norme de raison » qui permet de faire évoluer la domanialité publique « de manière raisonnable »¹²⁸⁶. Ainsi, comme il a permis d'intégrer l'intérêt financier, l'intérêt général permet d'intégrer les préoccupations concurrentielles au sein de la domanialité publique. Par exemple, la notion de « meilleure utilisation du domaine public »¹²⁸⁷, sous-composante de l'intérêt général, est le truchement des préoccupations concurrentielles. L'arrêt *Somatour*¹²⁸⁸, qui vise le pouvoir de police et non de gestion, a été l'occasion pour le juge administratif d'enrichir la notion de « meilleure utilisation des ouvrages publics » ou du domaine public, meilleure utilisation dans l'intérêt de laquelle il a jugé légale la mesure de police, dans la mesure où « elle était justifiée par la nécessité de prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence ».

L'enrichissement de la notion de « meilleure utilisation du domaine public » inauguré par la jurisprudence *Somatour* peut être transposé dans le cadre du pouvoir de gestion. Cette notion a été le cadre premier de l'avènement du pouvoir de gestion sur le domaine public. Elle peut être à la source d'une dimension *proactive* et protectrice du pouvoir de gestion et présider certaines de ses décisions ayant pour but de garantir le bon fonctionnement du marché en lien avec le domaine public. En somme, l'intégration des règles de concurrence ne s'est pas effectuée au prix d'un bouleversement du pouvoir de gestion du domaine public. Elle a été appréhendée à travers les notions propres à la domanialité publique, à laquelle elle s'est adaptée. Il n'y a dès lors ni « banalisation » ni « altération » du pouvoir de gestion. Celui-ci entretient avec les libertés économiques et le droit de la concurrence un rapport différent de celui qu'entretiennent les autres manifestations de la puissance publique. Or, analysé par la doctrine en tant que puissance publique, le pouvoir de gestion est replacé dans la problématique générale de la rencontre entre la puissance publique et les règles de concurrence, que la rencontre soit pensée en termes de conflit ou d'enrichissement. Il ne fait pas l'objet d'un traitement particulier, qui exigerait une autre approche. En effet, l'enjeu n'est pas seulement d'analyser les modalités ou les effets de la relation entre les libertés

¹²⁸⁶ D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », EDCE, 1999, n° 50, p. 362.

¹²⁸⁷ La notion de meilleure utilisation du domaine s'apparente aussi à celle de « meilleure exploitation du domaine public », v. B. CHENOT concl. sur CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale : RDP*, 1944, p. 236. Sur cette notion, Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 216 et s.

¹²⁸⁸ CE, 10 avr. 2002, SARL Somatour : *Rec.*, 2002, p. 918 ; *Contrats-Marchés publ.*, 2002, comm. 148, note P. Délélis ; MTP, 14 juin 2002, p. 109 ; *JCP G* 2002 I 169, obs. Braconnier. V. aussi, l'analyse du Professeur G. CLAMOUR, in *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 559 et s.

économiques et le pouvoir de gestion. Il s'agit aussi de mesurer en quoi l'introduction des libertés économiques et du droit de la concurrence révèle la spécificité du pouvoir de gestion.

II. La spécificité de la gestion domaniale au sein de la puissance publique

227. « Les orientations nouvelles du droit peuvent conduire à repenser les catégories établies »¹²⁸⁹. Dans l'optique de la définition du pouvoir de gestion, il s'agit « de le comparer aux autres pour l'en rapprocher ou l'en dissocier ». « [S'il faut regrouper dans une même catégorie, soumise à un régime déterminé, les entités les plus profondément semblables et séparer en catégories différentes, dotées de règles différentes, des entités foncièrement dissemblables »¹²⁹⁰, l'analyse du pouvoir de gestion, dans un effort de catégorisation, s'effectue à partir d'une comparaison avec le pouvoir de police. L'affirmation par le juge administratif de sa compétence sur les actes de gestion peut conduire à subsumer les deux pouvoirs sous la bannière de la puissance publique. Pourtant, la dualité entre police et gestion, en germe dans la jurisprudence antérieure, se révèle avec plus de clarté depuis l'introduction du droit économique au sein du domaine public : le pouvoir de gestion est une catégorie particulière de puissance publique, en raison de son traitement juridique (A) et de son ontologie (B).

A. Un traitement différencié du pouvoir de gestion en droit positif

228. « Tout effort de détermination des catégories juridiques suppose d'examiner l'ensemble des phénomènes connus pour les classer en groupes par comparaison, selon des *critères de liaison* unissant les divers éléments de chaque catégorie et selon des *critères de dissociation* permettant d'opposer les catégories entre elles »¹²⁹¹. Il existe des critères de liaison entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de police. Le premier d'entre eux est leur identité commune, à savoir leur identité de puissance publique. Aussi, l'introduction des libertés économiques dans le contentieux des actes de gestion pourrait logiquement induire une convergence des deux régimes. Alors que, selon la jurisprudence *SNEC*¹²⁹², le pouvoir de gestion se distingue du pouvoir de police en raison de l'impossibilité d'invoquer les libertés à son encontre, il est tentant, depuis l'introduction des règles concurrentielles et de la liberté du commerce et de l'industrie, d'estimer que la frontière entre les deux pouvoirs a tendance à être gommée¹²⁹³. Mais les rapports respectifs que ces deux pouvoirs entretiennent avec les libertés économiques

¹²⁸⁹ J.-L. BERGEL *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, « Méthodes du droit », 2012, p. 243.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p. 236.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 240 (souligné par l'auteur).

¹²⁹² CE, 20 déc. 1957, Société Nationale d'Éditions Cinématographiques (SNEC), préc.

¹²⁹³ É. FATÔME, « Ordre public et domaine public », préc., spéc. p. 197.

ne répondent pas aux mêmes modalités. Cette différenciation doit s'apprécier au regard de la jurisprudence *Sté EDA* pour ce qui concerne le droit de la concurrence (1) et à la lumière de la jurisprudence *RATP* qui a récemment renouvelé les rapports entre le pouvoir de gestion et la liberté du commerce et de l'industrie (2).

1. La logique initiée par la jurisprudence *Société EDA*

229. La jurisprudence *Société EDA* a initié une autre appréhension des règles de concurrence en allant plus loin que la jurisprudence *Million et Marais*, fondatrice de leur opposabilité¹²⁹⁴ aux actes administratifs. Selon l'arrêt *Société EDA*, les règles de concurrence ne sont pas seulement opposables mais sont aussi directement applicables : il ne s'agit pas que d'apprécier les effets d'un acte administratif sur le jeu concurrentiel mais de considérer que l'acte administratif traduit par lui-même une atteinte du droit de la concurrence. Pourtant, à la lecture du considérant de principe, rien ne permet de retenir la logique d'applicabilité des règles de concurrence. Mais une grande majorité de la doctrine analyse l'arrêt *Société EDA* à la lumière des conclusions du Commissaire du gouvernement J.-H. STAHL, selon lesquelles « ce ne sont pas tant les effets induits par l'acte administratif sur la situation du partenaire de l'administration qui sont ici en cause [...] ; ce sont, “en elles-mêmes”, les modalités et conditions qui s'attachent à l'occupation du domaine public ». Cela suppose que « l'illégalité ne viendrait pas ici de ce que l'acte administratif aurait pour effet de placer le partenaire en situation d'abuser d'une position dominante mais bien de ce que l'acte traduirait “de la part du gestionnaire du domaine lui-même”, un abus de position dominante »¹²⁹⁵. Les analyses doctrinales n'ont pas manqué. Pour qualifier la logique de l'arrêt *Société EDA*, les auteurs évoquent la « pleine applicabilité »¹²⁹⁶, l'« applicabilité directe », l'« exposition directe »¹²⁹⁷ et le « respect direct »¹²⁹⁸ des règles de concurrence. Seul le Professeur S. Nicinski analyse la jurisprudence *Société EDA* à la lumière de la logique d'opposabilité¹²⁹⁹, et considère que la jurisprudence *Société EDA* n'est que le témoin que « l'extension inéluctable du champ

¹²⁹⁴ Sur la notion d'opposabilité, v. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 255 et s. ; M. BAZEX, « Le droit public de la concurrence », *RFDA*, 1998, p. 798 ; S. NICINSKI, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », *AJDA*, 2004, p. 751.

¹²⁹⁵ J.-H. STAHL, concl. sur CE, Sect., 26 mars 1999, *Sté EDA*, préc.

¹²⁹⁶ N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, *op. cit.*, p. 170 et s.

¹²⁹⁷ G. GONZALEZ, « Utilisations des propriétés publiques au regard du droit de la concurrence », *J.Cl. Propriétés publiques*, Fasc. 79-50, n° 70 et s.

¹²⁹⁸ R. Schwartz, concl. sur TC, 18 octobre 1999, Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris (Aéroports de Paris et Air France), *AJDA*, 1999, p. 1029.

¹²⁹⁹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 39 ; Droit public de la concurrence, *op. cit.*, p. 28. A l'identique, v. aussi, A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, « BDP », t. 261, 2009, p. 49-50.

d'opposabilité du droit de la concurrence»¹³⁰⁰ qui touche l'ensemble des prérogatives de puissance publique, même les plus régaliennes¹³⁰¹. L'analyse du Professeur G. Clamour consiste à rejeter la notion d'« applicabilité directe » des règles de concurrence et à insister sur celle d'« applicabilité *extra legem* purement prétorienne »¹³⁰². Par cette notion, l'auteur entend surmonter la contradiction inhérente à la jurisprudence *Société EDA*. Dans la mesure où, pour affirmer sa compétence, le juge administratif considère que les actes de gestion ne sont pas constitutifs d'une activité économique au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Professeur G. Clamour estime qu'il est impropre de parler d'« applicabilité directe »¹³⁰³, les règles de concurrence n'étant directement applicables que si l'activité en question est une activité économique. La notion d'« applicabilité *extra legem* » permet de mieux rendre compte du raisonnement « constructiviste » du juge administratif. L'acte de gestion reste un acte administratif, sans quoi le juge administratif perdrait sa compétence, mais il traduit par lui-même une atteinte à la concurrence, sans être explicitement le produit d'une activité économique¹³⁰⁴.

230. La portée qu'une partie de la doctrine a attribué dans un premier temps à la jurisprudence *Société EDA* est par contre plus discutable. Pour le Professeur L. Richer, l'arrêt *Société EDA* a été le moment de la consécration de « la pleine application des règles de concurrence par le Conseil d'État »¹³⁰⁵ aux actes administratifs. Le Professeur G. Eckert estimait aussi que l'arrêt *Société EDA* était à l'origine d'un mouvement qui conduirait à « l'application du droit de la concurrence aux actes de puissance publique »¹³⁰⁶. La jurisprudence *Société EDA* serait donc la source d'un tropisme qui ouvrirait « la voie de l'applicabilité directe des dispositions de concurrence aux actes réglementaires »¹³⁰⁷, voire à l'ensemble des actes de puissance publique, y compris aux mesures de police¹³⁰⁸, et qui « dépasse[rait] [ainsi] le simple cas de la domanialité publique »¹³⁰⁹. Le Professeur J.-Y. Chérot

¹³⁰⁰ S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, p. 28. V. aussi, S. MANSON, note sous CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, préc. : « L'arrêt EDA consacre sur un point un approfondissement remarquable de l'opposabilité de l'ordonnance à l'égard des actes administratifs ».

¹³⁰¹ S. NICINSKI, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », préc.

¹³⁰² G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 277.

¹³⁰³ On note quand même que le Professeur G. Clamour utilise la notion d'applicabilité directe dans d'autres passages de sa thèse, v. *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 281.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p. 278-279. Du même auteur, « Domaine public et droit de la concurrence : consolidation de l'édifice prétorien », préc.

¹³⁰⁵ L. RICHER, « Le juge économiste ? », in *Le juge administratif et le contentieux économique*, AJDA, 2000, p. 704.

¹³⁰⁶ G. ECKERT, *Droit public des affaires*, Montchrestien, Coll. « Focus droit », 2001, p. 89.

¹³⁰⁷ N. CHARBIT, « Marée haute et écueils de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de concurrence (à propos de quelques affaires récentes) », *Les Petites Affiches*, 27 février 2001, n° 37, p. 4.

¹³⁰⁸ Ch. GUETTIER, note sous CE, Avis, 22 novembre 2000, Société L & P Publicité SARL, RDP, 2001, n° 2, p. 393.

¹³⁰⁹ N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, *op. cit.*, p. 170 et p. 172-173.

ajoute que la « jurisprudence [*Société EDA*] n'a pas vocation à être limitée aux actes d'autorisation pris dans le cadre de la gestion domaniale et qu'elle a vocation à s'appliquer à l'ensemble des actes administratifs qui peuvent avoir un effet sur le marché, en particulier à des actes d'une autorité pris dans l'application d'un régime soumettant l'exercice d'une activité économique à une autorisation préalable, au pouvoir réglementaire et aux décisions adoptées dans le cadre de la passation des marchés et des conventions de délégation de service public »¹³¹⁰.

Ces auteurs ont attribué une portée bien trop importante à la jurisprudence *Société EDA*. Cet arrêt affirme bien une applicabilité des règles de concurrence, mais cette soumission singulière ne concerne que les actes de gestion et n'a pas dépassé le champ de la domanialité publique. La solution de la jurisprudence *Société EDA* doit en réalité être replacée dans un contexte jurisprudentiel dominé par les jurisprudences de la CJCE et du juge judiciaire, ainsi que par la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence. L'arrêt *Société EDA* est davantage une réponse à la CJCE et au Conseil de la concurrence qu'une conséquence directe de la jurisprudence *Million et Marais*¹³¹¹. Le juge administratif a réaffirmé sa compétence afin de « contenir les tentatives répétées du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel »¹³¹², tout en assurant une certaine cohérence avec la jurisprudence européenne¹³¹³ qui considère la gestion domaniale comme une activité économique et la soumet donc directement aux règles de concurrence. Le juge administratif a mis en avant la dimension formelle de la gestion domaniale afin de préserver sa compétence en la matière¹³¹⁴, mais il n'a pas rejeté la vision économique du pouvoir de gestion, au nom de l'unité du droit de la concurrence¹³¹⁵ et de la « cohérence de l'ordre juridique »¹³¹⁶. En dépit des contradictions soulevées par le Professeur G. Clamour, la jurisprudence *Société EDA* conçoit l'acte de gestion, acte de puissance publique, comme une puissance économique¹³¹⁷, même si le Conseil d'État ne retient pas explicitement

¹³¹⁰ J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », in *Le juge administratif et le contentieux économique*, AJDA, 2000, p. 687.

¹³¹¹ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 282.

¹³¹² *Ibid.*, p. 279. V. aussi, J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », op. cit.: « L'arrêt [*Sté EDA*] peut être lu comme une volonté de réplique aux jurisprudences de la cour d'appel de Paris par rapport aux actes de gestion du domaine public aéroportuaire, à attirer devant le Conseil de la concurrence l'examen de la gestion domaniale » ; LOUVARIS A., « Droit administratif et acte administratif : quel est le juge compétent ? », D., 2000, p. 607 ; Y. LAIDIÉ, « Brèves observations sur les difficultés de la dévolution du contentieux de la concurrence », RFD, 2000, p. 567 ; P. TERNEYRE, « La compétence du juge administratif », AJDA, 2000, p. 697.

¹³¹³ Sur le rapport entre la jurisprudence *Sté EDA* et la jurisprudence européenne, v. D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, 2004, p. 263-272 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 279-280.

¹³¹⁴ D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, op. cit., p. 129 et s. et p. 271 et s.

¹³¹⁵ A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, op. cit., p. 245 et s.

¹³¹⁶ J.-H STAHL concl. sur CE, Sect., 26 mars 1999, *Sté EDA*, op. cit.

¹³¹⁷ *Contra* Ch. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, op. cit., p. 193-194. Selon l'auteur, « Invoquer l'arrêt *EDA* pour soutenir la thèse de l'applicabilité résulte d'une confusion. Dans cet arrêt,

la qualification d'activité économique de la gestion domaniale¹³¹⁸. Mais cette qualification a emprunté des voies détournées, elle n'est certes pas explicite¹³¹⁹, néanmoins elle s'appuie sur d'autres éléments probants. D'une part, il apparaît difficilement concevable de considérer l'acte de gestion comme ne « faisant [pas] partie d'une activité d'entreprise », alors qu'il peut traduire par lui-même un abus de position dominante de la part du gestionnaire. D'autre part, un éventuel abus de position dominante suppose la détermination d'un marché¹³²⁰ à partir d'une offre économique. Or, l'offre économique en question, que le juge administratif apprécie au regard des règles de concurrence afin de savoir si le gestionnaire du domaine public a commis un abus de position dominante, n'est pas la location de voitures¹³²¹ mais la mise à disposition de l'infrastructure. L'offre économique ainsi déterminée se présente donc comme étant nécessairement consubstantielle à la gestion domaniale, dont elle sous-entend par là-même le substrat économique¹³²². La jurisprudence *Société EDA* est le creuset d'une différenciation du pouvoir de gestion et du pouvoir de police. Le pouvoir de police est toujours appréhendé selon la logique d'opposabilité¹³²³ et la logique d'applicabilité directe n'a pas dépassé le champ du pouvoir de gestion. Ces deux pouvoirs diffèrent dans leurs rapports avec la sphère économique : la police lui est extérieure et il s'agit d'apprécier leurs interactions, le pouvoir de gestion y participe, il est à la source d'une offre économique.

2. La logique initiée par la jurisprudence *RATP*

231. La jurisprudence *RATP* a été l'occasion pour le juge administratif de se saisir à nouveau de la question des rapports entre le pouvoir de gestion et la liberté du commerce et de l'industrie. Selon le Conseil d'État, « l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer

l'acte administratif est certes lui-même un comportement anticoncurrentiel, mais il ne faut pas confondre son objet et sa portée. Son objet reste non économique et il est soustrait à la compétence du Conseil de la concurrence. Il ne peut être qualifié anticoncurrentiel ou d'abus de position dominante [...]. Toutefois, en lui-même, il induit un tel comportement illégal ».

¹³¹⁸ D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 271 ; Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », préc. Néanmoins, lorsqu'il se fonde sur les dispositions du traité européen, le Conseil d'État retient la qualification d'activité économique du pouvoir de gestion : CE, 26 juill. 2011, Société Air France : AJDA, 2011, p. 1880, étude M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; *RTD eur.*, 2012, p. 942, obs. E. Muller : « la gestion d'infrastructures aéroportuaires, même par une autorité publique, est une activité économique ».

¹³¹⁹ D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 271.

¹³²⁰ J.-H. STAHL concl. sur CE, Sect., 26 mars 1999, Sté EDA, préc. : « à suivre la démarche classique du droit de la concurrence, il faut d'abord déterminer le périmètre du marché le périmètre du marché sur lequel les actes en cause ont un retentissement et apprécier si ce marché est pertinent au plan économique ».

¹³²¹ *Ibid.* : « en l'espèce, il ne semble pas que l'approche pertinente du marché puisse être le marché de la location de voitures, sur lequel Aéroport de Paris n'est à l'évidence pas présent ».

¹³²² D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 270.

¹³²³ CE, avis sect., 22 nov. 2000, Sté L et P Publicité : *Rec.*, p. 526, concl. Austry ; *D.* 2001, p. 2110, N. Albert ; *RDP*, 2001, p. 393-399, note C. Guettier.

une activité, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine ; que la décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie»¹³²⁴. À rebours de la jurisprudence *Société EDA*, le juge livre une interprétation *a minima* des interactions entre le pouvoir de gestion et la liberté du commerce et de l'industrie. Mais la solution du juge administratif est clairement inspirée des solutions élaborées dans le cadre du contentieux du référé-liberté. Les ordonnances du 16 septembre 2002 *Sté EURL La Cour des miracles*¹³²⁵ et du 2 juillet 2003 *Commune de Collioure* furent en effet le moment d'une confrontation entre le pouvoir de gestion et la liberté d'entreprendre¹³²⁶. Il ressort de ces deux ordonnances que « le refus d'autoriser un établissement commercial à occuper le domaine public communal en vue d'y installer une terrasse, alors même qu'il a une incidence sur l'attraction commerciale de celui-ci, ne peut être regardé par lui-même comme portant atteinte à une liberté fondamentale ». Mais, par un *obiter dictum*, le juge administratif estime qu'« il en irait certes autrement si ce refus était fondé sur un motif étranger aux considérations d'intérêt général de nature à le justifier au regard des exigences de la bonne utilisation des dépendances du domaine public »¹³²⁷.

232. Selon ce cadre, la différenciation entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de police se vérifie à la suite d'une comparaison entre les jurisprudences *RATP* et *Société Compagnie des bateaux-mouches*¹³²⁸. Dans sa note sous l'arrêt *RATP*, le Professeur N. Foulquier estime que cette jurisprudence « paraît justement établir [...] une distance entre l'acte domanial et l'acte de police » et, de l'avis de l'auteur, « ce serait donc autant la liberté associée au droit de propriété que les exigences spécifiques au domaine public qui semblent fonder cette solution »¹³²⁹. Une autre approche est néanmoins envisageable. En se fondant sur une analyse qui s'intéresse aux effets de droit de l'acte administratif¹³³⁰, il s'agit de rendre compte des rapports entre ces pouvoirs et la liberté du commerce et de l'industrie qui forme le substrat de la sphère juridique de l'administré. En effet, la différenciation entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de police

¹³²⁴ CE, 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens (RATP) : *AJDA*, 2012, p. 1037 ; *ibid.*, p. 1129, tribune S. Braconnier ; *ibid.*, p. 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; *RDI*, 2012, p. 566, obs. N. Foulquier ; *AJCT*, 2012, p. 445, obs. A.-S. Juilles.

¹³²⁵ CE, ord., 16 sept. 2002, Sté EURL La Cour des miracles : *JCP G.*, n° 10, 5 mars 2003, II 10037, comm. J. Soulié.

¹³²⁶ CE, ord., 2 juill. 2003, Cne Collioure : *AJDA* 2003, p. 2218, note J.-P. Markus.

¹³²⁷ CE, ord., 16 sept. 2002, Sté EURL La Cour des miracles, préc.

¹³²⁸ CE, 15 mai 2009, Compagnie des bateaux mouches : *AJDA*, 2009, p. 1015 ; *ibid.*, p. 1812, chron. S. Nicinski et P.-A. Jeanneney.

¹³²⁹ N. FOULQUIER, « Gestion du domaine public et droit de la concurrence : acte 2, 14 ans après », *RDI*, 2012, p. 566.

¹³³⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 280.

se situe au niveau de leur juridicité, de la « charge juridique »¹³³¹ qu'ils imposent à l'administré et de la restriction à la liberté. Les deux pouvoirs produisent des effets de droit sur l'administré, mais si, selon la jurisprudence *Société Compagnie des bateaux-mouches*, « l'exercice du pouvoir de police est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services », le refus d'occuper le domaine public, selon la jurisprudence *RATP*, ne porte pas en soi une atteinte à la liberté d'entreprendre, ni à la liberté du commerce et de l'industrie. Pour reprendre la typologie des actes administratifs proposée par le Professeur P. Delvolvé¹³³², le pouvoir de police est à la fois « obligatoire » et « modificateur » de la sphère juridique de l'administré ; le pouvoir de gestion, en l'occurrence le refus d'occuper le domaine public, est « obligatoire » sans être nécessairement modificateur de la situation de l'intéressé. Autrement dit, à la différence du pouvoir de gestion, le pouvoir de police est nécessairement attentatoire à une liberté¹³³³. Le pouvoir de gestion n'est, au stade de l'accès, qu'un pouvoir *médiat* vis-à-vis des activités économiques, contrairement au pouvoir de police qui est un pouvoir *immédiat* sur les activités des personnes.

B. Une caractérisation spécifique du pouvoir de gestion

233. L'observation du droit positif met en exergue une spécificité du pouvoir de gestion qui va à l'encontre de l'appréhension doctrinale qui l'assimile aux autres manifestations de puissance publique. La théorisation initiée par Hauriou fait de la souveraineté un fondement commun à la police et à la gestion. Le pouvoir de police serait une conséquence directe de la souveraineté, expression d'un commandement. Le pouvoir de gestion en serait une conséquence indirecte : la souveraineté emporte un droit de propriété sur le domaine public et ce droit est incarné par le pouvoir de gestion, autre expression de la puissance publique¹³³⁴. Un tel schéma sous-entend que la souveraineté est un « principe d'imputation »¹³³⁵ unitaire de la puissance publique¹³³⁶ qui irrigue l'ensemble des interventions sur le domaine public. La puissance n'est qu'une¹³³⁷, elle est seulement multiple dans ses manifestations¹³³⁸. De la sorte, la gestion et la police ont en commun une même hypostase : leur identité de puissance publique.

¹³³¹ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, 16^e éd., LGDJ, 2001, p. 631.

¹³³² P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 459.

¹³³³ A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, 1984, p. 629.

¹³³⁴ *Supra*. [Partie I, Titre I, Chapitre I] V. aussi H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., 1946, *op. cit.*, p. 17 : le domaine public « appartient à l'État, personnalisation juridique de la Nation. Le droit de souveraineté de l'État, en vertu duquel il a la police et l'administration du domaine public, n'exclut pas son droit de propriété ».

¹³³⁵ Sur cette notion, v. M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, « Leviathan », 2011, p. 90 et s.

¹³³⁶ G. VEDEL, *Droit administratif*, 4^e éd., 1968, PUF, « Thémis », p. 19. V. aussi, 1^{re} éd., 1958, p. 21.

¹³³⁷ Sur le lien entre la souveraineté et l'unité de la puissance publique, v. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 131 et s.

¹³³⁸ N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *préc.*

234. L'unité de la puissance publique ainsi postulée doit néanmoins avoir une certaine signification empirique. Celle-ci se structure autour d'une interrogation : est-ce que la puissance publique fait l'objet d'un traitement unifié ? Les instances européennes instruisent une dualité entre la police et la gestion. Le juge européen sépare le pouvoir de gestion de l'exercice de la souveraineté. La gestion d'une infrastructure est une activité économique, elle peut supposer l'usage de prérogatives de puissance publique, mais, au regard de cette qualification, elle ne dérive pas de la souveraineté. On peut donc constater une séparation entre une manifestation de la puissance publique et la souveraineté étatique. En droit interne, l'unité conceptuelle de la puissance publique semble maintenue parce que le juge administratif préserve le principe de la puissance publique des actes de gestion et la jonction entre la puissance publique et la compétence du juge administratif. La Cour de cassation rapproche aussi « pouvoirs régaliens » et pouvoir de gestion¹³³⁹. L'unité de la puissance publique semble pourtant fragilisée. Si le pouvoir de gestion est effectivement un acte de puissance publique partageant avec les autres manifestations de puissance publique une substantialité commune, il devrait, d'une part, se placer en position d'extériorité vis-à-vis du marché et être exclusivement appréhendé selon la logique d'opposabilité des règles de concurrence. Son rapport avec la liberté du commerce et de l'industrie devrait, d'autre part, se résoudre suivant un *modus operandi* identique à celui applicable au pouvoir de police. Or, le traitement différencié du pouvoir de gestion dans le cadre des jurisprudences *Société EDA* et *RATP* souligne la spécificité du pouvoir de gestion par rapport aux autres manifestations de puissance publique. Ainsi, l'avènement du droit de la concurrence a parachevé le processus d'autonomisation du pouvoir de gestion vis-à-vis du pouvoir de police. Bien qu'il soit parfois encore difficile de distinguer les sphères respectives de la police et de la gestion¹³⁴⁰, bien qu'on puisse aussi constater une interchangeabilité des motifs de police et de gestion¹³⁴¹, les deux pouvoirs n'ont pas le même fondement juridique et n'interagissent pas de la même manière avec les administrés. À l'heure de la domination de l'économie sur le domaine public, les efforts pour ne pas singulariser le pouvoir de gestion par rapport au pouvoir de police, au nom d'une conception unitaire de la puissance publique, semblent vains. Il faut faire état d'une distinction. Mais il ne s'agit pas de

¹³³⁹ C. Cass. Com., 19 nov. 2002, Sté Au Lys de France, préc. : « il existe [...] des actes de gestion du domaine public qui, parce qu'ils constituent l'usage de prérogatives de puissance publique liées à la mise en œuvre d'une mission de service public ou à la manifestation des pouvoirs régaliens conférés à l'administration [on souligne], dans l'intérêt public, sur le domaine public, sont des décisions administratives bénéficiant de l'immunité juridictionnelle au regard de la compétence du Conseil de la concurrence »

¹³⁴⁰ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, op. cit., p. 225 et s. ; J.P. LEBRETON, *Les occupations du domaine public*, op. cit., p. 116 et s. ; J. MOREAU, « Polices administratives : théorie générale », *J.Cl. adm.*, Fasc. 200, 2-1993, n° 99

¹³⁴¹ É. FATÔME, « Ordre public et domaine public », préc., p. 187 ; Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », préc.

dire que la police et la gestion constituent les sous-composantes de la puissance publique sur le domaine public, il s'agit plutôt d'envisager que le pouvoir de gestion est une puissance publique fondamentalement distincte du pouvoir de police et des autres expressions de puissance publique. En somme, si le pouvoir de police et le pouvoir de gestion partagent une identité de puissance publique, ils sont fondamentalement distincts dans la manière dont ils expriment cette puissance. Définir la puissance publique suppose qu'on intéresse à sa structure relationnelle : toute puissance publique, en tant qu'« acte de volonté », initie en effet un rapport de droit entre la personne publique et un sujet, objet de cette puissance, et c'est ici que réside la spécificité du pouvoir de gestion.

CONCLUSION DU CHAPITRE.

235. En droit de l'Union européenne, la distinction entre police et gestion s'inscrit dans le prolongement de la distinction entre la souveraineté et la propriété, et de la distinction entre les activités non économiques et économiques. La différenciation entre la police et la gestion est donc fondée sur un dédoublement fonctionnel de l'État, si bien que le droit de l'Union européenne remet en question l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion, pourtant préservée en droit interne. Cependant, tout en restant attaché à l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion, le droit positif français lui applique un traitement différencié dans la manière dont il envisage ses relations avec les libertés économiques. L'économicité imprimée au pouvoir de gestion le singularise au sein du traitement jurisprudentiel. Or ce traitement différencié est révélateur de la spécificité du pouvoir de gestion, en tant que pouvoir sur une chose et non directement sur les personnes. En ce sens, la distinction entre l'*imperium* et le *dominium* peut être une clef de lecture du droit positif permettant de rendre compte de l'appréhension distincte des pouvoirs de police et de gestion. Le pouvoir de gestion s'éloigne de la figure de l'*imperium*, puissance désincarnée et omnipotente, pour se rapprocher du concept de *dominium*, puissance sur une chose. Il est ainsi difficile de maintenir une jonction entre la souveraineté et la puissance publique gestionnaire, qui quitte définitivement ses habits d'absoluité¹³⁴². Dès lors, comment rendre compte de la singularité du pouvoir de gestion du domaine public, en tant qu'expression d'une puissance particulière, et plus précisément en tant qu'expression d'une puissance publique particulière. Il faut trouver un fondement à l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion.

¹³⁴² Sur la notion d'absolu, Ph. SUEUR, *Histoire du droit public français. XV^e-XVIII^e siècles*, t. I, PUF, 2001, p. 123.

CHAPITRE II. LA REDÉFINITION THÉORIQUE D'UN POUVOIR SPÉCIFIQUE

236. Notre proposition de redéfinition de la puissance publique gestionnaire est au carrefour de plusieurs enjeux. Le premier est de consolider la dimension subjectiviste du pouvoir de gestion, qui entremêle le commerce juridique et le commerce économique. Notre tentative de conceptualisation, sollicitant la théorie des droits subjectifs et celle de la personnalité juridique, a pour but d'unifier la gestion patrimoniale sur le fondement de la propriété publique. Le second enjeu est de dépasser certaines apories propres aux conceptions modernes du pouvoir de gestion, c'est-à-dire de surmonter les problèmes théoriques inhérents à l'association entre la puissance publique et la propriété publique. Enfin, le dernier enjeu est de proposer un concept qui intègre le pouvoir de gestion dans les relations économiques dominées par les règles de concurrence et le droit de l'Union européenne.

237. Cette tentative de redéfinition de la puissance publique gestionnaire se heurte à une première difficulté : fonder exclusivement la puissance publique gestionnaire sur la propriété publique remet en question l'approche dualiste des fondements du pouvoir de gestion répartis entre l'affectation et la propriété publique. La première étape de notre démonstration est donc de rendre compte de l'unité du *domaine* de la propriété publique afin d'en déduire que l'exercice de la propriété publique ne s'exprime que par le pouvoir de gestion (**Section I**). De plus, la théorisation du pouvoir de gestion est confrontée à l'association problématique entre la puissance publique et la propriété publique (**Section II**). Pour résoudre ce problème, il faut théoriser une puissance publique propriétaire en prônant non pas une *association* entre la puissance publique et la propriété publique mais une *assimilation* : la puissance publique et la propriété publique fusionnent grâce à une vision renouvelée du concept de *dominium* (**Section III**).

SECTION I. LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE : UNIQUE FONDEMENT DU POUVOIR DE GESTION

238. La question du fondement du pouvoir de gestion a été largement traitée par la doctrine, il suffit de penser à la querelle entre Hauriou et Duguit, et à celle qui opposa leurs disciples respectifs. La doctrine a toujours débattu du fondement du pouvoir de gestion, y compris après sa consécration jurisprudentielle dans la seconde moitié du XX^e siècle. Certains considéraient alors le fondement du pouvoir de gestion comme une émanation du service

public, d'autres comme une émanation de l'affectation domaniale, mais, dans le sillage tracé par la thèse de de Laubadère¹³⁴³, la majorité des auteurs ont fondé le pouvoir de gestion sur l'exercice de la propriété publique¹³⁴⁴. La thèse du Professeur Ph. Yolka a consolidé cette approche : le pouvoir de gestion est dégagé conceptuellement des sphères de la police et du service public ; la gestion du domaine public acquiert un statut autonome et devient une catégorie à part entière de la gestion publique¹³⁴⁵. La question du fondement du pouvoir de gestion n'est cependant pas épuisée. La dualité des fondements du pouvoir de gestion persiste dans certains discours doctrinaux mus par la volonté de critiquer le régime de la domanialité publique. De plus, en droit positif, la question du fondement reste confrontée à la complexité de la matière domaniale. Le processus de la décentralisation, l'intercommunalité, la survivance de la théorie des mutations domaniales ou les mécanismes de transfert de gestion sont potentiellement à l'origine d'un éclatement des prérogatives sur le domaine public et peuvent légitimement susciter des interrogations sur l'unité du fondement.

En écho aux propos de Saleilles selon lesquels « l'idée la plus complète des droits qui peuvent exister sur une chose, se ramènera toujours, quoi qu'on fasse, à la notion de propriété »¹³⁴⁶, le recours à la propriété publique comme unique fondement du pouvoir de gestion s'inscrit dans une théorisation subjectiviste des rapports entre les personnes publiques et le domaine public. Pour désigner le cadre de l'exercice et les expressions juridiques de la propriété, le concept de *domaine* de la propriété, dérivé de celui de *dominium*, fut parfois utilisé, parallèlement à d'autres théorisations de la propriété¹³⁴⁷. D'après Proudhon, « le mot domaine nous vient des expressions latines *dominus* qui désigne le maître, *dominium* qui désigne la maîtrise, *a dominando* comme effet de la domination »¹³⁴⁸. La doctrine privatiste du XIX^e siècle a associé le *domaine* à une maîtrise souveraine, afin de verrouiller le concept de propriété en l'associant d'une manière téléologique à son domaine¹³⁴⁹. Plus classiquement et selon l'exégèse de l'article 544 du Code civil, le *domaine* de propriété a été pensé en référence au fameux

¹³⁴³ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie*, *op. cit.*, p. 167 et s.

¹³⁴⁴ Sur cette question, v. J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 73 et s.

¹³⁴⁵ V. les longs développements, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 214 et s.

¹³⁴⁶ R. SALEILLES, *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, *op. cit.*, p. 103.

¹³⁴⁷ Sur l'ensemble des définitions de la propriété, v. M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie de droit*, *op. cit.* Selon l'auteur, il existe trois conceptions distinctes de l'institution de la propriété. La première est celle de la « maîtrise souveraine » dans laquelle la propriété est « l'exercice d'une puissance de gouverner ». La deuxième conception, celle de « l'appartenance patrimoniale », entremêle aspects personnels et aspects réels dont le statut juridique se déduit de leur appartenance à une universalité juridique. La troisième conception est celle de « la réserve d'un privilège de jouissance exclusive » sur une activité productive, au titre de la rémunération du service que cette activité rend à l'autorité qui accorde le privilège. V. aussi, M.-A. LATOURNERIE, *Point de vue sur le domaine public*, *op. cit.*, p. 128-130.

¹³⁴⁸ J.-B. V. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, t. I, 1841, *op. cit.*, p. 3, n° 8.

¹³⁴⁹ Sur ce point, v. M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 93 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III. *Les biens*, 19^e éd., PUF, 2000, p.125 : « Dire de quelle manière s'exerce le droit de propriété, c'est énoncer les caractères mêmes de ce droit ».

triptyque, *usus, fructus, abusus*¹³⁵⁰. Indépendamment de son contenu, le *domaine* postule la dimension subjective de la propriété. En effet, la propriété n'est pas seulement perçue dans sa qualité objective d'appropriation, mais elle est pensée à travers les prérogatives qu'elle sollicite dans le rapport qui unit la personne et la chose. Par le biais du *domaine*, on appréhende la dimension subjective de *l'être et de l'avoir*. Schématiquement, la propriété est d'abord la qualité objective de la chose, elle est ensuite une titularité en tant que droit, elle est enfin un ensemble de prérogatives qui constituent son *domaine*¹³⁵¹. La construction théorique du concept de *domaine* repose certes sur le modèle de la propriété foncière, et de la propriété privée en général. Mais, comme le démontre le Professeur F. Zenati, quel que soit l'objet de la propriété, bien immobilier ou mobilier, bien matériel ou immatériel, le droit de propriété suppose des prérogatives qui structurent, indépendamment de leur contenu¹³⁵², le rapport entre le sujet et la chose¹³⁵³. C'est pourquoi, malgré ses origines civilistes, le concept de *domaine* peut très bien se transposer dans le cadre de la propriété publique et du domaine public, s'il est préalablement purgé des principes d'absoluité et de maîtrise souveraine, qui sont propres à la conceptualisation de la propriété privée et qui entraînent d'ailleurs une confusion entre le droit de propriété et son exercice¹³⁵⁴. En se fondant sur le postulat selon lequel le *domaine* relève du concept général de propriété dont la propriété publique est une déclinaison, le concept de *domaine* acquiert une valeur heuristique dans l'analyse du pouvoir de gestion. Affirmer que le pouvoir de gestion a pour fondement la propriété publique, c'est considérer qu'il est une

¹³⁵⁰ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. IX, Paris, Auguste Durand, 1852, p. 485, n° 543 : « Droit absolu, la propriété confère au maître sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet. Il peut en user, *usus* ; Il peut en jouir, *fructus* ; Il peut en abuser, *abusus* ». v. aussi, H. CAPITANT et A. COLIN, *Cours élémentaire de droit civil*, 1930, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, p. 715-716. Pour un exposé du triptyque, v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III. *Les biens*, 19^e éd., PUF, 2000, p.124, n° 68 et s. Pour une analyse critique du triptyque *usus, fructus, abusus*, v. R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, p. 297, spéc. p. 308.

¹³⁵¹ Ch. M. TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. III, Renouard, 1839, p. 55 : « Ainsi domaine et propriété seraient deux termes corrélatifs ; l'un serait le droit actif de disposer, l'autre une qualité passive qui suit toujours la chose, et la soumet à la disposition du propriétaire. Cette distinction trop subtile [...] ne peut être d'aucun usage dans la propriété ; mais en théorie elle peut répandre du jour sur la nature du droit de propriété ». Sur cette définition de la propriété, v. M. XIFARAS, « Le code hors du code. Le cas de la "transposition" de la propriété au droit administratif », *op. cit.*, spéc. p. 57. V. aussi, Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine*, 2004, n° 124 : « Le *dominium* n'est pas un droit subjectif, il est le pouvoir par lequel celui auquel il revient s'assure des choses qui sont placées par le droit en situation de constituer des objets de puissance : les *propriétés*, choses corporelles ayant la qualité d'être "propres à quelqu'un", et les *jura*, relations juridiques interpersonnelles réifiées afin de pouvoir être placées sous une *postestas* ».

¹³⁵² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 704 : « Le droit de propriété est un ensemble déterminé de pouvoirs que l'on retrouve dans tout système juridique développé avec des variantes comportant plus ou moins de déviations par rapport au modèle commun ».

¹³⁵³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 80 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 260, n° 164.

¹³⁵⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 63 : « Ni l'exercice du droit ne suppose nécessairement la volonté ni le droit ne se confond avec l'exercice du droit. Même dans l'hypothèse la plus favorable, celle de droits impliquant normalement des actes conscients d'exercice, toujours une distinction subsiste entre le *droit* et l'*exercice du droit* en sorte que le droit ne saurait être défini par des traits qui ne se rapportent qu'à son exercice ».

émanation du *domaine* de la propriété publique, en somme c'est théoriser (§1) et systématiser (§2) le pouvoir de gestion comme l'unique expression juridique de la propriété publique, et ce même à l'heure de l'éclatement des prérogatives sur le domaine public et des mécanismes dits d'externalisation.

§1. LE POUVOIR DE GESTION : EXPRESSION DU *DOMAINE* DE LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

239. Affirmer la propriété comme unique fondement du pouvoir de gestion, c'est prôner une approche moniste et rejeter la vision dualiste où les fondements du pouvoir de gestion sont répartis entre la propriété et l'affectation. Il est préalablement nécessaire de discuter les approches dualistes du pouvoir de gestion (I) et, ensuite, d'éprouver l'unicité du fondement du pouvoir de gestion face à l'éclatement des pouvoirs sur le domaine public (II).

I. Les théories favorables à la dualité du pouvoir de gestion sur le domaine public

240. Dans la pensée juridique de la fin du XX^e siècle, s'est développée une doctrine systématisant une dualité du pouvoir de gestion sur le domaine public, selon laquelle il y aurait « trois catégories de prérogatives [qui] s'exercent [...] sur le domaine public : un pouvoir de police, un pouvoir de gestion fondé sur l'affectation et un pouvoir de gestion fondé sur la propriété »¹³⁵⁵. Selon ce courant, la dualité du pouvoir de gestion est le reflet de l'omnipotence de la domanialité publique sur la propriété publique, et cette omnipotence se traduit par l'existence d'un pouvoir de gestion fondé sur l'affectation. De l'avis de ses promoteurs, une telle théorisation est la justification la plus conforme au droit positif, car elle permet d'épouser les différentes hypothèses, particulièrement celle où l'affectataire est distinct de l'autorité de police et du propriétaire public. La thèse du Professeur É. Fatôme inaugure cette analyse (A) qui trouve un prolongement dans les travaux du Professeur J. Dufau et de H. Moysan (B).

A. La théorisation de la dualité du pouvoir de gestion par le Professeur É. Fatôme

241. Le Professeur É. Fatôme a apporté la première pierre à l'édification de la dualité du pouvoir de gestion¹³⁵⁶ : « en plus des pouvoirs de police qui subsistent obligatoirement,

¹³⁵⁵ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁵⁶ On peut quand même déceler une dualité des pouvoirs de gestion dans la thèse de de LAUBADÈRE, v. A DE LAUBADÈRE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, *op. cit.*, p. 332-333 : « Ce que l'on appelle gestion n'est alors tout simplement que l'action en vue d'assurer l'affectation ; il est inutile de rattacher à la propriété, elle s'explique par la compétence des agents publics pour accomplir sur le domaine tous les actes conformes à son but ». Cependant, v. p. 227 : « Propriétaire de la voirie, l'administration doit toujours et quel que soit l'usager auquel elle s'adresse, tirer les conséquences logiques de son droit de propriété, pourvu que ces conséquences ne

apparaissent deux pouvoirs de gestion, l'un fondé sur l'affectation, l'autre sur la propriété [...]. Le premier permet de réglementer l'usage normal [...]. Le second permet de réglementer l'usage anormal »¹³⁵⁷. Au triptyque liant gestion, propriété et usage anormal s'oppose donc celui liant gestion, affectation, usage normal. Le point de départ de la démonstration du Professeur É. Fatôme est de distinguer parmi les différents usages ceux qui sont normaux ou anormaux et ceux qui sont licites ou illicites. L'élément de distinction est bien évidemment l'affectation domaniale à partir de laquelle s'apprécie le caractère d'un usage¹³⁵⁸. D'une part, le Professeur É. Fatôme valide l'abandon du critère de l'emprise dans la définition de l'anormalité d'un usage¹³⁵⁹. D'autre part, il consolide l'évolution doctrinale et jurisprudentielle qui consiste à sortir la licéité de la seule hypothèse d'un usage conforme. Ce que le Professeur É. Fatôme appelle usage anormal recouvre en réalité deux situations bien distinctes : l'usage anormal illicite en contrariété directe avec l'affectation et l'usage anormal licite en raison de sa compatibilité avec l'affectation¹³⁶⁰.

242. La gestion fondée sur l'idée de la propriété n'est cantonnée par contre qu'aux usages anormaux (c'est-à-dire simplement compatibles). Le Professeur É. Fatôme retient le principe de la propriété administrative sur le domaine public, mais celle-ci s'exerce exclusivement sur les « utilités domaniales laissées libre par l'affectation »¹³⁶¹. Le Professeur É. Fatôme acte que les occupations privatives (permissions de voirie et permis de stationnement) ne sont plus des mesures de police mais des actes de gestion. Il se distingue de Klein et de Jansse par son refus d'un rattachement de la gestion à la police administrative¹³⁶². Il accorde une grande portée à la jurisprudence *Ville de Limoges*¹³⁶³, puisqu'il en déduit que ce n'est pas seulement la permission de voirie mais l'ensemble des usages anormaux qui est rattaché à l'exercice du droit de

contredisent pas le but auquel est affectée la voie publique ». V. aussi sur les prémisses de la dualité domaniale, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, op. cit., p. 259 et s ; C. KLEIN, *La police du domaine public*, op. cit., p. 278.

¹³⁵⁷ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, op. cit., p. 55-56.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 68 et s.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 188 et p. 192 : « le problème qui se pose n'est plus celui de savoir si elle implique ou non une emprise, mais si elle est ou non conforme à l'affectation du bien ».

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 78 : « - l'usage conforme à l'affectation, c'est-à-dire l'usage normal correspond à un droit pour les particulier ; - l'usage non conforme mais compatible c'est-à-dire l'usage anormal ne correspond lui qu'à une simple possibilité soumis à autorisation discrétionnaire de l'administration ; - et enfin l'usage incompatible ou illégal ne correspond ni à l'un ni l'autre : l'administration ne peut pas l'autoriser, elle ne peut que l'interdire ».

¹³⁶¹ *Ibid.*, p. 82 : « Si l'on admet l'idée d'une propriété administrative des biens affectés à l'usage du public, on doit considérer que l'usager anormal qui, par hypothèse, retire des utilités domaniales laissées libres par l'affectation, ne peut le faire qu'avec l'accord et aux conditions posées par l'administration propriétaire du bien ».

¹³⁶² *Ibid.*, p. 104 et s.

¹³⁶³ CE, 10 nov. 1972, *Dame Dubois, dame veuve Goursaud et Ville de Limoges* : DA 1972, n° 401 : « que la circonstance que l'octroi de la permission de voirie au sieur Goursaud pour l'édification d'une construction légère dont la hauteur était limitée à l'héberge du mur avait pour conséquence de masquer aux personnes circulant dans la rue une partie du mur de l'immeuble de la dame Drouet [...] ne constitue qu'une conséquence normale de l'exercice par la ville de Limoges de son droit de propriété reconnu par la juridiction judiciaire ».

propriété¹³⁶⁴. Ce faisant, l'auteur s'inscrit de prime abord dans la tradition juridique, initiée par Hauriou, de l'assimilation entre l'utilisation patrimoniale et l'exercice du droit de propriété sur le domaine public¹³⁶⁵. Il estime aussi que la discrétionnalité en matière d'usages anormaux s'explique par les facultés de la propriété¹³⁶⁶. Dans ce cas de figure, la discrétionnalité est pleine et entière car les usagers du domaine public n'ont pas de droit à opposer à l'administration propriétaire.

243. La question qui se pose est de savoir comment les usages conformes du domaine peuvent échapper à la maîtrise de l'administration propriétaire. La thèse du Professeur É. Fatôme systématise d'une manière classique la progression de la logique gestionnaire : celle-ci a d'abord pénétré les usages anormaux avant de gagner les usages conformes. Selon l'auteur, même si la gestion garde essentiellement les mêmes caractéristiques quelle que soit la nature de l'usage, il n'en reste pas moins que, dans le cas d'un usage conforme, la gestion est fondée non sur la propriété administrative mais sur l'affectation domaniale. L'affectation est l'acte qui confère à un bien une certaine destination, elle est aussi à l'origine d'un mécanisme de délégation. L'affectataire reçoit un pouvoir de réglementation des usages conformes qui sont directement sous sa domination¹³⁶⁷, pouvoir qui exclut toute intervention de l'administration propriétaire parce que les usages sont « accaparés » par l'affectation¹³⁶⁸. La démonstration a des sonorités proudhoniennes car elle repose implicitement sur l'idée d'une incompatibilité entre la propriété et l'affectation. Elle fait aussi écho à la théorisation de Hauriou : la propriété administrative n'est pas selon le Professeur É. Fatôme une propriété ordinaire, elle est une propriété affectée, mais dont l'affectation paralyse les utilités qu'elle attribue au public. Dans cette perspective, la propriété serait partiellement sans *domaine*, partiellement sans jouissance.

L'affectation étant la clef de partage entre les usages normaux et anormaux, elle est aussi en toute logique la clef de répartition entre le pouvoir de gestion fondé sur la propriété et celui fondé sur l'affectation elle-même. La propriété administrative ne recouvre la plénitude de ses facultés que dans le cas d'usages anormaux ou dits simplement compatibles : « les utilités de ces dépendances domaniales ne sont pas [...] toutes attribuées au public. Seules le sont, celles qui sont indispensables à la réalisation du ou des usages expressément visés par l'affectation. Quant aux autres, elles restent à la disposition de l'administration propriétaire qui,

¹³⁶⁴ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, op. cit., p. 124.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, p. 130 : « l'autorisation est analysée comme un acte de gestion patrimoniale d'une propriété administrative ».

¹³⁶⁶ *Ibid.*, p. 126.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, p. 271 : « toute affectation emporte-t-elle logiquement attribution au bénéfice de l'affectataire d'un pouvoir de réglementation de l'usage ».

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 319.

de ce fait, est en droit de les exploiter dans l'intérêt général au sens le plus large de l'expression »¹³⁶⁹.

244. Plus précisément, le Professeur É. Fatôme prône une nouvelle définition de l'affectation, qui se différencie de celle proposée par de Laubadère : l'affectation « emporte toujours la mise d'un bien à la disposition du public et donc l'attribution d'un droit à l'usage, mais cette mise à la disposition, ce droit à l'usage n'est plus général et indéterminé. Il est au contraire spécialisé, précisé par l'idée que si un bien est mis à la disposition du public ce n'est pas pour lui permettre d'en faire les divers usages qu'il comporte, mais uniquement celui qui correspond à un besoin d'intérêt général dont il faut permettre la satisfaction »¹³⁷⁰. L'affectation a donc pour but de satisfaire certains besoins spécifiques¹³⁷¹ qui correspondent à certains usages domaniaux déterminés. Or, « si l'administration propriétaire veut réglementer cet usage, le limiter dans l'intérêt de la meilleure exploitation du bien, elle méconnaît le droit à l'usage du public, elle fait obstacle à la réalisation de l'affectation »¹³⁷². L'affectataire « ne peut jamais poursuivre que la satisfaction d'un intérêt général très précis : celui qui est désigné par l'affectation »¹³⁷³. Au contraire, l'administration propriétaire « peut poursuivre la satisfaction de tout intérêt public, qu'il soit d'ordre financier, économique, social, esthétique »,

Selon le Professeur É. Fatôme, les conséquences pratiques de la dualité du pouvoir de gestion sont multiples. Même dans l'hypothèse d'une confusion entre l'affectataire et le propriétaire, les modalités de la gestion varient en fonction de la nature de l'usage : les intérêts sont plus largement admis en cas d'usage anormal, ils sont plus restreints s'il s'agit d'un usage conforme¹³⁷⁴. La dualité du pouvoir de gestion est plus apparente lorsque l'affectataire est distinct de l'administration propriétaire. Le domaine public ecclésiastique est le lieu privilégié de cette distinction. Selon le Professeur É. Fatôme, le ministre du culte n'a pas de pouvoir de police, il n'a qu'un pouvoir de gestion en raison de l'affectation cultuelle ; ce pouvoir de gestion s'impose à la collectivité propriétaire¹³⁷⁵ et exclut toute intervention de sa part en la matière.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 85.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 319.

¹³⁷¹ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 91.

¹³⁷² É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 320.

¹³⁷³ *Ibid.*, p. 280.

¹³⁷⁴ V. aussi, A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e, *op. cit.*, 1975, p. 197 : « Il s'agit d'une *utilisation anormale* ; il en résulte que les pouvoirs de l'administration doivent être ici très étendus et à l'inverse la situation de l'usager fragile ».

¹³⁷⁵ *Ibid.*, p. 272. Sur ce point, v. CE, 20 juin 1913, Abbé Arnaud : *Rec.*, p. 717 : Le ministre du culte a le pouvoir d'en « régler l'usage de manière à assurer aux fidèles la pratique de leur religion ». V. aussi, CE, 1^{er} mars 1912, commune de Saint-Dézéry, *J.* 1913. III., p. 18 : « la loi du 9 décembre 1905 [...] n'a pas rendu aux communes le droit de disposer des églises dont elles sont propriétaires ».

B. La persistance de la dualité du pouvoir de gestion dans les analyses doctrinales

245. Le Professeur J. Dufau évoque aussi la dualité des pouvoirs de gestion sur le domaine public¹³⁷⁶. Mais cette idée est particulièrement développée dans la thèse de H. Moysan. Ce dernier s'accorde avec le Professeur É. Fatôme concernant l'approche dualiste des pouvoirs de gestion, mais il s'en distingue quant à la « détermination des champs respectifs de ces deux pouvoirs »¹³⁷⁷. Selon H. Moysan, le champ du pouvoir de gestion fondé sur l'affectation est plus large, puisqu'il n'est pas seulement cantonné aux usages conformes : il s'ouvre aussi aux usages simplement compatibles. Le domaine public ecclésiastique apparaît encore comme l'exemple le plus topique de cette différenciation au sein de la gestion domaniale car il présente, écrit-il, un « intérêt pratique ou illustratif [...] pour la démonstration »¹³⁷⁸. Le domaine public ecclésiastique illustre aussi le champ plus large du pouvoir de gestion fondé sur l'affectation : si la collectivité propriétaire est compétente pour autoriser des usages en marge de l'affectation, elle doit le faire en obtenant préalablement l'autorisation de l'autorité affectataire. Toutes les utilisations non conformes doivent subir « un test de compatibilité », qui implique que l'autorité affectataire puisse s'opposer à une utilisation si elle entrave la réalisation de l'affectation¹³⁷⁹.

La dualité organique coïncide sans difficulté avec la dualité des pouvoirs domaniaux. H. Moysan poursuit sa démonstration en maintenant le principe de la dualité des pouvoirs de gestion, même s'ils sont entre les mains d'une entité unique. Rien ne permet, selon l'auteur, de retenir de la jurisprudence administrative un rattachement global de la gestion à la propriété. La jurisprudence *Ville de Limoges*¹³⁸⁰, qui fut pour le Professeur É. Fatôme la consécration d'une gestion propriétaire englobant l'ensemble des usages anormaux, n'est pour H. Moysan qu'une parenthèse jurisprudentielle. De son avis, le juge administratif a commencé à explorer une voie qu'il a très vite abandonnée¹³⁸¹.

¹³⁷⁶ J. DUFAU, *Le domaine public*, 4^e éd., *op. cit.*, 1993, t. II, p. 192, n° 161. Pour une synthèse de sa démonstration, v. « Propriété publique et domanialité publique », *AJDA*, 2012, p. 1381 : « Le pouvoir de gestion du domaine public. Ce pouvoir, qui a été parfois rattaché au droit de propriété est en réalité, une prérogative de nature domaniale qui confère à l'autorité gestionnaire du domaine le droit ».

¹³⁷⁷ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 90.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, p. 89, note n° 14.

¹³⁷⁹ CE, Sect., 4 nov. 1994, Abbé Chalumey : *Rec.*, p. 491 ; *AJDA*, 1995, p. 252, obs. P.-L.-M. ; *JCP G.*, 1995, II, 22415, note M. Viviano ; *Les Petites Affiches*, 25 janv. 1995, p. 21, note M.-C. Rouault ; *RFD*, 1995, p. 986, concl. R. Schwartz. H. MOYSAN cite aussi avec une certaine pertinence la Rép. min. Intérieur, n° 27019 : JOAN, Q, 14 janv. 1991, p. 134 : « aucune manifestation non cultuelle ne peut être organisée dans une église communale locale sans l'accord formel des autorités religieuses locales qui restent seuls juges de la compatibilité de la manifestation envisagée et du respect de l'affectation des lieux ».

¹³⁸⁰ CE, 10 nov. 1972, *Dame Dubois, dame veuve Goursaud et Ville de Limoges*, préc.

¹³⁸¹ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 94.

246. Dans ses soubassements théoriques, le raisonnement de H. Moysan n'est pas identique à celui du Professeur É. Fatôme. Ce dernier théorisait la dualité de pouvoir de gestion dans le cadre de la propriété administrative, sa thèse a contribué à la relativisation entre l'affectation et la propriété mais elle s'inscrit dans un cadre où l'affectation est encore absorbée par la propriété administrative et où les champs respectifs de la propriété et de l'affectation sont encore très flous. Par contre, H. Moysan reprend la différenciation inaugurée par la thèse du Professeur Ph. Yolka, dans laquelle la propriété publique acquiert un statut autonome vis-à-vis de la domanialité publique, l'une et l'autre obéissant à deux sphères respectives. C'est pourquoi son approche de la dualité du pouvoir de gestion ne revêt pas la même fonction et ne repose pas sur les mêmes principes structurels que dans la démonstration du Professeur É. Fatôme. Pour les deux auteurs, la dualité gestionnaire est le signe de la suprématie de la domanialité publique sur la propriété publique. Par contre, H. Moysan en déduit l'inadaptabilité de la domanialité publique qui ne permet pas d'instituer pleinement des mécanismes d'exploitation patrimoniale. La domanialité publique pèse sur la propriété publique et limite ses effets. Selon l'auteur, il y a ainsi un hiatus entre le domaine public et le régime de propriété.

Dans la continuité du dogme de la séparation entre la souveraineté et la propriété, H. Moysan oppose l'exorbitance de la domanialité publique à la propriété, même publique : « l'administration doit mettre en œuvre des prérogatives exorbitantes, liées à l'affectation, distinctes des prérogatives qu'un propriétaire exerce normalement »¹³⁸². La dualité des pouvoirs de gestion s'inscrit dans l'opposition entre la puissance publique et la propriété publique : c'est donc une différence de nature qui sépare les deux pouvoirs, car « le pouvoir de l'affectataire est teinté de puissance publique alors que le pouvoir du propriétaire est de nature simplement réelle, au sens technique du terme »¹³⁸³. La référence implicite au modèle de la propriété privée conforte l'auteur dans l'idée que la domanialité publique est en contrariété avec l'exercice de la propriété : l'affectation absorbe les utilités du domaine public dont seul l'affectataire est apte à assurer la gestion.

247. En conséquence, selon H. Moysan, l'octroi des droits d'accès sur le domaine public est globalement dominé par le pouvoir domanial¹³⁸⁴. La détermination des redevances ressortit aussi principalement de la prérogative gestionnaire fondée sur l'affectation et revêt en conséquence un caractère *sui generis* et non un caractère propriétaire. En matière d'usages conformes, que l'usage soit collectif ou privatif, les modalités de calcul des droits (redevances

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 97.

¹³⁸⁴ *Ibid.*

ou péages) échappent au propriétaire, en raison de la réglementation du législateur, considéré par H. Moysan, comme la première autorité affectataire. L'administration affectataire doit seulement assurer la mise en œuvre des dispositions législatives¹³⁸⁵. Plus en marge de l'affectation, la domination du pouvoir domanial est encore à l'œuvre en matière d'usages simplement compatibles. En s'inspirant du régime propre au domaine public ecclésiastique, H. Moysan considère que la compétence de l'autorité propriétaire est circonscrite aux usages complémentaires et « reste subordonnée au pouvoir de l'affectataire, qui doit s'assurer de la compatibilité avec l'affectation du droit et de l'usage sur lequel il porte »¹³⁸⁶.

II. Lecture critique de la théorie de la dualité des pouvoirs de gestion

248. La théorie de la dualité des pouvoirs de gestion a déjà fait l'objet d'une critique décisive de la part du Professeur Ph. Yolka¹³⁸⁷, qui entend consolider une approche moniste. Son analyse critique, qui porte sur les deux piliers de la démonstration du Professeur É. Fatôme, insiste sur les limites de la liaison entre l'anormalité¹³⁸⁸ et le pouvoir de gestion fondé sur la propriété, et sur celles de la jonction entre l'affectation et la gestion¹³⁸⁹. S'agissant du premier pan de la critique, le Professeur Ph. Yolka discute la notion même d'anormalité en stigmatisant son inconsistance. Son contenu étant difficile à saisir, la notion d'anormalité ne saurait fonder une répartition entre les deux pouvoirs de gestion. De plus, l'anormalité a perdu sa pertinence dans la qualification des usages qui se trouvent en marge de l'affectation. Par le processus de compatibilité, de nombreux usages anormaux sont désormais considérés comme des usages « normaux »¹³⁹⁰. L'opposition entre usage normal et anormal a laissé place à l'opposition entre usage conforme et compatible. L'anormalité ne concerne que les utilisations manifestement incompatibles avec l'affectation et qui sont de ce fait strictement illégales¹³⁹¹. H. Moysan

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p. 98 : « C'est en matière d'usage conforme des dépendances du domaine public que la disjonction entre propriété et domanialité publique est la plus marquée. En effet, l'usage conforme peut donner lieu à la perception de péages mais leur institution échappe entière au pouvoir de la collectivité propriétaire dans la mesure où elle doit être autorisée par le législateur et mise en œuvre par l'affectataire » ; p. 99 : « Les droits sur les utilisations privatives mais conformes à l'affectation font également d'une habilitation législative ».

¹³⁸⁶ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 101.

¹³⁸⁷ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 263 et s.

¹³⁸⁸ *Ibid.*.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, p. 265 et s.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 264 : « Elle [la notion d'anormalité] a simplement facilité pour certains usages la transition entre l'idée d'interdiction et celle de compatibilité. Elle a progressivement disparu devant l'élargissement du champ des utilisations normales, auxquelles correspondent aussi bien des usages entretenant avec l'affectation des rapports de conformité que des occupations simplement compatibles avec cette destination ». V. aussi, BIZEAU, *Utilisation du domaine public et anormalité*, thèse Paris X, 1976, p. 7 et s.

¹³⁹¹ *Ibid.*

défend une critique similaire¹³⁹², tout en estimant que le pouvoir affectataire n'est pas limité aux usages conformes, mais intervient aussi lorsque « l'affectation est en cause, notamment lorsqu'un usage du domaine public est visé, que ce dernier soit conforme ou simplement compatible »¹³⁹³. Pour pondérer les critiques du Professeur Ph. Yolka et de H. Moysan, il est possible d'objecter que le Professeur É. Fatôme avait anticipé cette évolution en distinguant au sein de l'anormalité les usages licites des usages illicites, selon la compatibilité avec l'affectation. Si l'anormalité n'est plus pertinente en tant que principe structurant les usages domaniaux, la question du fondement, dualiste ou moniste, du pouvoir de gestion reste controversée (A) et doit être débattue dans une perspective critique (B).

A. La controverse actuelle autour du fondement du pouvoir de gestion

249. La critique de la dualité du pouvoir de gestion par le Professeur Ph. Yolka s'inscrit dans le sillage de la théorie de la propriété administrative. Selon l'auteur, il est difficile de fonder un pouvoir de gestion autonome sur l'affectation, dans la mesure où celle-ci est une prérogative du propriétaire¹³⁹⁴. Le cœur du débat porte sur le cas le plus problématique, où l'affectataire est distinct du propriétaire. Dans cette hypothèse, il existe, selon l'auteur, par analogie avec la concession de service public¹³⁹⁵, une « habilitation implicite » entre le propriétaire et l'affectataire : « L'affectataire dispose d'un pouvoir de gestion matérielle des biens qui lui sont confiés et d'un pouvoir de réglementation relatif aux usages conformes à la destination de ces biens. Mais ces prérogatives résultent toujours d'une habilitation du propriétaire, qui lui délègue la fraction des pouvoirs de gestion nécessaires à l'exercice de ses attributions »¹³⁹⁶. Hormis les cas particuliers, tels que la mutation domaniale, le propriétaire est maître de l'affectation : il peut reprendre ce qu'il a donné, et il conserve globalement un droit de contrôle sur l'utilisation du bien affecté¹³⁹⁷ lorsqu'il en confie la gestion à l'affectataire.

L'affirmation du rattachement de la gestion à la propriété exprime l'attachement de l'auteur à la dissociation des sphères respectives du *dominium* et de l'*imperium*¹³⁹⁸. Le *dominium*

¹³⁹² Pourtant, H. Moysan critique la position du Professeur Ph. Yolka. Selon lui, l'évolution de la notion de normalité, de la conformité à la compatibilité, a simplement modifié la *qualification* attachée à des usages, non leur *fondement* (la domanialité ou la propriété, cf. p. 90, note n° 16).

¹³⁹³ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 90.

¹³⁹⁴ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 267.

¹³⁹⁵ *Ibid.* : « c'est ainsi du contrat de concession que le concessionnaire "tire ses droits" sur le domaine concédé ». Sur ce point, v. la jurisprudence CE, 28 juil. 1993, SARL Provincia : *LPA*, 21 sept. 1994, p. 13.

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ Le Professeur Ph. YOLKA s'appuie sur la jurisprudence, CE, 20 juin 1913, Abbé Arnaud : *Rec.*, p. 717, concl. Corneille ; S. 1920. III. 38.

¹³⁹⁸ J. DUFAU, « Propriété publique et domanialité publique », *AJDA*, 2012, p. 1381. Selon l'auteur, le caractère de puissance publique relève non du régime de la propriété publique mais de la domanialité publique.

est circonscrit à la propriété qui ne s'exprime que par le biais du pouvoir de gestion, l'*imperium* ou la souveraineté trouvent leur traduction directement dans le pouvoir de police¹³⁹⁹. L'émergence du pouvoir de gestion correspond à un long processus qui consiste à dégager le domaine public de la sphère de l'*imperium*. Par exemple, les produits domaniaux ne sont plus des revenus fiscaux, mais proviennent du « droit pour le titulaire [de la propriété publique] de retirer les utilités économiques de son bien »¹⁴⁰⁰, que ce soit dans le cas d'une occupation contractuelle ou dans le cas d'une occupation unilatérale.

250. Dans l'optique du maintien de la dualité du pouvoir de gestion sur le domaine public, H. Moysan refuse le principe de l'habilitation, même implicite, entre le propriétaire et l'affectataire¹⁴⁰¹. En effet, d'une part, rien ne permet, selon lui, de tirer une telle conclusion du droit positif, dans la mesure où le juge administratif n'a pas reconnu explicitement la jonction entre le pouvoir de gestion et le droit de propriété. D'autre part, H. Moysan considère que « ce n'est pas du propriétaire que l'affectataire tient son pouvoir mais de l'autorité titulaire du pouvoir d'affectation à l'utilité publique »¹⁴⁰². Une fois de plus, le domaine public ecclésiastique sert de référence¹⁴⁰³. En la matière, le ministre du culte tient son pouvoir de l'État et non de la commune propriétaire. En dehors du domaine ecclésiastique, c'est principalement le juge administratif « qui décide l'appartenance d'une dépendance au domaine public et appelle de ce fait même les pouvoirs fondés sur l'affectation »¹⁴⁰⁴. H. Moysan reproche également au Professeur Ph. Yolka de s'inspirer des règles de droit civil, notamment de celles issues du contrat de location, dans son élaboration des rapports entre le propriétaire et l'affectataire. Selon H. Moysan, le contrat de location induit une habilitation du preneur par le bailleur dans le cadre de l'administration du bien, mais il ne saurait servir de modèle puisque « les rapports du propriétaire et de l'affectataire ne peuvent s'analyser dans des termes analogues à ceux d'un bailleur et d'un preneur »¹⁴⁰⁵, selon un point de vue comparable à celui de Lenoir¹⁴⁰⁶. Dans

¹³⁹⁹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, op. cit., p. 278.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 272.

¹⁴⁰¹ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, op. cit., p. 89 et s.

¹⁴⁰² *Ibid.*

¹⁴⁰³ L'auteur cite également l'exemple du domaine public scolaire, v. H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, op. cit., p. 127-128. V. aussi, CE, 2 déc. 1994, Commune de Pulversheim : *AJDA*, 1995, p. 40, concl. R. Schwartz : « s'il appartient au conseil municipal d'affecter, compte-tenu des besoins du service public des écoles maternelles et élémentaires, les locaux dont la commune est propriétaire audit service public et de prendre les décisions de désaffectation de ces biens, il ne peut le faire sans savoir au préalable recueilli l'avis du représentant de l'État ».

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 89-90.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 90.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 126. V. aussi Y. LENOIR, *Les domaines de l'État et des autres personnes publiques*, Sirey, 1966, p. 146 : « l'affectataire n'est pas un locataire, ni un usufruitier, l'usager n'est pas un sous-locataire. Il s'agit là de rapports de droit public et la situation de chacun est définie dans le cadre du droit au regard de l'affectation, même pour les usagers et les tiers ».

cette optique, les rapports entre le propriétaire et l'affectataire sont dominés par le régime exorbitant de la domanialité publique, qui imprime une spécificité étrangère à ce que l'on rencontre en droit civil¹⁴⁰⁷. Il est vrai que des auteurs, tels qu'Alibert¹⁴⁰⁸, opèrent une analogie entre la situation du locataire et celle de l'affectataire. Cependant, cette analogie est absente dans l'analyse du Professeur Ph. Yolka : ce dernier s'inspire non du contrat de location mais de la concession de service public.

En conclusion, H. Moysan estime que le propriétaire et l'affectataire exercent des droits concurrents sur le domaine public, qui s'opposent souvent et qui se compètent parfois selon un principe de codécision¹⁴⁰⁹. Il refuse une qualification du pouvoir de l'affectataire en termes de propriété, mais à partir d'une décision isolée du Conseil de préfecture du Doubs¹⁴¹⁰, il en propose une qualification *sui generis*. Une telle proposition ne convainc pas et invite à une analyse critique.

B. Les apories de la dualité des fondements du pouvoir de gestion

251. Dans la perspective d'une critique de l'association entre propriété et domanialité publique, H. Moysan agite l'épouvantail du « domaine divisé ». De son point de vue, si on analyse la relation entre l'affectataire et le propriétaire en termes de propriété, on se trouve confronté à une « propriété démembrée, résurgence de la propriété d'Ancien régime »¹⁴¹¹.

La conceptualisation de H. Moysan repose sur une double approche de l'affectation : l'affectation-destination et l'affectation-incorporation. Plus précisément, « dans le cadre de la domanialité publique, l'affectation a deux sens : l'affectation-destination, qui relève du pouvoir du propriétaire, et l'affectation-incorporation au domaine public. L'affectation correspond à deux opérations qui ont des objets différents : dans un cas, donner une destination à un bien,

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 127.

¹⁴⁰⁸ R. ALIBERT, concl. sur CE, 20 juin 1913, Abbé Arnaud, préc. : « Lorsqu'une collectivité administrative met un immeuble à la disposition d'une autre personne morale de droit public, le procédé normal de réalisation est le louage de chose constaté par un bail. Mais si l'on veut fortifier la situation du service bénéficiaire et l'affranchir de certaines obligations civiles, on remplace le bail par un double point de vue de la compétence et des règles de fond. Le bail devient alors une affectation ; mais cette transposition ne change rien à la nature des choses ; elle ne fait que modifier les règles applicables à une opération, qui dans son essence et son objet, reste la même ».

¹⁴⁰⁹ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 127 et p. 129.

¹⁴¹⁰ Conseil de préfecture du Doubs, 29 mai 1923 : « l'affectataire n'a pas la détention telle que la comprend le code civil dans son article 2228. Il ne jouit que d'une détention *sui generis* non définie par le code civil [...]. La situation contractuelle ou quasi-contractuelle échappe entièrement au droit privé, la matière est purement administrative ».

¹⁴¹¹ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 129. L'idée d'une propriété démembrée par l'affectation se retrouve également chez R. Capitant, Préface, G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. VI : Le domaine est une propriété – une pleine-propriété dans le cas du domaine privé, une propriété démembrée, diminuée sans doute dans le cas d'affectation ».

dans l'autre, soumettre un bien à un régime juridique particulier, la domanialité »¹⁴¹². L'acte d'affectation-incorporation échappe au propriétaire, c'est-à-dire que la soumission d'un bien à la domanialité publique ne relève pas de la compétence du propriétaire. La démonstration de H. Moysan repose sur plusieurs points. D'abord, l'acte de classement est sans véritable incidence sur l'incorporation d'un bien¹⁴¹³, dans la mesure où la détermination des critères de la domanialité publique n'est pas le fruit de la volonté du propriétaire puisque ces critères lui sont imposés¹⁴¹⁴. Ce raisonnement est similaire à celui du Professeur Y. Gaudemet qui considère « que la domanialité publique n'est pas un choix pour les collectivités publiques dont elles pourraient librement s'affranchir. La soumission de leurs biens au régime de domanialité publique résulte automatiquement de la réunion des critères classiques d'affectation à une utilité publique et d'un aménagement spécial »¹⁴¹⁵. Ensuite, l'incorporation est, selon H. Moysan, une compétence strictement étatique qui relève soit du législateur, soit du pouvoir réglementaire, soit du juge administratif. Toujours dans la perspective de la séparation entre la propriété et la puissance publique, l'affectation-destination est en principe une compétence du propriétaire, alors que l'affectation-incorporation reste invariablement un acte de puissance publique¹⁴¹⁶.

La répartition entre les deux pouvoirs de gestion est le fruit de l'acte d'incorporation et non de l'affectation-destination¹⁴¹⁷. L'affectataire tient son pouvoir des autorités étatiques qui font entrer tel bien dans le champ du domaine public. En distinguant les deux types d'affectation, H. Moysan considère que l'affectataire ne reçoit pas une habilitation de la part du propriétaire mais de la part d'une « autorité titulaire du pouvoir d'affectation à l'utilité publique »¹⁴¹⁸, catégorie dans laquelle il inclut à la fois le pouvoir réglementaire, le législateur et le juge administratif. Certes, le pouvoir réglementaire et le législateur peuvent affecter une dépendance au domaine public, mais H. Moysan confond deux opérations qui sont pourtant distinctes : l'affectation d'un bien particulier n'est pas identique à la définition des critères d'appartenance d'un bien au domaine public¹⁴¹⁹. Au sein du Code général de la propriété des personnes publiques, on peut par exemple distinguer la définition législative du domaine

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 44.

¹⁴¹³ *Ibid.*, p. 49 et s.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 52 et s.

¹⁴¹⁵ Y. GAUDEMET, « Les constructions en volume sur le domaine public », *CJEG*, 1991, p. 301.

¹⁴¹⁶ V. aussi N. BETTIO, *La circulation des biens entre les personnes publiques*, *op. cit.*, p. 170 : « Le pouvoir d'affectation-incorporation relève traditionnellement de l'État en raison de sa souveraineté et de forme unitaire. Il renvoie plus globalement au pouvoir qu'il exerce sur les propriétés des autres personnes publiques en qualité de souverain politique ».

¹⁴¹⁷ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 57.

public¹⁴²⁰ du classement législatif de certains biens dans le domaine public¹⁴²¹. Contrairement à ce que soutient H. Moysan, la définition législative ne relève pas d'un acte d'affectation et n'est pas non plus une incorporation indirecte, car il manque le processus de concrétisation à telle ou telle situation. Le classement législatif, quant à lui, ne permet pas de retenir un pouvoir de gestion fondé sur l'affectation, parce que, selon le Professeur Ph. Yolka, son « existence suffit à établir [l']absence d'autonomie » de la gestion de l'affectataire¹⁴²².

Par ailleurs, H. Moysan assimile le contrôle du juge administratif sur l'entrée ou la sortie d'un bien dans le domaine public à un acte d'affectation-incorporation, identique à celui exercé par les pouvoirs réglementaire et législatif. L'auteur estime que l'administration-propriétaire n'a jamais le dernier mot, qui appartient au juge administratif. Seul maître (*ultima ratio*) du respect des critères de la domanialité par l'acte de classement ou de déclassement, le juge administratif est considéré en conséquence comme une « autorité étatique titulaire du pouvoir d'affectation à l'utilité publique ». H. Moysan propose une vision particulière de l'office du juge administratif, combinée avec une vision limitée de la compétence de l'administration. La décision du juge administratif entérine effectivement l'entrée d'un bien dans le domaine public, mais ce n'est pas lui qui décide d'affecter un bien à une utilité publique. En effet, la domanialité publique « ne se décrète pas »¹⁴²³, l'administration ne choisit pas le régime applicable¹⁴²⁴, mais l'entrée d'une dépendance dans le domaine public reste conditionnée à la volonté, explicite ou implicite¹⁴²⁵, de l'administration¹⁴²⁶. En amont de l'affectation-incorporation, il y a toujours une affectation-destination¹⁴²⁷, sur laquelle se fonde le juge administratif dans sa démonstration. H. Moysan considère que si « en destinant un bâtiment [...], une collectivité n'a aucun doute sur le fait qu'il appartiendra au domaine public », cela n'enlève rien à la compétence du juge administratif car, affirme-t-il, « savoir n'est

¹⁴²⁰ Art. L. 2111-1 CGPPP. V. aussi F. MELLERAY, « Le code général de la propriété des personnes publiques. Définitions et critères du domaine public », *RFDA*, 2006, p. 906.

¹⁴²¹ Concernant le domaine public maritime, v. Art. L. 2111-4 CGPPP (v. Ch. LAVIALLE, « Existe-t-il un domaine public naturel », *CJEG*, 1987, p. 630) ; concernant le domaine public fluvial, cf. art. L. 2111-7 CG3P ; concernant le domaine public hertzien, cf. art. L. 2111-17 CGPPP.

¹⁴²² Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 267.

¹⁴²³ M. UBAUD-BERGERON, note sous CE, 29 nov. 2004, Sté Autoroutes du Sud de la France, *AJDA*, 2005, p. 1182.

¹⁴²⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 2011, *op. cit.*, p. 36, n° 72. Et concernant le domaine public légal artificiel, p. 184, n° 446 : « le domaine public légal artificiel se rapproche sur ce point du domaine public administratif en ce que l'affectation de leurs éléments repose toujours sur un acte de volonté de la part de leur gestionnaire ».

¹⁴²⁵ Pour un exemple d'affectation implicite, CE, 20 avr. 1956, Département des Hautes-Alpes : *AJDA*, 1986, p. 181, concl. M. Long. V. aussi, L. STORAT, « La notion d'affectation en matière domaniale », *préc.*

¹⁴²⁶ CE, 5 mai 1944, Sté auxiliaire d'Entreprise : *Rec. CE* 1944, p. 131 ; *J.* 1945, 3, p. 18. Le juge administratif n'a pas à apprécier l'opportunité d'une affectation, v. CE, 17 déc. 1897, Héritiers Dutertre de la Coudre : *Rec.*, p. 792.

¹⁴²⁷ V. aussi G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 3 : L'affectation « est une notion essentiellement juridique, soit comme un opération juridique, soit comme le régime juridique né de cette opération préalable ».

pas pouvoir»¹⁴²⁸. Certes, mais c'est le propre de l'action administrative que d'être soumise au contrôle de légalité. L'administration produit une volonté soumise au contrôle du juge administratif. En outre, H. Moysan omet le principe du privilège du préalable : l'appartenance d'un bien au domaine public s'impose tant que cette qualification n'a pas été contestée devant le juge administratif.

252. L'affectation étant le produit d'une volonté qui s'impose à une chose¹⁴²⁹, l'affectataire reçoit toujours son pouvoir, par un mécanisme de délégation, d'une autre autorité ou d'une autre personne¹⁴³⁰. Dans l'analyse de H. Moysan, c'est l'affectation-incorporation(et non l'affectation-destination) qui institue la dualité du pouvoir de gestion en confiant les prérogatives nécessaires à l'affectataire, qui ne relèvent pas d'un rapport de propriété. L'auteur ne distingue pas clairement l'affectation interne, qui s'exerce entre différentes autorités administratives au sein d'une même personne publique, de l'affectation externe qui s'exerce entre deux personnes publiques¹⁴³¹. Dans le premier cas, il n'y a pas de distinction entre le propriétaire et l'affectataire, il s'agit d'un mode d'organisation interne au sein d'une personne publique. Dans le second cas, H. Moysan se heurte à la critique qu'il a lui-même énoncée à l'encontre de l'habilitation entre la propriété et l'affectataire, prônée par le Professeur Ph. Yolka. L'habilitation de l'« autorité étatique titulaire du pouvoir d'affectation à l'utilité publique »¹⁴³² à destination de l'autorité affectataire est supposée par H. Moysan et ne se vérifie nullement en droit positif. Il n'y a pas non plus d'automaticité entre l'incorporation d'un bien dans le domaine public et le transfert de compétence à destination de l'affectataire.

H. Moysan estime aussi que le juge administratif a refusé de retenir le fondement propriétaire du pouvoir de gestion¹⁴³³, mais rien ne permet non plus de qualifier les prérogatives gestionnaires de « domaniale[s] »¹⁴³⁴. Pour appuyer la qualification « domaniale » du pouvoir de gestion, H. Moysan fait référence aux dispositions du Code civil ; ce faisant, il arrive à cette conclusion : étant différente de celle qui prévaut sous l'empire du Code civil, la situation affectataire-propriétaire ne peut pas s'analyser en termes de propriété¹⁴³⁵. Pour ainsi

¹⁴²⁸ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, op. cit., p. 55.

¹⁴²⁹ M.-L. MATHIEU-IZORCHE, préface de R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois, « Doctorat & Notariat », 2008 : la destination est la « projection du sujet sur l'objet, la destination apparaît alors à la fois comme manifestation de volonté et comme incarnation de cette volonté dans la chose même ».

¹⁴³⁰ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, op. cit., p. 271.

¹⁴³¹ Sur la distinction entre affectation interne et affectation externe, v. C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52.

¹⁴³² H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, op. cit., p. 63.

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 142.

¹⁴³⁴ Pourtant H. MOYSAN parle de la « consécration de propriétés simultanées », *ibid.*, p. 126.

¹⁴³⁵ Les dispositions de l'article 2228 du Code civil ne sont pas applicables (p. 127), ni les dispositions des articles 1731 à 1734 du Code civil (relatives à la charge du locataire en cas de dommage subi par le bien et l'obligation

dire, H. Moysan assimile implicitement propriété et propriété privée, ce qui revient à proposer une vision limitée de la propriété car il n'intègre pas dans son raisonnement la déclinaison de celle-ci en deux propriétés, publique et privée. Ce n'est pas parce que les rapports entre le propriétaire et l'affectataire sont étrangers aux règles du Code civil, qu'il n'est pas possible de les définir comme un rapport de propriété. Non seulement le raisonnement du H. Moysan dépend de l'idée, issue des postglossateurs¹⁴³⁶, de l'incompatibilité entre l'affectation et la propriété, mais il réactive la théorie objectiviste du patrimoine d'affectation en pensant une gestion sans propriété. Fonder le pouvoir de gestion sur l'affectation revient à considérer *le but* comme l'élément fondateur de ce pouvoir. Or, le but ne dit rien sur la nature et l'étendue des prérogatives sur une chose, il n'est que le cadre et la finalité de l'intervention administrative¹⁴³⁷. « Mais quoique le droit ait un but, c'est une erreur de définir le droit par son but : on marque par là le *but* du droit, on ne définit pas le *droit*. Ce qu'il faut, au contraire, c'est une définition du droit pris dans son être propre, abstraction faite de sa fonction et de son but »¹⁴³⁸. Ainsi, le recours de H. Moysan au terme *sui generis*, afin de qualifier les droits de l'affectataire, est le signe de sa difficulté à caractériser la nature juridique du rapport entre l'affectataire et la dépendance du domaine public, en dehors d'un rapport de propriété.

253. *Conclusion §1.* En définitive, la théorie de la dualité du pouvoir de gestion est bâtie sur deux principaux exemples : les mutations domaniales et le domaine public ecclésiastique. Les mutations domaniales sont le fruit d'un « pouvoir d'affectation autoritaire »¹⁴³⁹ que détient l'État ; le domaine public ecclésiastique est un autre exemple d'usage qui échappe à la maîtrise du propriétaire. Cependant, ces deux exemples sont trop marginaux pour servir de fondement à l'élaboration d'une théorie générale de la dualité du pouvoir de gestion et ils ne permettent pas non plus de confirmer l'autonomie de la gestion de l'affectataire. Par contre, ces exemples autorisent un constat : sur le domaine public s'exercent parfois des prérogatives multiples et diverses. L'enjeu de notre étude est de les réunir au sein du *domaine* de la propriété publique.

d'entretien impartie au locataire) ne se retrouvent non plus dans le cadre des relations entre l'affectataire et le propriétaire (p. 129).

¹⁴³⁶ POTHIER synthétise parfaitement cette incompatibilité : « propre et commun sont deux choses contradictoires », v. *Traité du droit de domaine de propriété*, in *Œuvres de Pothier*, par M. Bugnet, Paris, 1846, t. IX, p. 107, n° 15.

¹⁴³⁷ Sur l'impossibilité de la prise en compte du but dans la définition d'un droit, v. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, p. 541.

¹⁴³⁸ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 69-70.

¹⁴³⁹ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 67.

§2. L'UNITÉ DU DOMAINE DE LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE FACE À L'ÉCLATEMENT DES POUVOIRS SUR LE DOMAINE PUBLIC

254. Notre conception selon laquelle la propriété publique est le seul fondement de la gestion du domaine public signifie que le *domaine* de la propriété publique reste unitaire. Cela ne pose aucune difficulté en cas de gestion « en régie »¹⁴⁴⁰, c'est-à-dire lorsque le propriétaire est le gestionnaire, mais suscite des interrogations en cas de dissociation entre le propriétaire et l'affectataire. Le Professeur Ph. Yolka considère que les prérogatives de l'affectataire « résultent toujours d'une habilitation du propriétaire, qui lui délègue la fraction des pouvoirs nécessaires à l'exercice de ses attributions »¹⁴⁴¹. Cette affirmation se vérifie dans le cadre des mécanismes de transfert de gestion et de changement d'affectation « volontaires »¹⁴⁴². Les évolutions du droit positif, notamment celles issues du Code général de la propriété des personnes publiques, s'accompagnent d'un effort de rationalisation¹⁴⁴³ des rapports domaniaux entre les personnes publiques. Au résultat, la logique propriétaire est consolidée et les mécanismes conventionnels sont privilégiés¹⁴⁴⁴ (I). Par contre, la question du fondement propriétaire du pouvoir de gestion pose davantage de difficultés en cas d'affectation autoritaire ou d'affectation législative. Mais, même dans cette hypothèse, il est possible de penser l'« habilitation » et la substance du pouvoir de l'affectataire en termes de propriété (II).

I. Le principe de l'habilitation du propriétaire dans les transferts de gestion volontaires

255. L'affectataire peut gérer le domaine public dans le cadre des mécanismes d'externalisation (autrement dit de changement d'affectation¹⁴⁴⁵). Il s'agit alors d'affectations externes¹⁴⁴⁶ parce que l'affectation est confiée à une personne publique distincte de la personne publique propriétaire, sans transfert de propriété¹⁴⁴⁷ et sans que cela entraîne la sortie

¹⁴⁴⁰ C. CHARMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, 2011, p. 315-316 ; N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, 2011, p. 245, n° 597.

¹⁴⁴¹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 267.

¹⁴⁴² N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p.45 et s.

¹⁴⁴⁴ V. J.-F. LACHAUME et H. PAULIAT, « La gestion du domaine : une nécessaire protection », *JCP A*, n° 6, 13 fév. 2012, p. 2048 ; Ch. MAUGÛÉ, « La propriété publique dans l'édification d'un code de la commande publique », in G. CLAMOUR (dir.), *Contrats et propriété publics*, LexisNexis, « Colloques & débats », n° 36, 2011, p. 73.

¹⁴⁴⁵ J. DUFAU, *Le domaine public*, t. I, Le Moniteur, 4^e éd., 1993, p. 180 et s.

¹⁴⁴⁶ C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° 75.

¹⁴⁴⁷ Sur ce point, v. R. NOGUELLOU, « Les rapports domaniaux entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 957.

du bien hors du domaine public¹⁴⁴⁸. Il y a habilitation entre le propriétaire et l'affectataire car « l'externalisation »¹⁴⁴⁹ de la gestion est le produit d'un acte de volonté de la part du propriétaire public. Aussi peut-on considérer que l'externalisation de la gestion est en elle-même un acte de gestion qui dérive du *domaine* de la propriété publique : l'exercice et la disposition¹⁴⁵⁰ de la propriété incluent en effet la faculté « d'accorder à autrui l'utilité de son bien » et, dans ce cas, « de déterminer les bénéficiaires de cette licence »¹⁴⁵¹. Mais il ne s'agit pas seulement d'un transfert des utilités à un but ou à une autre personne, il s'agit aussi d'un transfert d'une parcelle du *domaine* de la propriété publique, puisque l'affectataire exerce des prérogatives en lieu et place du propriétaire¹⁴⁵² (C). L'instrument contractuel fournit le mécanisme premier des différents types de translation volontaire des prérogatives du propriétaire à l'affectataire (A). Le contrat n'est pourtant pas le seul support d'une habilitation, notamment en matière de changement d'affectation complet (B).

A. Les mécanismes d'externalisation volontaire sans changement d'affectation.

256. Il convient de se pencher dans un premier temps sur les procédures d'externalisation antérieures au Code général de la propriété des personnes publiques. Avant l'avènement de ce Code, l'instrument contractuel est déjà privilégié pour assurer les processus d'externalisation de gestion, notamment en ce qui concerne les « changements d'affectation simple »¹⁴⁵³. D'abord, le régime général de la mise à disposition met en avant le mécanisme contractuel. Selon la procédure de mise à disposition consécutive à des transferts de compétences (issus de l'article 19 de la loi du 7 janvier 1983, devenu l'article L. 1321-1 du Code général des

¹⁴⁴⁸ CE, 19 déc. 2007, Commune Mercy-le-Bas. Sur ce point, N. FOULQUIER, « Appartenance au domaine public d'un bien affecté à un service public non géré par la personne publique propriétaire », *DA*, n° 3, Mars 2008, comm. 37.

¹⁴⁴⁹ Sur cette notion, v. N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, 2011, p. 245 et s ; É. FATÔME, « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA*, 2007, p. 959 ; P. LEUFFLEN, « Externalisation du domaine et protection du service public : le point de vue d'un notaire », *AJDA*, 2007, p. 962 ; P.-E. SPITZ, « Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics : l'exemple de Paris », *AJDA*, 2007, p. 954 ; Ph. YOLKA, « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A.*, 2012, p. 2130.

¹⁴⁵⁰ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *préc.*, p. 297, spéc. p. 309 : « Par l'intermédiaire de la disposition, la propriété ouvre à son titulaire des possibilités d'ordre juridique, dont les conséquences tiendront dans la circulation du bien et le partage de ses utilités : cession et abandon d'un côté ; remises temporaires et constitution de droits réels de l'autre ».

¹⁴⁵¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 314.

¹⁴⁵² *Ibid.*, p. 384 : « Celui à qui la chose appartient peut décider de mettre la seule appartenance de son bien au service d'un but déterminé, opération qui peut avoir, elle aussi, la vertu de procurer une utilité ». V. aussi, C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° 8.

¹⁴⁵³ « Dans cette hypothèse, seule change la personne gestionnaire du bien, lequel continue à être affecté à la même destination publique. Cette affectation est seulement assumée par une autre personne publique » (C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° 75).

collectivités territoriales¹⁴⁵⁴), une convention, accompagnée d'un procès-verbal et d'une notification de substitution, est nécessaire afin de formaliser et de préciser « la consistance, la situation juridique, l'état des biens et l'évaluation de la remise en état de ceux-ci »¹⁴⁵⁵. Bien qu'il s'agisse d'un transfert décidé par le législateur, l'accord entre l'État et la collectivité territoriale est obligatoire¹⁴⁵⁶, à défaut de quoi le transfert en question ne peut se réaliser.

On retrouve le régime prévu par l'article L. 1321-1 du Code général des collectivités territoriales dans le cadre de la mise à disposition des biens des collectivités territoriales à destination des établissements publics de coopération intercommunale¹⁴⁵⁷. L'article 5211-5-III du Code général des collectivités territoriales intègre donc la logique de la mise à disposition, qui « permet de satisfaire le propriétaire et l'affectataire. Le bien est attribué à l'E.P.C.I, mais il reste la propriété de la commune »¹⁴⁵⁸. De même, l'État a mis certaines dépendances du domaine public à la disposition de certains établissements publics. Les ports autonomes, établissements publics industriels et commerciaux, ont reçu la gestion des biens nécessaires à l'exercice de leur activité¹⁴⁵⁹. Il en va de même pour l'établissement public *Voies navigables de France* : l'État a mis à sa disposition les dépendances de son domaine public fluvial (à l'exception des voies navigables, transférées aux régions dans le cadre des lois de décentralisation, et des emprises des ports maritimes non autonomes implantés sur le domaine public fluvial¹⁴⁶⁰).

257. L'article L. 1321-7 du Code général des collectivités territoriales¹⁴⁶¹, qui concerne la mise à disposition dans le cadre des transferts de compétences, attribue aussi une place de choix au mécanisme contractuel. Dans le cas prévu par cet article, l'État peut mettre à disposition ses propriétés. Les bénéficiaires peuvent être un département ou une région. Or, une convention est nécessaire et doit prévoir les charges financières afférentes à la gestion du bien et, le cas échéant, préciser « l'autorité qui prend en charge le financement et la réalisation

¹⁴⁵⁴ L. 1321-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que « le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence ».

¹⁴⁵⁵ C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° 129.

¹⁴⁵⁶ À défaut d'accord, elles (les collectivités) peuvent demander au président de la chambre régionale des comptes de procéder à un arbitrage (article L. 1321-1, al. 2).

¹⁴⁵⁷ J.-C. VIDELIN, « Les biens des établissements publics de coopération intercommunale », *AJDA*, 2001, p. 829.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, v. aussi CAA, Bordeaux, 5 mars 2009, Commune de Labejan : *JCP A.*, 2009, p. 2247, obs. Maublanc ; *AJDA*, 2009, p. 1166.

¹⁴⁵⁹ Selon l'art. R. 111-8, 2° du Code des ports maritimes, la remise est gratuite et porte sur les biens « affectés au service de l'équipement chargé de la gestion des ports non autonomes et compris dans la circonscription du port autonome, ainsi que [sur] des ouvrages, bâtiments et matériels ayant le caractère d'immeubles par destination, dépendant du service de l'équipement susvisé et nécessaires à l'entretien, à l'exploitation et aux travaux ».

¹⁴⁶⁰ Décrets n° 91-796 et n° 91-798 du relatifs au domaine confié à Voies navigable de France.

¹⁴⁶¹ Issu de la loi n° 85-1098 du 11 oct. 1985 (art. 15, al. 1^{er} et 2^e)

de travaux de mise en conformité relatifs à la sécurité pour la partie mise à disposition »¹⁴⁶². L'État n'est pas totalement dépossédé de ses prérogatives puisque l'affectataire peut voir l'étendue de ses pouvoirs modifiée selon les circonstances. Ainsi, dans le cadre de la mise à disposition, c'est la logique de la codécision qui règne¹⁴⁶³.

258. En dehors des mécanismes de transfert de compétences, l'État a la possibilité de transférer la gestion de dépendances dont il a la propriété à des collectivités territoriales ou à des établissements publics, en concluant au besoin une convention de gestion. Ce procédé n'est par contre ouvert qu'à l'État qui, selon l'article L. 51-1 du Code du domaine de l'État, peut y avoir recours « en vue d'assurer la conservation, la protection ou la mise en valeur du patrimoine national »¹⁴⁶⁴. En l'occurrence, la convention de gestion fut utilisée par l'État afin de transférer la gestion de l'esplanade des Feuillants du jardin des Tuileries à l'Établissement public du Grand Louvre¹⁴⁶⁵. Il est à noter que, par le biais de l'article L. 51-2 du Code du domaine de l'État, le champ de la convention de gestion a été étendu à la « politique foncière de sauvegarde de l'espace littoral et de respect des sites naturels et de l'équilibre écologique » au sens de l'article L. 322-1 du Code de l'environnement. À cette fin, le Conservatoire de l'espace littoral, établissement public national, peut se voir confier conventionnellement la gestion de dépendances du domaine public maritime ou fluvial nécessaires à la politique relative à la préservation du littoral.

259. Il convient d'observer désormais les mécanismes prévus par le Code général de la propriété des personnes publiques. En la matière, le législateur a œuvré à droit constant, il a conservé le mécanisme de la convention de gestion et a apporté peu d'innovations profondes par rapport au dispositif prévu par l'article L. 51-1 du Code du domaine de l'État¹⁴⁶⁶. L'article L. 2123-2 du Code général de la propriété des personnes publiques circonscrit la convention

¹⁴⁶² C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° n° 174.

¹⁴⁶³ J.-M. PONTIER, « La décentralisation et le temps », *RDP*, 1991, p. 1217 : « L'État n'était jamais totalement dessaisi à la suite des transferts de compétences. Ces derniers signifient plus un partage de compétences impliquant une possible concurrence qu'une attribution exclusive d'une sphère de compétence ».

¹⁴⁶⁴ Cependant tous les immeubles de l'État ne peuvent faire l'objet d'une convention de gestion. L'art. R. 128-1 du Code du domaine de l'État dresse une liste limitative.

¹⁴⁶⁵ CE, 23 juin 1995, Min. culture c/ Assoc. Défense Tuileries : *Rec.*, p. 268 ; *DA*, 1995, n° 679 ; *RFDA*, 1995, p. 838 ; *CJEG*, 1995, p. 376, concl. Arrighi de Casanova. Cependant, le cahier des charges relatif à l'occupation de cette esplanade revêt, nonobstant la circonstance qu'il comporte également la signature du président de l'établissement public, le caractère d'un acte unilatéral émanant du seul ministre de l'Éducation nationale et de la culture. Sur ce point, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^e éd., 2010, *op. cit.*, p. 67, n° 105 ; P. BRUNET, « Le conflit de qualifications : le cas des actes réglementaires en forme de conventions », *Revue des contrats*, 2005/2, p. 434.

¹⁴⁶⁶ Sur ce point, v. R. NOGUELLOU, « Les rapports domaniaux entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 957.

de gestion aux dépendances du domaine public de l'État¹⁴⁶⁷. La convention de gestion peut toujours être utilisée, selon les termes de la disposition, « en vue d'assurer la conservation, la protection ou la mise en valeur du patrimoine national ». Elle peut être conclue avec des collectivités territoriales ou des établissements publics, mais aussi – et c'est une nouveauté du Code – avec des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, ainsi qu'avec des « associations ou fondations reconnues d'utilité publique que leurs statuts habilent à accomplir ces missions ».

B. L'externalisation volontaire par le transfert de gestion.

260. Le transfert de gestion, faculté au départ réservée à l'État¹⁴⁶⁸, constitue un changement d'affectation complet, c'est-à-dire que l'État, propriétaire du domaine public (artificiel et naturel), peut décider de « modifier non seulement la personne gestionnaire d'un bien, mais aussi sa destination publique »¹⁴⁶⁹. À l'instar de la mise à disposition et de la convention de gestion, le transfert de gestion n'implique pas un transfert de propriété¹⁴⁷⁰. En outre, le transfert de gestion caractérise une habilitation du propriétaire vers l'affectataire mais qui ne repose pas sur un mécanisme contractuel. La procédure prévue par l'article L. 35 du Code du domaine de l'État est en effet plus souple : une simple décision administrative permet à l'État de transférer ses propriétés au bénéfice d'une autre personne publique¹⁴⁷¹. C'est du moins ce qui ressort de la jurisprudence administrative. Même concernant le domaine public maritime, le transfert de gestion ne doit pas être précédé par l'enquête publique préalable instituée par l'article 25, alinéa 2 de la loi « littoral » du 3 janvier 1986. Selon les termes de l'arrêt *Département Charente-Maritime*, l'acte autorisant le transfert de gestion n'a « ni pour objet ni pour effet

¹⁴⁶⁷ L'article R. 2123-1 du CGPPP donne une liste limitative des dépendances qui peuvent faire l'objet d'une convention de gestion : « 1° Immeubles classés ou inscrits au titre des monuments historiques ; 2° Monuments naturels, sites ou immeubles faisant partie des domaines et palais nationaux ; 3° Immeubles situés à l'étranger et dont la conservation présente un intérêt général au point de vue artistique, historique ou culturel ; 4° Immeubles classés en réserve naturelle ou dont le caractère naturel doit être préservé ; 5° Immeubles compris dans la zone définie à l'article L. 5111-1, dans les conditions prévues aux articles R. 169 à R. 169-3 du code du domaine de l'État ; 6° Immeubles militaires compris dans un site ayant fait l'objet d'une décision de restructuration prise par le ministre de la défense lorsque leur cession à la valeur estimée par le directeur départemental des finances publiques n'est pas possible ».

¹⁴⁶⁸ Cependant, l'article 16 du décret-loi du 5 juin 1940 a, semble-t-il, permis aux collectivités territoriales d'effectuer entre elles un transfert de gestion, mais la valeur et la légalité de cette disposition furent très discutées. Sur ce point, G. BACHELIER, « Les transferts de propriété entre personnes publiques », *JCP A*, 2006, p. 1249.

¹⁴⁶⁹ C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° n° 207. V. CE, 8 juil. 1996, *Merie* : *Rec.*, p. 272 ; *JCP G*, 1996, IV, 2434 ; *RFDA*, 1996, p. 1040. D'ailleurs, le transfert de gestion n'est possible que lorsque l'affectation de la dépendance est effectivement réalisée.

¹⁴⁷⁰ CE, 22 mai 1996, *Ministre de la mer c/ Association Bernerie-Environnement* : *Rec.*, p. 191.

¹⁴⁷¹ Signe de la simplicité de la procédure prévue par l'article L. 35 du Code du domaine public, une enquête publique n'est pas obligatoire, CE, 20 févr. 1981, *Association pour la protection du site du Vieux-Pornichet* : *Rec.*, p. 93 ; *AJDA*, 1981, p. 259, concl. Genvois, *RDI*, 1981, p. 310, comm. Delvolvé.

d'entraîner *un changement substantiel* de l'utilisation de ces terrains ; [...] les associations ne sont pas, dès lors, fondées à soutenir que l'arrêté attaqué serait intervenu sur une procédure irrégulière, faute d'avoir fait l'objet de l'enquête publique exigée par les dispositions de l'article 25 [de la loi "littoral"] »¹⁴⁷².

261. Peu prolixo au sujet des conventions de gestion, le législateur le fut davantage concernant les mécanismes de transfert de gestion. Le Code général de la propriété des personnes publiques ouvre la possibilité du transfert de gestion à l'ensemble des personnes publiques. L'article L. 2123-3 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que les personnes publiques¹⁴⁷³ « peuvent opérer entre elles un transfert de gestion des immeubles dépendant de leur domaine public pour permettre à la personne publique bénéficiaire de gérer ces immeubles en fonction de leur affectation ». Le transfert de gestion suppose donc une habilitation entre le propriétaire et l'affectataire. L'habilitation peut d'ailleurs être formalisée au sujet du domaine public de l'État et des établissements publics nationaux par une *convention de transfert de gestion* qui « fixe en tant que de besoin les règles de gestion applicables et les modalités techniques et financières de l'opération »¹⁴⁷⁴. Le rapport de subordination entre le propriétaire et l'affectataire est inversé par rapport à celui schématisé par H. Moysan. Dans le cas du transfert de gestion – comme dans celui de la convention de gestion –, l'affectataire reste soumis à l'autorité tutélaire du propriétaire public¹⁴⁷⁵ qui a le « dernier mot juridique »¹⁴⁷⁶ et qui garde un droit de regard sur la gestion de l'affectataire. De plus, « dès que l'immeuble n'est plus utilisé conformément à l'affectation », la dépendance domaniale « fait retour gratuitement à la personne publique propriétaire »¹⁴⁷⁷

C. L'appréhension du pouvoir de l'affectataire en termes de propriété

262. Les partisans de la dualité domaniale ont insisté sur la titularité des pouvoirs sur le domaine public, en soulignant le fait que des prérogatives échappent au propriétaire public. Mais ils n'apportent pas de réponses satisfaisantes quant à la nature de ces prérogatives. Il est difficile de ne pas lier le rapport direct à une chose au concept de propriété. Le principe de

¹⁴⁷² CE, 8 avr. 1994, Département Charente-Maritime c/ Association des "Amis de l'île de Ré" : *Rec.*, p. 184 ; *RDI*, 1994, p. 427, obs. Auby et Maugué ; *RFD.A*, 1994, p. 621 (on souligne).

¹⁴⁷³ En réalité, ce ne sont que les personnes publiques visées par l'article L.1 du CGPPP, c'est-à-dire l'État, les collectivités territoriales, les groupements locaux et les établissements publics.

¹⁴⁷⁴ Art. R. 2123-9 CGPPP. Sur la convention de transfert de gestion, v. J.-F. LACHAUME et H. PAULIAT, « La gestion du domaine : une nécessaire protection », préc.

¹⁴⁷⁵ Sauf en matière de transfert de gestion forcé, « la personne publique propriétaire peut décider de modifier l'affectation de l'immeuble transféré et mettre fin au transfert de gestion » (art. L. 2123-3-II du CGPPP).

¹⁴⁷⁶ On reprend l'expression du Professeur A. SÉRIAUX, « Propriété », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, §. n° 90.

¹⁴⁷⁷ Art. L. 2123-3 du CGPPP.

l'habilitation entre le propriétaire et l'affectataire permet de reconstruire l'unité du *domaine* de la propriété publique, en établissant la jonction entre la propriété publique et le pouvoir de gestion dans les situations d'externalisation. La conséquence pratique et théorique d'une telle approche est de penser le pouvoir de l'affectataire sous un angle exclusivement propriétaire¹⁴⁷⁸, bien que la domanialité publique propose des schémas étrangers à ceux existant sous l'empire du Code civil. Effectivement, les schémas domaniaux ne sont pas semblables à une fiducie, ni à un usufruit ni à une servitude grevant un fonds servant : les différents mécanismes d'externalisation de gestion entre personnes publiques ne sont pas à l'origine d'un démembrement à proprement parler de la propriété publique. En effet, l'affectataire agit dans les limites déterminées par l'acte d'externalisation ; le propriétaire peut récupérer la gestion, il peut toujours intervenir sur les usages marginaux et solliciter l'expulsion des occupants sans titre¹⁴⁷⁹.

263. Les différents mécanismes d'externalisation se distinguent par l'étendue des pouvoirs octroyés à l'affectataire, mais ils se rejoignent sur le principe de la délégation d'une parcelle du *domaine* de la propriété publique, en ce sens que l'affectataire exerce des prérogatives directement sur la dépendance domaniale, sans l'intermédiaire du propriétaire public, pendant le temps de l'affectation.

Selon l'article L. 2123-2 du Code général de la propriété des personnes publiques, la convention de gestion doit préciser « les conditions et la durée de la gestion »¹⁴⁸⁰ ; elle s'apparente à un mécanisme d'habilitation car, selon les dispositions du Code, elle permet d'« habiliter le gestionnaire à accorder des autorisations d'occupation ou à consentir des locations d'une durée n'excédant pas dix-huit ans » ; en particulier, elle « précise les conditions dans lesquelles le gestionnaire peut, en application de l'article L. 2123-2, accorder des autorisations d'occupation non constitutives de droits réels »¹⁴⁸¹. Ces dispositions contredisent l'idée d'un « domaine divisé » ou celle d'une propriété démembrée : le propriétaire du domaine public garde une maîtrise sur la gestion, il lui est possible de mettre fin avant terme à la convention, en cas d'inexécution des obligations de l'affectataire ou pour des motifs d'intérêt général ; le cas échéant, une indemnisation est due pour la partie non amortie des

¹⁴⁷⁸ Également sur ce point, v. N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 67 et s.

¹⁴⁷⁹ TA Grenoble, 22 déc. 2003, Ville de Grenoble : *AJDA*, 2004, p. 1091, note Ph. Yolka ; CAA Nancy, 22 avril 1993, Institution départementale des barrages-réservoirs de la Seine et époux Torchia, *Rec.*, p. 761. Cette faculté s'exerce concurremment avec l'affectataire, v. CAA Douai, 12 avril 2007, SARL restaurant de l'aérodrome.

¹⁴⁸⁰ Art. L. 2123-2 CGPPP.

¹⁴⁸¹ Art. R. 2123-3 CGPPP

constructions ou des installations¹⁴⁸². Par contre, il semblerait que la convention de gestion ne puisse pas habiliter l'affectataire à octroyer des occupations constitutives de droits réels car l'article R. 2123-2 circonscrit l'octroi des occupations domaniales à celles qui ne sont pas constitutives de droits réels¹⁴⁸³. Or, cela pose des problèmes pratiques car l'octroi des occupations constitutives de droits réels sur le domaine public de l'État est la règle depuis la loi du 25 juillet 1994¹⁴⁸⁴ et selon le Code général de la propriété des personnes publiques¹⁴⁸⁵.

Dans le cadre de la mise à disposition¹⁴⁸⁶, le transfert des prérogatives propriétaires se présente comme un complément utile de la libre administration¹⁴⁸⁷. À cet effet, la collectivité-affectataire « assume l'ensemble des obligations du propriétaire » : elle « possède tous pouvoirs de gestion », elle peut autoriser « l'occupation des biens remis », elle « en perçoit les fruits et produits » et elle peut agir « en justice au lieu et place du propriétaire »¹⁴⁸⁸. N. Bettio propose une conception des pouvoirs de l'affectataire dans le cadre d'une mise à disposition. Selon l'auteur, l'affectataire détient un droit réel sur la dépendance domaniale, distinct des droits réels administratifs que peuvent détenir les occupants du domaine public¹⁴⁸⁹. Le recours au concept de « droit réel » a le mérite de rendre compte du caractère direct de l'intervention de l'affectataire, c'est-à-dire sans intermédiation du propriétaire de la dépendance. Il faut néanmoins ajouter que le droit réel ne s'oppose pas ici au droit de propriété publique, il en est une dérivation¹⁴⁹⁰. Le droit réel représente la parcelle du *domaine* de la propriété publique qui a été déléguée à l'affectataire¹⁴⁹¹, pour être le support de sa gestion.

Un doute subsiste au sujet de l'octroi des occupations constitutives de droits réels. Mais ce doute ne concerne pas les établissements publics nationaux car, en raison de l'article L. 34-8 du Code du domaine de l'État, un établissement public gère le domaine public national dans

¹⁴⁸² Art. R. 2123-8 CGPPP. Sur ce point, J.-F. LACHAUME et H. PAULIAT, « La gestion du domaine : une nécessaire protection », préc.

¹⁴⁸³ Art. R. 2123-2 CGPPP : « La convention précise les conditions dans lesquelles le gestionnaire peut, en application de l'article L. 2123-2, accorder des autorisations d'occupation non constitutives de droits réels »

¹⁴⁸⁴ Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public : JO, 26 juill. 1994, p. 10749.

¹⁴⁸⁵ art. 2122-6 CGPPP.

¹⁴⁸⁶ Sur la pérennité de ce mécanisme à la suite du Code général de la propriété des personnes publiques, v. J.-C. VIDELIN, « Le maintien de la mise à disposition comme régime de droit commune pour le transfert patrimonial consécutif à un transfert de compétence », *JCP A*, 2007, p. 2117.

¹⁴⁸⁷ J.-M. PEYRICAL, « Transfert de biens entre collectivités publiques. Pour un assouplissement du droit de la domanialité publique », *AJDA*, 2002, p. 1157.

¹⁴⁸⁸ Art. L. 1321-2, al. 1^{er} et 2 CGCT

¹⁴⁸⁹ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 137-138. Par contre, l'auteur considère que « L'affectataire de la mise à disposition est dans une situation différente de celle du bénéficiaire d'un transfert de gestion consécutif à un choix de gestion du propriétaire public, qui n'a pas un droit direct d'usage sur le bien mais simplement le droit d'exiger de l'utiliser et qui est lié par contrat au propriétaire qui est son débiteur ». Mais cette affirmation semble fragile car, dans le cadre du transfert de gestion et de la convention de gestion, l'affectataire détient aussi un pouvoir direct sur la chose ; en d'autres, ils peuvent également octroyer des occupations du domaine public.

¹⁴⁹⁰ L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories, son origine institutionnelle*, Thèse Toulouse, 1912, p. 106-107.

¹⁴⁹¹ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », préc., spéc. p. 314.

les mêmes conditions que le propriétaire public, ce qui inclut la faculté d'octroyer des autorisations constitutives de droits réels¹⁴⁹². Par contre, les collectivités territoriales ne peuvent pas conclure de bail emphytéotique puisque la dépendance continue d'appartenir à l'État : l'article L. 1321-2 du Code général des collectivités territoriales ne permet la conclusion d'un tel contrat que sur une dépendance « appartenant à une collectivité territoriale »¹⁴⁹³. Les collectivités territoriales ne peuvent pas non plus octroyer une autorisation constitutive de droit réel issue des articles L. 34-1 et suivants. En particulier, l'article L. 34-4 du Code du domaine de l'État exige une « décision de l'État » si l'occupation est à l'origine de la réalisation d'un ouvrage nécessaire à la continuité du service public, et les articles R. 57-3 et 4 du Code du domaine de l'État conditionnent la conclusion d'un crédit-bail à l'agrément de l'État¹⁴⁹⁴. Selon le Code général de la propriété des personnes publiques, les autorisations constitutives de droits réels ne sont accordées par les collectivités territoriales qu'après consultation du représentant de l'État¹⁴⁹⁵. Comme c'est le cas pour les conventions de gestion, l'impossibilité pour les collectivités territoriales d'accorder des droits réels sur le domaine public mis à disposition pose des problèmes pratiques. De plus, cette impossibilité rompt l'unité de gestion des dépendances par les collectivités territoriales dans la mesure où il existe une différence de régime entre la gestion des dépendances dont elles sont propriétaires et celle des dépendances mises à leur disposition¹⁴⁹⁶.

S'agissant, enfin, du transfert de gestion, l'affectataire bénéficie d'une plus grande plénitude : il dispose de tous les droits de jouissance pendant le temps nécessaire à la réalisation de l'affectation domaniale¹⁴⁹⁷. Rien ne transparaît, dans les dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques, concernant une restriction de l'octroi des occupations du domaine public, en fonction de leur objet ou de leur effet.

II. L'unité du *domaine* de la propriété publique face aux transferts de gestion forcés

264. La théorie de la dualité du pouvoir de gestion repose sur l'idée que l'affectation n'est pas exclusivement une prérogative du propriétaire public¹⁴⁹⁸, autrement dit sur l'idée que la gestion de la dépendance domaniale peut être confiée à une autre personne sans que cela

¹⁴⁹² Sur ce point, v. C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° 134 ; N. BETTIO, *La circulation des biens entre les personnes publiques*, *op. cit.*, p. 145.

¹⁴⁹³ Dans le même sens, l'article L. 451-2 du Code rural dispose que seules les personnes qui disposent du droit d'aliéner un bien peuvent valablement consentir un bail emphytéotique.

¹⁴⁹⁴ Sur ce point, N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 73 et s.

¹⁴⁹⁵ Art. L. 2122-17, al. 2 et L. 2122-18, al. 2 du CGPPP.

¹⁴⁹⁶ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁹⁷ Art. L. 2123-3 CGPPP

¹⁴⁹⁸ J.-P. LEBRETON, *Les occupations du domaine public*, *op. cit.*, p. 93 ; A. DE LAUBADÈRE, « Domaine public, propriété administrative et affectation », *RDP*, 1950, p. 21.

relève d'un acte de volonté du propriétaire public. Sur ce point, les mutations domaniales offrent, pour les théoriciens de la dualité du pouvoir de gestion, un argument de choix. « Construction jurisprudentielle presque centenaire »¹⁴⁹⁹, les mutations domaniales relèvent « des principes généraux qui régissent le domaine public »¹⁵⁰⁰. Elles sont historiquement l'incarnation de la prédominance de l'État sur les affectations domaniales et, en fonction des points de vue extrêmement variés et divers, elles relèvent de son *imperium*, de son « droit de commise »¹⁵⁰¹, de son « domaine éminent »¹⁵⁰², de sa « propriété souveraine »¹⁵⁰³ ou de sa « propriété éminente »¹⁵⁰⁴. L'idée de prédominance de l'État fut un temps mise en relation avec la thèse de l'unité du domaine public, selon laquelle l'État est originellement le propriétaire, et reste le propriétaire, de la dépendance domaniale¹⁵⁰⁵. Les qualifications ne manquent pas au sujet des mutations domaniales et elles sont autant de justifications théoriques pour une prérogative spécifique : l'État détient la faculté de modifier l'affectation d'une dépendance domaniale pour un motif d'intérêt général¹⁵⁰⁶, sans requérir l'autorisation préalable de la collectivité territoriale propriétaire de la dépendance, afin d'en confier la gestion à une autre personne publique¹⁵⁰⁷.

Les mutations domaniales sont certes pérennes en droit positif¹⁵⁰⁸, mais il est possible de constater quelques changements de leurs principes constitutifs et logiques. La codification ne s'est pas faite entièrement à droit constant, le Code général de la propriété des personnes publiques a entériné une nouvelle approche des mutations domaniales dans une perspective

¹⁴⁹⁹ A. VIDAL-NAQUET, « L'irréductible théorie des mutations domaniales », *RFDA*, 2005, p. 1106. V. aussi, H. PAULIAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 109 et s.

¹⁵⁰⁰ CE, 23 juin 2004, Commune de Proville : *Rec.*, p. 259 ; *BJCL*, 2005, 2, p. 103, concl. M. Guyomar, note S. Ferrari ; *AJDA*, 2004, p. 2148, chron. C. Landais et F. Lénica. Auparavant, un décret du 5 juin 1940 avait consacré ce mécanisme jurisprudentiel, mais il fut abrogé le 14 mars 1986, mais cela n'a pas amené le juge administratif à renoncer aux mutations domaniales.

¹⁵⁰¹ L. JANSSE, *Les traits principaux du régime de la domanialité publique*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁰² M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 12^e éd., *op. cit.*, 1933, p. 788, note n° 11, p. 801 ; *idem*, note sous CE, 16 juil. 2009, Ville de Paris : *S.* 1909, III, p. 98 : Les mutations domaniales confirment « l'idée latente d'une sorte de domaine éminent que conserverait l'État sur le domaine public des administrations locales, même en considérant celui-ci comme une propriété administrative ». V. aussi, H. MOYSAN, *le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 119 et s.

¹⁵⁰³ H. PAULIAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 244.

¹⁵⁰⁴ X. BIOY, « La propriété éminente de l'État », *préc.*

¹⁵⁰⁵ V. Cass. civ., 11 mai 1909 : *S.* 1910, I, p. 151. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a estimé qu'« en vertu d'une sorte de coutume administrative mal définie, qu'en toute matière, une décision ministérielle peut ordonner le changement d'affectation des dépendances du domaine public ». Sur ce point, C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl. Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° n° 226.

¹⁵⁰⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 15^e éd., *op. cit.*, 2001, n° 493-3 : l'État est « le régulateur de l'utilisation, et donc de l'affectation, au mieux des exigences d'intérêt général, des dépendances du domaine public dans son ensemble » ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 444 : « Les mutations domaniales trahissent une conception typiquement jacobine, fondée sur la plus grande aptitude de l'État à définir l'intérêt public ».

¹⁵⁰⁷ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 799 : « Des opérations qui comportent ou devraient comporter mutation de propriété parce que le changement d'affectation de la parcelle domaniale est au bénéfice d'un service public, d'une personne administrative autre que celle à laquelle appartient la parcelle et grève celle-ci d'une servitude perpétuelle ».

¹⁵⁰⁸ A. VIDAL-NAQUET, « L'irréductible théorie des mutations domaniales », *préc.*

nettement plus propriétaire¹⁵⁰⁹. Il y a donc deux lectures possibles. Les mutations domaniales ont d'abord illustré le principe d'une gestion en dehors du propriétaire public et en dehors de la propriété publique (A), mais depuis l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation¹⁵¹⁰ et depuis le Code général de la propriété des personnes publiques, les mutations domaniales ont changé de sens pour devenir synonymes de « transferts de gestion consécutifs à un changement d'affectation »¹⁵¹¹. Dans un tel cadre, les mutations domaniales ne sont pas incompatibles avec l'unicité du fondement du pouvoir de gestion (B).

A. Les mutations domaniales : un argument en faveur du dualisme gestionnaire

265. La théorie des mutations est née à l'occasion de l'arrêt du 16 juillet 1909, *Ville de Paris*¹⁵¹², dans lequel il était question, en l'espèce, d'un décret du 14 décembre 1889 ayant pour objet l'incorporation à la voie ferrée de parcelles de la voie publique appartenant à la Ville de Paris. La Haute juridiction a décidé que « cette incorporation ayant eu lieu sans un déclassement préalable, aucune mutation de propriété n'a pu se produire ; [...] la ville de Paris a conservé les droits de propriété qu'elle pouvait avoir sur les parcelles dont il s'agit et [...] elle recouvrera, en cas de désaffectation le plein exercice de ces droits ; [...] elle n'a donc pas subi de dépossession donnant ouverture à un droit à indemnité »¹⁵¹³. La théorie des mutations domaniales a fait l'objet de peu d'applications jurisprudentielles¹⁵¹⁴ mais suscite la fascination de la doctrine. Cette théorie est aussi, pour la doctrine, la marque de la spécificité de la domanialité publique : les rapports entre les personnes publiques, en particulier entre l'État et les collectivités territoriales, sont d'une autre nature que ceux existant en droit civil. Pour certains, les mutations domaniales sont même étrangères aux rapports intersubjectifs entre personnes publiques : elles s'intègrent dans la relation plus large entre le souverain et les

¹⁵⁰⁹ Sur ce point, v. exposé des motifs du projet de la loi n° 710, 19 mars 1993, art. 27, devenu L. n° 2003-591, 2 juil. 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : JO, 3 juil. 2003.

¹⁵¹⁰ Issu de la loi du 27 février 2002, dite « Démocratie de proximité ».

¹⁵¹¹ Les mutations domaniales ont été codifiées dans la Section III du Titre II du Code général de la propriété des personnes publiques intitulée « Transfert de gestion ». Sur ce point, R. NOGUELLOU, « Les rapports domaniaux entre personnes publiques », préc. ; N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, op. cit., p. 154.

¹⁵¹² CE, 16 juil. 1909, *Ville de Paris* : *Rec.*, p. 707. ; *S.* 1909, III, p. 97

¹⁵¹³ Sur reprendre l'ensemble des faits et de la procédure de la jurisprudence *Ville de Paris*, v. A. VIDAL-NAQUET, « L'irréductible théorie des mutations domaniales », préc.

¹⁵¹⁴ Pour les applications jurisprudentielles, CE, 10 juin 1910, *Cie PLM c/ État* : *Rec.*, p. 460 ; *S.* 1912, III, p. 158 ; CE, 13 mars 1925, *Ville de Paris c/ Cie du chemin de fer Orléans* : *Rec.*, p. 271 ; *S.* 1925, III, p. 63, concl. Rivet ; *DP*, 1926, III, p. 17, note M. Waline ; *RDP*, 1925, p. 262, note G. Jèze ; CE, 13 janv. 1984, *Commune Thiais* : *Rec.*, p. 6 ; *DA*, 1984, jurispr., p. 605, note Bon ; *AJPI*, 1985, p. 136, obs. Hostiou ; CE, 23 juin 2004, *Commune Provville* : *Rec.*, p. 259 ; *BJCL*, 2005, 2, p. 103, concl. M. Guyomar, note S. Ferrari ; *AJDA*, 2004, p. 2148, chron. C. Landais et F. Lénica. Sur ce point, v. C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° 229 et s.

entités infra-étatiques¹⁵¹⁵. En tout cas, les mutations domaniales n'ont pas suscité l'adhésion totale de la doctrine administrativiste. Hormis Waline, pour qui les mutations domaniales sont une technique « ingénieuse », « simple et élégante »¹⁵¹⁶, la doctrine s'est opposée à ce qu'elle considèrerait comme attentatoire au droit de propriété des personnes publiques. Hauriou ne voit dans les mutations domaniales qu'une « spoliation »¹⁵¹⁷ du droit de propriété d'une collectivité territoriale ; d'autres, comme J.-P. Amadéi, parlent de « réquisition »¹⁵¹⁸. Les Professeurs Ph. Godfrin et M. Degoffe estiment que les mutations domaniales sont une « altération »¹⁵¹⁹ du droit de propriété des collectivités territoriales.

Les mutations domaniales favorisent une vision dualiste du pouvoir de gestion, elles cristallisent en effet un pouvoir d'affectation en dehors du propriétaire public. Le changement d'affectation limite les utilités et l'exercice de la propriété publique¹⁵²⁰, il est aussi à l'origine d'une gestion extérieure au droit de propriété puisqu'elle se trouve entre les mains de l'affectataire. Pour H. Moysan, les mutations domaniales initient une rupture entre la propriété et la gestion – donc une dissociation entre le droit de propriété et son *domaine* –, la gestion ne peut être, dans ce cas, que d'une nature domaniale. De nombreux éléments abondent dans ce sens : l'État intervient directement sur la dépendance domaniale sans intermédiation du propriétaire public, il n'y a pas de transfert de droit de propriété et le propriétaire est dépossédé de sa gestion, sans que cela constitue une véritable dépossession qui donne droit à indemnité. Ainsi, les mutations domaniales sont une autre incarnation de la prévalence de la domanialité publique sur la propriété publique et de l'opposition entre la puissance publique et la propriété. Le régime de la domanialité est au fondement d'une prérogative étatique qui entre inmanquablement en conflit avec l'exercice de la propriété publique¹⁵²¹. La dualité du pouvoir d'affectation¹⁵²² coïncide pour ainsi dire avec la dualité du pouvoir de gestion.

¹⁵¹⁵ F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 113-114 : « l'unilatéralité de la procédure dont bénéficie [l'État], et surtout l'absence de compensation financière, renvoie davantage à la notion de souveraineté qu'à celle de personnalité » ; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 125 : la mutation domaniale est « une technique juridique qui permet à l'État d'exercer une maîtrise sur les biens au titre de sa souveraineté et en dernier ressort ».

¹⁵¹⁶ M. WALINE, *Les mutations domaniales*, *op. cit.*, p. 170, cité par A. VIDAL-NAQUET, « L'irréductible théorie des mutations domaniales », *op. cit.* V. aussi, les propos de CAPITANT (cf. note sous CE, 17 févr. 1932, Commune de Barran : *DP*, 1933, III, p. 49) et de B. BOURDEAU, *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, Thèse Poitiers, 1980, p. 293.

¹⁵¹⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., 1927, *op. cit.*, p. 799.

¹⁵¹⁸ J.-P. AMADÉI, *Domaine public et décentralisation*, thèse, 1996, p. 76.

¹⁵¹⁹ Ph. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 49.

¹⁵²⁰ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 18 : la théorie des mutations domaniales « est évidemment mal en harmonie avec la reconnaissance à ces collectivités et personnes publiques d'un véritable droit de propriété, puisqu'elle consiste à leur refuser les prérogatives d'utilisation et d'affectation de biens dont elles sont propriétaires pour les reconnaître à l'État qui n'en est pas propriétaire ».

¹⁵²¹ Ch. LAVIALLE, « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G.*, 1994, p. 259.

¹⁵²² Sur la dualité du pouvoir d'affectation, N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 167 et s.

266. Une autre lecture est possible, qui consiste à penser le pouvoir de l'État en termes de propriété. Pour le Professeur X. Bioy, les mutations domaniales ressortissent d'une « propriété éminente de l'État »¹⁵²³. Le concept de propriété peut servir de prisme explicatif pour cette prérogative étatique. Les mutations domaniales peuvent apparaître comme une prérogative « réelle » : elles interviennent en effet directement sur la dépendance domaniale et contrarie le pouvoir d'affectation du propriétaire¹⁵²⁴. Mais la conceptualisation du Professeur X. Bioy ne permet pas de rendre compte de l'unicité du fondement du pouvoir de gestion. Dans la mesure où elle repose sur le principe de l'unité du droit de propriété publique (à distinguer de la théorie de l'unité de la domanialité publique), elle nie implicitement le rapport entre la personnalité publique des collectivités territoriales et le droit de propriété. Par ailleurs, à supposer que la gestion de l'affectataire dérive de la propriété éminente de l'État, la dualité du pouvoir de gestion est maintenue, parce que le fondement du pouvoir de l'affectataire est distinct de la propriété de la collectivité territoriale : il y a deux propriétés pour deux pouvoirs de gestion. L'unité du fondement du pouvoir de gestion ne peut être caractérisée qu'à la condition d'une *habilitation* entre le propriétaire public et l'affectataire, même dans l'hypothèse des mutations domaniales.

B. Les mutations domaniales et le Code général de la propriété des personnes publiques

267. Dans le cadre des mutations domaniales, l'habilitation entre le propriétaire et l'affectataire change de sens puisqu'elle n'est pas le fruit d'un acte de volonté du propriétaire public. Les partisans de la dualité du pouvoir de gestion rejettent l'idée d'une habilitation, étant donné qu'ils lient la question de l'affectation à celle du fondement du pouvoir de gestion. Ils considèrent que, l'affectation n'étant pas le résultat d'un acte de volonté du propriétaire, la gestion ne peut avoir pour fondement le droit de propriété. Mais cette théorie est désormais fragilisée, car elle n'intègre pas un certain nombre d'évolutions du droit positif. Le contexte juridique contemporain est en effet bien différent de celui qui a entouré l'arrêt *Ville de Paris*. Le législateur a pérennisé les mutations domaniales dans son œuvre de codification mais il a pris soin d'apporter quelques ajustements¹⁵²⁵, afin d'intégrer la montée en puissance d'exigences

¹⁵²³ X. BIOY, « La propriété éminente de l'État », *RFDA*, 2006, p. 963.

¹⁵²⁴ *Ibid.*

¹⁵²⁵ CE, 16 juil. 1909, *Ville de Paris*, préc.

telles que la protection du droit de la collectivité territoriale¹⁵²⁶, et afin de répondre à la controverse au sujet de la constitutionnalité des mutations domaniales¹⁵²⁷. L'absence de contrôle d'un juge, l'absence de prise en compte de l'ensemble des intérêts en présence et l'absence d'indemnité pour la dépossession ont pu légitimement nourrir des doutes sur la constitutionnalité des mutations domaniales, tant au regard de la libre administration¹⁵²⁸ que de la protection constitutionnelle de la propriété publique¹⁵²⁹.

Le premier ajustement est issu de la modification de l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation par la loi du 27 février 2002. Cette disposition énonce désormais que « l'arrêté de cessibilité emporte transfert de gestion des dépendances du domaine de la personne propriétaire autre que l'État au profit du bénéficiaire de l'acte déclaratif d'utilité publique ». Un changement autoritaire d'affectation peut donc s'intégrer dans une mesure d'expropriation. Mais le transfert opéré ne concerne que la gestion et non la propriété¹⁵³⁰. Le législateur a préservé le principe jurisprudentiel de l'impossibilité d'exproprier les dépendances des collectivités territoriales¹⁵³¹ et valide le transfert de gestion par l'arrête de cessibilité, en élargissant le champ des personnes publiques bénéficiaires. Dans la jurisprudence, seul l'État pouvait être bénéficiaire de la déclaration d'utilité publique¹⁵³², c'est désormais également le cas pour les collectivités territoriales¹⁵³³.

La procédure de l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation est une catégorie particulière de changement autoritaire d'affectation : elle n'exclut pas ni ne se substitue à la technique des mutations domaniales. Selon le juge administratif, elle n'a « ni pour objet ni pour effet de priver le Premier ministre ou les ministres intéressés du pouvoir qu'ils tiennent [...] des principes généraux qui régissent le domaine public de décider pour un motif d'intérêt général de procéder à un changement d'affectation d'une dépendance du domaine public, d'une collectivité territoriale »¹⁵³⁴. Néanmoins, l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation

¹⁵²⁶ Sur ce point, v. rapport CE sur le droit des propriétés publiques adopté par la section du rapport et des études : *EDCE*, n° 38, 1987, p. 17.

¹⁵²⁷ B. TARDIVEL, « Le nécessaire aménagement de la théorie des mutations domaniales », *AJDA*, 2003, p. 492 ; C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° 242 et s.

¹⁵²⁸ Sur la constitutionnalité de la libre administration, cf. Cons. const., déc., n° 79-104 DC, 23 mai 1979 relative à la Nouvelle-Calédonie : *Rec.*, p. 27 ; *RDP*, 1979, p. 1694, chron. Favoreu. Cons. const., déc., n° 90-277 DC, 25 juil. 1999.

¹⁵²⁹ Cons. const., déc., 2003-473 DC, 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : *JO*, 3 juil. 2003.

¹⁵³⁰ J.-P. AMADÉI, *Domaine public et décentralisation*, Thèse Montpellier, 1996, p. 91.

¹⁵³¹ CE, 13 janv. 1984, Commune de Thiais, préc. ; CE, 24 juin 2004, Commune de Proville, préc. Sur ce point, v. Ch. Lavialle, « Décentralisation et domianialité », préc.

¹⁵³² CE, 3 déc. 1993, Ville de Paris c/ Parents et autres : *Rec.*, p. 340, *AJDA*, 1993, p. 856, chron. Mauguët et Touvet ; *D.* 1994, somm. p. 274, obs. Bon ; *RDI*, 1994, p. 227, obs. Auby ; *RFD.A*, 1994, p. 583, concl. Bonichot.

¹⁵³³ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 157-158.

¹⁵³⁴ CE, 24 juin 2004, Commune de Proville, préc.

préfigure un renouvellement de l'approche des mutations domaniales. En premier lieu, le législateur inaugure un mouvement vers une prise en compte plus accrue des intérêts des collectivités territoriales. Le principe de l'indemnisation est admis : « en cas de désaccord entre le bénéficiaire de cet acte et la personne propriétaire, le juge de l'expropriation fixe les modalités de répartition des charges de gestion entre ces personnes ainsi que la répartition du préjudice éventuellement subi par le propriétaire »¹⁵³⁵.

Le dispositif prévu par l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation reste insuffisant à plus d'un titre. En premier lieu, l'indemnisation ne représente pas la privation de jouissance du propriétaire, mais seulement le « préjudice éventuellement subi » par celui-ci¹⁵³⁶. Ensuite, le changement d'affectation échappe au contrôle de l'utilité publique opéré par le juge administratif. Mais une modification terminologique est à noter dans l'énoncé de l'article L. 11-8, le changement autoritaire d'affectation devient synonyme de « transfert de gestion ». Ce changement terminologique a son importance : le législateur ne remet pas en cause le principe du changement autoritaire d'affectation, mais il y intègre l'habilitation entre le propriétaire et l'affectataire. Si les transferts domaniaux (ou de gestion) ont été opposés aux mutations domaniales, ces dernières sont désormais une sous-composante de la catégorie des transferts de gestion. Or, structurer le changement autoritaire d'affectation autour de l'idée d'un « transfert » de gestion signifie que la gestion est par essence propriétaire et que l'État décide de l'attribuer à une autre personne publique. En pratique, les conséquences d'un transfert autoritaire de gestion sont identiques à celles d'un transfert volontaire de gestion : le temps du transfert, l'affectataire détient une parcelle du *domaine* de la propriété publique.

268. Le législateur retient, dans le Code général de la propriété des personnes publiques, un dispositif similaire à celui de l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation. L'article L. 2123-5 confirme, selon ses termes, le principe du « transfert de gestion au profit du bénéficiaire de l'acte déclaratif d'utilité publique ». Les mutations domaniales sont aussi comprises dans la catégorie des « transfert[s] de gestion lié[s] à un changement d'affectation »¹⁵³⁷. L'article L. 2123-4 cristallise les mutations en énonçant que « lorsqu'un motif d'intérêt général justifie de modifier l'affectation de dépendances du domaine public appartenant à une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public, l'État peut, pour la durée correspondant à la nouvelle affectation, procéder à cette modification en l'absence d'accord de cette personne publique ». L'affectation « n'est plus seulement un critère

¹⁵³⁵ Art. L. 11-8, al. 2 du Code de l'expropriation.

¹⁵³⁶ Sur ce point, C. CHAMARD-HEIM, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52, §. n° 249.

¹⁵³⁷ Partie II, Livre 1^{er}, Titre I, Chapitre II, Section III du Code général de la propriété des personnes publiques.

de détermination de la domanialité publique, mais également un critère de distribution des droits patrimoniaux relatifs aux dépendances concernées »¹⁵³⁸. L'exégèse de l'article L. 2123-4 proposée par N. Bettio peut s'appuyer sur la consécration de l'indemnisation à la suite d'une mutation domaniale. Selon l'article L. 2123-6, le transfert de gestion « donne lieu à indemnisation à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter pour la personne dessaisie ». L'indemnisation couvre un champ sensiblement différent de celui prévu par l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation car elle n'a pas seulement vocation à réparer le préjudice subi par le propriétaire public. Par contre, l'indemnisation ne couvre pas la perte de jouissance du propriétaire public¹⁵³⁹. Le législateur a retenu une approche essentiellement économique de la propriété publique, en axant l'indemnisation sur la perte du *jus fruendi*, et non également sur celle du *jus utendi*.

Les mutations domaniales sont en définitive une procédure subsidiaire, le transfert volontaire reste la procédure de droit commun et l'État n'intervient qu'en cas de désaccord de la personne publique propriétaire. Les précisions apportées par le pouvoir réglementaire abondent dans ce sens. Aux termes de l'article R. 2123-12, alinéa 3, « la personne publique propriétaire dispose d'un délai de quatre mois à compter de la date de réception du projet pour accepter ou refuser le transfert de gestion »¹⁵⁴⁰ et, selon l'article R. 2123-13, ce n'est qu'« en l'absence d'accord constaté dans les conditions prévues à l'article R. 2123-12 », que « le préfet notifie sa décision à la personne publique propriétaire du domaine public ».

269. *Conclusion Section I.* Le Code général de la propriété des personnes publiques entérine le rapprochement entre la personnalité publique, la propriété publique et la gestion domaniale¹⁵⁴¹. Il est donc possible de retenir le postulat selon lequel le législateur conforte la jonction entre la gestion et la propriété publique. La gestion ressortit de l'exercice d'un droit subjectif, en tant qu'incarnation du *domaine* de la propriété publique. Mais, en étant au carrefour de la puissance publique et de la propriété publique, des questions se posent aussi quant à la détermination de l'objet et du champ du droit subjectif qui s'incarne dans le pouvoir de gestion.

¹⁵³⁸ N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, op. cit., p. 158.

¹⁵³⁹ Selon l'article R. 2123-4 du CGPPP, « le directeur départemental des finances publiques fixe le montant de l'indemnité mise à la charge de la personne publique bénéficiaire ».

¹⁵⁴⁰ Et selon l'al. 4 de ce même article, « l'absence de réponse dans ce délai vaut refus de consentir au transfert de gestion ».

¹⁵⁴¹ C. CHAMARD-HEIM, comm. sous art. L. 2123-1 et L. 2123-2 in Ph. YOLKA (dir.), *Code de la propriété des personnes publiques*, Litec, 2010, p. 141.

SECTION II. L'ASSOCIATION PROBLÉMATIQUE ENTRE LA PUISSANCE PUBLIQUE ET LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

270. Le caractère de puissance publique des actes de gestion est un acquis jurisprudentiel, sur lequel il ne s'agit pas de revenir, mais dont il faut discuter les justifications théoriques, fondées sur l'*association* entre les prérogatives propriétaires et les prérogatives de puissance publique. Dans une approche critique de la construction théorique du pouvoir de gestion, il s'agit de pointer les apories de cette association, et non de la stigmatiser comme une confusion entre le domaine de souveraineté et le domaine de propriété. Les conditions théoriques qui ont permis l'association entre la propriété publique et la puissance publique sont donc à distinguer et à discuter (§1). Les conséquences théoriques d'une telle association sont tout aussi problématiques dans une perspective subjectiviste du pouvoir de gestion : associer puissance publique et propriété publique engendre des difficultés quant à la définition du droit subjectif et à la détermination de son objet (§2).

§1. LES CONDITIONS PROBLÉMATIQUES DE L'ASSOCIATION ENTRE LA PUISSANCE PUBLIQUE ET LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

271. En fonction des postulats choisis par la doctrine, l'association entre la puissance et la propriété publiques se heurte à différents écueils. Premièrement, la jonction entre les prérogatives propriétaires et les prérogatives de puissance publique induit une double détermination des fondements du pouvoir de gestion (I). De plus, une telle association ne peut être qu'aporétique au sein des théories favorables à l'assimilation de nature entre propriété publique et propriété privée (II). Enfin, l'effet d'exaltation des prérogatives de l'administration par l'affectation, qui justifie la transformation des prérogatives propriétaires en prérogatives de puissance publique, pose plusieurs problèmes théoriques. D'une part, il repose sur une conception substantielle et unitaire de la puissance publique, et non structurelle, qui occulte en partie la spécificité du pouvoir de gestion en tant que pouvoir *sur* une chose. D'autre part, il pose une limite au dualisme entre la propriété publique et la domanialité publique (III).

I. La surdétermination des fondements de la puissance publique gestionnaire

272. « Aujourd'hui, comme au XIX^e siècle, le domaine public constitue le lieu d'excellence de l'exercice de la police administrative, donc de la puissance publique »¹⁵⁴². L'association entre la puissance publique et la souveraineté offre une justification cohérente à la police, elle suscite en revanche un questionnement au sujet du pouvoir de gestion. Encore sensibles à la théorie de Hauriou selon laquelle « la souveraineté renferme un élément de propriété »¹⁵⁴³, certaines théorisations font dériver l'ensemble des prérogatives de puissance publique, y compris le pouvoir de gestion, de la souveraineté¹⁵⁴⁴. Force est de constater que ces conceptualisations font intervenir deux fondements : la souveraineté et la propriété, qui conduisent à une surdétermination des fondements du pouvoir de gestion. Le domaine public « appartient à l'État, personnalisation juridique de la Nation. Le droit de souveraineté de l'État, en vertu duquel il a la police et l'administration du domaine public, n'exclut pas son droit de propriété »¹⁵⁴⁵. Le pouvoir de police serait une conséquence directe de la souveraineté, expression d'un commandement. Le pouvoir de gestion serait une conséquence indirecte : la souveraineté emporte un droit de propriété sur le domaine public et ce droit s'incarne à travers le pouvoir de gestion, autre expression de la puissance publique¹⁵⁴⁶. Un tel schéma sous-entend la souveraineté comme un « principe d'imputation »¹⁵⁴⁷ unitaire de la puissance publique¹⁵⁴⁸ qui irrigue l'ensemble des interventions sur le domaine public. La puissance n'est qu'une¹⁵⁴⁹, elle est seulement multiple dans ses manifestations.

273. La souveraineté reste le seul et véritable fondement de la puissance publique gestionnaire, tout en étant, de manière secondaire, celui de la propriété publique. Aussi, le recours à la souveraineté apporte une limite à la spécificité du pouvoir de gestion, celui-ci n'est qu'une sous-composante de la catégorie de la puissance publique. L'affirmation du Professeur Ph. Yolka selon laquelle « La police reste fondamentalement liée à la notion d'*imperium*, tandis que la gestion ressortit à la sphère du *dominium* »¹⁵⁵⁰ n'a pas encore reçu une pleine satisfaction

¹⁵⁴² N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 2011, p. 59.

¹⁵⁴³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 630-631.

¹⁵⁴⁴ H. PAULIAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, PUF-PULIM, 1994, tome 1, p. 156 et s.

¹⁵⁴⁵ H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'Etat*, 4^e éd., 1946, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁴⁶ *Supra*. [Partie I, Titre I, Chapitre I].

¹⁵⁴⁷ Sur cette notion, v. M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 90 et s.

¹⁵⁴⁸ G. VEDEL, *Droit administratif*, 4^e éd., PUF, « Thémis », 1968, p. 19. V. aussi, 1^{re} éd., 1958, p. 21.

¹⁵⁴⁹ Sur le lien entre la souveraineté et l'unité de la puissance publique, v. O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 131 et s.

¹⁵⁵⁰ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 258.

théorique. La référence à la souveraineté empêche une distinction claire entre les deux sphères respectives.

II. L'incompatibilité avec la doctrine de l'assimilation entre la propriété publique et la propriété privée

274. Les théorisations du pouvoir de gestion peuvent donner lieu à des questionnements en fonction des choix conceptuels relatifs à la propriété publique. L'association entre propriété publique et puissance publique s'avère problématique lorsqu'est retenue l'assimilation entre la propriété publique et la propriété privée. Le courant doctrinal¹⁵⁵¹ représenté notamment par les Professeurs Y. Gaudemet¹⁵⁵² et C. Chamard-Heim¹⁵⁵³ ne retient pas la spécificité absolue de la propriété publique vis-à-vis de la propriété privée : la propriété publique aurait, selon ces auteurs, la même *nature* que la propriété privée. S'ils reconnaissent une particularité de la propriété publique, elle n'est que relative et résiduelle, et se caractérise seulement par les principes d'incessibilité et d'insaisissabilité, qui dépendent du lien avec la personnalité publique. Le choix de l'assimilation entre la propriété privée et la propriété publique peut indéniablement se fonder sur les éléments suivants : d'une part, la protection judiciaire de la propriété n'opère pas de distinction entre la propriété publique et la propriété privée ; d'autre part, la protection constitutionnelle, inaugurée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, bénéficie autant à la propriété privée qu'à la propriété publique¹⁵⁵⁴.

Du point de vue du Professeur Y. Gaudemet, ce sont en définitive les phénomènes de valorisation du domaine public qui parachèvent le mouvement de rapprochement entre les deux propriétés. La proposition de Hauriou, selon laquelle la nature de la propriété administrative est différente de celle de la propriété privée, s'accordait « à la fonction de

¹⁵⁵¹ Ce courant doctrinal est déjà très ancien. Pour rappel, v. L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur le domaine public*, 1910 ; G. MAROGER, *L'affectation à l'usage du public des biens des patrimoines administratifs*, Paris, 1942, préface R. Capitant, p. VI : « cette propriété domaniale paraît semblable à la propriété du droit privé, car elle consiste, comme celle-ci, dans le droit de tirer, actuellement ou virtuellement, toutes les utilités et tous les avantages que celle-ci comporte ».

¹⁵⁵² Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 20 et s.

¹⁵⁵³ C. CHARMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, 2011, p. 303-304 : « s'il n'y a assurément qu'un seul droit de propriété, l'exercice de ce droit peut varier en fonction de la nature juridique du propriétaire. C'est ainsi que la mise en œuvre par les personnes publiques de leur droit de propriété comporte des spécificités, liées à la nature intrinsèque de ces personnes, doublement déterminées par leur personnalité morale et par leur personnalité publique ». V. aussi R. NOGUELLOU, « Les rapports domaniaux entre personnes publiques », RFDA, 2006, p. 957 : « les personnes publiques sont propriétaires de leurs biens, et ce droit de propriété est de même nature que celui consacré par le code civil ».

¹⁵⁵⁴ Cons. consti., déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 : Rec., p. 18 ; *AJDA*, 1982, p. 377, note Rivero ; *JCP*, 1982, II, p. 153, note de Villiers ; J. dr. int., 1982, note Goldman ; *GP*, 1982, I, p. 67, note Piédelièvre et Dupichot ; *D.*, 1983, p. 169, note Hamont. Sur ce point, C. CHARMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif*, t. II, 2011, *op. cit.*, p. 304

conservation qui dominait alors les biens publics »¹⁵⁵⁵ ; elle perd, de l'avis du Professeur Y. Gaudemet, toute pertinence à l'heure de la valorisation du domaine public. Dans cette perspective, le pouvoir de gestion serait, par extension, similaire à l'administration d'un bien par un particulier. Tant que cela ne contrarie pas l'affectation domaniale, le gestionnaire public use effectivement d'outils juridiques identiques, ou du moins comparables, à ceux existant sous l'empire du Code civil.

275. Cependant, une « privatisation » de la propriété publique peut nier, dans une certaine mesure, le lien entre la personnalité publique et la propriété publique. Il peut y avoir une contradiction à affirmer que la propriété publique est de même nature que la propriété privée, mais qu'elle s'en distingue, au niveau de son régime, en raison du lien établi avec la personnalité publique. Une telle théorisation raviverait implicitement la dualité de la personnalité juridique, scindée entre la personnalité-puissance publique et la personnalité civile. Par ailleurs, tout en assimilant les deux propriétés, le Professeur Y. Gaudemet distingue la « propriété privée des particuliers » et « la propriété publique, entendue comme celle des personnes publiques sur leurs biens »¹⁵⁵⁶. De deux choses l'une, soit la propriété privée est effectivement celle des particuliers¹⁵⁵⁷, alors la propriété publique ne peut être assimilée à la propriété privée, soit le rapprochement est réalisé, alors le lien qui unit le sujet et la chose est nié. Une distinction entre la titularité et la nature de la propriété permettrait néanmoins de résorber cette contradiction, en ce sens que la *nature* de la propriété ne dépendrait pas de *l'identité* de son titulaire. Mais partir de la *nature* de la propriété privée semble délicat pour rendre compte de celle de la propriété publique. Les tentatives d'assimilation entre les deux propriétés sont tributaires de la conceptualisation de la propriété privée et celle-ci est loin de faire l'objet d'un consensus doctrinal : il est donc difficile de s'en servir comme modèle afin de théoriser une propriété publique. Comment définir la propriété privée ? Peut-on se fonder sur la définition de la propriété privée comme maîtrise souveraine ? Ce modèle est difficilement transposable dans la sphère du droit public et il est de moins en moins représentatif dans les théorisations privatistes de la propriété¹⁵⁵⁸. Le triptyque *usus, fructus, abusus* peut-il servir de référence¹⁵⁵⁹ ? Il semble qu'il soit aussi très discuté. Ce triptyque, que certains considèrent comme les attributs de la propriété, n'est en réalité que la « description phénoménale »¹⁵⁶⁰ de

¹⁵⁵⁵ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 22.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁵⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 264 et s.

¹⁵⁵⁹ Sur l'usage du triptyque *usus, fructus, abusus* comme outil de description de la propriété publique, v. C. CHARMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, 2011, p. 303.

¹⁵⁶⁰ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 333.

ses effets et n'épuise pas son contenu. La définition de la propriété comme propriété fonction sociale (ou propriété sociale)¹⁵⁶¹ est-elle plus convaincante ? Une telle définition aurait le mérite de faciliter le rapprochement entre les deux propriétés, mais aussi le défaut d'effacer toute spécificité. Elle n'a donc aucune pertinence dans la conceptualisation des deux propriétés. Il reste les deux prédicats de la propriété privée que la doctrine extrait de l'exégèse de l'article 544 du Code civil¹⁵⁶² : l'exclusivité et l'absoluité. Ces deux principes peuvent présenter un grand intérêt dans la conceptualisation de la propriété publique car ils incarnent respectivement la faculté du propriétaire d'exclure un tiers de l'usage de la chose (*jus excluendi alios*) et celle d'opposer *erga omnes* les situations juridiques à l'origine du droit de propriété¹⁵⁶³. L'opposabilité *erga omnes* peut rendre compte de la protection de la propriété publique, et le principe d'exclusivité peut caractériser le pouvoir d'exclure un usager de l'utilisation du domaine public – à condition néanmoins d'être purgé de toutes les connotations propres à la propriété privée, qui le lient notamment à la maîtrise souveraine, et de trouver une signification conciliable avec l'affectation domaniale. Il demeure que l'exclusivité et l'absoluité ne sont que la facette expressive de la propriété et n'épuisent pas son contenu, au même titre que le triptyque *usus, fructus, abusus*.

Le contenu de la propriété privée ne peut être défini¹⁵⁶⁴. La propriété privée présente un caractère illimité, en ce sens que l'article 544 du Code civil fournit au particulier, dans le cadre des lois impératives, un champ d'intervention *a priori* indéfinissable¹⁵⁶⁵. Le propriétaire privé peut tout faire, même mésuser ou anéantir la chose, à condition de ne pas contrevenir aux lois impératives ou de ne pas abuser de son droit¹⁵⁶⁶. Le cadre d'habilitation très permissif attribué au propriétaire privé présente peu de similitudes avec le cadre d'habilitation du propriétaire public : l'intervention du propriétaire public sur le domaine public et, dans une moindre mesure sur le domaine privé, est une intervention finalisée, bornée par l'intérêt général et

¹⁵⁶¹ Sur cette théorie, G. RENARD et L. TROTABAS, *La fonction sociale de la propriété privée*, Sirey, 1930. Pour une approche critique, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 194-195 ; G. MAROGER, *L'affectation à l'usage du public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 570 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III. *Les biens*, 19^e éd., *op. cit.*, 2000, p.125.

¹⁵⁶² Selon cet article, « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

¹⁵⁶³ Sur ce point, M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 97 et s.

¹⁵⁶⁴ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *préc.*, spéc. p. 306 : « Si la propriété est une relation, elle ne doit plus se définir par un contenu : celui-ci procédera de son actualisation par tout propriétaire, en fonction de chacun de ses biens ».

¹⁵⁶⁵ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 313-314 ; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.*, 1993, p. 305.

¹⁵⁶⁶ Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *préc.*

faisant l'objet de sujétions¹⁵⁶⁷. Le principe d'incessibilité, inhérent à la personnalité publique, est par exemple une restriction au pouvoir de disposition de la dépendance.

276. En outre, même en admettant l'assimilation de *nature* entre la propriété publique et la propriété privée, une telle assimilation promeut implicitement une théorisation problématique d'une propriété publique de nature privée au fondement de prérogatives de puissance publique. La propriété privée se place pourtant en position d'extériorité vis-à-vis de la puissance publique¹⁵⁶⁸, elle est même édifiée, dans sa construction théorique, en opposition avec la puissance publique. L'association entre puissance publique et propriété publique assimilée à la propriété privée entérine donc une confusion particulière entre *dominium* et *imperium*, qui va à l'encontre de la construction historique du rapport entre la propriété des particuliers et la puissance de l'État, issue de l'exégèse de l'article 544 du Code civil. La propriété privée suppose d'évacuer toute intervention directe de la puissance publique, celle-ci « est [seulement] habilitée à prohiber ou restreindre tel exercice du droit de propriété qui méconnaîtrait l'intérêt général. En revanche, la loi et le règlement ne sauraient s'immiscer dans la relation établie entre le propriétaire et son bien, dès lors qu'elle consiste en un droit exclusif, qui l'exclut autant que quiconque »¹⁵⁶⁹.

277. L'issue se trouve dans l'idée, en germe dans l'œuvre de Bonnard¹⁵⁷⁰ et développée par le Professeur Ph. Yolka, que la propriété forme un concept général dont la propriété publique et la propriété privée sont deux déclinaisons spécifiques¹⁵⁷¹. Il ne s'agit pas de balayer toute forme de similitude entre les deux propriétés, elles convergent chacune vers une même institution juridique : un pouvoir sur une chose. Il n'y a donc rien de rédhibitoire à ce que des éléments propres à la propriété privée se retrouvent également dans la structure de la propriété publique¹⁵⁷², et inversement. Mais, il s'agit d'opérer un changement de perspective : dire qu'il

¹⁵⁶⁷ Sur ce point, P. PY, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, 1976, p. 22. V. aussi sur la distinction entre la propriété privée et la gestion du domaine public, J.-B. AUBY, « Propriété et gestion domaniale », *DA*, n° 7, Juillet 2011, repère n° 7.

¹⁵⁶⁸ Cette idée s'inspire grandement de l'intervention du Professeur J.-J. BIENVENU sur le thème « Compétence et propriété », lors du colloque organisée par l'AFDA autour du thème « Compétence », Juin 2008, Nancy. Cette intervention n'a pas fait l'objet d'une publication.

¹⁵⁶⁹ Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », préc.

¹⁵⁷⁰ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 551. Pour une analyse, v. G. MAROGER, *L'affectation à l'usage du public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 570. Cependant, pour BONNARD, il existe deux déclinaisons de la notion générale de propriété : la propriété individuelle et la propriété sociale. Cette distinction ne revêt pas la même signification que celle par le Professeur Ph. YOLKA.

¹⁵⁷¹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 175 : « Dans ces conditions, la problématique traditionnelle, qui conduit à regarder la propriété publique comme un simple dérivé de la propriété privée, apparaît dépourvue de pertinence. Au lieu d'analyser le filtrage et la réception en droit public d'une notion de droit privé, il faut plutôt considérer la propriété privée et la propriété publique comme dérivées d'un même concept général de propriété ».

¹⁵⁷² C. CHARMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif*, t. II, 2011, *op. cit.*, p. 302.

existe des similitudes entre les deux propriétés, ce n'est pas adhérer à la construction de la propriété publique sur le modèle de la propriété privée, c'est considérer que les similitudes proviennent d'un modèle général propre aux deux types de propriété. Rien, dès lors, ne s'oppose à la reconnaissance d'une ontologie commune. Mais reconnaître la spécificité de la propriété publique par rapport à la propriété privée possède le mérite de préserver le lien entre la personnalité publique et la propriété publique, et d'éviter aussi une confusion problématique entre le *dominium* et l'*imperium*. La reconnaissance de la spécificité de la propriété publique rend également justice à celle de la propriété privée. Il y a d'abord une différence de régime au regard des principes d'incessibilité et d'insaisissabilité. Il y a ensuite une différence de position vis-à-vis de la puissance publique : la propriété publique peut être au fondement d'une puissance publique¹⁵⁷³, la propriété privée reste extérieure à la puissance publique.

III. Les limites du principe de l'exaltation de l'affectation dans la définition de la puissance publique gestionnaire

278. Création strictement doctrinale, l'idée de l'exaltation (ou de « durcissement »¹⁵⁷⁴) par l'affectation du pouvoir de gestion est un outil conceptuel qui permet de comprendre la transformation des prérogatives propriétaires en prérogatives de puissance publique. Mais deux points posent question : l'unité substantielle de la puissance publique postulée par cet outil conceptuel (**A**) et la limitation engendrée au dualisme entre la propriété publique et la domanialité publique (**B**).

A. L'unité substantielle de la puissance publique en débat.

279. L'affirmation selon laquelle la propriété publique peut être au fondement d'une puissance publique repose essentiellement sur une approche substantialiste qui associe la puissance publique à l'idée d'exorbitance, révélatrice de « l'essence même du phénomène administratif »¹⁵⁷⁵, et présente le *contenu* du pouvoir de gestion « comme spécial, exorbitant, dérogoratoire au droit commun »¹⁵⁷⁶. L'exorbitance est « ce qui est excessif, ce qui dépasse la mesure, la mesure ordinaire »¹⁵⁷⁷. Une telle définition prend tout son sens s'agissant de la

¹⁵⁷³ Sur ce point, v. A. de LAUBADÈRE, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », préc. : la propriété publique est un propriété « d'un type original [qui] interdit d'y voir une propriété privée [parce que] les dilations exorbitantes sont vraiment spécifiques du droit administratif ».

¹⁵⁷⁴ Y. GAUDEMET, « L'avenir du droit des propriétés publiques », préc.

¹⁵⁷⁵ J. CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, 1988, p. 57, spéc. p. 59.

¹⁵⁷⁶ Expression empruntée à N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », préc., p. 179.

¹⁵⁷⁷ É. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public, op. cit.*, p. 22.

gestion du domaine public. Si « la mesure ordinaire » est entendue comme la gestion du domaine privé ou comme l'administration d'une propriété privée, la gestion du domaine public présente un caractère exorbitant puisqu'elle implique l'usage de prérogatives qui excèdent cette mesure. La mutation de la prérogative propriétaire en prérogative de puissance publique se réalise au moment de l'entrée du bien dans la catégorie du domaine public. L'affectation opère un « effet d'exaltation »¹⁵⁷⁸ des prérogatives propriétaires et les érige en puissance publique aux fins de l'intérêt général et de la protection de la destination du domaine public. L'affectation désigne ici « le régime juridique du bien »¹⁵⁷⁹ et son exaltation est donc le processus par lequel la gestion domaniale entre dans le monde de l'exorbitance.

280. D'une part, l'effet d'exaltation par l'affectation permet de surmonter l'opposition entre les prérogatives propriétaires et les prérogatives de puissance publique¹⁵⁸⁰ ; d'autre part, il se porte garant de l'unité de la puissance publique. L'approche substantialiste, structurée autour du contenu, c'est-à-dire autour de l'exorbitance du pouvoir de gestion, offre la possibilité de reconstituer l'unité catégorielle de la puissance publique. Le pouvoir de gestion a un fondement différent du pouvoir de police, mais ils se rejoignent en raison de leur caractère exorbitant commun et, en conséquence, autour de leur identité commune de puissance publique.

Cependant, l'approche substantialiste, liée à l'idée de l'effet d'exaltation par l'affectation, n'est pas satisfaisante. Premièrement, l'approche substantialiste souffre d'un problème méthodologique : elle repose sur une vision *a priori* de la puissance publique, c'est-à-dire sur une représentation préalablement posée et construite à partir de l'exorbitance et de la supériorité de l'administration. Précisément, en tant que processus de transmutation des prérogatives propriétaires, l'effet d'exaltation a donc vocation à transmettre les caractéristiques supposées de la puissance publique – unilatéralité, dérogation et spécialité¹⁵⁸¹ – au pouvoir de gestion. L'approche substantialiste ne donne pas une définition propre au pouvoir de gestion : à travers l'idée de l'effet d'exaltation, elle intègre le pouvoir de gestion dans sa représentation *a priori* de la puissance publique, et ce afin de donner une cohérence au droit autour de l'unité de la puissance publique. C'est pourquoi, deuxièmement, par une telle approche, le pouvoir de gestion perd un peu de sa spécificité : l'approche substantialiste ne rend que partiellement

¹⁵⁷⁸ Supra [Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II]

¹⁵⁷⁹ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁸⁰ Sur l'opposition entre les droits patrimoniaux et les droits de puissance publique, v. L. MICHOU, *La notion de personnalité morale*, t. II, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵⁸¹ Sur les caractéristiques de l'exorbitance, B. SEILLER, *Droit administratif*, t. I, Flammarion, 3^e éd., 2010, glossaire critique, « exorbitance ».

compte du « rapport de droit »¹⁵⁸² entre le gestionnaire et la dépendance domaniale : elle minore la particularité de la structure relationnelle du pouvoir de gestion, c'est-à-dire la particularité du rapport juridique entre la personne publique et le domaine public¹⁵⁸³. En effet, la gestion du domaine public se distingue fondamentalement des autres expressions de puissance publique dans la mesure où elle reste l'unique exemple d'une puissance publique sur une chose. Le pouvoir de gestion est donc une puissance intrinsèquement différente de la police et même de l'expropriation, bien que certains auteurs aient milité pour un rattachement de cette dernière prérogative à une propriété éminente de l'État¹⁵⁸⁴. Dans le cas de l'expropriation, pour reprendre l'analyse de Michoud, l'État « a sans doute le droit de commander certains actes qui s'y rapportent (limitations imposées aux particuliers quant au droit de propriété du sol, expropriation, servitudes d'utilité publique) : mais le commandement, sur ce point comme sur les autres, s'adresse toujours aux personnes, et cela n'entraîne [...] aucun droit sur le sol que l'on puisse considérer comme ayant une existence propre »¹⁵⁸⁵. Ainsi, dans le cas du pouvoir de police comme dans celui du pouvoir d'expropriation, il existe toujours une médiation personnelle entre la personne publique et la chose¹⁵⁸⁶. Dans le cas du pouvoir de gestion, il faut consentir à ce que la *puissance* recouvre une signification différente de celle des autres expressions de puissance publique. Si le pouvoir de gestion est une puissance sur les personnes, il est avant tout une puissance sur une chose.

B. L'effet d'exaltation de l'affectation : une limite à la distinction entre la propriété publique et la domanialité publique

281. L'idée d'exaltation de l'affectation doit aussi s'analyser à l'aune de la distinction dualiste des champs respectifs de la propriété publique et de la domanialité publique. Le rattachement exclusif du pouvoir de gestion à la propriété publique contribue à la distinction entre la propriété publique et la domanialité publique. Dans le cadre du « dualisme modéré »

¹⁵⁸² Sur cette notion, G. RIPERT, *De l'exercice du droit de la propriété : dans ses rapports avec les propriétés voisines*, 1902, A. Rousseau, 1902, p. 123. Selon cet auteur, la propriété est un rapport. Ce rapport s'établit concrètement entre une personne déterminée et un objet déterminé. V. aussi, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 181 et s. ; F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 751.

¹⁵⁸³ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 258 : « La relation sujet-objet varie considérablement entre la police et la gestion ; la propriété publique représente, au premier cas, le décor de la pièce ; elle en devient, dans le second, l'argument principal ».

¹⁵⁸⁴ X. BIOY, « La propriété éminente de l'État », *préc.*

¹⁵⁸⁵ L. MICHOD, *La notion de personnalité morale*, t. II, *op. cit.*, p. 61-62.

¹⁵⁸⁶ Sur la relation directe entre le propriétaire et la chose, v. M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 97 : « Par droit réel, on a vu qu'il fallait entendre que le droit de propriété n'est pas personnel au sens où il serait exclusif de tout rapport d'obligation personnelle dans les relations du propriétaire à sa propriété ». Sur la critique de cette définition, S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, LGDJ, 1960, p. 55 et s.

systématisé par le Professeur Ph. Yolka¹⁵⁸⁷, l'affectation n'est plus fondatrice d'un pouvoir de gestion distinct de celui fondé sur le droit de propriété. La domanialité publique, par l'effet d'exaltation, confère seulement sa spécificité au pouvoir de gestion du domaine public par rapport à celui du domaine privé¹⁵⁸⁸. Cependant, l'exaltation de l'affectation constitue une limite au dualisme entre la propriété publique et la domanialité publique. Si le pouvoir de gestion a pour unique fondement la propriété et qu'il n'acquiert son caractère de puissance publique qu'en raison de l'effet d'exaltation de l'affectation, il en résulte que le caractère de puissance publique du pouvoir de gestion est la combinaison de la propriété publique et de l'affectation, en conséquence de quoi le dualisme n'est pas totalement réalisé. Issue de la théorie de la propriété administrative, l'exaltation de l'affectation, présente dans la théorie moderne de la propriété publique, maintient un résidu de l'approche moniste selon laquelle l'affectation et la propriété sont entremêlées sous un même rapport. Malgré leur fondement commun, les deux types de gestion domaniale n'ont pas la même signification. La gestion du domaine privé est en principe identifiée à une puissance privée et celle-ci ressortit exclusivement de l'exercice de la propriété publique, alors que la puissance publique incarnée par la gestion du domaine public appelle la combinaison de la propriété publique et de l'affectation. Donc, en garantie du dualisme entre propriété publique et domanialité publique et de l'unité de la notion de gestion, l'enjeu est encore de conceptualiser une puissance publique distinct des autres et ayant pour seul fondement la propriété publique. Il reste que l'unité de la puissance publique postulée par le principe d'exaltation de l'affectation est difficile à maintenir en raison du traitement jurisprudentiel du pouvoir de gestion. Le traitement différencié entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de police renforce l'idée de la dualité au sein de la puissance publique, où la police et la gestion constitue deux expressions distinctes de la puissance publique. La frontière entre l'*imperium* et le *dominium* trouve une nouvelle traduction dans la distinction entre les activités hors marché et au sein du marché, réactualisée par le droit de l'Union européenne. En gardant la lecture de la jurisprudence *Société EDA* selon laquelle les règles de concurrence sont directement applicables aux actes de gestion, le pouvoir de gestion occupe une place particulière et problématique par rapport aux autres interventions de puissance publique. Pour dépasser ce qui apparaît comme une contradiction, l'élaboration d'un nouveau concept de puissance est nécessaire, à la fois pour préserver la compétence du juge administratif sur les actes de gestion et *justifier* l'application directe des règles de concurrence.

¹⁵⁸⁷ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 609.

¹⁵⁸⁸ V. aussi, Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, t. II, 14^e éd., *op. cit.*, 2011, p. 17

282. *Conclusion §1.* En définitive, les modalités conceptuelles qui permettent de penser l'association entre la puissance publique et la propriété s'avèrent problématiques. Quelles que soient les voies choisies, les théories reposent implicitement sur une opposition originelle entre puissance publique et propriété, dont elles cherchent à promouvoir une synthèse. Il y a une ambiguïté sur le terme de « puissance » dans la mesure où la puissance provient d'un élément externe au pouvoir de gestion : l'affectation ou la souveraineté, et où la propriété ne semble pas être porteuse en elle-même d'une idée de puissance. L'association entre puissance publique et propriété repose ainsi sur des postulats discutables, et entraîne des difficultés relatives à la définition du droit subjectif incarné par le pouvoir de gestion.

§2. LES CONSÉQUENCES PROBLÉMATIQUES DE L'ASSOCIATION ENTRE PUISSANCE PUBLIQUE ET PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

283. Si les conditions de l'association entre la puissance publique et la propriété publique sont problématiques, ses implications dans la conceptualisation du pouvoir de gestion le sont tout autant. En admettant, dans une perspective subjectiviste, que le pouvoir de gestion est l'expression d'un droit subjectif de la personne publique sur le domaine public, l'association entre la puissance publique et la propriété publique constitue une complication supplémentaire quant à la détermination de l'objet (**I**) et à la définition de ce droit subjectif (**II**).

I. L'association entre la propriété et la puissance publique : une multiplication de l'objet du droit subjectif

284. L'association entre la propriété publique et la puissance publique est à questionner en fonction des différentes approches de la titularité des droits subjectifs des personnes publiques. La doctrine a effectivement fourni plusieurs conceptualisations de l'imputation de droits subjectifs (**A**). Mais l'association entre puissance publique et propriété publique engendre des difficultés lorsque la titularité est appréhendée à travers le prisme d'un lien d'appartenance, car une telle conceptualisation génère une multiplication de l'objet du droit subjectif (**B**).

A. Les différentes approches de la titularité du droit subjectif des personnes publiques

285. Unité juridique¹⁵⁸⁹, la personnalité publique est un centre d'imputation de l'ensemble des interventions administratives, y compris de puissance publique¹⁵⁹⁰. Dans le sillage de la théorie de la personnalité juridique, se pose alors la question de la titularité des droits et des actes. Plusieurs réponses sont apportées, sollicitant différentes figures de la personnalité juridique : la personnalité juridique « comme une aptitude à avoir des droits » ; la personnalité juridique « comme l'aptitude à avoir des biens »¹⁵⁹¹.

286. D'abord, la titularité est envisagée à travers l'imputation d'une volonté à une personne publique. La puissance publique est définie comme la concrétisation de la volonté de la personne publique. À la suite d'une reformulation de la théorie du droit subjectif comme pouvoir de volonté (*Willenstheorie*), qu'il adapte aux spécificités du droit administratif, Hauriou considère que « l'acte administratif [de puissance publique] n'est autre chose que la déclaration de volonté de l'administration »¹⁵⁹². Selon l'auteur, la personnalité publique est l'incarnation de la souveraineté et l'*imputation* de son expression. La volonté de la personne publique, qui bénéficie « d'une identité propre »¹⁵⁹³, est présentée par Hauriou comme étant par essence supérieure à celle des particuliers, et non nécessairement omnipotente. La puissance publique est en effet replacée, comme le théorise Jellinek, dans un système relationnel, qui « suppose [un] rapport de droit [lequel] suppose la reconnaissance réciproque des personnalités »¹⁵⁹⁴.

Par la suite, la théorie dite mixte¹⁵⁹⁵ propose une autre voie de conceptualisation de la titularité de la puissance publique. En combinant la théorie du pouvoir de volonté et celle de

¹⁵⁸⁹ J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 1960, p. 14 : « Le droit français attribue ainsi, à certains collectifs territoriaux possédant des organes administratifs, la qualité de sujets de droit, ou, en d'autres termes, la *personnalité morale* : c'est à elles que sont imputés les effets juridiques – droits ou obligations – des actes accomplis par leurs agents ; l'État, les collectivités territoriales, commune et département, les établissements publics, sont les principales personnes morales de droit public ».

¹⁵⁹⁰ Cependant, la théorie institutionnelle, portée par Hauriou, apporte une limite au subjectivisme, l'ensemble de la puissance publique n'est pas rattachée à la personnalité publique, certains actes sont impersonnels et exclusivement dominés par le droit objectif.

¹⁵⁹¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, 1^{re} éd., PUF, 2006, p. 113. V. aussi, M. Hauriou qui distingue trois figures de la personnalité juridique : « La première de ces catégories s'est formée autour de l'idée centrale de la propriété, car la propriété est ce qui est propre à un sujet, elle comprend les notions de biens, de patrimoine, de jouissance des droits ; la seconde catégorie s'est constituée autour de l'idée centrale des "rapports de droit" qui sont des rapports de moi à autrui, elle comprend la notion de la responsabilité subjective et, jusqu'à un certain point, celle de la décision exécutoire ; quant à la troisième catégorie, celle de la capacité, elle ne contient que cette notion dont nous verrons l'importance » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 1910, p. 665).

¹⁵⁹² M. HAURIOU et G. de BEZIN, « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD. Civ.*, 1903, p. 541, spéc. p. 548.

¹⁵⁹³ A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatérale*, *op. cit.*, p. 178.

¹⁵⁹⁴ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 331 (souligné par l'auteur).

¹⁵⁹⁵ Sur ce point, v. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 72 et s.

Jhering qui conçoit le droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé, la théorie mixte, portée par Michoud, conçoit la puissance publique comme une volition qui n'est rattachée à la personnalité publique que si elle correspond à un intérêt juridiquement protégé d'une personne publique. Il peut s'agir, selon les cas, de l'intérêt national, de l'intérêt local ou de l'intérêt général. Cette théorie épouse la même finalité que la théorie du droit subjectif conçu comme pouvoir de volonté : le but est de penser la puissance publique dans le cadre relationnel d'un rapport de droit (*vinculum juris*).

Enfin et surtout, la puissance publique est considérée comme l'exercice d'un droit subjectif. La titularité est envisagée par le biais d'un lien d'appartenance unissant le droit de puissance publique à la personne publique : avoir un droit. Michoud, le premier, parle de « droits de puissance publique appartenant à l'État »¹⁵⁹⁶ qui relèvent principalement de la famille « des droits non patrimoniaux de personnes morales » de droit public¹⁵⁹⁷. De même, Hauriou estime que les droits subjectifs sont « ceux qui appartiennent à un sujet »¹⁵⁹⁸.

L'ensemble de ces approches sont loin de s'opposer, elles sont parfois complémentaires et interviennent à différents niveaux dans les théories subjectivistes de la puissance publique. Hauriou, Michoud, et Moreau les manient et les combinent. Une synthèse de ces trois théories est possible : la puissance publique est un droit *appartenant* à une personne publique, fondement d'une *volonté*, correspondant à l'*intérêt juridiquement protégé*. Ces différentes approches doivent néanmoins être confrontées à la théorie du pouvoir de gestion, notamment à l'aune de l'association entre puissance publique et propriété. Le fondement propriétaire du pouvoir de gestion est le gage de sa dimension subjectiviste. Pourtant, l'association entre puissance publique et propriété est délicate si l'on retient la perception de la puissance publique en tant que droit subjectif *appartenant* à une personne publique : dans ce cas, la relation qui unit la propriété et la puissance publique ne peut être que tautologique.

B. Le lien tautologique entre la propriété et la puissance publique.

287. Lorsqu'elle est théorisée comme étant un droit subjectif, la puissance publique est envisagée tantôt comme une titularité, tantôt comme un *objet d'appropriation* (exprimé par l'idée d'appartenance). Dans ce dernier cas, l'influence romaniste est sensible. Le droit subjectif,

¹⁵⁹⁶ L. MICHOD, *La notion de personnalité morale*, t. II, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁹⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 34.

¹⁵⁹⁸ Pour exemple, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 1910, p. 665. Sur cette question, voir aussi, F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, 1^{re} éd., PUF, 1995, p. 345 et s.

comme le *jus romain*, est un *bien* dont le titulaire a la jouissance¹⁵⁹⁹ ou, dans la continuité de la pensée de Jhering, il est un intérêt appropriable¹⁶⁰⁰. De la sorte, la doctrine distingue les droits entre les mains des personnes publiques de ceux appartenant aux personnes privées, et affirme par la même occasion le lien intrinsèque qui unit les prérogatives de puissance publique à la personne publique. Parler de droits de puissance publique pour les personnes publiques, c'est circonscrire une sphère d'intervention particulière en termes de titularité, et non en termes de compétence, propres aux théories objectivistes de l'intervention de l'État¹⁶⁰¹ ; c'est aussi, comme le suggère le Professeur F. Moderne, théoriser la puissance publique en une prérogative dont « l'État disposerait à son gré »¹⁶⁰². Cependant, l'appréhension de la titularité de la puissance publique à la lumière du *droit-appartenance* pose des problèmes théoriques de clarification de l'objet du droit subjectif. Cette conceptualisation illustre la confusion entre les deux figures de la personnalité juridique : celle liée à l'aptitude à avoir des droits et celle liée à l'aptitude à posséder. L'accolade de la puissance publique avec la notion de *droit*, dans l'expression « droit de puissance publique », renvoie en premier lieu à la titularité de la puissance publique¹⁶⁰³, qui comprend également l'idée de *rattachement*, celle de *possession*, celle de *disposition*, voire d'*appropriation*¹⁶⁰⁴ des prérogatives de puissance publique par les personnes publiques. En conséquence de quoi, en liant la titularité du droit de puissance publique à l'idée d'appartenance, une redondance se crée entre le droit au premier degré caractérisé par *l'appartenance* et le droit de puissance publique, au second degré ; or, cette redondance aboutit à un *droit sur un droit*. En pareil cas, la puissance publique subit un processus de réification. Elle est, à l'image de la construction de l'Ancien régime¹⁶⁰⁵, un *bien* ou un droit-objet, alors qu'elle est un *pouvoir* (au sens de prérogative). Si le droit subjectif est source d'un pouvoir, il ne peut pas porter sur un pouvoir. Cette difficulté théorique se confirme avec plus de vigueur lorsqu'il s'agit du pouvoir de gestion, si l'on retient l'association entre puissance publique et propriété

¹⁵⁹⁹ M. HAURIU, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 665 : « La première de ces catégories [de la personnalité juridique] s'est formée autour de l'idée centrale de la propriété, car la propriété est ce qui propre à un sujet, elle comprend les notions de biens, de patrimoine, de *jouissance des droits* » (on souligne). V. aussi sur ce point, v. F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 776-777. V. aussi, M. VILLEY, « Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Rev. historique de droit français et étranger*, 1946-1947, p. 224.

¹⁶⁰⁰ Sur l'appropriation des intérêts chez Jhering, v. J. VUILLEMIN, « Régime civil, droit et raison », *Droit et Société*, n° 20/21, 1992, p. 105.

¹⁶⁰¹. Sur ce point, F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁶⁰² *Ibid.*, p. 52 et s

¹⁶⁰³ F. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, *op. cit.*, 1909, n° 69.

¹⁶⁰⁴ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 294. Selon l'auteur, les droits subjectifs sont « des pouvoirs destinés à la satisfaction des idées et des intérêts du sujet, appropriés par lui ». V. aussi, ROBERT, concl. sur CE, 21 juil. 1864, Académie des Beaux-arts, cité par N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 329. L'auteur parle de « droit objet d'une appropriation ».

¹⁶⁰⁵ C. LOYSEAU, *Traité de seigneuries*, Ch. II « Des seigneurs souverains ». L'auteur parle de droits de souveraineté comme « appartenant à l'État ».

publique. Dans le cadre d'une telle association, la puissance publique est un objet d'appropriation tout en ayant pour fondement la propriété publique, ce qui aboutit aussi à une redondance du droit subjectif cumulant la propriété publique et le droit de puissance publique. La tautologie est difficilement surmontable. On est face à une *propriété* de la puissance publique – entendue ici comme ce qui appartient à la personne publique – qui s'exprime par une autre propriété : la propriété publique.

La solution peut consister à inclure le lien d'appartenance dans le droit subjectif, tout en considérant la puissance publique comme le produit de ce droit subjectif. Cette proposition n'est pas satisfaisante. Il en résulterait indéniablement une confusion entre le *domaine* du droit subjectif et son objet. Il serait aussi possible de résorber cette tautologie en unifiant la propriété et la puissance publique sous un même droit patrimonial. Il faudrait alors reprendre la terminologie de Michoud qui mentionne, au sujet du domaine public, des « droits publics patrimoniaux ou quasi patrimoniaux »¹⁶⁰⁶. Cette approche présente, de prime abord, l'avantage d'éviter la multiplication des droits subjectifs pour une même réalité et pour un même objet. Mais elle n'est pas non plus satisfaisante. D'une part, elle s'inscrit dans l'approche moniste de la propriété publique : la propriété publique est une propriété de puissance publique. D'autre part, elle ne règle pas le problème de la redondance du droit subjectif et du droit patrimonial. Dans la mesure où le droit de puissance publique s'apparente à un droit patrimonial, il s'apparente en conséquence à un bien incorporel. Cette approche ne résiste pas à l'écueil de la tautologie : le droit de propriété publique appartient à la personne publique, il y a en somme une *propriété de la propriété*. Il est donc nécessaire d'abandonner l'idée que les droits de puissance publique sont des droits qui appartiennent aux personnes publiques, – idée qui tend à confondre *titularité* et *droit-appartenance*¹⁶⁰⁷ –, et de militer pour une conception unitaire : le droit public subjectif et la puissance publique sont *un* en ce qui concerne le pouvoir de gestion et, en s'inspirant dans une certaine mesure de la théorie du pouvoir de volonté : la puissance publique est avant tout l'expression d'une volonté imputée à une personne publique, fondée dans la propriété publique. Pour reprendre les mots de Demogue, « on devrait dire plutôt “être dans un droit” »¹⁶⁰⁸, et non « avoir un droit ». Il s'agit alors de considérer que la puissance publique n'est pas l'objet du droit subjectif mais que la puissance publique est le produit du droit subjectif. À ce titre, il est possible de retenir la proposition de Hauriou, selon laquelle « les droits de puissance publique sont ceux qui contiennent de la puissance, c'est-à-dire des privilèges exorbitants du droit commun, notamment le privilège du préalable ; ils se

¹⁶⁰⁶ L. MICHOD, *La notion de personnalité morale*, t. II, *op. cit.*, p. 66.

¹⁶⁰⁷ Sur la confusion entre titularité et droit, v. F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 711.

¹⁶⁰⁸ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 329.

divisent en deux groupes, les droits de police et les moyens de gestion »¹⁶⁰⁹. Cette proposition est une piste intéressante puisqu'elle opère un renversement de perspective entre le droit subjectif et la puissance publique. Néanmoins, plusieurs ajustements doivent être apportés au propos de Hauriou : la puissance publique gestionnaire ne peut être définie à la lumière de la notion d'exorbitance et le droit subjectif, au fondement du pouvoir de gestion, ne doit pas être apparenté à un droit patrimonial. Cela ne revient pas à nier la dimension patrimoniale de la propriété mais elle ne doit pas être confondue avec les droits patrimoniaux – droit réels ou droits personnels – ou avec les biens soumis à son empire¹⁶¹⁰.

En raison du fondement propriétaire du pouvoir de gestion, l'approche subjectiviste de la puissance publique est sensiblement différente et se décline de cette façon : le pouvoir de gestion ressortit de l'exercice d'un droit subjectif, la propriété publique, et celle-ci n'est pas un droit patrimonial¹⁶¹¹, à moins de se heurter encore à la redondance des droits subjectifs. La puissance publique est l'*expression* du droit subjectif, et non son *objet*. *In fine*, il s'agit de dire que la puissance publique dérive de la propriété publique : elle est l'incarnation de la volonté du propriétaire public dans sa gestion du domaine public.

II. L'association entre la puissance publique et la propriété : un problème de définition du droit subjectif

288. Au-delà de la redondance des droits subjectifs qui résulte de l'association entre les prérogatives propriétaires et les prérogatives de puissance publique, un autre problème se pose s'agissant de la définition même du droit subjectif. L'idée d'une puissance publique qui irrigue l'exercice de la propriété doit aussi se confronter aux différentes conceptualisations du droit subjectif, qui ont servi à l'élaboration de la notion de puissance publique. Il convient, en conséquence, de revenir aux conceptions génériques du droit subjectif. Toutes présentent le défaut d'être inadaptées au pouvoir de gestion. Le rapport entre la personne publique et le domaine public ne peut se résumer ni à l'expression stricte d'une volonté publique omnipotente, ni à la protection juridique d'un intérêt **(A)**. Un changement de perspective est nécessaire. Au lieu de chercher à intégrer la propriété publique dans telle ou telle définition du droit subjectif, il s'agit de promouvoir une définition du droit subjectif qui tienne compte de la propriété **(B)**.

¹⁶⁰⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4e éd., *op. cit.*, 1900, p. 34.

¹⁶¹⁰ Sur la confusion entre droits patrimoniaux et propriété, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.*, 1997, p. 583.

¹⁶¹¹ Sur la dissociation de la catégorie des droits patrimoniaux de celle du droit subjectif, v. F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 779 et s.

A. L'impossible recours aux théories classiques du droit subjectif dans la définition du pouvoir de gestion

289. Dans une perspective subjectiviste du pouvoir de gestion, un premier réflexe consiste à piocher dans les élaborations classiques du droit subjectif. Mais, en dépit de leur capacité d'adaptation à n'importe quel objet juridique, la théorie de la volonté (1), la théorie de l'intérêt juridiquement protégé (2) et les théories dites mixtes (3) n'offrent qu'un regard limité sur le pouvoir de gestion, en raison de la spécificité du rapport juridique qu'il institue entre la personne publique et la dépendance domaniale.

1. Le modèle de la *Willenstheorie*

290. Défendre l'idée selon laquelle la puissance publique gestionnaire représente la volonté du propriétaire sur le domaine public ne signifie pas une adhésion indéfectible à la *Willenstheorie*. Une telle adhésion est, de toute manière, impossible en raison des présupposés idéologiques qui accompagnent cette théorie, difficilement transposables dans le cadre de la gestion du domaine public. Dans son acception originelle, la *Willenstheorie* est au carrefour d'un « individualisme exacerbé » et d'un « étatsisme omnipotent »¹⁶¹².

291. Sous son premier aspect, la *Willenstheorie* définit le droit subjectif comme étant « le pouvoir qui appartient à la personne individuelle : un domaine dans lequel sa volonté règne, et règne avec notre consentement »¹⁶¹³. Le droit subjectif est donc synonyme de *Willensmacht*¹⁶¹⁴ (puissance de volonté), il n'est donc pas seulement un pouvoir de volonté, il est un pouvoir de volonté qui prolonge la liberté individuelle, et qui est construit sur la figure de l'individu régnant sur son monde (*Willensherrschaft* – souveraineté de volonté¹⁶¹⁵). Par contre, en dépit de la conviction de Saleilles¹⁶¹⁶, il n'est pas question pour Savigny « de représenter le droit-pouvoir de volonté comme inhérent au sujet en dehors de toute dépendance sociale, abstraction faite de toute règle de droit qui en donne le fondement et la mesure »¹⁶¹⁷. La liberté de l'individu est encadrée par l'ordre juridique : « pour que des créatures libres [...] puissent s'aider mutuellement et ne se gêner jamais dans le déploiement de leur activité, il faut qu'une ligne de

¹⁶¹² Sur les deux facettes de la *Willenstheorie*, v. N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 308.

¹⁶¹³ F.C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, t. I, § 4, p. 7.

¹⁶¹⁴ Sur cette notion, v. A. RIEG, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *APD*, 1957, t. 3, p. 126.

¹⁶¹⁵ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, t. I, § 52, p. 324.

¹⁶¹⁶ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 2^e éd., *op. cit.*, 1922, p. 535.

¹⁶¹⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 57.

démarcation invisible circonscrite les limites au sein desquelles le développement parallèle des individus trouve indépendance et sécurité »¹⁶¹⁸. Windscheid¹⁶¹⁹, disciple de Savigny, a donné une idée plus précise du droit subjectif, avec une prise en compte accrue de son interaction avec le droit objectif. Selon sa première hypothèse, la règle objective (*Rechtsordnung*) fournit un moyen de droit à l'individu pour se protéger contre toute forme d'atteinte à ses intérêts. La *Willensmacht* est donc « la faculté de faire ou non usage de la norme »¹⁶²⁰. Suivant sa seconde hypothèse, la volonté de l'individu n'est pas la concrétisation de la norme mais la source de la création de la norme. La volonté de l'individu devient une *Willensherrschaft*, c'est-à-dire que sa volonté est donc une volonté souveraine¹⁶²¹. Cette théorisation du droit subjectif par l'école historique allemande est à rapprocher de la conceptualisation de la propriété privée, issue de l'exégèse de l'article 544 du Code civil. Par la propriété, l'individu imprime sa volonté sur la chose dans le cadre déterminé par l'ordre juridique. Mais ce modèle peut-il servir de clef de lecture pour le pouvoir de gestion ? La réponse s'avère négative. L'individualisme méthodologique¹⁶²² à partir duquel est construit le droit subjectif fait obstacle à tout usage de cette théorie dans la compréhension du pouvoir de gestion. L'idée selon laquelle la propriété est à la source d'une volonté est pertinente. Les autres caractéristiques, qui comprennent l'omnipotence et la souveraineté de la volonté, s'accordent mal avec l'encadrement propre au pouvoir de gestion. Les difficultés sont identiques à celles qui se posent concernant l'assimilation entre la propriété privée et la propriété publique. Appliquée au pouvoir de gestion, cette définition du droit subjectif aurait pour conséquence d'attribuer à la puissance publique les qualités propres à la volonté individuelle.

292. Le droit subjectif, conçu comme pouvoir de volonté, a pourtant servi de modèle à la théorisation de la puissance publique¹⁶²³. Gerber et Laban, théoriciens de l'État, se sont inspirés de l'idée que le droit subjectif est une *Willensmacht* pour définir l'État à travers un rapport de domination vis-à-vis de ses sujets : « le pouvoir étatique est la puissance de volonté d'un organisme moralement conçu comme personne. Il n'est pas l'assemblage artificiel et

¹⁶¹⁸ F.C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, t. I, § 52, p. 322.

¹⁶¹⁹ Sur cet auteur, J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, p. 59.

¹⁶²¹ Sur les deux facettes du droit subjectif, WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, t. I, 8^e éd., Kipp, Francfort, 1900, § 37, p. 130-131. Sur ce point, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁶²² Les fondements individualistes de la théorie de Savigny sont très discutés par la doctrine. Sur ce point, v. N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 309 et s. Il est vrai que les droits subjectifs sont perçus dans le cadre des interactions entre les individus, elle est donc une théorie organiciste social. Cependant, la *Willenstheorie* reste une théorie fondée sur un individualisme méthodologique, en ce sens que l'individu est le paradigme autour duquel s'articulent les droits subjectifs. Sur la relation entre l'individu et le droit subjectif, v. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, p. 524.

¹⁶²³ Sur ce point, v. O. JOUANJAN, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politiques », *Droits*, 1999, n^o 28, p. 47.

mécanique d'un certain nombre de volontés individuelles, mais la force collective morale du peuple conscient de lui-même »¹⁶²⁴. La souveraineté de la volonté recouvre ici une autre signification, elle est associée à la souveraineté étatique. La personnalité publique est l'émanation de la souveraineté et elle est la source d'une volonté souveraine qui s'impose à l'ensemble des individus¹⁶²⁵. La théorie proposée par l'École allemande présente certes l'avantage de fusionner la puissance publique et la volonté étatique, et elle permet d'éviter les apories de l'approche de la puissance publique en termes de *droit-appartenance*. Mais elle constitue une limite au subjectivisme : si la puissance publique emprunte les caractéristiques de la *Willensmacht* (ou *Willensherrschaft*), elle est une puissance « juridiquement incontestable »¹⁶²⁶ qui écrase l'individu, lequel se « distingue par sa seule “soumission” (*Unterwerfung*) »¹⁶²⁷. Les limites de la puissance publique ne sont envisagées par ces auteurs qu'à travers l'autolimitation de la personne étatique. Dans un tel cadre, pour reprendre les mots de Mayer, il est exclu de concevoir « un pouvoir juridique sur l'exercice de la puissance publique »¹⁶²⁸. La constitution d'un rapport de droit entre la personne publique et l'administré ne peut pas se réaliser, puisque l'individu n'a rien à opposer à l'État. Les droits individuels ne sont que des concessions étatiques ou des « effets réflexes du droit objectif »¹⁶²⁹.

Ces caractéristiques de la volonté étatique n'ont aucune pertinence dans l'analyse du pouvoir de gestion. La théorie de la *Willensmacht* est propre à une conception de l'État définie par l'unilatéralité et la domination omnipotente (*Herrschaft*)¹⁶³⁰. Y avoir recours serait inopérant, dans la mesure où cela occulterait les efforts de la doctrine française pour intégrer le contrat dans l'intervention administrative et pour concilier la puissance publique et le commerce juridique. Un tel recours irait également à contresens de l'évolution de la domanialité publique, caractérisée par une montée en puissance de la prise en compte des intérêts des usagers et par l'édification de rapports de droit intersubjectifs entre les usagers et le gestionnaire¹⁶³¹. Un tel

¹⁶²⁴ C. Fr. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 3^e éd., 1880, p. 19-21. V. aussi L. DUGUIT, « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », *RDP*, 1919, p. 163 ; N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 315.

¹⁶²⁵ Dans ce cadre, les individus sont considérés comme des *dominés*. Sur ce point, v. C. Fr. GERBER, *Über öffentlich Rechte*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁶²⁶ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 316.

¹⁶²⁷ A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Dalloz, « NBT », 2011, p. 297.

¹⁶²⁸ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. I, *op. cit.*, p. 140.

¹⁶²⁹ A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 299.

¹⁶³⁰ O. JOUANJAN, « Carl-Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.) *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁶³¹ V. de manière générale sur l'incompatibilité entre le concept de droit public subjectif et la *Willensmacht*, v. R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, p. 726 : « le problème du droit public subjectif est inconcevable si on conserve ces deux données fondamentales : la puissance de volonté et la souveraineté de l'État ».

recours serait enfin critiquable dans la mesure où la puissance publique est envisagée, dans cette théorie, comme synonyme de puissance souveraine : l'adhésion à cette conception ne pourrait pas se réaliser sans sacrifier la distinction entre la propriété et la souveraineté. Un problème de fondement se poserait : la volonté ne saurait être rattachée à la propriété tout en étant l'émanation de la souveraineté.

2. Le modèle du droit subjectif - intérêt juridiquement protégé

293. La conception du droit subjectif comme pouvoir de volonté est souvent opposée à celle de Jhering, selon laquelle le droit subjectif est un *intérêt juridiquement protégé*. Pour l'auteur allemand, « deux éléments constituent le principe du droit, l'un substantiel dans lequel réside le but pratique du droit et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit ; l'autre formel, qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, savoir la protection du droit, l'action en justice »¹⁶³². Même débarrassée de toute connotation individualiste, la définition de Jhering est un prisme réducteur : la notion d'intérêt est une lucarne qui limite le champ de l'appréhension théorique du pouvoir de gestion. Certes, celui-ci s'exerce certes autant dans l'intérêt général que dans l'intérêt du domaine public, et il consiste à opérer une conciliation entre intérêts publics et privés. Mais, dans la mesure où la théorie de Jhering place le sujet dans une position statique vis-à-vis du droit positif, elle relègue au second plan la volonté dans la définition du droit subjectif, elle s'inscrit donc à rebours d'une lecture dynamique de la propriété publique. Même si, selon le juriste allemand, la volonté « occupe une place plus centrale dans la propriété »¹⁶³³, elle n'est cependant prévue que pour l'assignation des buts à la chose. Bien que l'intérêt permette d'identifier la place d'un droit subjectif et celle de son titulaire¹⁶³⁴, la théorie de Jhering fait peu de cas de l'étendue du *domaine* de la propriété, et ne donne ainsi aucune indication sur la nature et sur la structure du rapport entre la personne publique et la dépendance domaniale. La théorie de Jhering « tourne autour de la notion de droit sans parvenir à en saisir l'essence. Cette théorie précise le but, ou plutôt un des buts du droit, la satisfaction d'un intérêt ; [...] la notion [de droit subjectif] elle-même reste assez mystérieuse »¹⁶³⁵. La théorie de Jhering ne peut pas servir à la définition du droit subjectif au fondement du pouvoir de gestion car la subjectivité de la puissance publique gestionnaire ne

¹⁶³² R. von JHERING, *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, 3^e éd., p. 328.

¹⁶³³ *Ibid.*, p. 337-338, cité par J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 66 : La propriété est l'hypothèse « où la loi n'a pas strictement et définitivement réglé la manière dont le droit servir au sujet » et « c'est la volonté qui assigne au droit cette direction, c'est elle qui le fait servir à tels besoins et à tels but de tel sujet déterminé »

¹⁶³⁴ V. cependant les difficultés engendrées par le recours de la notion d'intérêt au sujet de la propriété affectée, J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 72 : « l'intérêt non plus n'est pas essentiel, à preuve la propriété d'affectation, où le titulaire du droit n'en a pas la jouissance, exclusivement destinée à l'affectation ».

¹⁶³⁵ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1977, p. 126.

peut être réduite à la défense d'un ou de plusieurs intérêts. Dans la continuité de la pensée de Saleilles, le droit subjectif doit être défini par son contenu et non par son but : « le droit [subjectif] est quelque chose de vivant et non une force inerte. Parler d'intérêt, c'est envisager le droit par son but abstrait et non dans son activité concrète. En soi, c'est une force en exercice, et la force réside là où il y a des volontés pour la réaliser »¹⁶³⁶. Surtout, la prise en compte exclusive de l'intérêt conduit, dans une perspective finaliste, à une convergence des différentes manifestation de la puissance publique autour de l'intérêt général, alors que l'enjeu de notre étude est de différencier, selon un point de vue structurel, le pouvoir de gestion des autres expressions de la puissance publique.

3. Le modèle de la théorie mixte du droit subjectif

294. Il reste le recours aux théories dites mixtes¹⁶³⁷. Michoud définit le droit subjectif comme suit : « le droit est l'intérêt de l'homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de la représenter et de la défendre »¹⁶³⁸. L'intérêt est la facette statique du droit subjectif et la volonté est sa facette dynamique. La volonté a vocation « à animer le droit, à le mouvoir, à le réaliser, à le défendre »¹⁶³⁹. Dans le cadre du droit administratif, l'accent est mis sur le fait que la puissance publique est nécessairement une prérogative finalisée¹⁶⁴⁰, en raison du substrat de la personnalité publique, ce qui constitue une étape fondamentale dans la distinction entre la volonté privée et la volonté des personnes publiques. La personne publique, au sens générique, « possède le droit de commander parce qu'en elle se groupe les intérêts généraux de la nation qui la constitue, et que ce droit est nécessaire pour maintenir et défendre ces intérêts généraux à l'encontre des intérêts particuliers de chaque individu »¹⁶⁴¹. L'intérêt reste quand même l'élément principal de sa définition du droit subjectif, la volonté intervient à titre secondaire, elle est mise à la disposition de cet intérêt¹⁶⁴². Ce faisant, Michoud sacrifie quelque peu la volonté au profit de l'intérêt¹⁶⁴³ et se heurte aux mêmes écueils que la théorie de

¹⁶³⁶ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, p. 546.

¹⁶³⁷ Sur l'influence de cette théorie, notamment celle de Jellinek, dans la doctrine française administrativiste, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 319 et s.

¹⁶³⁸ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, p. 45. V. aussi G. JELLINEK selon lequel « le droit [subjectif] est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'homme juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de la représenter et de la défendre ».

¹⁶³⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁶⁴⁰ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 138.

¹⁶⁴¹ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, p. 311.

¹⁶⁴² Sur ce point, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, *op. cit.*, p. 326.

¹⁶⁴³ Comparer avec L. MICHOD, « De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents », *RDP*, 1895, t. I, p. 401.

Jhering. Jellinek et Hauriou¹⁶⁴⁴ proposent, quant à eux, un schéma où le rapport entre la volonté et l'intérêt est inversé : le droit subjectif n'est pas principalement un intérêt servi par une volonté, il est principalement une volonté au service d'un intérêt.

295. Cependant, la question de la définition structurelle du droit subjectif n'est pas réglée. Même en se fondant sur les propositions de Jellinek et de Hauriou selon lesquelles la volonté est l'élément principal du droit subjectif, la question du fondement du pouvoir de gestion reste sans réponse. À supposer que la puissance publique soit la volonté imputée à une personne publique au service d'un intérêt dont elle a la charge, la source et l'objet de la volonté sont encore à déterminer. Michoud propose une distinction – préalablement mentionnée¹⁶⁴⁵ – parmi les droits de puissance publique : il distingue les droits de puissance publique qui s'exercent sur les personnes et les droits patrimoniaux de puissance publique qui s'exercent sur une chose¹⁶⁴⁶. L'auteur opère une différence entre les deux catégories de puissance publique, en fonction de la relation qu'elles établissent avec leur objet. Hormis la référence problématique à la patrimonialité, cette distinction est très utile pour comprendre que le pouvoir de gestion est l'émanation d'un droit de puissance publique sur une chose¹⁶⁴⁷, ce qui le rend structurellement différent des autres prérogatives de puissance publique. Mais, tant que la puissance publique est cantonnée à un principe unique d'imputation, la souveraineté, la distinction établie par Michoud n'est pas totalement réalisée, et peut paraître artificielle. D'une part, elle postule l'unité de la puissance publique : le caractère de puissance publique de certains droits patrimoniaux est dû à leur rattachement à la souveraineté. D'autre part, la notion de puissance publique est accolée à celles de domination et de supériorité, que seule la souveraineté permet de comprendre et de justifier. La propriété est donc reléguée à un rôle secondaire, alors que, dans le cadre du pouvoir de gestion, elle est au fondement de la volonté de la personne publique. En tant que pouvoir, la gestion est la traduction juridique d'une volonté d'une personne publique, dans un but de satisfaction d'un ou de plusieurs intérêts. Néanmoins, il manque une définition du droit subjectif propre à caractériser la relation entre le propriétaire public et la dépendance domaniale.

¹⁶⁴⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, 1927, p. 294.

¹⁶⁴⁵ Supra [Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II, §2]

¹⁶⁴⁶ L. MICHOD, *La notion de personnalité morale*, t. II, *op. cit.*, p. 66.

¹⁶⁴⁷ En mettant de côté ce qui a été précédemment dit concernant le problème théorique de l'assimilation la propriété comme un droit patrimonial.

B. Pour une autre approche du droit subjectif

296. *La propriété, « matrice »*¹⁶⁴⁸ *du droit subjectif*. La propriété a exercé une grande attractivité dans les tentatives de définition du droit subjectif à tel point que, pour certains auteurs, le lien entre le droit de propriété et le droit subjectif est quasi-indissoluble¹⁶⁴⁹. Pour Savigny, le droit de propriété fournit le droit subjectif le plus complet¹⁶⁵⁰. Pour Roubier, le droit subjectif s'incarne parfaitement dans la propriété¹⁶⁵¹ : celle-ci relève de ce que l'auteur appelle les situations juridiques subjectives, « établies, soit par un acte volontaire, soit par la loi, desquelles découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires, et auxquelles ils peuvent d'ailleurs en principe renoncer »¹⁶⁵². Dans cette optique, il faut mentionner l'œuvre de Dabin pour qui le droit subjectif est d'abord « un lien d'appartenance, consacré ou créé par le droit objectif »¹⁶⁵³ et, en conséquence, « un *pouvoir de maîtrise* tant de la chose qui est l'objet de son avoir que du droit *sur* ou *à* cette chose, c'est-à-dire une faculté de libre disposition »¹⁶⁵⁴. Le pouvoir de volonté n'intervient qu'à un stade ultérieur, « qui est celui de la mise en œuvre ou exercice du droit »¹⁶⁵⁵. Dans la doctrine contemporaine, la dimension subjective de la propriété est confortée : la propriété est présentée comme la projection de la personne sur la chose¹⁶⁵⁶. En particulier, le Professeur F. Zenati approfondit le rapport entre la propriété et le droit subjectif, puisque, selon ses termes, « la propriété n'est pas *un* droit subjectif mais *le* droit subjectif »¹⁶⁵⁷. Dans sa taxinomie des droits subjectifs, J. Laurent distingue également le droit-exclusion, synonyme du droit de propriété, des droits-prestation qui comprennent les droits personnels et les droits réels¹⁶⁵⁸.

297. Le pouvoir de gestion a pour fondement la propriété publique, ce qui signifie qu'il réside dans l'exercice d'un droit subjectif. Au lieu d'essayer de fondre la propriété dans un modèle général du droit subjectif, au prix de la façonner à sa guise, il est préférable, dans le

¹⁶⁴⁸ J.-L. HALPÉRIN, « Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? » (<http://hal-ens.archives-ouvertes.fr/hal-00460386>).

¹⁶⁴⁹ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, *op. cit.*, p. 774. Selon l'auteur, la propriété est « la condensation de tous les droits individuels ».

¹⁶⁵⁰ F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, *op. cit.*, p. 328.

¹⁶⁵¹ P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *APD*, 1964, p. 83.

¹⁶⁵² P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶⁵³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.* L'auteur livre plus loin une synthèse de sa définition du droit subjectif (p. 105) : « le droit subjectif est une prérogative, concédée à un personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû ».

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 104.

¹⁶⁵⁶ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 269.

¹⁶⁵⁷ F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 750.

¹⁶⁵⁸ Sur ce point, v. de manière générale, J. LAURENT, *La propriété des droits*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 2012.

cadre d'une approche subjectiviste du pouvoir de gestion, de considérer que la propriété constitue en soi un droit subjectif. À ce titre, la tendance de la doctrine privatiste, ravivée par Ginossar et prolongée par le Professeur F. Zenati, est justement de fusionner les concepts de propriété et de droit subjectif. Le propos de notre démonstration n'est pourtant pas de considérer que les droits publics subjectifs des personnes publiques sont assimilables au concept de propriété. La doctrine privatiste a emprunté la voie de l'assimilation entre le droit subjectif et la propriété en raison de la place centrale que cette dernière occupe dans le Code civil, nommé avec pertinence le « code des propriétaires » par G. Ripert. La propriété constitue pour les auteurs privatistes la notion cardinale, « l'âme universelle de la législation »¹⁶⁵⁹, autour de laquelle est élaboré le rapport entre l'individu et les choses¹⁶⁶⁰, elle ne peut alors que constituer un « modèle »¹⁶⁶¹ dans toute tentative de théorisation du droit subjectif. En droit administratif, une tentative identique serait vaine et ne manquerait pas d'incohérences. Ramener la puissance publique à l'exercice de la propriété aurait l'inconvénient d'une confusion inversant le rapport entre l'*imperium* et le *dominium*, qui placerait le *dominium* au fondement de l'*imperium*. En ce qui concerne le pouvoir de gestion, le droit subjectif est la propriété publique. Mais les autres prérogatives de puissance publique seraient donc l'objet du droit subjectif, ce qui donnerait lieu à un droit sur un droit. L'idée d'une assimilation entre le droit subjectif et la propriété doit donc seulement être considérée comme un outil de compréhension du pouvoir de gestion.

298. La théorie de Dabin est un point d'ancrage à partir duquel il est possible, en premier lieu, d'envisager la subjectivité du pouvoir de gestion. L'auteur envisage en effet le droit subjectif comme un « droit appartenance-maîtrise » à partir de la structure de la propriété¹⁶⁶². Le droit subjectif est « la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître dans les limites d'étendue ou de finalité fixées par lui d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû »¹⁶⁶³. Le droit subjectif comporte deux volets, l'appartenance (volet objectif) et la maîtrise (volet subjectif), qui peuvent dans une certaine mesure, s'apparenter au duo *proprietas* – *dominium*.

¹⁶⁵⁹ PORTALIS, *Exposé des motifs du titre de la propriété, Écrits et discours juridiques et politiques*, rééd. PUAN, 1988, p. 126.

¹⁶⁶⁰ Sur ce point, Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », préc.

¹⁶⁶¹ J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

¹⁶⁶² J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 80 et s. Sur ce point, F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, op. cit., p. 777 : « La propriété [est] le contenu même du droit subjectif ».

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 105.

L'appartenance (*habere*) est le préalable nécessaire à la titularité du droit subjectif¹⁶⁶⁴ qui se prolonge dans la maîtrise, indispensable à l'exercice du droit subjectif, englobant l'ensemble des prérogatives¹⁶⁶⁵, notamment en matière d'exigibilité, de protection et de libre disposition. Eisenmann a vigoureusement dénoncé l'ambivalence de la définition du droit subjectif proposée par Dabin : « comment une relation entre un sujet et un objet pourrait-elle être purement objective, c'est-à-dire étrangère au sujet, ou purement subjective, c'est-à-dire étrangère à l'objet ? »¹⁶⁶⁶. Une telle critique manque sa cible. La propriété peut être appréhendée soit objectivement (objet appropriable), soit subjectivement (les prérogatives du propriétaire)¹⁶⁶⁷, ou de manière complémentaire, si l'on considère que chaque facette remplit une fonction particulière, mais n'occulte pas l'autre. Par exemple, l'action en revendication n'est possible que si elle s'appuie sur la démonstration d'un lien d'appartenance objectif entre le sujet et de l'objet.

La théorie de Dabin s'inscrit dans l'assimilation ancienne¹⁶⁶⁸ entre la propriété et le droit subjectif, mais l'innovation revendiquée par l'auteur est de distinguer le droit subjectif de son objet¹⁶⁶⁹, contrairement à la définition de Roubier qui assimile le droit subjectif à un *bien*¹⁶⁷⁰ et qui nourrit, en conséquence, une confusion entre le droit subjectif et son objet. À l'instar de la théorisation de Ginossar, le droit subjectif est, pour Dabin, un pouvoir qui porte sur toute chose, son champ ne présente alors aucune limite¹⁶⁷¹. Le droit subjectif peut porter sur une chose corporelle, un droit réel, un droit patrimonial, tel qu'une créance, mais également,

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 85 : l'appartenance est « un attribut de la chose, reliée au sujet par [ce] lien et envisagée comme une valeur propre. ».

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 167 : « Au principe, commandant l'ensemble du système (des éléments composant le droit subjectif) un *lien d'appartenance* [...] ; au commencement du droit subjectif est l'avoir [...] 2) Instantanément, l'appartenance engendre, à l'adresse du titulaire, et normalement, à son profit, un *pouvoir de maîtrise*, tant de la chose qui est l'objet de son avoir que du droit sur ou à cette chose, c'est-à-dire une faculté de libre disposition ».

¹⁶⁶⁶ Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *RDJ*, 1954, p. 753.

¹⁶⁶⁷ Sur ce point, F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305.

¹⁶⁶⁸ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, « Droit fondamental », 1989, p. 141 et s. ; F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 705

¹⁶⁶⁹ V. aussi, la critique de F. ZENATI, v. *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 782 : « le pouvoir de disposer contenu dans la notion de "maîtrise" proposée par l'auteur s'exerce non sur un bien objet du droit, mais sur le droit lui-même, par là même ravaudé à la situation d'un bien ».

¹⁶⁷⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 129 : « La prérogative qui est enclose dans certaines conditions auxquelles la loi a subordonné l'existence du droit subjectifs, constitue un véritable bien qui est à la disposition de son titulaire ».

¹⁶⁷¹ Pourtant l'auteur confond plus loin la maîtrise de la chose et la structure de la chose, J. DABIN, *Le droit subjectif* *op. cit.*, p. 91 : « les modalités de la faculté de libre disposition, comme l'appartenance elle-même et par identité de motifs, varient selon la chose assujettie ». Le droit subjectif est réifié car absorbé par la chose qui détermine son contenu et son étendu.

transposé dans le monde du droit public, sur une fonction qui touche principalement aux droits des personnes morales¹⁶⁷², étatiques ou non étatiques.

La définition proposée par Dabin est séduisante. La souplesse de sa représentation offre une possibilité de transposition en matière de gestion domaniale. En gardant ses principales caractéristiques, il est possible de retenir cette affirmation : la propriété publique peut être définie d'abord comme un lien d'appartenance entre la personne publique et la dépendance domaniale, ensuite comme un ensemble de prérogatives incarné par le pouvoir de gestion. En d'autres termes, le pouvoir de gestion est l'incarnation de la maîtrise propre au droit subjectif¹⁶⁷³.

Cependant, l'idée selon laquelle le droit subjectif est d'abord un lien d'appartenance est malaisée et illustre les difficultés de Dabin à saisir la notion de titularité du droit subjectif. Il manque un principe axiomatique : la capacité d'acquiescer¹⁶⁷⁴ de la personnalité juridique. Cette approche du droit subjectif s'avère difficilement compatible avec la construction conceptuelle de la propriété publique qui est définie avant tout comme le prolongement de la personnalité publique sur la dépendance domaniale¹⁶⁷⁵. La propriété publique est un attribut de la personnalité publique, représentant le rapport de subjectivité entre le sujet et son objet. Il est inutile de distinguer les deux facettes, objective et subjective de la propriété : le droit subjectif n'a de sens que dans sa dimension expressive, qui inclut l'appartenance. La volonté, minimisée par Dabin¹⁶⁷⁶, doit au contraire être mise en avant, afin de souligner la dimension dynamique de la propriété¹⁶⁷⁷. En tant que « droit facultatif »¹⁶⁷⁸, la propriété publique est en premier lieu une faculté d'agir juridiquement, qui s'incarne dans le pouvoir de gestion. L'autorisation, la résiliation des occupations domaniales, la réglementation des usages collectifs, la modification des conditions d'utilisation et la fixation des redevances peuvent être résumées sous un même rapport : celui qui unit la personne publique et le domaine public. Toutes ces prérogatives sont

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 242. L'auteur parle dans ce cas de droit-fonction : « leur fonction immédiate est bien de servir la personne morale qui en est le sujet et de lui en procurer le bénéfice ». V. aussi du même auteur, « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *APD*, 1964, n° 9, p. 17, spéc. p. 31.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, p. 87.

¹⁶⁷⁴ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ.*, 2006, p. 445.

¹⁶⁷⁵ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1910, *op. cit.*, p. 667-668.

¹⁶⁷⁶ D'ailleurs, les raisons de la minimisation de la volonté dans l'œuvre de Dabin n'ont pas lieu d'être au sujet de la gestion du domaine public. La principale raison est que l'auteur veut préserver la titularité des droits subjectifs des personnes incapables de volonté. Cf. *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 63-65.

¹⁶⁷⁷ Sur l'aspect volontariste de la propriété, v. R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit de l'administration comparé*, Dalloz, 1934, rééd. 2006, p. 44-45. L'auteur range la propriété dans la catégorie des « pouvoirs de volonté » opposés des « pouvoir d'exiger ». V. aussi, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, t. I, 1977, LGDJ, p. 125.

¹⁶⁷⁸ H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, thèse Paris, 1930, p. 217 et s. Pour une référence plus ancienne, C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du Code civil*, T. III, 4^e éd., Warée, Paris, 1824-1828, p. 54, n° 83 : « Le droit [de propriété] consiste dans la faculté légale de faire ces actes, par soi ou par autrui, en notre nom ».

le fruit de la volonté du propriétaire public, *personne active* au sens juridique du terme¹⁶⁷⁹, et s'apparentent, dans le cas du pouvoir de gestion, à des prérogatives spécifiques de puissance publique.

299. *Conclusion Section II.* L'association entre la puissance publique et la propriété, issue de la théorie de la propriété administrative qui se prolonge dans les théories modernes du pouvoir de gestion, est une clef de lecture de la puissance publique gestionnaire peu satisfaisante en définitive. Mais, indépendamment des fragilités théoriques qui entourent cette association, les théories qui la défendent reposent en creux sur une certaine représentation de la puissance publique, globalement structurée autour de l'exorbitance et par opposition au droit privé. Les théories du pouvoir de gestion se sont davantage attachées à expliquer la teneur publique de la puissance que la *puissance* elle-même. Pourtant, il existe une « ambiguïté » autour de la puissance incarnée par le pouvoir de gestion. Il s'agit de lever cette ambiguïté et de proposer une définition de la puissance susceptible de souligner la spécificité du pouvoir de gestion.

SECTION III. LE *DOMINIUM* PUBLIC OU LA PUISSANCE PUBLIQUE GESTIONNAIRE

300. Au regard de sa structure relationnelle, en tant que puissance qui porte sur une chose, le pouvoir de gestion constitue une puissance publique particulière. Toute la question porte donc sur le basculement de la propriété vers la puissance publique. L'exaltation de l'affectation n'apporte pas une réponse satisfaisante, elle correspond à une perception d'une puissance publique qui irrigue la propriété publique. Il s'agit au contraire de changer de perspective et de faire de la propriété publique le seul centre de la puissance publique gestionnaire. Au lieu de penser la puissance publique gestionnaire par le biais de l'*association* entre la puissance publique et les prérogatives propriétaires, il s'agit de promouvoir une *assimilation*, qui a le mérite d'éviter tout recours surabondant au concept de souveraineté et d'inclure dans la *puissance* le rapport entre le propriétaire public, la dépendance domaniale et les usagers (ou les candidats-usagers). La notion de *puissance* doit donc être repensée. Elle doit abandonner, en matière de pouvoir de gestion, les idées de commandement ou d'unilatéralité traditionnellement associées aux prérogatives de puissance publique¹⁶⁸⁰, dans la mesure où celles-ci caractérisent une relation

¹⁶⁷⁹ Sur l'activisme de la personnalité juridique, v. C. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, 1989, p. 9.

¹⁶⁸⁰ Sur ce point, É. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, *op. cit.*, p. 108 et s. ; J.-A. MAZÈRES, « Qu'est-ce que la puissance publique », in Ph. Raimbault (dir.), *La Puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz-Sirey, 2006, p. 32.

immédiate entre l'administration et les administrés¹⁶⁸¹. La clef réside dans le concept même de *dominium* qui a toujours exercé une très grande attraction dans la conceptualisation de la propriété. Il existe dans l'usage un lien de synonymie, parfois maladroit, entre le *dominium* et la propriété, dont il est possible de constater une certaine récurrence dans les discours doctrinaux. L'usage du *dominium* intervient à différents niveaux de conceptualisation. D'abord, dans une acception générique, Proudhon construit son fameux triptyque à partir de ce concept : domaine de souveraineté, domaine public et domaine de propriété¹⁶⁸². Ensuite, dans une acception plus précise, le *dominium* est souvent utilisé pour distinguer et délimiter deux champs juridiques, à travers l'opposition entre le *dominium* et l'*imperium*¹⁶⁸³. Enfin, dans une acception plus technique, le *dominium* représente la facette subjective de la propriété. En réalité, le recours au concept de *dominium* permet de raviver la perception de la propriété comme *puissance* sur une chose, c'est-à-dire comme « prérogative [sur un bien] attachée à la personne »¹⁶⁸⁴ (§1). Pour parfaire la conceptualisation du pouvoir de gestion, il reste la question de la teneur « publique » de la puissance. Toujours dans une perspective subjectiviste et structurelle, le caractère « public » de la puissance gestionnaire s'appréhende à la lumière des rapports juridiques entre la personne publique et les usagers (§2).

§1. LA RÉHABILITATION DU *DOMINIUM* DANS LA DÉFINITION DE LA PUISSANCE GESTIONNAIRE

301. Défiant « les influences du temps et du lieu »¹⁶⁸⁵, les concepts romanistes peuvent, comme le souligne Jhering, conserver une valeur explicative. Recourir au concept de *dominium* ne revient pas à ressusciter un concept romaniste désuet, dénué de toute pertinence. Le *dominium* perdure dans ce qui est appelé le *domaine* de la propriété. Le domaine de la propriété est le cadre de l'exercice de la propriété à partir duquel il est possible de reconstituer l'unicité du fondement du pouvoir de gestion, il incarne aussi la nature du rapport entre le sujet et la chose, il touche pour ainsi dire à « l'effet de la propriété [...] attachée à la personne »¹⁶⁸⁶

¹⁶⁸¹ Sur l'association entre unilatéralité et puissance publique, v. D. TRUCHET, « Avons-nous besoin du droit administratif ? », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1052 : on « peut s'interroger longuement sur la liste des prérogatives de puissance publique. Mais, il n'y en a qu'une qui compte : la capacité d'édicter unilatéralement des règles contraignantes pour les administrés, donc de leur conférer des droits et de leur imposer des obligations. Sans qu'il soit besoin de solliciter leur consentement individuel ou l'autorisation d'un juge ». M. HÉCQUARD-THÉRON, « De la prérogative de puissance publique à la prérogative de décision », in *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 671. S. CASSESE, « Le droit administratif global : une introduction », *DA*, 2007, n° 5, Étude n° 8.

¹⁶⁸² *Supra* [Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I].

¹⁶⁸³ Sur les différentes acceptions du *dominium*, v. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 257 et s.

¹⁶⁸⁴ F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », préc.

¹⁶⁸⁵ R. von JHERING, *L'esprit du droit romain*, t. III, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶⁸⁶ C.-B.-M TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du Code civil*, T. III, 4^e éd., 1824-1828, *op. cit.*, p. 55.

propriétaire. C'est à partir de cette seconde facette du domaine de la propriété qu'il est possible de construire la puissance publique gestionnaire. Les travaux récents de la doctrine privatiste sont sans conteste d'une très grande utilité. Les professeurs F. Zenati et T. Revet, et dans une certaine mesure le Professeur R. Libchaber, réhabilitent la propriété autour du concept de *dominium*¹⁶⁸⁷. Le retour à ce concept romaniste permet d'éviter toute assimilation problématique entre propriété et droits patrimoniaux, ou propriété et bien, en somme toute confusion entre la propriété et son objet¹⁶⁸⁸. La propriété privée est confrontée à la multiplication de son objet, il apparaissait donc nécessaire à la doctrine civiliste de sortir du modèle de la propriété corporelle où celle-ci est justement incorporée dans la chose sur le modèle du *jus in re*. Le *dominium* s'inscrit dans la recherche d'une unité de la propriété, puissance et attribut de la personnalité, qui s'applique à tout objet, indépendamment de leur corporalité. Bien que le débat sur le pouvoir de gestion ne tourne pas autour des mêmes questions, la nouvelle conceptualisation de la propriété proposée par les privatistes peut être un point d'appui pour celle de la propriété publique et du pouvoir de gestion, dans le dessein d'unifier la puissance publique gestionnaire et le *domaine* de la propriété publique. Sans verser dans une logique d'assimilation entre les deux propriétés, il est possible de retenir ce postulat : la puissance propriétaire est propre aux deux propriétés, mais s'articule selon un cadre différent en fonction de la propriété. Même concernant le domaine public, il s'agit bien d'une réhabilitation puisque la doctrine publiciste s'est quelque peu éloignée de la notion de *domaine* dans l'approche de la puissance publique, notion pourtant présente dans la première théorisation du domaine public, si l'on songe notamment à celle de Proudhon. La doctrine publiciste a écarté cette notion parce que, d'une part, l'*imperium* s'est substitué dans son vocabulaire au *dominium* afin d'épouser la spécificité la puissance publique et parce que, d'autre part, sa perception du *dominium* est celle d'un pouvoir qui s'oppose à la puissance publique. Néanmoins, la distinction entre l'*imperium* et le *dominium* est restée une clef d'analyse habituelle, pour la doctrine, permettant de distinguer deux sphères de l'intervention de l'État¹⁶⁸⁹. Seulement, pour dépasser cette vision grossière du *dominium*, qui se présente comme une commodité de langage – autrement dit comme une autre appellation générique de la propriété –, il est nécessaire d'en préciser les contours. Pour ce faire, il s'agit d'abord d'inscrire le

¹⁶⁸⁷ V. aussi, A. SÉRIAUX, « La propriété », in *Rép. civ. Dalloz*, 2009, § 65 ; S. VANUXEN, *Les choses saisies par la propriété*, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc, t. 35, 2012 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*

¹⁶⁸⁸ Sur la confusion entre le droit et son objet, v. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 219 et s.

¹⁶⁸⁹ Pour un exemple récent, v. N. BETTIO, *La circulation des biens entre les personnes publiques*, *op. cit.* L'auteur analyse la circulation des biens entre les personnes publiques à la lumière du concept de *dominium* et le contrôle de l'État sur les processus de circulation à la lumière de l'*imperium*.

dominium dans la personnalité publique (I) et, ensuite, de rendre compte, à travers ce concept, du rapport de *puissance* entre la personne publique et la dépendance domaniale (II).

I. La personnalité juridique au fondement du *dominium*

302. Instrument juridique forgé par les civilistes, notamment par Portalis¹⁶⁹⁰ et par Aubry et Rau¹⁶⁹¹, et incontournable pour les publicistes dès le début du XX^e siècle, la personnalité juridique est présentée comme le préalable indispensable à la réalisation des rapports de droit, dans une perspective subjectiviste. Elle est l'instrument premier du *commercium* : « un procédé de la technique juridique destiné à faciliter la vie de relation avec autrui »¹⁶⁹². La relation entre la personnalité et la propriété est tellement puissante dans la science juridique que les auteurs, tels que Duguit, qui se sont opposés à la propriété sur le domaine public, ont d'abord dénoncé le primat même de la personnalité juridique. L'idée, avancée plus tard par le Professeur Ph. Yolka, selon laquelle la propriété publique est le prolongement de la personnalité publique¹⁶⁹³ repose sur le même postulat : la personnalité juridique et la propriété sont nouées par un lien quasi-ontologique¹⁶⁹⁴. L'inclusion de la propriété dans la personnalité juridique est pourtant à discuter. La personnalité juridique implique d'abord de posséder (A), et ensuite d'agir (B)

A. La personnalité juridique : un mécanisme d'appropriation

303. La personnalité juridique occupe une place centrale pour le subjectivisme juridique appliqué aux rapports aux choses. La science du droit administratif s'inscrit dans le sillage tracé par la doctrine privatiste. La personnalité publique est l'instrument premier de la constitution du patrimoine public (1), parce que la personnalité publique suppose la capacité d'acquérir (2).

1. La personnalité publique, support d'un patrimoine

¹⁶⁹⁰ Sur le lien entre personnalité et propriété chez PORTALIS, v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens, Economica*, « Corpus Histoire du Droit », 2008, p. 193.

¹⁶⁹¹ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. IX, § 573 (v. aussi § 577) : « Le patrimoine étant une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle ».

¹⁶⁹² M. HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, 1910, p. 667.

¹⁶⁹³ Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 575 et s.

¹⁶⁹⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 12^e éd., 1933, *op. cit.*, p. 43 : « À chercher directement ce que signifie la capacité d'acquérir et en quoi elle signe de personnalité morale, on risque de tourner dans un cercle vicieux, car on peut expliquer la capacité d'acquérir par la personnalité aussi bien que la personnalité par la capacité d'acquérir ». V. aussi, M. XIFARAS, *La propriété, op. cit.*, p. 250.

304. Selon les théories administrativistes, la personnalité publique recouvre des fonctions différentes. En premier lieu, la personnalité juridique est la traduction de l'unité de l'État, moyen de subsomption de la souveraineté. Elle est aussi un centre d'imputation des prérogatives de puissance publique, considérées dès lors comme des droits. La personnalité juridique est enfin un moyen d'appropriation. Cependant, le lien entre la personnalité juridique et l'appartenance est de l'ordre de l'acquis intellectuel, sans que celui-ci soit vraiment à discuter, ni à démontrer¹⁶⁹⁵. La capacité d'appropriation semble d'emblée incluse dans la personnalité juridique, indépendamment de sa définition, de réalité (sociale ou technique) ou de technique juridique. La question de l'appropriation a été éludée moins à l'aune de la théorie du droit de propriété qu'à l'aune de celle du patrimoine. L'enjeu était d'abord d'agrèger un patrimoine public autour d'une individualité, et la personnalité publique se présentait avant tout comme une technique juridique permettant de constituer un ensemble de biens distinct du patrimoine des particuliers¹⁶⁹⁶ (hormis bien sûr pour les écoles allemande et française du droit objectif). Dans cette optique, la théorie de la personnalité publique n'est que l'aboutissement des *universalités* médiévales appliquées aux collectivités publiques, c'est-à-dire la personnification d'une masse de biens¹⁶⁹⁷. Le droit de propriété joue un rôle secondaire, parfois inclus dans le patrimoine, mais souvent occulté par la dimension patrimoniale de la personnalité juridique. Derrière la question de la constitution du patrimoine, apparaissent pourtant celle de la propriété et celle de la personnalité. Hormis dans les théories des patrimoines affectés ou patrimoines-but, le patrimoine, dans sa dimension subjective, appelle la propriété. Les théories du patrimoine souffrent de ne pas permettre d'expliquer véritablement l'aptitude de la personnalité à l'acquisition. Le patrimoine est la « face extérieure »¹⁶⁹⁸ de la personnalité, son résultat, et non son fondement¹⁶⁹⁹. Le prisme patrimonial de la personnalité est ainsi trop réducteur, il minore sa dimension active et l'étendue de la propriété¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁵ Sur ce point, F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 737.

¹⁶⁹⁶ Pour un exemple, Ch. EISENMANN, *Cours de la faculté de droit de Paris*, 1952, t. III, p. 184, cité par Ph. YOLKA, « Personnalité publique et patrimoine », *op. cit.*, p. 41. L'auteur définit la personne publique comme « toute personne morale instituée par l'ordre juridique et dotée d'un ensemble de biens publics » (on souligne).

¹⁶⁹⁷ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.*, 2003, p. 667.

¹⁶⁹⁸ Reprise de la formulation de ZACHARIÆ, cité par M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 250.

¹⁶⁹⁹ M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 252 : « il en va de la propriété patrimoniale comme de la maîtrise souveraine : c'est la propriété qui informe la personnalité, non l'inverse ».

¹⁷⁰⁰ Sur la critique de la propriété patrimoniale, M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 272 et s.

2. La capacité d'acquérir incluse dans la personnalité publique

305. L'idée de Savigny selon laquelle la personnalité juridique est la capacité de posséder, d'être propriétaire¹⁷⁰¹, éclaire autrement la personnalité juridique. Cette vision, réactivée par le Professeur F. Zenati, théorise la personnalité juridique comme une virtualité, une potentialité d'acquisition et d'appropriation¹⁷⁰². La doctrine administrativiste n'a pas été totalement insensible à cette perception de la personnalité publique. D'ailleurs, le Professeur F. Zenati s'inspire directement de la pensée de Hauriou. En écho à Saleilles, Hauriou met en lumière l'inclusion de la capacité d'appropriation dans la personnalité, en l'occurrence dans la personnalité publique : avant d'être propriétaire, la personne publique en a la potentialité. La propriété est donc la concrétisation de la capacité d'acquérir de la personne publique : « la personne est propriété virtuelle alors que le droit subjectif [la propriété] est propriété actuelle »¹⁷⁰³. Mais cette approche de la personnalité juridique n'a pas totalement percé dans la science juridique du XX^e siècle. Les théories sont restées figées sur l'idée que la personnalité publique, à l'instar de tout sujet de droit, est surtout une entité à laquelle est imputé un ensemble de droits, pluriels et individualisés¹⁷⁰⁴. La personne est, selon Michoud, « un être capable d'avoir des droits lui appartenant en propre et des obligations lui incombant »¹⁷⁰⁵. Le droit est ainsi un élément extérieur au sujet et n'est pas un attribut de la personne¹⁷⁰⁶. Selon ce schème, la personne publique peut être propriétaire puisqu'elle est apte à être titulaire de droits. Mais, en pareil cas, l'idée que la propriété publique est incluse dans la personnalité publique est difficile à soutenir. Le droit de propriété est un droit parmi les autres, dont la personne publique est titulaire. Or, la dualité entre la propriété virtuelle et la propriété actuelle fournit un fondement explicatif à l'inclusion de la propriété dans la personnalité. D'une part, elle rend compte de la spécificité de la propriété publique. En effet, les deux traits de la propriété publique, à savoir l'incessibilité et l'insaisissabilité, ne se comprennent qu'en raison du lien établi entre personnalité et propriété : la particularité de la propriété est le

¹⁷⁰¹ F.C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. II, *op. cit.*, p. 231 et s.

¹⁷⁰² F. ZENATI, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, *op. cit.*

¹⁷⁰³ *Ibid.*

¹⁷⁰⁴ Par exemple F. LARNAUDE, « Analyses et comptes rendus. La théorie de la personnalité morale et son application en droit français par Léon Michoud », *RDP*, 1906, p. 576, spéc. p. 578. V. aussi, R. BONNARD, *Précis de droit public*, 6^e éd., *op. cit.*, 1944, p. 3 : « L'État est généralement considéré comme constituant une personne morale. L'État peut être ainsi un sujet de droits, c'est-à-dire un être susceptible d'être titulaire de droits et d'obligations propres et distincts des droits et obligations de ses organes ou des citoyens ».

¹⁷⁰⁵ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁰⁶ Sur cette définition du droit subjectif, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, t. I, LGDJ, 1977, p. 112 : « le mot « droit » appliqué à l'individu désigne le lot qui échoit à celui-ci. Loin d'être une qualité ou un attribut de la personne, le droit ainsi compris "est surajouté au sujet, jeté devant (*ob-jectum*)" » (le passage entre guillemets est cité de l'article de M. VILLEY, in *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, APD, 1964, p. 104).

prolongement de la spécificité de la personnalité publique. D'autre part, l'inclusion de l'appartenance dans la notion de personnalité publique évite la tautologie d'un droit de propriété *appartenant* à la personne publique.

B. La dimension active de la propriété

306. La propriété, incluse dans la personnalité, implique non seulement la capacité d'acquérir mais aussi la faculté d'agir sur les objets soumis à son pouvoir¹⁷⁰⁷. L'appartenance se prolonge dans la subjectivité de la propriété dont il est possible de saisir le contenu à travers le *dominium*. Pourtant, si, dans la construction du domaine public, le *dominium* fut occulté au profit d'un concept proche, mais distinct, celui de *domanium*, si historiquement la figure du *dominium* a laissé place à celle du droit subjectif¹⁷⁰⁸, elle n'a pas totalement disparu dans la théorisation des rapports entre la personne et la chose. Il existe ainsi un *continuum* dans la pensée juridique, depuis les premiers théoriciens de la propriété jusqu'à la doctrine actuelle. La réhabilitation du *domaine* dans la théorie du droit de propriété, par Toullier¹⁷⁰⁹ et par Proudhon¹⁷¹⁰, trouve un prolongement dans les œuvres des Professeurs F. Zenati et Th. Revet, qui inscrivent la propriété dans le subjectivisme juridique¹⁷¹¹. Une vision conciliatrice entre le droit subjectif et le domaine est même possible selon ces auteurs. Il faut néanmoins consentir à l'idée que la propriété publique, comme la propriété privée, sont, en tant que droits subjectifs, des *droits*. Elles ne peuvent donc pas, en tant que tels, être strictement assimilées au concept romaniste de *dominium*, conçu avant tout comme une prérogative, une puissance générale attachée à la personne¹⁷¹². Pourtant, le droit subjectif est source d'un pouvoir, émanation de la personnalité juridique, qu'il est possible de saisir à travers le *domaine*. Le droit de propriété ne s'est pas substitué au *dominium*, il l'a absorbé¹⁷¹³, pour arriver la conceptualisation d'un droit associant appartenance (titularité) et prérogatives (domaine), un peu à l'image de la définition de Dabin du droit subjectif (appartenance-maîtrise), mais à la

¹⁷⁰⁷ Sur ce point, G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, t. I, Sirey, 1930, p. 500 et s. Selon l'auteur, la propriété « n'est qu'une expansion de notre personnalité » ; R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, 2^e éd., Floch, 1950, p. 7 et s. ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 219 et s.

¹⁷⁰⁸ Sur ce point, v. Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : question pour un bicentenaire », préc. V. aussi sur le rôle de Grotius dans la substitution du droit subjectif M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1957, p. 271 et s.

¹⁷⁰⁹ Ch. M. TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, t. III, *op. cit.*, 1839, p. 55, n° 83.

¹⁷¹⁰ J.-B. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷¹¹ F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 773 et s.

¹⁷¹² F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 269. V. aussi, A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *op. cit.*, p. 17 ; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », préc.

¹⁷¹³ Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : question pour un bicentenaire », préc. Selon l'auteur, la doctrine a fait passer « le *dominium* dans le *jus* ».

différence notable que l'appartenance est un élément interne de la personnalité juridique et que le domaine a une signification plus large et plus forte que celle de maîtrise. La propriété n'est pas un bien, elle est un droit, elle est surtout une *relation* à une chose. Elle suppose un domaine qui fédère un ensemble de prérogatives, sans quoi la propriété serait synonyme du concept romaniste de *proprietas*.

307. Le postulat selon lequel la propriété publique constitue un droit subjectif impliquant un domaine est une clef de lecture du rapport entre la propriété et le pouvoir de gestion. En droit administratif, ce rapport a toujours été implicite mais présent. Il fut structuré autour de la question suivante : quelle sont les conséquences juridiques de la propriété sur le domaine public ? Un siècle de débats doctrinaux et d'hésitations jurisprudentielles a mené à la conclusion que la gestion est l'incarnation de l'exercice de la propriété publique. Ceci revient à affirmer que le pouvoir de gestion se confond avec le *domaine* de la propriété publique, qu'il est son expression juridique tout en étant le révélateur de son contenu.

308. La question qui se pose alors est de savoir où se situe le pouvoir de gestion dans l'exercice de la propriété publique : dans le pouvoir de disposition ou dans le pouvoir d'administration de la chose ? À retenir, comme le Professeur Ch. Lavalie¹⁷¹⁴, la distinction classique entre administration et disposition d'un bien, la gestion semble relever davantage de l'administration de la dépendance domaniale que de sa disposition. L'administration, dans un sens juridique, s'apparente à l'exploitation patrimoniale et économique de la chose, alors que la disposition, dérivation de l'*abusus*, représente tous les mécanismes d'aliénation de la chose¹⁷¹⁵. L'acte de gestion ne serait pas un acte de disposition : « il s'agit toujours d'actes concernant la mise en valeur des biens à travers la recherche de la plus grande utilité de ceux-ci », mais, « même s'ils sont dérivés du droit de propriété, s'ils le supposent, ne le mettent pas en cause »¹⁷¹⁶. Cette distinction entre l'acte d'administration et l'acte de disposition a perduré un certain temps, mais elle n'est plus représentative de la conception actuelle du pouvoir de disposition et du domaine de la propriété. Elle reposait, de toute manière, sur une approche particulièrement utilitariste de la propriété, selon laquelle la disposition était associée de manière trop stricte à l'aliénation et à l'*abusus* de la chose. La disposition est plus large que les phénomènes d'aliénation de la chose, elle « repose sur une capacité distincte de l'avoir [c'est-à-

¹⁷¹⁴ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », préc., spéc. p. 272.

¹⁷¹⁵ Sur la distinction entre administration et disposition de la chose, v. R. VERDOT, *La notion d'acte d'administration en droit privé*, LGDJ, 1963, p. 267 et s. ; A. SÉRIAUX, « La propriété », in *Rép. civ. Dalloz*, 2009, § 65.

¹⁷¹⁶ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », préc., spéc. p. 273. V. aussi sur la distinction entre la gestion et la disposition de la dépendance domaniale ; N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens, op. cit.*, 2011, p. 241 et s.

dire le *commercium*], celle de créer des rapports juridiques »¹⁷¹⁷. Il faut comprendre, dans une perspective subjectiviste, que la disposition est en relation étroite avec le domaine, avec la dimension active de la propriété et avec le commerce juridique. La disposition est le lieu de l'action du propriétaire, de sa capacité à créer des rapports de droit et à créer des actes juridiques sur la chose, notamment à destination des tiers¹⁷¹⁸. Dans ce sens, la gestion n'est donc pas distincte mais elle est une sous-composante de la disposition. Le pouvoir de gestion s'étend au-delà des seules hypothèses de valorisation et d'exploitation – qui n'épuisent pas toutes ses potentialités : il combine à la fois des éléments d'administration et, dans une certaine mesure, des éléments d'aliénation. En tout cas, le pouvoir de gestion, inhérent au commerce juridique, est tourné vers la réalisation de rapports de droit, tels que l'octroi d'occupations domaniales avec ou sans droit réel ou la réglementation des usages collectifs, dans un but de satisfaction de l'affectation. Émanation, en somme, du *commercium* de la personnalité publique, la gestion se prolonge dans la disposition de la dépendance domaniale.

II. Le rapport de puissance entre la personne publique et la dépendance domaniale

309. La période de l'opposition entre le *dominium* et le droit subjectif a laissé place à celle d'une combinaison apaisée entre les deux notions : le *domaine* se comprend comme la facette active du droit subjectif, émanant de la personnalité juridique. Selon un tel cadre théorique, le pouvoir de gestion peut s'apparenter au « *dominium* public », dans le sens où il émane directement de la personnalité publique et de la propriété publique. Néanmoins, le *dominium* public ne peut pas être illustré par des exemples historiques particuliers, étant, dans son acception première, une prérogative par essence privée, placée en opposition vis-à-vis de l'*imperium*. C'est pour cette raison d'ailleurs que l'usage du *dominium* peut s'avérer problématique si l'on s'en tient à une conception substantialiste classique du caractère de puissance publique du pouvoir de gestion, qu'il est nécessaire de dépasser. L'enjeu est donc de passer par une autre voie et de théoriser une « puissance » structurellement différente, dont le préalable est le recours au concept de *dominium* (A), afin d'aboutir à la détermination d'une « puissance propriétaire », définie comme une propriété en puissance (B).

¹⁷¹⁷ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 335, v. aussi à la même page : « La disposition est le pouvoir de vouloir mettre dans une situation juridique nouvelle le bien dont on est propriétaire ».

¹⁷¹⁸ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *préc.*, spéc. p. 309.

A. Le recours du concept de *dominium* dans la définition de la puissance gestionnaire

310. Le droit positif actuel réactive la distinction entre la souveraineté et la propriété. Mais comment la puissance gestionnaire peut-elle être envisagée sans référence à la souveraineté ? À ce titre, le concept de *dominium* est doublement utile. Il peut, d'une part, instituer le rapport de puissance entre la personne publique et la dépendance, sans référence à un fondement externe au droit de propriété publique. Il est, d'autre part, un élément de compréhension – et donc de justification – des dernières évolutions du droit positif, permettant de dépasser l'antagonisme entre la patrimonialité et la puissance publique et permettant d'assurer une relation apaisée entre la puissance publique gestionnaire et le marché

311. Le basculement de la propriété vers la puissance est une idée ancienne. Dans les conceptualisations du XIX^e siècle, la propriété est la source d'une « puissance de gouverner du propriétaire, qui est une puissance d'entreprendre, de conduire »¹⁷¹⁹, résumée sous le terme de *domaine* et associée à l'idée que le droit de propriété confie à son propriétaire une maîtrise souveraine sur la chose. Par rapport à la construction du droit romain, la perspective est inversée, le *dominium* est intégré dans le *jus*, le domaine est le prolongement du droit subjectif. La propriété privée est confondue avec son domaine : la propriété privée suppose une maîtrise souveraine, et la négation de la maîtrise souveraine induit la négation du droit de propriété¹⁷²⁰. Les premiers exégètes ont produit un contresens historique en définissant la propriété par son domaine et en donnant un contenu au domaine de propriété, tout en se réclamant du droit romain. En droit romain, le *dominium* n'a jamais été défini par son absoluté : il n'était défini que comme une puissance¹⁷²¹. Pour sortir de cette définition verrouillée de la propriété par son domaine, il faut abandonner les principes qui sont habituellement attribués à la propriété privée, tels que la souveraineté, l'absoluté ou l'exclusivité, et garder une conception désincarnée et dépouillée de ces caractères. Conformément au rejet d'une assimilation stricte entre la propriété publique et privée, la propriété, qu'elle soit publique ou privée, institue un rapport de puissance entre le sujet et le bien, dont le contenu varie suivant les caractéristiques de la propriété.

312. La définition de la puissance par le *dominium* permet de surmonter la difficulté de l'association entre la puissance publique et le commerce juridique, et entre la puissance

¹⁷¹⁹ M. XIFARAS, *la propriété*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁷²⁰ Supra [Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I]

¹⁷²¹ M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 153. V. aussi, R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *préc.*, spéc. p. 307.

publique et la patrimonialité. La théorie de la gestion publique (ou administrative) présente l'inconvénient de distinguer l'opération matérielle, opération de commerce juridique, et l'acte de puissance publique. La théorie de la gestion domaniale ne fournit pas non plus les outils conceptuels permettant d'intégrer dans une même prérogative juridique les deux dimensions, puissance et patrimonialité. En retenant la jonction entre patrimonialité et propriété publique, il n'est pas besoin de chercher une conciliation entre patrimonialité et puissance publique en se servant, par exemple, de l'étendue des motifs d'intérêt général : la propriété publique, en tant qu'instrument du *commercium* de la personnalité publique, fournit à la fois l'élément de puissance de la gestion domaniale et sa dimension patrimoniale.

313. La perception concurrentielle et économique doit aussi jouer dans la construction de la puissance gestionnaire, replacée dans un système relationnel. La gestion domaniale est envisagée comme un rapport de droit entre l'administration et les usagers du domaine public. Le commerce juridique est un préalable au commerce économique existant sur le domaine public. Or, l'approche substantialiste de la puissance publique est clairement inopérante dans l'explication des différents rapports entre la puissance publique et les règles concurrentielles. Une analyse fondée sur la structure relationnelle de la puissance publique est donc un passage obligé afin de comprendre la place particulière du pouvoir de gestion face aux règles de concurrence (et afin d'y apporter *a posteriori* une justification doctrinale). Dans le cadre concurrentiel, le pouvoir de gestion est à l'origine d'une offre économique, qui prend directement racine dans l'exercice de la propriété publique sur le domaine public, tout en revêtant un caractère de puissance publique. En ce qui concerne le pouvoir de gestion, la « puissance » recouvre donc une signification différente de celle des autres expressions de puissance publique. Le recours au *dominium* dans la définition de la puissance gestionnaire permet de penser une puissance entre l'administration et la dépendance domaniale, support d'une offre économique. L'usage du *dominium* dans la perception de la puissance gestionnaire a le mérite de dépasser la contradiction de la jurisprudence, initiée par l'arrêt *Société EDA*, selon laquelle les règles de concurrence sont directement applicables à l'acte de gestion. L'économicité du pouvoir de gestion est ainsi inscrite dans sa puissance.

B. La structure de la puissance gestionnaire

314. À partir de l'idée que le *domaine* de la propriété publique est source d'une puissance sur le domaine public, il est possible d'arriver à la conclusion qu'il s'agit d'une puissance « réelle ». De prime abord, l'usage du qualificatif « réelle » peut apparaître adéquat pour saisir la

structure de la puissance gestionnaire, selon la distinction classique entre le droit réel et le droit personnel. La définition du droit réel a suscité beaucoup de débats et de nombreuses propositions. Soit le droit réel est défini en raison de ses attributs fondamentaux : « un incontestable droit de suite, qui permet au titulaire d'exercer ses prérogatives entre toutes les mains par lesquelles la chose peut passer », soit le droit réel est identifiable selon son rayonnement : « il serait par nature opposable *erga omnes* », soit il est caractérisé par sa structure : « un lien juridique direct et immédiat entre une personne et une chose »¹⁷²². La dernière définition, qui est historiquement la première, peut s'avérer intéressante car elle vise en premier lieu la structure du rapport entre le sujet et la chose. Non que les autres définitions soient exclues dans l'appréhension de la propriété publique, rien ne fait obstacle à l'idée d'une complémentarité, mais l'approche structurelle du droit réel rend compte d'un rapport direct¹⁷²³, sans intermédiation personnelle, entre le propriétaire et la chose, ce qui signifie qu'aucune personne ne peut s'intercaler entre eux. La « réalité » de la puissance gestionnaire pourrait en effet être un point d'appui permettant de différencier le pouvoir de gestion des autres manifestations de puissance publique.

315. Cependant, la pertinence de la définition structurelle est actuellement remise en cause par la doctrine privatiste, en raison notamment de son approche trop générique du droit réel¹⁷²⁴. En effet, le recours au droit réel dans l'appréhension de la puissance gestionnaire conduit néanmoins à une assimilation fâcheuse entre propriété et droit réel, car il véhicule implicitement l'idée que la propriété constitue le droit réel le plus complet¹⁷²⁵. Pour plusieurs raisons, la propriété ne peut être considérée comme la catégorie la plus aboutie des droits réels. Tout d'abord, le droit réel est un droit sur la *chose d'autrui* : la constitution de droits réels sur une chose est un mode de partage des utilités d'une chose. La théorie de l'obligation réelle portée par Ginossar a justement mis en évidence que la propriété n'est pas un droit réel (et inversement), puisque le propriétaire ne tient pas d'une autre personne sa faculté d'user directement de la chose, contrairement au titulaire du droit réel qui reçoit cette faculté du

¹⁷²² Toutes les définitions sont reprises de R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », préc., spéc. p. 351-352.

¹⁷²³ Sur l'assimilation entre propriété et droit réel, v. notamment J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III. *Les biens*, 19^e éd., 2000, *op. cit.*, p. 125 : « En reliant choses à droit, on fait apparaître la propriété comme un jus in rebus, un droit réel (le plus plein, le plus complet des droits réels), on souligne le contact direct du propriétaire avec son bien ».

¹⁷²⁴ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 453 : « La définition du droit réel est une des questions les plus difficiles et les plus controversées du droit civil. Dans l'approche classique, un droit réel est un pouvoir direct sur une chose, c'est-à-dire permettant de tirer d'elle une utilité sans passer par une personne. Cette définition est tellement générique qu'elle permet d'embrasser pratiquement tous les droits autres que les droits de créance ».

¹⁷²⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III. *Les biens*, 19^e éd., *op. cit.*, 2000, p. 125.

propriétaire¹⁷²⁶, par convention ou par concession. En outre, le droit réel est un *droit utilitariste* dont le but est de permettre à son titulaire d'accaparer certaines utilités de la chose et de les placer à son service. La propriété peut inclure les usages utilitaristes patrimoniaux de la chose, mais l'exercice de la propriété ne peut être réduit à ce type d'usage. La propriété possède une dimension plus large, elle est avant tout une relation à une chose. Il est donc préférable de considérer le pouvoir de gestion comme une puissance propriétaire, plutôt que comme une puissance réelle.

316. *Conclusion §1.* Le *dominium* est ainsi un outil qui permet de spécifier la puissance incarnée par le pouvoir de gestion, de la définir par la propriété envisagée dans sa structure relationnelle. En militant pour une assimilation entre le *domaine* de la propriété et le pouvoir de gestion, il faut considérer ce dernier comme une puissance propriétaire. Mais il faut encore caractériser la teneur publique de cette puissance.

§2. LA DÉTERMINATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE GESTIONNAIRE COMME TRANSFORMATION DU DROIT SUBJECTIF EN POUVOIR

317. En raison du dualisme entre la propriété publique et la domanialité publique, la puissance propriétaire est à la fois propre au domaine public et au domaine privé. Alors que la théorie de l'exaltation de l'affectation, qui s'inscrit dans l'approche substantialiste de la puissance publique, induit une différence de définition de la notion de puissance¹⁷²⁷, l'approche structurelle, axée autour du *dominium*, présente l'intérêt de conférer une unité à la gestion domaniale. La gestion domaniale, quelle que soit la catégorie de la dépendance, possède la même structure, ce qui offre une possible relecture selon la distinction entre la puissance privée et la puissance publique¹⁷²⁸. Les deux puissances recouvrent la même définition : elles sont une projection de la propriété publique sur la dépendance domaniale. Dès lors, la question qui se pose est de savoir dans quelle mesure la puissance gestionnaire revêt un caractère de puissance publique. Le rattachement à la personnalité publique est un préalable indispensable (I) mais non suffisant. En restant dans le cadre de l'approche structurelle, la gestion domaniale devient une prérogative de puissance publique lorsqu'elle

¹⁷²⁶ V. de manière générale, S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*

¹⁷²⁷ En particulier pour les partisans du dualisme de la gestion, la gestion du domaine privé a une nature propriétaire alors que la gestion du domaine public a une nature domaniale, v. J. DUFAU, « Propriété publique et domanialité publique », *AJDA*, 2012, p. 1381.

¹⁷²⁸ Sur la distinction entre puissance publique et puissance privée, v. J.-Cl. VENEZIA, « Puissance publique, puissance privée », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, 1977, p. 363 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Puissance publique, puissance privée », in *La puissance publique*, Travaux de l'AFDA, n° 5, LexisNexis, « Colloque & Débats », p. 57.

entre en contact avec la sphère juridique des administrés. Le caractère de puissance publique de la gestion du domaine public est donc à rapprocher de son caractère de pouvoir, entendu ici comme la faculté d'« empiéter sur la sphère juridique des administrés » (II).

I. Le rattachement à la personnalité publique dans la définition de la puissance publique gestionnaire

318. La catégorie du domaine public est sans doute, en droit administratif, un des derniers lieux de la survivance d'une acception stricte du critère organique¹⁷²⁹ : une dépendance appartient au domaine public lorsqu'elle est préalablement la propriété d'une personne publique¹⁷³⁰. Le caractère de puissance publique du pouvoir de gestion s'inscrit dans une perspective comparable : son rattachement à la personnalité publique est une condition indispensable à sa reconnaissance à son existence. La théorisation de la personnalité publique a prolongé un des piliers du droit domanial en consolidant le lien entre la puissance publique et le domaine public, sans que cela soit incompatible avec la reconnaissance du droit de propriété. La puissance publique est ainsi une dérivation de la personnalité publique sur le domaine public.

319. L'identité de puissance publique du pouvoir de gestion n'est pas simplement rattachée à la personnalité publique, elle doit aussi être considérée comme la traduction de l'unité de la personnalité publique. Parce que la personnalité publique inclut l'ensemble des interventions, il est logique que la puissance publique lui soit imputée. En matière domaniale, seule la gestion du domaine privé est associée à la « facette privée » de la personnalité publique, puisqu'elle ne relève pas de l'exercice de la puissance publique. Mais il s'agit d'un dualisme interne, au sein de la personnalité publique, et non d'un dualisme externe caractérisé par l'existence de deux personnalités, publique et privée. À l'encontre de cette proposition, il est possible d'arguer que la théorisation d'une dualité au sein de la puissance publique est une remise en cause de l'unité de la personnalité publique. Dans la mesure où la puissance publique gestionnaire émane directement de la propriété publique, l'idée d'une rupture au sein de la personnalité publique peut effectivement être avancée, et désignée comme une résurgence de la dualité de la personnalité juridique, à l'image des critiques adressées à

¹⁷²⁹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 492 et s.

¹⁷³⁰ Selon l'art. L. 2111-1 CGPPP, « le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant ». Pour les références jurisprudentielles plus récentes, v. CE, Ass., 15 oct. 1999, Commune de Lattes : *Rec.*, p. 317 ; *RDI*, 2000, p. 29, obs. Lavalleye ; *AJDA*, 1999, p. 1044 ; *CJEG*, 1999, p. 427, DA, 1999, n° 302. C. cass., Civ. 3^e, 14 nov. 2002 Marraud des Grottes : *JCP A.*, 2003, n° 2046, note Dufau. CE, 29 nov. 2004, Sté des Autoroutes du Sud de la France : *Rec.*, p. 687 ; *AJDA*, 2005, p. 1182, note Ubaud-Bergeron.

l'encontre de la théorie de Bernard. Mais penser qu'il existe un lien entre l'unité de la puissance publique et celle de la personnalité publique¹⁷³¹ est une approche erronée qui dissimule une confusion entre l'unité du fondement de la personnalité publique – la souveraineté – et l'unité de son intervention. Pour reprendre la théorie de la double face de la personnalité publique, la gestion domaniale s'inscrit dans la facette publique de la personnalité publique, en raison de son objet, le domaine public. Autrement dit, comme le souligne le Professeur C. Chamard-Heim, la police renvoie aux « missions de souveraineté », le pouvoir de gestion du domaine public renvoie simplement aux « fonctions administratives » des personnes publiques¹⁷³². Il n'y a donc aucune automaticité entre l'unité du fondement de la puissance publique, l'unité de la personnalité publique, et les différentes prérogatives de puissance publique, plurielles dans leur manifestation.

320. Le lien entre la puissance publique gestionnaire et la personnalité publique est donc confronté à la difficulté de la préservation de la distinction, bien ancrée en droit positif, entre les deux catégories domaniales. La propriété publique est propre aux deux catégories mais s'exprime sur le domaine privé par des actes de droit privé¹⁷³³, et sur le domaine public par des actes de puissance publique. Dans le cas du domaine privé, la spécificité de la personnalité publique est confinée à la structure interne de la propriété publique, car elle ne se prolonge pas totalement dans son exercice. L'exercice de la propriété publique est gouverné par les principes d'incessibilité et d'insaisissabilité mais il se traduit principalement par des actes de droit privé. Sur ce point, même s'il ne peut être retenu, le principe de l'effet d'exaltation de l'affectation permet d'assurer l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion, tout en préservant la dualité domaniale. La visée du principe d'exaltation de l'affectation est à garder, et non le principe lui-même. Pour arriver à intercaler la distinction entre domaine privé et domaine public dans celle opposant puissance privée et puissance publique, il est nécessaire de déterminer des éléments de différenciation entre les deux puissances gestionnaires.

¹⁷³¹ V. sur ce point la démonstration d'O. BEAUD qui établit un lien entre la souveraineté et l'unité de la puissance publique, in *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 133 et s.

¹⁷³² C. Chamard-Heim, comm. sous CE, Sect., 20 déc. 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques : GADAB, n° 41, p. 360.

¹⁷³³ Sur la compétence de principe du juge judiciaire sur les actes de gestion du domaine privé, v. TC, 18 juin 2001, M. David Lelaidier c/ Commune de Strasbourg : *Rec.*, p. 743 ; *AJFP*, 2001, n° 6, p. 4, note Fortier. Au sujet notamment de la nature privée des actes unilatéraux de gestion du domaine privé, TC, 22 nov. 2010, Sté Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims : *Rec.*, p. 591 ; *BJCP*, 2011, p. 55 ; concl. Collin et note R.S. ; *AJDA*, 2010, p. 2423.

II. La teneur publique de la puissance gestionnaire

321. La propriété publique est source d'une puissance sur le domaine public mais elle ne suffit pas pour rendre compte de la puissance publique gestionnaire. Le point de différenciation entre la puissance privée et la puissance publique se situe à un autre niveau. L'identité de puissance publique de la gestion domaniale réside dans le rapport *intersubjectif* qu'elle institue à l'égard des usagers du domaine public¹⁷³⁴. La gestion du domaine privé, comme celle du domaine public, établit des relations avec les tiers dans le cadre du commerce juridique, mais les relations ne sont pas comparables. La gestion du domaine public est en premier lieu, à l'instar de celle du domaine privé, une relation directe sur la dépendance domaniale, mais elle possède la particularité supplémentaire de rentrer en contact, ou en opposition, avec la sphère juridique des usagers du domaine public. Bien que l'affectation ne soit plus perçue dans son rôle d'exaltation des prérogatives gestionnaires, il reste que c'est par elle que se réalise et se structure principalement (et non exclusivement) le rapport de droit entre le gestionnaire et les usagers du domaine public, qui crée souvent une zone de friction entre les deux protagonistes en présence. Par l'entremise de l'affectation, la gestion est une prérogative qui « empiète » sur la sphère juridique des administrés, exclusivement envisagés dans leur qualité d'usagers du domaine public. La gestion du domaine public n'est pas seulement l'exercice d'un droit subjectif, elle constitue aussi un pouvoir (A) et, en tant que tel, la puissance gestionnaire est une puissance publique. Le gestionnaire détient une position de supériorité vis-à-vis des administrés, c'est-à-dire sur l'ensemble des usages qui bénéficient aux usagers du domaine public (B).

A. La mutation du droit subjectif en pouvoir de gestion

322. La perception de la gestion comme *pouvoir* tient historiquement au parallèle établi avec le *pouvoir* de police. Ces deux prérogatives impriment, chacune à leur manière, une domination de l'administration sur les usages du domaine public. Cependant, la mutation de la propriété publique, *droit subjectif*, en *pouvoir* de gestion peut, pour certains auteurs, paraître une hérésie. Elle serait, de leur avis, frappée d'incohérence en raison de l'opposition souvent avancée entre le droit subjectif et le pouvoir. Or, ce qui permet de retenir une telle opposition repose en réalité sur des acceptions trop étroites du droit subjectif et du pouvoir, qu'il faut dépasser (1) afin de systématiser le rapport entre le gestionnaire et les usagers du domaine public (2).

¹⁷³⁴ Sur l'approche relationnelle de la puissance publique, J. A. MAZÈRES, « Qu'est-ce que la puissance publique », in Ph. Raimbault (dir.), *La Puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz-Sirey, 2006, p. 32.

1. Le dépassement de l'opposition entre le droit subjectif et le pouvoir

323. La raison de l'opposition entre le droit subjectif et le pouvoir tient aux origines historiques de la construction des rapports entre l'État et les individus¹⁷³⁵, qui a acté que le droit subjectif, droit individuel, ne pouvait être entre les mains de l'État et des personnes publiques. Cette opposition idéologique s'est plus tard exprimée au sein de certaines définitions théoriques, ou plus techniques, du droit subjectif et du pouvoir. Le débat s'est déplacé sur le terrain de la problématique de l'intégration du droit subjectif dans la *fonction juridique*, et il fut clos par le rejet de la notion de droit-fonction. Globalement, la distinction entre la dimension individualiste du droit subjectif et celle altruiste de la puissance publique¹⁷³⁶ est mise en exergue. Roubier, en tête de ce courant doctrinal, argumente en pointant deux éléments de distinction entre le pouvoir et le droit subjectif¹⁷³⁷. Le premier élément réside dans les finalités respectives poursuivies par le droit subjectif et par le pouvoir. Le pouvoir, contrairement au droit subjectif, ne peut être exercé dans l'intérêt personnel de son titulaire, mais seulement « dans l'intérêt du groupe commun ou des personnes représentées »¹⁷³⁸. Un tel argument peut s'appuyer, en droit administratif, sur la règle du détournement de pouvoir qui prohibe l'usage de la puissance publique dans l'intérêt personnel de celui qui l'exerce au nom de la personne publique. Roubier établit d'ailleurs un parallèle entre la conception administrative et la conception privatiste du détournement de pouvoir¹⁷³⁹, à partir de la démonstration de G. Ripert¹⁷⁴⁰. Roubier livre, au demeurant, une vision de la puissance publique dans un cadre exclusivement dominé par le droit objectif, où l'exercice de la puissance publique est réglé par un système de compétences attribuées aux agents publics et encadré par le recours pour excès de pouvoir. Ce faisant, l'auteur circonscrit, à tort, le subjectivisme juridique au droit privé. Le second élément tient à ce que le pouvoir, à la différence du droit subjectif, est une prérogative qui « empiète sur la sphère juridique d'autrui » : il s'agit d'une « prérogative qui permet à une personne, soit de gouverner d'autres personnes dans l'intérêt d'un groupement commun (pouvoir sur la personne), soit de gérer les

¹⁷³⁵ Sur ce point, F. LONGCHAMPS, « Sur le problème du droit subjectif dans les rapports entre l'individu et le pouvoir », in *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 305.

¹⁷³⁶ Sur cette distinction, Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », art. préc., p. 768.

¹⁷³⁷ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 190 et s.

¹⁷³⁸ *Ibid.*, p. 190.

¹⁷³⁹ *Ibid.*, p. 191 et p. 193 : « Les pouvoirs conférés à cette autorité ne lui sont donnés que pour ce but, et par conséquent pas pour servir des mobiles personnels [...], ni pour des mobiles politiques ».

¹⁷⁴⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans l'obligation civile*, LGDJ, 1947, n° 66 : « l'administrateur qui a usé des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi pour satisfaire ses propres intérêts commet une sorte de détournement de pouvoir, et l'acte accompli se trouve alors vicié par le but poursuivi ».

affaires d'une autre personne au nom et pour le compte de celle-ci (pouvoir sur les biens)¹⁷⁴¹. Selon cette définition, le droit subjectif n'empiète pas sur la sphère juridique d'autrui puisque cette prérogative ne s'exerce que sur la sphère individuelle de son titulaire. L'opposition entre plusieurs droits subjectifs n'est, selon Roubier, que de l'ordre du conflit de droits.

Par la suite, le Professeur E. Gaillard consolide la théorie de Roubier dans sa thèse sur *Le pouvoir en droit privé*. Il consent à l'idée que le pouvoir se rapproche du droit subjectif, l'un et l'autre constituant des prérogatives juridiques, mais il considère que le pouvoir se distingue du droit subjectif en ce qu'il est une prérogative finalisée¹⁷⁴². Le point de différenciation est donc très proche de celui proposé par Roubier : « le pouvoir est orienté vers un but, [...] est tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire »¹⁷⁴³, alors que les droits subjectifs « demeurent des prérogatives abandonnées au libre arbitre de leur titulaire »¹⁷⁴⁴.

324. L'opposition entre le pouvoir et le droit subjectif tient à ce que les deux termes sont enfermés dans des définitions trop restrictives, en raison d'un rapprochement excessif entre prérogative individuelle et droit subjectif. Roubier et le Professeur E. Gaillard sont restés dans le carcan de la définition de Jhering du droit subjectif, à partir de l'intérêt juridiquement protégé¹⁷⁴⁵. La conséquence en est que toutes les prérogatives juridiques ne sont pas ramenées au concept de droit subjectif¹⁷⁴⁶. À rester dans ce cadre, il est difficile d'admettre le principe de la propriété publique, droit subjectif, au fondement du pouvoir de gestion, puissance publique sur la dépendance domaniale, comme en témoigne la démonstration du Professeur É. Picard qui oppose la subjectivité de la propriété à l'objectivité de la puissance publique¹⁷⁴⁷. Une telle position revient à refuser toute tentative de théorisation de la puissance publique à partir du droit subjectif. Cependant, Dabin propose de dépasser l'antagonisme entre droit subjectif et pouvoir, en intégrant la notion de droit-fonction dans la catégorie du droit subjectif, parce que, selon l'auteur, la distinction entre le droit subjectif et le pouvoir nie en quelque sorte la titularité des droits subjectifs des personnes morales. L'opposition entre le droit subjectif et le pouvoir chez Roubier ne tient pas compte du rôle premier de la personnalité juridique : son

¹⁷⁴¹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 190.

¹⁷⁴² E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 137.

¹⁷⁴³ *Ibid.*, p. 150.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 154.

¹⁷⁴⁵ À l'image de H. CAPITANT, in « Sur l'abus des droits », *RTD Civ.*, 1928, p. 369.

¹⁷⁴⁶ P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », *APD*, 1964, p. 86.

¹⁷⁴⁷ *Supra* [Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II]

rôle d'imputation d'une volonté¹⁷⁴⁸. Selon Dabin, il n'y a pas d'incompatibilité entre la reconnaissance d'un droit subjectif aux personnes morales, y compris aux personnes publiques, et la poursuite de la satisfaction des intérêts de la collectivité ou du groupement¹⁷⁴⁹. L'agent public ou le représentant de la personne publique n'est pas le titulaire du droit : l'exercice de la puissance publique est juridiquement imputé à la personne morale. Pourtant, Dabin ne s'aligne pas sur la théorie de la fonction sociale des droits¹⁷⁵⁰ de Josserand¹⁷⁵¹. C'est en raison du caractère fonctionnel de la personnalité juridique que les droits subjectifs revêtent une dimension fonctionnelle¹⁷⁵². La lecture de l'œuvre de Dabin fournit un premier élément de critique de l'opposition entre le droit subjectif et le pouvoir, puisque l'auteur ouvre une voie qui concilie le droit subjectif et la fonction juridique : « la fonction ne supprime pas le droit », elle « le range seulement à son service »¹⁷⁵³, comme l'illustre notamment le cas de la propriété affectée.

Eisenmann apporte à la démonstration de Dabin une critique décisive. Outre la mise en exergue vigoureuse de la logique qui sous-tend sa définition du droit subjectif, Eisenmann se distingue de Dabin sur deux principaux points. D'abord, Eisenmann refuse de considérer la fonction juridique comme un droit, il conteste « que les fonctions considérées en elles-mêmes, c'est-à-dire que les actes dont elles sont le principe, soient des droits, c'est-à-dire que les actes qui en constituent l'exercice soient, eux, l'exercice de droits, comme l'est, par exemple, l'exercice de la propriété »¹⁷⁵⁴. Pour éviter la critique d'Eisenmann, l'affirmation de Dabin selon laquelle la puissance publique est une prérogative au *service* d'une fonction doit changer de signification : la fonction est en dehors du droit, comme cadre ou justification de son intervention et ne constitue pas un élément de sa définition. Le second point de la critique d'Eisenmann est moins original car assez proche de la théorie développée par Roubier. Ce qui

¹⁷⁴⁸ Également pour le Professeur E. GAILLARD qui va même plus loin car il oppose le pouvoir à la personnalité juridique comme technique d'imputation, v. *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, p. 186 : « Les concepts de pouvoir et de personne apparaissent comme deux *techniques concurrentes d'imputation des effets d'un acte juridique* passé par un individu dans un intérêt distinct du sien. [...] L'idée de représentation et la distinction des droits et de leur exercice constituent les clés de ce système ».

¹⁷⁴⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 220 : « nonobstant la nature fonctionnelle des personnes morales, à cause même de cette nature qui lie la personne morale à sa fin, les droits de la personne morale ont nécessairement et ne peuvent avoir pour fin que la fin de la personne morale, c'est-à-dire le bien qu'elle poursuit, en y comprenant le bien de la personne morale elle-même en tant qu'organisme établi à cette fin ». V. aussi, J.-P. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1977, p. 25.

¹⁷⁵⁰ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 217 et s.

¹⁷⁵¹ Sur la théorie de la fonction sociale des droits, v. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Dalloz, 1939, n° 292.

¹⁷⁵² J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 221 : « En un mot, dans le cas des personnes morales, c'est le sujet lui-même qui a le caractère fonctionnel [...], et ses droits ne sont tels que par participation à son caractère d'être fonctionnel ». V. aussi sur le caractère fonctionnel des prérogatives étatiques, G. BURDEAU, *L'État*, *op. cit.*, p. 168-169.

¹⁷⁵³ *Ibid.*, p. 236.

¹⁷⁵⁴ Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *préc.*, p. 767.

sépare, pour Eisenmann, le droit subjectif de la fonction est que « les actes faits en exercice d'un droit égoïste produisent leurs conséquences pour ou contre son titulaire lui-même ; les actes d'exercice d'une fonction produisent leurs conséquences pour ou contre "autrui", une autre personne physique ou une personne morale »¹⁷⁵⁵. Doit-on maintenir le rejet d'une combinaison entre le droit subjectif et le pouvoir ? Si l'on répond par l'affirmative, il y aurait alors une rupture entre le droit de propriété, le droit subjectif, et le pouvoir de gestion. Dans les différentes approches, la différenciation entre le droit subjectif et le pouvoir est rigide, alors qu'il peut être établi une combinaison entre le droit subjectif et le pouvoir. L'intérêt juridiquement protégé est aussi excessivement privilégié. Considérer le droit subjectif comme une prérogative qui sert l'intérêt de son titulaire revient à déterminer *a priori* son usage, ce qui n'est pas valable dans la mesure où rien n'interdit l'exercice d'un droit subjectif dans un but de satisfaction de l'intérêt d'autrui. Dans le cas de la gestion du domaine public, la propriété publique est exercée autant dans l'intérêt direct de la personne publique que dans l'intérêt des usagers du domaine public.

Cependant, la démonstration d'Eisenmann est d'une utilité incontestable pour comprendre la structure du pouvoir : « C'est le point de vue du destinataire des actes, donc des facultés, ou si l'on veut, de l'imputation – on pourrait dire : du point d'impact [...] des actes, exercice des pouvoirs. Assurément, la distinction fondamentale sera ici celle des pouvoirs dont les actes d'exercice doivent produire leurs conséquences [en leurs auteurs], c'est-à-dire pour ou contre eux, selon qu'il résultera pour eux droit ou obligation, et des pouvoirs dont les actes d'exercice doivent produire leur conséquences en une tierce personne (individu ou collectivité), c'est-à-dire pour ou contre elle »¹⁷⁵⁶. Toutes les prérogatives ne sont pas constitutives d'un pouvoir et toutes les prérogatives des personnes publiques ne sont pas nécessairement des prérogatives de puissance publique. La méthodologie employée par Eisenmann mérite cependant d'être retenue, dans la mesure où elle tient compte de la structure relationnelle de la prérogative. Il n'y a plus, selon l'auteur, d'opposition absolue entre le droit subjectif et le pouvoir : il existe, au contraire, une complémentarité relative. Le droit subjectif se transforme en pouvoir seulement lorsque les actes juridiques produisent des effets à l'égard des tiers ou à l'égard d'une chose, c'est-à-dire, selon le critère proposé par Roubier, lorsque la prérogative juridique « empiète sur la sphère juridique d'autrui »¹⁷⁵⁷. Il s'agit désormais d'appréhender selon ce schéma la transformation de la propriété publique en pouvoir de gestion.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 768.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 773.

¹⁷⁵⁷ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 190.

2. La transformation de la propriété publique en pouvoir de gestion

325. Comment la propriété publique se mue-t-elle en pouvoir de gestion ? Pour répondre à cette question, il faut préalablement résoudre une autre : dans quelle mesure l'exercice de la propriété publique sur le domaine public empiète-t-il sur la sphère juridique des administrés ? Le pouvoir de gestion ne se limite pas à la disposition de la dépendance domaniale, il entre également en interaction avec les administrés. Le rapport est double, immédiat vis-à-vis du bien public et médiate vis-à-vis des administrés. Ces deux aspects se combinent très souvent, car il est rare qu'un acte de gestion soit dépourvu de lien avec la situation juridique des administrés. C'est à ce stade qu'intervient la fonction première de l'affectation. Elle ouvre la dépendance aux administrés et, par son entremise, la propriété publique produit des effets sur les administrés. L'affectation projette la gestion vers l'extérieur, c'est-à-dire vers un commerce juridique spécifique : la gestion n'est pas (ou plus) une activité interne de l'administration, elle est un pouvoir juridique qui produit, à ce titre, des effets juridiques sur les administrés. En conséquence, le pouvoir de gestion se situe dans un rapport entre le droit du gestionnaire sur la dépendance domaniale et le droit des administrés.

Cela étant, les effets de la gestion sur la « situation juridique » des administrés sont particuliers, dans la mesure où ils dépendent exclusivement de la qualité d'usager du domaine public de l'administré (ou de candidat-usager), ce qui constitue une différence avec les effets du pouvoir de police qui touchent la situation juridique de l'administré dans sa généralité. La gestion entre en interaction avec les usagers en raison de leur utilisation, collective ou privative, du domaine public ; elle entre aussi en relation avec les candidats-usagers qui aspirent à utiliser la dépendance domaniale. Il existe en revanche une difficulté concernant le statut de l'usager du domaine public, lorsque le domaine public est affecté au service public. Dans une telle hypothèse, il est communément admis que « l'administré est alors plus considéré comme un usager du service public que comme un occupant du domaine public »¹⁷⁵⁸, car l'activité de service public est supposée absorber le pouvoir de gestion. Plusieurs éléments sont néanmoins à distinguer, dans la mesure où les relations entre le domaine public et le service public sont multiples. La gestion domaniale peut, d'une part, être l'objet de l'activité du service public : dans cette situation, les administrés utilisent le bien public en tant qu'usagers du domaine public. D'autre part, le domaine public peut être le support d'un service public. Dans ce cas, les statuts d'usager du domaine public et d'usager du

¹⁷⁵⁸ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens, op. cit.*, 2011, p. 258-259.

service public sont effectivement entremêlés¹⁷⁵⁹. Mais, quelle que soit la relation entre le service public et le domaine public, le pouvoir de gestion garde une autonomie juridique¹⁷⁶⁰. Le service public n'est pas apte, à lui seul, à expliquer la maîtrise de la dépendance domaniale¹⁷⁶¹.

326. En tant qu'usager du domaine public (et, dans une certaine mesure, également en tant qu'usager du service public), l'administré n'est pas dans la situation d'un *sujet passif*, défini par Jellinek¹⁷⁶² comme un simple « objet de la puissance publique », « nié dans son autonomie, dans sa qualité de sujet »¹⁷⁶³. L'administré bénéficierait plutôt, pour reprendre la typologie de Jellinek, d'un statut positif. En raison de l'affectation, l'administré est dans une situation comparable à celle où l'État « agit en faveur de l'individu en lui offrant des prestations jugées nécessaires à travers l'accès à certaines institutions et procédures ou à certains services »¹⁷⁶⁴. Le rapport de domination de la personne publique à l'égard des usagers du domaine public n'implique pas une annihilation des intérêts individuels. Trop souvent, la supériorité de la puissance publique est associée à la négation de la volonté individuelle. Cette idée reflète une conception excessivement classique de la puissance publique, accolée à l'idée de commandement, et qui ne correspond pas à la spécificité du rapport juridique initié par le pouvoir de gestion. La position de supériorité du gestionnaire sur le domaine public peut être envisagée, tout en considérant l'usager du domaine public comme un sujet actif bénéficiant d'un statut positif, et non comme un sujet passif.

B. Le pouvoir de gestion ou le rapport de supériorité sur les usages domaniaux

327. Le caractère de puissance publique de la gestion est donc intimement lié à son caractère de *pouvoir*. La propriété publique n'est plus simplement la source d'une puissance propriétaire, elle est la source d'une puissance propriétaire publique. Il ne s'agit pas de réhabiliter ici le principe de l'exaltation de l'affectation, ni de théoriser la transformation des prérogatives propriétaires en prérogatives de puissance publique. La propriété publique est suffisante : elle est en soi *un rapport de puissance* (au sens de *dominium*) entre l'administration et la dépendance, la puissance devient publique car elle est un pouvoir, qui entre en relation avec

¹⁷⁵⁹ Par exemple dans le cas d'une « affectation à l'usage public par l'entremise d'un service public », pour MAROGER, « *l'usager du "domaine public" apparaît comme l'usager d'un service public* [souligné par l'auteur] », v. *L'affectation à l'usage de tous des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 395.

¹⁷⁶⁰ B. BOURDEAU, *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, thèse Poitiers, 1980, p. 384.

¹⁷⁶¹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 293.

¹⁷⁶² O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 334-335.

¹⁷⁶³ N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *préc.*, p. 171, spéc. p. 183.

¹⁷⁶⁴ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 334-335.

les usagers. Pour mieux le saisir, il est nécessaire d'appréhender l'acte de gestion en interaction avec les usagers, c'est-à-dire du point de vue de son auteur, mais aussi de celui de son destinataire, dans le but de reconstituer le rapport juridique ainsi institué. L'administration gestionnaire détient une position particulière sur les usages domaniaux, elle seule peut refuser ou autoriser une utilisation sur le domaine public. L'administré-usager est tributaire de la volonté de l'administration gestionnaire afin d'utiliser le domaine public, ce qui se concrétise notamment par le fait que nul ne peut occuper le domaine public sans titre¹⁷⁶⁵. C'est en raison de ces deux éléments, constitutifs d'un rapport intersubjectif, qu'il est possible de considérer que la puissance propriétaire produit non seulement des effets sur la sphère juridique de l'administré, en tant qu'usager du domaine public, mais aussi qu'elle s'exerce selon un rapport de supériorité vis-à-vis de l'usager du domaine public. Ainsi peut-on parler, concernant la gestion domaniale, « d'empiètement » sur la sphère juridique d'autrui. Cependant, le rapport de supériorité, caractéristique première du *pouvoir*, ne doit pas être rapproché de la notion de *prérogative exorbitante*, autrement dit de prérogatives qui excèdent les prérogatives existant en droit privé. Pour définir le rapport de supériorité, il est inutile de chercher à saisir un contenu prétendument transcendant de l'acte de gestion, ou de s'appuyer sur le concept de souveraineté. Il suffit de constater que les personnes publiques jouissent d'une situation de *privilege* sur le domaine public, non dans le sens que lui donne G. Dupuis, de prérogatives favorables à l'administration¹⁷⁶⁶, mais au sens d'un monopole juridique reconnu par l'ordre juridique à la personne publique (c'est-à-dire la faculté exclusive de produire du droit¹⁷⁶⁷) et qui se caractérise par le fait que l'administration gestionnaire a le *dernier mot juridique* sur les usages domaniaux. La maîtrise change de sens : elle ne correspond pas nécessairement à une jouissance directe de la personne publique sur la dépendance domaniale, elle signifie que toutes les utilisations du domaine public sont suspendues à une décision, directe ou indirecte, de la personne publique. L'administration reste maîtresse de son domaine, aux fins de la satisfaction de l'intérêt général et de la préservation de l'affectation. À la rigueur, l'exorbitance peut encore jouer un rôle dans l'appréhension de la puissance gestionnaire, elle intervient néanmoins à titre secondaire, non pour définir l'ontologie de la puissance publique

¹⁷⁶⁵ Art. L. 2122-1 CGPPP : « Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ».

¹⁷⁶⁶ G. DUPUIS, *Les privilèges de l'administration*, thèse dactyl., Paris II, 1962, t. I, p. 10-16. V. aussi, J. CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, 1988, p. 57.

¹⁷⁶⁷ Sur ce point, M. VILLEY, *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 254.

gestionnaire, mais pour graduer son intensité, en fonction des privilèges ou sujétions¹⁷⁶⁸ dits exorbitants.

328. Les différentes prérogatives imputées au pouvoir de gestion, longtemps perçues à travers le prisme de l'exorbitance et en comparaison avec l'exercice de la propriété privée, peuvent être recomposées autour d'une nouvelle typologie caractérisant le rapport de supériorité du gestionnaire sur les usagers du domaine public. Les décisions d'autorisation, de refus ou de modification des occupations domaniales et la réglementation des usages collectifs sont rattachées à l'exercice de la propriété publique ; la maîtrise de la dépendance domaniale implique une supériorité sur les usages du domaine public, à défaut de quoi la propriété perdrait son *domaine*.

CONCLUSION CHAPITRE II

329. En définitive, la voie d'une redéfinition de la notion de prérogative de puissance publique est ouverte : plus qu'une association, le pouvoir de gestion est une *assimilation* entre les prérogatives propriétaires et les prérogatives de puissance publique, qu'il unifie sous un même rapport. Les prérogatives issues du pouvoir de gestion sont le reflet du *dominium*, elles en sont l'expression, c'est à ce titre qu'elles sont des prérogatives de puissance et, plus précisément, des prérogatives de puissance publique, car elles « empiètent sur la sphère juridique » des administrés-usagers, au nom de la supériorité de la personne publique sur le domaine public. La méthode retenue fait appel à des outils subjectivistes, plus encore à des instruments issus des conceptualisations civilistes. La conceptualisation, ainsi proposée, de la puissance publique gestionnaire à partir du *dominium* prolonge les théories propriétairestes dans le sens d'un approfondissement du lien tissé entre propriété et puissance publique, lien qui confine à l'identité. Cette théorisation du pouvoir de gestion du domaine public permet d'unir sous un même rapport propriété, patrimonialité et puissance publique tout en soulignant la spécificité du pouvoir de gestion vis-à-vis des autres manifestations de puissance publique. Elle évite aussi toute confusion problématique entre l'*imperium* et le *dominium*. Pour répondre à la critique adressée autrefois par Duguit d'une « puissance en propriété »¹⁷⁶⁹, il s'agit de renverser les termes et de théoriser une propriété en puissance.

¹⁷⁶⁸ Sur la dualité de l'exorbitance, J. CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 70 ; H. DE GAUDEMAR, « Les sujétions de puissance publique », in Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, *op. cit.*, p. 197.

¹⁷⁶⁹ L. DUGUIT, *L'État, le droit positif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 331

CONCLUSION TITRE II.

330. La question de L'ambivalence du pouvoir de gestion du domaine public, entre puissance publique et patrimonialité, s'est à nouveau posée lorsqu'il a été confronté au droit de la concurrence, issu du droit de l'Union européenne et du droit interne. Les conflits qui ont entouré sa qualification, de puissance économique ou de puissance publique, illustrent que le pouvoir de gestion est un objet particulier parmi les prérogatives de l'administration. Mais, en raison de la jurisprudence du Conseil d'Etat, validée par celle du Tribunal des conflits, l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion est préservée en droit interne. Il ne s'agissait pas d'évoquer les idées de banalisations ou d'« altération »¹⁷⁷⁰ de la puissance publique par le droit de la concurrence. Une telle lecture aurait été biaisée parce qu'elle repose sur une représentation *a priori* de la puissance publique, à laquelle est imputée un certain nombre de caractéristiques et dont le droit de la concurrence aurait gommé les particularités. Au contraire, la confrontation entre le pouvoir de gestion et le droit de la concurrence sert en quelque sorte de révélateur. Une lecture axée sur les effets juridiques du pouvoir de gestion, sur ses interactions avec les libertés économiques et sur son rapport avec le marché économique reflète sa spécificité par rapport aux autres expressions de puissance publique.

331. Les analyses doctrinales qui définissent la puissance publique gestionnaire par le prisme de l'exorbitance reposent sur une conception *a priori* de l'État et de la puissance publique. Si l'exorbitance, dans une perspective « différentialiste »¹⁷⁷¹, offre une justification à la distinction entre le fait administratif et le fait économique¹⁷⁷², elle s'avère peu utile dans la mesure où la frontière entre ces deux éléments est troublée par la valorisation du domaine public, à la fois objet économique et objet de puissance, dont la singularité, dès lors insaisissable par le prisme de l'exorbitance, tient à la jonction de ces deux dimensions. Dans la perspective d'une définition susceptible de rendre compte de cette spécificité du pouvoir de gestion, il était nécessaire d'emprunter une autre voie, et une grammaire : les instruments subjectivistes permettent en effet de concevoir les relations impliquées par la puissance publique gestionnaire. Les théories de la personnalité publique et de la propriété publique fournissent alors un champ théorique incontournable dans le cadre d'une analyse subjectiviste du pouvoir de gestion. La propriété publique, définie comme une puissance sur un bien, et

¹⁷⁷⁰ A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 29 et s.

¹⁷⁷¹ J.-B. AUBY, « A propos de la notion d'exorbitance en droit administratif », in F. MELLERAY (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004.

¹⁷⁷² Sur ce point, v. E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, *op. cit.*

comme une émanation de la personnalité publique, peut, ainsi envisagée, constituer l'unique fondement du pouvoir de gestion. Représentant le rapport entre les personnes publiques et les biens, le pouvoir de gestion est l'incarnation juridique de *l'être et de l'avoir*. Il était néanmoins nécessaire de caractériser le lien qui unit la propriété et la puissance publique au sein du pouvoir de gestion. Les modalités théoriques qui ont permis de penser leur association ne sont pas pleinement convaincantes. Une relecture critique des théories du pouvoir de gestion s'imposait donc : le principe même de l'association entre puissance publique et propriété se heurte à plusieurs écueils, et véhicule notamment une représentation binaire, en tentant de joindre des éléments supposément disjoints, en raison de l'opposition dogmatique qui a précédé la genèse du pouvoir de gestion. En un sens, l'association ainsi opérée « cicatrise » la séparation, sans pour autant la remettre en question. En se fondant sur ce constat et en considérant que la distinction entre le droit public et le droit privé n'interdit pas des emprunts aux concepts civilistes¹⁷⁷³ – à condition de prendre des précautions méthodologiques –, l'enjeu était de promouvoir une assimilation entre la puissance et la propriété, à partir du concept romain de *dominium*. Le caractère de puissance du pouvoir de gestion est l'expression du *domaine* de la propriété. La teneur publique de la puissance est caractérisée par le biais de ses relations avec les administrés. En somme, c'est la propriété publique qui est définie en puissance, et non la puissance qui définit ou qui colore la propriété publique.

¹⁷⁷³ J. CAILLOSSE, « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », AJDA, 1996, p. 955 ; J. Rivero, « Droit public et Droit privé : conquête ou statu quo ? », D., 1947, chr. p. 69.

CONCLUSION PARTIE I.

332. Le pouvoir de gestion est une puissance publique sur le domaine public, en relation avec les usagers ; une puissance repensée à travers la notion de *dominium*, c'est-à-dire repensée comme une puissance sur une chose, ce qui la singularise parmi les manifestations de puissance publique, une puissance singulière aussi en raison de ses multiples dimensions : patrimoniale, économique, financière. La personnalité publique est le centre d'imputation du pouvoir de gestion et la propriété est son fondement, aussi bien que l'origine de sa puissance. En tant que pouvoir juridique, le pouvoir de gestion s'inscrit nécessairement dans des rapports juridiques, vis-à-vis de la dépendance domaniale et vis-à-vis des administrés. Dans le cadre d'une définition structurelle, l'enjeu était d'abord d'identifier les fondements du pouvoir de la personne publique propriétaire. Mais toute personnalité juridique « qualifie une *relation* ou un système de relations »¹⁷⁷⁴. Le pouvoir de gestion est en relation avec les administrés ou les utilisateurs du domaine public, et cette relation s'inscrit dans sa définition. La prise en compte des rapports avec les usagers, amorcée dans notre proposition de définition de la puissance publique gestionnaire, doit être prolongée, à défaut de quoi la définition du pouvoir de gestion serait incomplète.

333. La perspective subjectiviste suppose en effet d'évaluer les rapports de droit avec les administrés et offre ainsi une lecture « dynamique »¹⁷⁷⁵ du pouvoir de gestion. « C'est du côté du *destinataire*, c'est-à-dire du sujet de droit visé par les prérogatives que l'on peut trouver des éléments d'identification de ce rapport de droit, et donc en *retour*, les éléments caractéristiques de ce pouvoir »¹⁷⁷⁶. C'est de cette manière que l'on peut aussi identifier les prérogatives rattachées au pouvoir de gestion, qui permettent à la personne publique d'assurer la maîtrise du domaine public. Par ce biais, il est possible de préciser les modalités d'expression du pouvoir de gestion et ses différentes potentialités. Les rapports avec les administrés sont multiples, l'administré est tantôt un subordonné, un opposant, un collaborateur, et le pouvoir de gestion peut être un pouvoir créateur ou négateur de droit. C'est pourquoi il ne s'agit pas seulement de réfléchir sur les rapports juridiques, mais d'apprécier ou de définir des rapports de droit(s), dans la mesure où l'administré ou l'utilisateur n'est pas nécessairement un sujet soumis à la puissance tutélaire du pouvoir de gestion mais devient un acteur de la gestion du domaine public. Le pouvoir de gestion n'est pas qu'action, il est relation avec l'administré, voire il

¹⁷⁷⁴ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 334-335.

¹⁷⁷⁵ A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, p. 35 et s.

¹⁷⁷⁶ N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *préc.*

s'inscrit dans une interaction¹⁷⁷⁷ avec les administrés. Il doit composer avec une prise en compte accrue des intérêts ou des droits des administrés. La perception subjectiviste du pouvoir de gestion doit en définitive être combinée avec les théories des droits publics subjectifs des administrés, en amont de l'utilisation et pendant l'utilisation du domaine public.

¹⁷⁷⁷ E. MORIN, *La Nature de la nature*, t. 1 (La Méthode), Le Seuil, 1977, p. 51 : « les interactions sont des actions réciproques modifiant le comportement [...] des éléments [...] en présence ou en influence ».

PARTIE II – LE POUVOIR DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC : UNE PUISSANCE PUBLIQUE EN INTERACTION

334. Le subjectivisme juridique n'est acté qu'à la condition d'établir un rapport de droit entre plusieurs sujets juridiques, sans quoi il semble difficile de constater une relation juridique¹⁷⁷⁸, que ce soit en termes de conflit ou en termes de collaboration et d'échange¹⁷⁷⁹. Peut-on l'établir en ce qui concerne le domaine public ? Le subjectivisme juridique, bien que souvent associé au pouvoir de gestion, est défini de façon restrictive, circonscrit aux mécanismes de collaboration. La perception objectiviste du droit positif, la situation peu ou prou précaire des usagers du domaine public, l'inopposabilité des libertés à l'égard des actes de gestion, le contentieux essentiellement structuré autour du recours pour excès de pouvoir, présenté majoritairement comme un recours objectif, sont autant d'obstacles à une approche subjectiviste du pouvoir de gestion. Pourtant, ce dernier ne peut se résumer à un rapport juridique direct sur le domaine public. « Un rapport juridique est toujours entre *personnes* »¹⁷⁸⁰ et « la puissance est multiple parce qu'elle ne peut être que dans une relation à l'autre, une réaction à l'autre, une réponse à l'autre, une lutte ou un combat contre l'autre »¹⁷⁸¹. Aussi, le pouvoir de gestion est une puissance publique en interaction avec les administrés qui aspirent à l'utilisation ou qui utilisent le domaine public. Le gestionnaire et les usagers sont unis par une relation d'interdépendance, dans laquelle la situation de l'un ne peut être envisagée sans considération de l'autre.

¹⁷⁷⁸ Sur ce point, R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration, Étude de droit administratif comparé, op. cit.*, p. 44 : « le droit subjectif ne peut pas entrer en jeu dans le premier stade où il n'y a purement qu'une situation juridique, puisque, les individus n'étant pas encore entrés en rapport, il n'y a pas de possibilité pour cette émission d'exigence dans laquelle se manifeste le droit subjectif. [...] c'est la situation juridique qui rend possible d'établir le rapport de droit et, par suite, d'amener la manifestation du droit subjectif ».

¹⁷⁷⁹ De manière générale, v. G. JELLINEK, *System des öffentlichen subjektiven Rechte*, J.C.B Mohr, Tübingen, 1892.

¹⁷⁸⁰ G. del VECCHIO, *Philosophie du droit*, trad. J. Alexis d'Aynac, Dalloz, 1953, rééd. 2004, p. 326 : « le cas juridique de la propriété, espèce principale et typique des droits réels. Elle apparaît, à première vue, comme un rapport entre l'homme et la chose ; et c'est la définition qu'on en a même donnée. Mais cette définition est inexacte, parce qu'un rapport juridique est toujours entre *personnes*. Pour admettre un rapport juridique entre homme et chose, il faudrait admettre l'absurdité que la chose peut être obligée envers la personne. Il est facile de démontrer que, même dans le droit de propriété, il y a des sujets envers qui s'exerce l'exigence du propriétaire : ces sujets sont tous les non propriétaires, le droit de propriété a pour élément essentiel une exigence générale *envers tous*, qui se traduit par le respect, normalement purement négatif ».

¹⁷⁸¹ J. A. MAZÈRES, « Qu'est-ce que la puissance publique », in Ph. RAIMBAULT (dir.), *La Puissance publique à l'heure européenne, op. cit.*, spéc. p. 29.

335. Le processus de renforcement de la situation juridique des usagers, souligné par la doctrine¹⁷⁸², offre une occasion d'envisager une lecture subjectiviste du pouvoir de gestion. La précarité de l'occupation du domaine public est critiquée en raison de l'atteinte qu'elle porte à la sécurité juridique des occupants¹⁷⁸³. La possibilité de constituer des droits réels sur le domaine public est aussi globalement saluée par la doctrine pour l'avantage qu'elle procure aux occupants, notamment aux opérateurs économiques¹⁷⁸⁴. Le discours doctrinal est évidemment nourri par les évolutions progressives du droit domanial, qui visent « une plus grande ouverture de la propriété publique aux relations marchandes »¹⁷⁸⁵. Dans l'esprit des acteurs comme dans celui des auteurs, « il y a bien [un] basculement de l'univers mental dont dépendait, en même temps qu'il l'entretenait, l'ancien système juridique de la domanialité publique »¹⁷⁸⁶, dans le sens d'un renforcement accru de la commercialité juridique agissant sur le domaine public.

336. L'inscription du pouvoir de gestion dans le subjectivisme juridique peut être considérée comme la conséquence du renouveau de la domanialité publique, et prolonge le mouvement plus général de la subjectivisation du droit administratif¹⁷⁸⁷ dont le premier aspect est la consolidation des droits des usagers. Les évolutions récentes du droit domanial facilitent une lecture du droit positif selon la méthodologie employée dans le cadre du subjectivisme juridique, qui permet de rendre compte d'un système relationnel entre le gestionnaire et l'utilisateur. Dans la mesure où le pouvoir de gestion n'est plus une prérogative devant laquelle les intérêts des usagers doivent nécessairement s'incliner ou s'effacer, mais une prérogative qui a pour finalité la satisfaction d'intérêts, généraux ou privés, et qui doit surtout prendre en compte les droits des usagers, il est possible de penser le pouvoir de gestion dans le cadre d'un

¹⁷⁸² Ch. LAVIALE, « Le domaine public : chose publique ou patrimoine public », préc. : « Le développement contemporain dans la domanialité publique du pouvoir de gestion passe par deux aspects en apparence contradictoire mais en réalité complémentaires. D'une part l'usage du domaine public affecté au public quel qu'il soit a de plus en plus tendance à être considéré par l'administration sous un angle financier, d'autre part, les droits des occupants privatifs sont renforcés ». V. aussi de l'auteur sur cette thématique, « Regards sur trente ans d'évolution du droit domanial », in *Regard critique sur quelques (r)évolutions récentes du Droit*. Les travaux de l'IFR - Mutation des Normes Juridiques. PUT, p. 251. V. aussi, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans la l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 568 et s.

¹⁷⁸³ R. RÉZENTHEL, « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public », *AJDA*, 2001, p. 1025.

¹⁷⁸⁴ É. FATÔME et P. TERNEYRE, « Droits réels sur le domaine public de l'État : clarification ou multiplication des interrogations », *AJDA*, 1995, p. 905 ; A. FOURNIER et H. JACQUOT, « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », *AJDA*, 1994, p. 759.

¹⁷⁸⁵ J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, op. cit., p. 109.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 110.

¹⁷⁸⁷ Sur la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, v. F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, 2001. Sur la subjectivisation générale du droit administratif, v. N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit. (v. surtout le dernier chapitre).

rapport de droit(s). La perception du droit domanial ne répond pas véritablement aux critères du subjectivisme juridique qui prône une définition du rapport de droit selon un mode intersubjectif¹⁷⁸⁸, dans la mesure où il manque dans les différentes théorisations l'appréhension des droits des usagers en termes de droit subjectif face à la subjectivité du pouvoir de gestion. C'est pourquoi, « pour [...] remettre [la relation entre le gestionnaire et les usagers] en perspective dans un système de droits subjectivisés »¹⁷⁸⁹, il s'agit également de s'interroger sur la définition des droits publics subjectifs des usagers. Le statut juridique des usagers a fait l'objet d'une vaste *disputatio* théorique à laquelle il est nécessaire de prendre part. Les différentes conceptualisations ne s'accordent pas sur la nature juridique de l'utilisateur : son statut oscille entre des positions objectivistes et subjectivistes. Même en admettant le bénéfice aux usagers de droits subjectifs sur le domaine public, des doutes persistent s'agissant de leur objet. Afin de rendre compte des différents rapports juridiques entre la personne publique gestionnaire et les administrés, deux temps sont à distinguer : le temps de l'accès au domaine public (**Titre I**) et le temps de l'utilisation du domaine public (**Titre II**).

TITRE I. LES INTERACTIONS AU STADE DE L'ACCÈS AU DOMAINE PUBLIC

TITRE II. LES INTERACTIONS AU STADE DE L'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC

¹⁷⁸⁸ Sur ce point, F. MODERNE, « Sous le signe du subjectivisme juridique. Regard sur l'œuvre d'Eduardo Garcia de Enterría », *RFDA*, 2004, p. 101.

¹⁷⁸⁹ F. MODERNE, « Sous le signe du subjectivisme juridique. Regard sur l'œuvre d'Eduardo Garcia de Enterría », préc.

TITRE I. LES INTERACTIONS AU STADE DE L'ACCÈS AU DOMAINE PUBLIC

337. S'intéresser aux conditions de l'accès au domaine public, c'est retrouver la dimension fonctionnelle de la domanialité publique, tournée vers la protection et la réalisation de l'affectation. Le rôle premier de la domanialité publique est d'être un régime juridique garantissant l'ouverture au public, compris ici dans un sens général, d'un bien appartenant à une personne publique. L'affectation est à la fois l'élément fondateur et structurant de l'accès dans la mesure où elle constitue un mécanisme juridique d'ouverture de l'usage aux tiers, directement ou par le biais d'un service public. L'affectation est donc d'abord une destination (affectation-destination) qui implique ensuite un régime particulier. Le domaine public est un espace de confrontations, d'échanges ou de collaborations entre différents intérêts et différents droits en présence. Pour être plus précis, c'est une chose de relever que l'affectation ouvre, dans son principe, l'usage d'une dépendance domaniale aux tiers et qu'il en résulte un partage des utilités¹⁷⁹⁰, c'en est une autre de considérer que les administrés bénéficient d'un *droit à la dépendance domaniale*¹⁷⁹¹ qu'ils peuvent opposer aux actes de gestion. En se fondant sur l'hypothèse de l'existence d'un droit au domaine public, il s'agit d'en proposer une définition subjectiviste qui peut être résumée comme suit : le droit subjectif, en lien avec un intérêt général ou un intérêt particulier, permet à un administré de revendiquer l'accès au domaine public en activant une obligation de faire ou de ne pas faire qui s'impose à la personne publique chargée de la gestion du domaine public. C'est de cette manière qu'il est possible de se représenter des rapports intersubjectifs en amont de l'accès au domaine public. Il est d'abord nécessaire de se pencher sur la nature juridique de l'accès au domaine public et de penser la revendication de l'accès en termes de droit subjectif (**Chapitre I**) ; il s'agit ensuite d'éprouver cette définition en la confrontant au droit positif dans la visée d'identifier différentes hypothèses de droit au domaine public (**Chapitre II**).

¹⁷⁹⁰ Le partage des utilités se répartit globalement de cette manière : utilisations administratives par l'administration elle-même et celles des administrés, exercées soit collectivement, soit privativement. Sur ce point, v. N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., 2011, *op. cit.*, p. 241 et s.

¹⁷⁹¹ Sur cette notion, J. MOURGEON, « De quelques rapports entre les libertés et la domanialité publique », in *Mélanges Couzinet*, p. 607 ; Y. GAUDEMET, « Libertés publiques et domaine public », in *Mélanges J. Robert*, 1998, p. 125. V. aussi, M. WALINE, note sous CE, 18 nov. 1949, Carlier : RDP, 1950, p. 172.

CHAPITRE I. PENSER UN DROIT SUBJECTIF AU DOMAINE PUBLIC FACE AU POUVOIR DE GESTION

338. La littérature juridique est moins abondante sur les conditions l'accès que sur les droits de l'administration sur le domaine public. Le thème des pouvoirs de l'administration sur le domaine public a exercé un tropisme dans les constructions domaniales. Le statut juridique de l'administré est souvent présenté comme étant tributaire des pouvoirs de l'administration¹⁷⁹². Mais une partie de la doctrine a produit l'effort méthodologique et pédagogique de bien différencier les deux points de vue. L'exemple le plus révélateur est sans doute la thèse de Denoyer qui opère une distinction entre les deux protagonistes. L'exploitation domaniale y est envisagée successivement du point de vue de l'administration et de celui de l'administré-usager¹⁷⁹³. Il convient de mentionner aussi les travaux de Jèze et de Lenoir, qui selon leurs positions respectives, ont produit des développements relatifs au droit des usagers d'utiliser le domaine public. Plus récemment, les thèses du Professeur Ph. Yolka et de H. Moysan ont le mérite de s'attacher à définir le cadre juridique de l'accès au domaine public à côté de la nature des pouvoirs de l'administration.

339. La question est de savoir dans quelle mesure l'administré peut revendiquer l'accès au domaine public. Dans les discours doctrinaux, dans le raisonnement du juge administratif, comme dans la terminologie employée par le législateur, l'affectation est le fondement de l'accès au domaine. Le Commissaire du gouvernement Mosset sous l'arrêt *Sieur Biberon* estime que « ce qui fait naître au profit des usagers *un titre à l'utilisation des dépendances du domaine*, c'est leur affectation »¹⁷⁹⁴. Dans la jurisprudence *Carlier*, le juge administratif évoque la « faculté qu'a tout usager d'utiliser les dépendances du domaine public conformément à leur affectation »¹⁷⁹⁵. Dans la doctrine, est mentionné « le droit d'usage », la « faculté légale », le « droit au domaine

¹⁷⁹² Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 2 *Droit administratif des biens*, 13^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 196-197 ; J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd., 1960, *op. cit.*, p. 489 et s. S'agissant des positions objectivistes, v. particulièrement, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 2^e éd., 1923, *op. cit.*, p. 296 et s.

¹⁷⁹³ De manière générale, J. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*

¹⁷⁹⁴ MOSSET, concl. sur CE, 2 nov. 1956, *Sieur Biberon* : *Rec.*, p. 403, in C. DEBBASCH et M. PINET, *Les grands textes administratifs*, Sirey, 1970, p. 270 (on souligne). Sur ce point, v. H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., 1948, *op. cit.*, p. 18, n° 32. V. aussi A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., 1975, *op. cit.*, p. 180-181 : « Une première grande idée commande les droits des administrés et les pouvoirs de l'administration à l'égard des utilisations des dépendances domaniales : ces droits et pouvoirs sont dominés par l'affectation de la dépendance concernée » ; Y. LENOIR, *Les domaines de l'État et des autres collectivités publiques*, *op. cit.*, p. 167 : « le droit d'usage (qui s'impose à l'affectataire) a son fondement et sa limite dans l'affectation ».

¹⁷⁹⁵ CE, 18 nov. 1949, *Carlier* : *Rec.*, p. 490 ; RDP, 1950, p. 172, concl. Gazier.

public »¹⁷⁹⁶. Dans la continuité de ce débat, il s'agit d'adopter une définition du droit au domaine public à partir du cadre conceptuel du droit subjectif. Une telle proposition ne s'appuie pas directement sur une affirmation claire du juge administratif ou sur un contenu normatif précis. Ce débat théorique et conceptuel¹⁷⁹⁷, qui varie en fonction des positions subjectivistes et objectivistes¹⁷⁹⁸, relève de la construction théorique qui a pour dessein de donner une lecture du droit. Autrement dit, l'adoption du concept de droit subjectif est utile, d'une part en complément des présupposés subjectivistes accolés au pouvoir de gestion afin d'établir la relation juridique (*vinculum juris*) entre le gestionnaire et les administrés et, d'autre part, eu égard à sa valeur heuristique, à sa capacité de représentation du droit, comme « concept interprétatif »¹⁷⁹⁹ et comme clef de compréhension des évolutions actuelles du droit positif. L'enjeu est de théoriser un droit public subjectif en amont de l'accès au domaine public. Les conditions juridiques de l'accès au domaine public sont le sujet d'une controverse doctrinale au sein de laquelle certains auteurs théorisent un « droit public subjectif au domaine public » (**Section I**). Ces théories constituent un point de départ dans notre proposition de définition du droit subjectif au domaine public, afin de répondre aux questions de sa définition et de sa relation avec le pouvoir de gestion (**Section II**).

SECTION I. LES CONTROVERSES AUTOUR DE LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT D'ACCÈS AU DOMAINE PUBLIC

340. Les différents obstacles conceptuels, auxquels correspondait l'impossibilité pour la doctrine de concevoir un droit d'accès individualisé confronté à la puissance publique, relevaient d'une vision limitée des rapports entre l'administration et les usagers du domaine public. La figure du *Public*, autour de laquelle se sont construites les théories domaniales du XIX^e siècle¹⁸⁰⁰, inclut l'individu dans une communauté universelle, somme de personnes,

¹⁷⁹⁶ Sur cette notion, J. MOURGEON, « De quelques rapports entre les libertés et la domanialité publique, in *Mélanges P. Couzinet*, p. 607 ; Y. GAUDEMET, « Libertés publiques et domaine public », in *Mélanges J. Robert*, p. 125 ; M. WALINE, note sous CE, 18 nov. 1949, Carlier : *RDP*, 1950, p. 172.

¹⁷⁹⁷ Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 211.

¹⁷⁹⁸ N. FOULQUIER, « Rapport de Synthèse », in *Les droits publics subjectifs des administrés, op. cit.* : « Tout simplement parce que le droit subjectif n'existe pas... en droit positif. Selon les termes de l'intervention d'Olivier Jouanjan, le droit subjectif ne forme que l'outil d'une grammaire pour comprendre le droit positif. Il permet de lire le droit positif ». V. aussi, A. ROUYÈRE, « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, AFDA, 2011, LexisNexis, « Colloques & Débats » : « Il s'agit de poser des catégories constitutives du système juridique qui structurent la manière de penser et de mettre en œuvre le droit et les droits ». H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, 1948, p. 29 : le droit subjectif « n'est qu'une construction technique dont l'intérêt réside dans les facilités de manquement qu'elle apporte à la matière juridique ».

¹⁷⁹⁹ C. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, t. 34, 1989, p. 9, spéc., p. 22.

¹⁸⁰⁰ Pour un exemple, E.-A. MAGUÉRO, *Dictionnaire des domaines*, Guilbert, 1898, p. 325, n° 118 : « Que le caractère de domanialité publique soit le résultat de l'action de la nature ou du travail de l'homme, le public a sur ces biens un droit de jouissance. Cette jouissance est due à tous ceux qui la réclament et l'État est tenu, tant que subsiste

« transcendant toute particularité »¹⁸⁰¹ et empêchant tout traitement individualisé de l'accès au domaine public : une telle figure empêche la conception d'un passage de l'*usus publicus* à des *res publicae in usu publico*¹⁸⁰². L'utilisation du domaine public suppose exclusivement un usage impersonnel et général, l'individu est noyé dans une masse indéfinie de personnes¹⁸⁰³, incapable d'être le support d'une quelconque titularité d'un droit public subjectif¹⁸⁰⁴.

En outre, la conception de la puissance publique en tant qu'émanation de la souveraineté empêche l'établissement de droits subjectifs, puisque la puissance publique est définie par son indisponibilité - parfois par son inaliénabilité¹⁸⁰⁵ - et est donc hermétique à tout commerce juridique¹⁸⁰⁶. Paradoxalement, la perception de la puissance publique en droit subjectif au bénéfice des personnes publiques ne s'est pas traduite automatiquement par la possibilité d'envisager des droits publics subjectifs des administrés. La théorisation d'un droit de propriété sur le domaine public n'implique pas non plus celle d'un droit public subjectif au domaine public. Par exemple, Otto Mayer, l'un des théoriciens de la propriété publique, exclut l'usage du concept de droit subjectif pour qualifier la faculté de se servir du domaine public¹⁸⁰⁷. L'association entre la puissance publique gestionnaire et la souveraineté, au fondement de l'intervention de l'administration sur le domaine public, condamne l'existence de droits individuels ayant pour *objet* la puissance publique¹⁸⁰⁸. L'accès au domaine public est seulement commandé par l'affectation – comprise de façon générale – et réglé par un système de compétences administratives.

l'affectation de respecter le droit du public, sauf en réglementer l'exercice en vertu du droit de police qui constitue l'un de éléments de son droit de souveraineté ».

¹⁸⁰¹ M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 343.

¹⁸⁰² Sur ce point, W. G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, *op. cit.*, p. 62 et s.

¹⁸⁰³ Pour un exemple, Th. DUCROcq, *Cours de droits administratifs*, t. II, 4^e éd., Paris, E. Thorin, 1874, p. 82.

¹⁸⁰⁴ W. G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, p. 264 : « on doit reconnaître que cet *usus publicus* ne peut pas être formé comme un droit subjectif, se rapportant à certaines choses, mais au contraire toutes relations manquent dans l'*usus publicus* avec les choses qui sont l'objet de cet usage, et qu'être autorisé à user des choses publiques conformément à leur affectation et les règles valables pour cet usage est une suite de la liberté qu'on laisse aux individus dans la communauté ».

¹⁸⁰⁵ M. HAURIou, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 532 : « les concessions de droits de puissance publique, quelles qu'elles soient, ne donnent jamais au concessionnaire le droit lui-même, mais seulement l'exercice du droit c'est-à-dire une possession précaire. En ce sens, on peut dire que tous les droits de puissance publique sont entre les mains de l'État inaliénables et imprescriptibles, et que l'inaliénabilité spéciale des dépendances du domaine public est bien moins une exception qu'une application de la règle ».

¹⁸⁰⁶ V. sur ce point les développements du Professeur N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 462 et s.

¹⁸⁰⁷ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 193 : « Tel est le droit d'usage de tous, que nous étudions. On ne peut pas hésiter sur la nature de ce droit. Il ne répond pas à aucune des formes bien déterminées du droit civil, ni à la stricte notion du droit subjectif public ».

¹⁸⁰⁸ Pour un exemple, P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. I, p. 148, 149, § 15 : « Les droits de liberté sont des règles pour la souveraineté de l'État, qu'il se donne à lui-même, constituant ainsi des limites aux attributions des fonctionnaires en assurant à l'individu sa liberté naturelle d'action dans une sphère déterminée, mais en ne fondant pas de droit subjectifs des citoyens. Ce ne sont pas des droits ; ils n'auraient pas d'objet », cité et traduit, J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 55. V. Aussi, O. JOUANJAN, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine allemande », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*

Ces deux obstacles se sont peu à peu résorbés. Le concept du *Public* a, d'une part, laissé place à une conception plurielle des usages domaniaux, au regard notamment de la multiplication des occupations privées, et, d'autre part, été concurrencé, dans sa faculté à saisir l'accès au domaine public, par la notion de service public, infiniment plus opérante. S'agissant de la puissance publique, le dépassement de la figure de la puissance omnipotente, induit notamment par l'émergence de la gestion administrative et de l'exploitation domaniale, a clairement facilité la reconnaissance théorique d'un droit d'accès au profit des administrés.

341. Mais la question reste entière. Dans la perspective du subjectivisme juridique, afin de penser un droit subjectif au domaine public au bénéfice des administrés, l'enjeu est de saisir comment la généralité de l'affectation à une utilité publique peut instituer un droit d'accès attribué à un administré à titre individuel, c'est-à-dire de comprendre comment une « situation juridique générale » originelle est constitutive d'une « situation juridique individuelle »¹⁸⁰⁹ dans une acception subjectiviste, à l'origine d'un rapport de droit entre le gestionnaire et les administrés. Dans le mouvement historique de la pensée juridique, une telle construction a eu du mal à s'établir dans les discours doctrinaux. Au XX^e siècle, les approches objectivistes ont promu l'idée d'un *droit d'accès* mais ont aussi été un obstacle à la théorie de droits publics subjectifs. Le contentieux de l'accès au domaine public, à l'instar des autres pans du droit administratif, a essentiellement été dominé par le recours pour excès de pouvoir, présenté par la majorité des auteurs comme un recours objectif. Ce faisant, le passage du général au particulier ne pouvait se réaliser et, même si un titre juridique permet à l'administré d'accéder au domaine public, celui-ci ne saurait s'apparenter à un droit subjectif, mais seulement à la concrétisation d'une norme objective, assurée par des outils contentieux (§1). Néanmoins, parallèlement au courant objectiviste, une vision de l'accès au domaine public selon le cadre subjectiviste a été développée sur le terreau des travaux de Hauriou et de Bonnard, et fournit un point d'ancrage pour un renouveau du droit d'accès au domaine public suivant la méthodologie subjectiviste (§2).

§1. L'APPROCHE OBJECTIVISTE DE L'ACCÈS AU DOMAINE PUBLIC

342. L'approche objectiviste de l'accès au domaine public émane surtout de l'école du service public¹⁸¹⁰. Duguit puis Jèze pensent l'accès au domaine public dans le cadre objectiviste

¹⁸⁰⁹ Sur ces notions, v. M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Dalloz, 1949, rééd. 2007, p. 113 et s.

¹⁸¹⁰ V. Toutefois H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 8^e éd., A. Rousseau, Paris, 1916, p. 468. L'auteur exclut l'idée d'un droit subjectif au domaine public, même s'il consent à l'idée d'un droit au domaine public au profit des administrés. Au sujet de la voirie, l'auteur considère par exemple que « par leur destination

propre à leur théorie du service public et du domaine public. Dans leur perspective, la situation juridique de l'usager, articulée autour de la notion de service public, est le prolongement de la nature de l'intervention de l'administration sur le domaine. L'affectation domaniale, protégée par le droit objectif, règle les relations entre l'administration et les usagers (I). La construction juridique qu'ils proposent ferme la porte à toute théorisation d'un droit subjectif à l'accès au domaine public, mais elle n'est pas hermétique à la systématisation d'un *droit d'accès*, dérivé du droit objectif et qui reçoit une signification essentiellement contentieuse (II). La particularité du propos de l'école du service public est de considérer que l'usager est non seulement dans une situation juridique objective mais aussi dans une situation générale et impersonnelle. Toute caractérisation d'une situation juridique individuelle, qui pourrait être une première étape de la reconnaissance d'un droit subjectif à l'accès, est exclue. Cette conception des utilisations domaniales a fait l'objet de quelques critiques. Certaines théories domaniales, tout en évacuant le concept de droit subjectif, proposent la constitution de situations juridiques individuelles en amont de l'accès au domaine public (III).

I. L'accès au domaine public dominé par le droit objectif

343. La théorie du domaine public, proposée par Duguit, à partir de la théorie du patrimoine d'affectation, nie tout recours aux concepts de sujet de droit, de personnalité juridique et de droit subjectif¹⁸¹¹. Dans un souci de cohérence théorique, Duguit rejette l'existence de droits publics subjectifs¹⁸¹² et donc d'un droit subjectif à l'accès au domaine public. Le droit objectif, ayant pour visée la protection et le maintien de l'affectation, ne confère que des voies de droit offrant la possibilité à l'usager de revendiquer le bénéfice de l'accès à la dépendance domaniale (A). L'administré-usager est encadré par un système juridique dans lequel la notion de service public joue un rôle de notion matricielle, qui justifie l'intervention de l'administration autant qu'elle détermine la nature juridique de l'accès au domaine public (B).

même, les voies publiques comportent au profit de tous le droit de passage ; au profit des riverains, les droits d'accès, de vue et d'égout ».

¹⁸¹¹ V. de manière générale, L. DUGUIT, *Les doctrines juridiques objectivistes*, M. Giard, 1927. Au sujet de sa théorie du patrimoine, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1923, *op. cit.*, p. 316 : « dans la réalité, il n'y a pas de droits subjectifs patrimoniaux, pas plus qu'il n'y a pas de droits subjectifs de puissance publique ; il n'y a pas de personnalité étatique ; il n'y a pas de patrimoine dont l'État-personne serait le titulaire ».

¹⁸¹² L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 1907, *op. cit.*, pp. 2-3.

A. L'accès au domaine public réglé par le droit objectif

344. La doctrine objectiviste, en particulier selon Duguit, repose sur le même postulat que les autres doctrines juridiques, selon lequel l'accès au domaine public est entièrement déterminé par l'affectation. Elle se distingue néanmoins des autres discours doctrinaux dans la mesure où elle considère que la protection de l'affectation relève exclusivement de la fonction téléologique assignée au droit objectif¹⁸¹³. Ce n'est pas tant les prérogatives de l'administration qui sont garanties par le droit objectif, ni véritablement la situation juridique de l'utilisateur, mais le *but* (ou la destination) de la dépendance domaniale¹⁸¹⁴. Dans ce cadre, le principe de l'inaliénabilité du domaine public reçoit une acception différente : il n'est pas une règle qui frappe le propriétaire public l'amputant de certaines de ses prérogatives, étant entendu pour Duguit que le domaine public ne fait pas l'objet d'un droit de propriété. Replacée dans un contexte objectiviste et finaliste du droit, l'inaliénabilité est au contraire « un ensemble de règles relatives à la compétence des agents publics, et qui ont pour but de protéger l'affectation des dépendances domaniales au service public, de conserver la structure des choses qui y sont affectées, pour que le service public puisse fonctionner sans interruption et le mieux possible au profit des usagers »¹⁸¹⁵. Le droit objectif fournit donc le cadre exclusif de l'utilisation du domaine public, la gestion du domaine public est étroitement encadrée¹⁸¹⁶ et les usagers utilisent le domaine public uniquement en fonction du droit objectif, créateur d'une « situation de droit »¹⁸¹⁷ et qui leur garantit juridiquement le bénéfice de la chose¹⁸¹⁸. Le droit objectif ouvre donc des voies de droit. Cela signifie pour Duguit que, l'affectation domaniale étant une situation juridiquement protégée, « la protection consiste en ce que le droit objectif ouvre certaines voies de droit pour garantir cette situation contre tout acte qui y apporterait une atteinte ou une entrave, contre toute attitude qui serait contraire à son maintien et à son

¹⁸¹³ Sur la dimension téléologique du droit objectif chez Duguit, v. M. MILLET, « Léon Duguit », in P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XIIIe – XXe siècle)*, Puf, « Quadrige », 2007, p. 275.

¹⁸¹⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, 1923, p. 308 : « Il ne faut pas perdre de vue cette idée que ce que protège le droit objectif, c'est un certain but poursuivi par des volontés humaines. Ce but est protégé lorsqu'il est conforme au droit objectif et il est protégé par l'ouverture de voie de droit, très variables dans leur organisation et leurs effets, mais ayant toutes et toujours ce caractère commun qu'elles impliquent l'intervention de la force collective ». V. aussi, p. 315 ; *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. 2003, Dalloz, p. 17 : « la loi sociale est une loi de but ; tout but est légitime, quand il est conforme à la loi sociale, c'est-à-dire juridique. La règle de droit est donc la règle de la légitimité des buts et par là elle est tout à fait différente de la loi physique ou biologique qui est la loi des rapports de cause à effet ».

¹⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 340. V. aussi, L. LAISNÉ, *Étude du régime des permissions de voirie*, Thèse, 1938, Paris, p. 9. L'auteur adopte le même point de vue en reprenant la définition de l'inaliénabilité proposé par Duguit.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 343-344.

¹⁸¹⁷ Sur cette notion, L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸¹⁸ V. aussi sur ce point, G. JÈZE, note sous CE, 15 avril 1910, Société des automobiles Brasier, RDP, 1910, p. 695.

développement »¹⁸¹⁹. L'affectation et, par extension, la situation des usagers dépendent entièrement d'une « situation juridique objective », œuvre de l'ordre juridique, et particulièrement d'une « situation juridique objective » dite « institutionnelle », selon l'expression de Roubier. La protection de l'affectation s'inscrit en effet dans « une situation juridique préétablie, dont il s'agit de tirer des conséquences juridiques, mais ces conséquences juridiques sont fixées par l'ordre juridique de telle manière qu'elles apparaissent plutôt comme des devoirs que comme des droits et elles se relient directement ainsi à une aspiration politique »¹⁸²⁰. Selon ce cadre, les intérêts des usagers ne sont pris en compte que tant qu'ils correspondent à l'affectation¹⁸²¹, et la situation juridique de l'administré ne relève pas d'une situation juridique subjective, encore moins d'un droit subjectif à l'accès au domaine public¹⁸²². Le refus théorique du droit subjectif s'explique par l'adhésion de Duguit et de Jèze à une définition *a priori* étreiquée de ce concept, en référence à sa définition en droit privé et aux positions jusnaturalistes initiales¹⁸²³ : le pouvoir d'une volonté d'un sujet actif sur un sujet passif. Si le droit subjectif est défini, selon ces auteurs, par deux traits, à savoir la permanence et l'exclusivité¹⁸²⁴, il ne peut exister un droit subjectif au domaine public, puisque « l'administration peut toujours modifier les conditions dans lesquelles fonctionne un service public »¹⁸²⁵. C'est pourquoi les voies de droit institutionnalisées par l'ordre juridique sont moins le moyen pour l'utilisateur de revendiquer un intérêt particulier que de s'assurer de la légalité objective qui s'impose aux actes de gestion ou de police. Duguit et Jèze admettent dans son principe le passage de la généralité de l'affectation à une situation juridique propre à l'utilisateur, mais l'exercice des recours contentieux, à savoir le recours hiérarchique, le recours pour excès de pouvoir et le recours en responsabilité¹⁸²⁶, n'a pour visée que de permettre à

¹⁸¹⁹ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 312. Plus loin, Duguit rajoute que « La protection juridique consiste aussi en ce qu'une voie de droit ouverte par le droit objectif vient sanctionner tous les actes qui sont faits en vue de cette affectation, et vient, au contraire, annuler ou réprimer tous les actes qui y sont contraires, comme aussi assurer la réparation des troubles qui y sont apportés et des diminutions de valeur occasionnées aux richesses qui en sont l'objet ».

¹⁸²⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸²¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 351 : « C'est la conséquence de la domanialité publique elle-même ; il faut que la chose reste affectée dans son intégrité à l'usage public, et un intérêt privé, quel que soit le temps écoulé, ne peut prévaloir sur l'intérêt majeur de ce service public qui tend à assurer la libre circulation ».

¹⁸²² *Ibid.*, p. 346 : « Il n'a pas plus de droit subjectif que l'individu quelconque qui use d'un service quelconque ; il n'a point de droit subjectif à l'accès, à la vue, à l'égout ».

¹⁸²³ Sur ce point, L. MICHOU, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État », *RGA*, 1911, p. 257, spéc. p. 272.

¹⁸²⁴ G. JÈZE, note sous CE, 15 avril 1910, Société des automobiles Brasier, *RDP*, 1910, p. 695.

¹⁸²⁵ *Ibid.* : « La loi, le règlement peuvent unilatéralement, et à tout instant, modifier l'étendue, les modalités d'exercice du pouvoir des individus de se servir du domaine public ».

¹⁸²⁶ *Ibid.*, p. 345.

l'usager de s'assurer du maintien de la dépendance domaniale « en un état aussi bien que possible adapté à cette destination »¹⁸²⁷.

B. L'accès au domaine public réglé par le service public

345. Un autre aspect de l'approche objectiviste de l'accès au domaine public réside dans la notion de service public, qui domine l'ensemble des différentes facettes du régime de la domanialité publique¹⁸²⁸. L'affirmation bien connue de Jèze, selon laquelle « l'idée de service public est à la base de toutes les règles du régime juridique que l'on appelle le *régime du domaine public* et qui diffère du régime juridique de la propriété privée »¹⁸²⁹, offre une autre voie théorique pour l'école du service public, leur permettant de consolider la dimension objectiviste de l'accès au domaine public. Il n'est pas utile de revenir sur les limites de la jonction entre le service public et le domaine public¹⁸³⁰, mais il est nécessaire de comprendre les conséquences de la force globalisante ainsi imputée à la notion de service public dans la théorie du domaine public. La place centrale du service public implique que la nature juridique de l'accès au domaine public s'inscrive dans des jalons identiques à ceux de l'accès au service public¹⁸³¹ : l'usager du domaine public, comme tout usager d'un service public, est dans une situation légale et réglementaire¹⁸³², et qui plus est, dans une situation générale et impersonnelle. Celle-ci est antinomique avec la reconnaissance d'une situation individuelle subjective¹⁸³³ qui entrerait en relation avec la gestion du domaine public, et ce également dans le cas où la gestion du service public a fait l'objet d'une délégation par une concession¹⁸³⁴. La généralité de la situation juridique de l'usager se confond ainsi avec la généralité de la règle

¹⁸²⁷ *Ibid.*, p. 344.

¹⁸²⁸ *Ibid.*, p. 324 : « Il ne faut pas oublier que le fondement même de la domanialité est l'idée d'affectation à un service public. C'est là le point capital. La notion de service public domine tout le droit public, qu'il s'agisse des fonctions, des organes ou des choses ».

¹⁸²⁹ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, 3^e éd., 1926, rééd. 2003, Dalloz, p. 12. V. aussi, note sous CE, 20 juin 1921, Commune de Monségur, RDP, 1921, p. 360, spéc. p. 364 : « Les besoins des services publics sont à la base de toutes les théories spéciales du droit public [...] ; notamment les théories connues sous le nom de travaux publics, d'expropriation, de domaine public ont une base commune, le service public » ; « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », RDP, 1907, p. 411.

¹⁸³⁰ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 281 et s ; L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁸³¹ G. JÈZE, « De la situation juridique du particulier faisant usage du service public », in *Mélanges M. Hauriou*, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 253.

¹⁸³² G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, 3^e éd., *op. cit.* : « C'est une situation juridique générale. Tous les individus remplissant les conditions fixées par les lois et règlements sur l'organisation de tel service public peuvent exiger que le service fonctionne à leur profit dans les conditions légales et réglementaires ».

¹⁸³³ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁸³⁴ G. JÈZE, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », RDP, 1907, p. 411, spéc. p. 426 : « La situation du particulier à l'égard d'un service public concédé est identiquement la même qu'à l'égard des services publics exploités directement ».

d'organisation du service public¹⁸³⁵, dite « loi constructive », prolongement de la « loi normative »¹⁸³⁶. Tout type d'utilisation, qu'elle soit collective ou privative, relève d'une situation juridique générale¹⁸³⁷. Même l'hypothèse du contrat, par lequel il serait possible de caractériser un rapport individualisé, est évacuée par les représentants de l'école du service public. Ce qui est communément appelé *contrat* pour systématiser certaines relations entre l'utilisateur et le service public n'est pour Jèze qu'un acte-adhésion. Il ne peut y avoir de relation contractuelle puisqu'il n'y a pas véritablement d'accord de volontés. De l'avis de Jèze, seuls les agents fixent unilatéralement les conditions de l'accès au service public¹⁸³⁸, en conformité avec la norme objective organique : « Les usagers *adhèrent* bien au fonctionnement du service ; *ils ne contractent pas* »¹⁸³⁹. Implicitement, ressort l'idée que l'utilisateur n'a pas besoin de contracter pour un service qui lui est destiné. Dans le cadre tracé par l'objectivisme juridique de l'école du service public, l'utilisateur ne participe pas à la production de la norme d'organisation du service public, il a seulement le choix de profiter ou non de la chose, à la différence du titulaire d'un droit subjectif qui « pourra toujours décliner l'offre de la loi et y renoncer »¹⁸⁴⁰.

II. La systématisation d'un « droit » au domaine public

346. À partir de la reconnaissance d'un droit d'accès au domaine public par le juge administratif, en affirmant que le régime de la domanialité publique est tourné tout entier vers la protection de l'affectation¹⁸⁴¹, en considérant aussi que l'utilisateur a le choix d'utiliser ou non la chose, Duguit et Jèze n'échappent pas à la question du *droit* d'accès au domaine public, à laquelle ils donnent une réponse conforme à leur postulat objectiviste : la faculté pour l'administré de demander l'accès au domaine public est analysée dans son rapport à la norme objective, c'est-à-dire en tant que contrepartie des obligations juridiques qui pèsent sur

¹⁸³⁵ V. aussi L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, 1924, p. 73 et s. Sur la critique de la confusion entre la généralité de la règle juridique et celle de la situation juridique de l'individu, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, spéc. p. 419. L'auteur distingue les « lois normatives » et les « lois constructives ». Les premières sont celles « reconnaissent la mission obligatoire de l'État dans un certain domaine et qui crée[n]t un service public pour la remplir », les secondes sont celles « qui organise[n]t le fonctionnement de ce service public ». V. aussi, L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 80 et s. et p. 502 et s.

¹⁸³⁷ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁸³⁸ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, p. 13. Jèze se distingue de Colin et de Capitant, v. *Droit civil*, 2^e éd., 1920, t. II, p. 258. Selon ces derniers, « celui qui adhère aux conditions qui lui sont proposées est, en somme libre de ne pas les accepter ; il pourrait les rejeter en bloc ; et, par conséquent, lorsqu'il accepte, il donne bien son consentement. Ce serait se jeter dans des difficultés inextricables que de refuser à de telles opérations le caractère contractuel ».

¹⁸³⁹ *Ibid.*, p. 14 (souligné par l'auteur).

¹⁸⁴⁰ P. ROUBIER, *Droit subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁴¹ G. JÈZE, note sous CE, 15 avril 1910, Société des automobiles Brasier, préc., spéc. p. 698.

l'administration gestionnaire du domaine public (A) et dont le respect et la sanction sont assurés par les différents recours contentieux (B).

A. Le « droit » au domaine public ou la faculté légale attribuée à l'administré

347. Duguit et Jèze n'utilisent pas le concept de *droit* à proprement parler ; ils se refusent à un tel usage en raison de sa connotation supposée subjectiviste¹⁸⁴². De leur point de vue, intégrer la notion de *droit* implique inmanquablement de se placer dans une perspective subjectiviste, où l'usager est en relation avec le service public : « Demander s'il existe un droit au profit du particulier au fonctionnement légal d'un service, c'est demander s'il existe un lien juridique entre le particulier et l'État-personne, lien de droit en vertu duquel le particulier pourrait faire condamner l'État à exécuter le service conformément à la loi »¹⁸⁴³. Le terme *droit* est parfois mentionné mais est aussitôt déniée toute assimilation avec le concept d'un droit subjectif à la dépendance domaniale. Ce que ces auteurs nomment *droit* par commodité est en réalité « le pouvoir légal des individus de manifester leur libre activité »¹⁸⁴⁴ sur le domaine public. À la notion de *droit*, conçu comme une prérogative, Duguit préfère celle de « situation juridique », présentée comme l'application d'une règle juridique¹⁸⁴⁵. Au lieu d'utiliser la notion de droit subjectif pour saisir les effets d'une norme¹⁸⁴⁶, il s'agit, pour ces auteurs, de dire que la norme objective est créatrice d'une « situation de droit »¹⁸⁴⁷ - ou constitutive d'un pouvoir

¹⁸⁴² L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *op. cit.*, p. 419 : « le mot *droit* prête à toute sorte de confusions, et au risque de paraître paradoxal, nous estimons que ce serait un grand progrès de bannir ce mot de la langue scientifique ».

¹⁸⁴³ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, p. 62.

¹⁸⁴⁴ G. JÈZE, *ibid.*, p. 700.

¹⁸⁴⁵ Sur la définition de la situation juridique, v. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 80. V. du même auteur, *Tbéorie général du droit*, 1951, rééd. 2005, Dalloz, p. 254 : « Ce qui distingue essentiellement ces deux notions [droit subjectif et situation juridique], c'est que, tandis que celle du droit subjectif faisait apparaître exclusivement une prérogative au profit d'une personne vis-à-vis d'autres personnes, de telle manière que le droit subjectif paraissait un bénéfice franc pour celui qui l'exerçait, entraînant des obligations à la charge de celui ou de ceux contre qui il était exercé, la situation juridique constitue essentiellement un composé de droits et d'obligations existant sur la même tête, celle du titulaire de la situation ». V. aussi, R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., LGDJ, 1940, p. 25 : « À chaque degré des règles de droit, celles-ci, venant dire ce que telle activité humaine doit être, établissent des pouvoirs et ces devoirs constituent les situations juridiques des individus. Un individu possède généralement plusieurs situations juridiques qui sont constituées par l'ensemble des pouvoirs et devoirs dans une matière déterminée » ; du même auteur, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 42-44.

¹⁸⁴⁶ D. MAJORANA, « La notion de droit subjectifs », *RLT*, 1906, p. 1 : « Le droit objectif, au moyen d'une série de commandements, assigne à l'individu ou sujet des sphères d'action. Elles constituent, dans le sens le plus général du mot, des droits subjectifs de l'individu. Il est encore aisé de trouver l'affirmation un peu plus large qu'il n'y a pas de droit objectif sans un droit subjectif qui lui corresponde ».

¹⁸⁴⁷ Sur cette notion, L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 17. V. aussi, L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *op. cit.*, spéc. p. 421 : « Tour particulier peut user du service public en se conformant aux dispositions légales qui le créent et l'organisent ; s'il manifeste une volonté juridique dont l'objet et le but sont conformes à la loi du service, il fait naître à son profit une certaine situation juridique ».

légal¹⁸⁴⁸ - au profit de l'individu, qui se manifeste par les voies de droit instituées, venant « sanctionner tous les actes qui sont faits en vue de cette affectation, et [...], au contraire, annuler ou réprimer tous les actes qui y sont contraires »¹⁸⁴⁹. Ce propos reflète une vision limitée du volontarisme juridique¹⁸⁵⁰. Le pouvoir légal est certes une déclaration de volonté, non pour exiger une prestation particulière de la part du service public¹⁸⁵¹, ce qui selon Jèze relèverait d'une situation juridique subjective, mais uniquement pour « provoquer une réparation, une répression ou une annulation quand un acte [de gestion] a été fait en violation de la loi »¹⁸⁵². La situation juridique de l'usager étant une situation juridique objective¹⁸⁵³, le pouvoir légal, comme la compétence de l'agent administratif¹⁸⁵⁴, est exclusivement la recherche ou la provocation d'un effet juridique – qui peut être dans une certaine mesure assimilée au concept de *Reflexwirkungen* ou effet reflexe¹⁸⁵⁵. Le pouvoir légal est donc le dérivé de la norme objective destinée à assurer l'usage du domaine public conformément à l'affectation¹⁸⁵⁶. Autrement dit, le pouvoir légal ne se comprend qu'en tant que pendant inverse des obligations objectives qui s'imposent au gestionnaire¹⁸⁵⁷. Le concept de « rapport de droit » entre l'administration gestionnaire et l'usager n'est étonnamment pas exclu¹⁸⁵⁸, il perd bien sûr sa signification de rapport intersubjectif, il se comprend plutôt comme la confrontation de deux concrétisations possibles de la norme objective. Face aux actes de gestion du domaine public, dans toute volonté d'accéder au domaine public, « il y a chez le particulier un acte unilatéral de volonté conforme à la loi du service »¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁴⁸ Cette notion peut être rapprochée de celle de faculté légale, v. Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, Paris, Sirey, 1966, p. 196.

¹⁸⁴⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 2^e éd., *op. cit.*, 1923, p. 312.

¹⁸⁵⁰ Sur les deux conceptions du volontarisme juridique, v. R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1940, p. 30-31, note n° 1 : « Dans une autre thèse, on soutient que la volonté n'a pas cette puissance créatrice. Elle n'interviendrait que pour vouloir la constatation, la reconnaissance et l'extériorisation des règles de droit qui, par ailleurs, résultent de la "nature des choses". On aboutit alors à une conception objective du droit ».

¹⁸⁵¹ Dans ce cas, la déclaration de volonté serait un doit subjectif si on se tient à la définition de BONNARD. Selon lui, l'essence du droit subjectif se situe ainsi dans le fait de pouvoir exiger quelque chose de quelqu'un, cf. *Le contrôle juridictionnel de l'administration, Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 715.

¹⁸⁵² L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *préc.*, spéc. p. 420.

¹⁸⁵³ « Les situations juridiques objectives sont celles qui sont créées sur la base du droit objectif, c'est-à-dire des nécessités du groupement », v. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁸⁵⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, 2^e éd., *op. cit.*, 1923, p. 7 : « la capacité, la compétence, c'est le pouvoir de vouloir un effet juridique. L'exercice de ce pouvoir de vouloir, c'est la manifestation de volonté, c'est l'acte juridique ». V. aussi F.-B. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 470.

¹⁸⁵⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 2^e éd., *op. cit.*, 1923, p. 230.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.* : « Si par *droit* on entend le pouvoir qui appartient à tout individu d'agir librement dans les limites de la loi, de vouloir avec un effet juridique quand sa déclaration de volonté à un objet et un but conformes à la loi [...], on peut dire assurément qu'à l'égard des services publics le particulier a un droit ». V. aussi, G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, p. 16-17.

¹⁸⁵⁷ Sur la relation entre la situation juridique d'un particulier et les obligations juridiques qui pèsent sur l'État, v. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁵⁸ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, 2^e éd., *op. cit.*, 1923, p. 16.

¹⁸⁵⁹ L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *préc.*, spéc. p. 429.

348. La distinction entre les usages normaux (ou conformes) et les usages anormaux (ou compatibles) prend alors une dimension nouvelle : elle fixe le cadre de l'exercice du pouvoir légal. Si celui-ci est postulé comme étant la contrepartie de l'obligation objective en rapport avec la destination de la chose publique, ce n'est donc que dans l'hypothèse d'un usage normal que s'exerce le pouvoir légal : « l'usage *normal* est non seulement possible, mais encore l'individu peut exiger que les agents administratifs respectent son pouvoir d'usage normal, ne fassent rien pour en empêcher ou en interdire l'exercice »¹⁸⁶⁰. En outre, Duguit et Jèze opèrent une jonction entre l'usage normal et l'exercice de la liberté individuelle reconnue par l'ordre juridique, en l'occurrence la liberté d'aller et de venir et la liberté du commerce et de l'industrie. Le pouvoir légal excède le simple « pouvoir d'usage normal », il est l'exercice de la liberté individuelle sur le domaine public¹⁸⁶¹, conformément à la destination de la dépendance domaniale. La liberté individuelle sur le domaine public ne constitue pas une situation juridique subjective, elle répond aux mêmes caractéristiques que n'importe quelle liberté publique définie par la doctrine objectiviste comme « la possibilité à celui qui en bénéficie en vertu du droit objectif d'exercer librement certaines activités matérielle ou juridique »¹⁸⁶². En définitive, la liberté publique et le pouvoir légal représentent une même idée. Les deux notions recouvrent une même réalité : la contrepartie d'une obligation étatique¹⁸⁶³ et ne s'apparentent pas à une prérogative juridique, ni à un droit subjectif.

B. La signification contentieuse du pouvoir légal

349. Le pouvoir légal conféré à l'administré s'insère dans les voies de droit instituées par l'ordre juridique. À côté des prérogatives de gestion attribuées aux agents pour s'assurer du maintien et de la protection de l'affectation¹⁸⁶⁴, le particulier bénéficie des recours contentieux, en particulier du recours pour excès de pouvoir, toutes les fois qu'il estime « qu'un acte juridique d'un agent administratif [...] gêne illégalement l'exercice du pouvoir légal qui lui appartient d'exercer sa libre activité sur la chose publique conformément à sa destination »¹⁸⁶⁵. Si l'accès au domaine public s'inscrit uniquement dans la légalité objective des actes de gestion, sa revendication reste tributaire de la régularité des actes pris par les agents préposés à la gestion du domaine public et repose alors sur une assise juridique relativement fragile. L'accès

¹⁸⁶⁰ G. JÈZE, note sous CE, 15 avril 1910, Société des automobiles Brasier, préc., p. 704.

¹⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 706.

¹⁸⁶² R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁸⁶³ Sur la relation entre la liberté publique et l'obligation étatique, v. Ph. BRAUD, *La notion de liberté publique et ses implications en droit français*, LGDJ, 1968, p. 45 et s. ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 189.

¹⁸⁶⁴ L. LAISNÉ, *Étude de la permission de voirie*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸⁶⁵ G. JÈZE, note sous CE, 15 avril 1910, Société des automobiles Brasier, *op. cit.*, p. 707.

peut donc faire l'objet de plusieurs limitations, en raison de mesures de police et de conservation, de mesures ayant pour visée la protection d'un service public et, plus généralement, de mesures « destinées à permettre à tous les individus de se servir commodément des choses publiques selon leur destination »¹⁸⁶⁶. Mais l'appréciation de la régularité de ces différentes mesures est réglée par le seul prisme d'un système de compétences des agents administratifs¹⁸⁶⁷, selon lequel la distinction entre la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire est la mesure de la marge d'appréciation de l'administration¹⁸⁶⁸. Les agents administratifs sont dans une situation de compétence liée en cas d'usage conforme, ils détiennent au contraire un pouvoir discrétionnaire si l'usage est seulement compatible¹⁸⁶⁹. Pour déterminer la délimitation des compétences administratives, Duguit et Jèze livrent au demeurant une méthode d'analyse où l'intérêt général est une notion palliative, reflet de la norme sociale, à toutes les carences de la norme objective. Selon leur approche, à défaut d'une intervention administrative prévue explicitement par une règle juridique, l'intérêt général intervient comme élément structurant les actes de gestion¹⁸⁷⁰ : il est non seulement la finalité mais aussi paradoxalement le fondement de la compétence administrative, telle une norme de compétence qui « doit dicter toute décision de refus »¹⁸⁷¹ de l'accès au domaine public. C'est pourquoi une attention toute particulière est portée par ces auteurs à la technique contentieuse du détournement de pouvoir, présentée comme le moyen pour l'individu de s'assurer que la mesure est bien guidée par un motif d'intérêt général¹⁸⁷². Pour Jèze, le détournement de pouvoir entre en jeu pour évaluer le cadre de compétence de l'agent public, précisément pour mettre en lumière le motif déterminant que doit poursuivre l'acte administratif. À titre d'exemple, le but pécuniaire n'est pas un but licite en matière d'octroi de permission de voirie car « la compétence de police n'a pas été conférée aux agents publics pour poursuivre »¹⁸⁷³ un tel but.

350. La tentative de représentation du droit par la doctrine de l'école du service public est face à une autre difficulté : comment fondre l'ensemble des recours contentieux, y compris le recours en responsabilité, dans un moule exclusivement objectiviste ? La dimension objectiviste du recours pour excès de pouvoir ne souffre d'aucune contestation à l'heure de la

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 700.

¹⁸⁶⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 2^e éd., 1923, *op. cit.*, p. 313.

¹⁸⁶⁸ Sur ce point, v. aussi, C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, Thèse, Paris, 1938, p. 65-66.

¹⁸⁶⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 347.

¹⁸⁷⁰ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, 2^e éd., 1926, *op. cit.*, p. 10. Sur ce point, v. aussi, D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977, p. 130 et s.

¹⁸⁷¹ L. LAISNÉ, *Étude de la permission de voirie*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁸⁷² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 2^e éd., 1923, *op. cit.*, p. 348-349.

¹⁸⁷³ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, 2^e éd., 1926, *op. cit.*, t. III, 2^e éd., p. 239.

théorisation par Duguit et Jèze de l'accès au domaine public et procède d'une « affirmation principielle »¹⁸⁷⁴ qui fait l'objet d'un certain consensus doctrinal. La question est par contre plus problématique s'agissant du recours en responsabilité. Les membres de l'école objectiviste conçoivent que le recours en responsabilité soit une autre voie de droit objectif permettant à l'administré de revendiquer l'accès au domaine public, alors qu'il serait possible d'envisager, en référence aux travaux de Hauriou¹⁸⁷⁵, que ce recours en responsabilité soit constitutif d'un droit subjectif, ou au moins d'une situation juridique subjective. Mais le recours en responsabilité est assigné à la même fonction que le recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire de « faire constater la violation d'un devoir fonctionnel d'un agent public par un acte juridique ou un agissement matériel de cet agent »¹⁸⁷⁶. La possibilité d'obtenir une indemnité est due, non à la violation d'une obligation subjective de l'administration, mais à la reconnaissance d'un préjudice spécial constaté à la suite d'une violation de la norme objective¹⁸⁷⁷. Les bases juridiques permettant de reconnaître une situation juridique individuelle de l'utilisateur du domaine public sont pourtant présentes. Un lien peut être tissé entre la constatation d'un préjudice spécial et la reconnaissance d'un droit spécial au domaine public, en dépit de ce que Jèze affirme¹⁸⁷⁸.

351. Finalement, ces auteurs sont prisonniers de leur propre choix conceptuel qu'ils maintiennent par dogmatisme malgré les évolutions du droit positif. Trotabas a d'ailleurs mis en exergue l'étroitesse de leurs outils d'analyse : « M. Duguit, qui n'a que le choix entre la situation objective et la situation subjective, n'hésite pas à reconnaître un caractère général et impersonnel »¹⁸⁷⁹ à toutes les utilisations, même privatives. C'est en effet ici que le bât blesse. En considérant que le droit public, et donc le droit domanial, ne sont gouvernés que par des situations juridiques objectives¹⁸⁸⁰, le propos n'est pas seulement de refuser une situation juridique subjective, mais aussi de réfuter une situation juridique individuelle de l'utilisateur-candidat vis-à-vis du gestionnaire du domaine public¹⁸⁸¹. Pourtant, rien n'interdit théoriquement de concevoir la caractérisation d'une situation individuelle à partir d'une norme

¹⁸⁷⁴ J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, op. cit., p. 49.

¹⁸⁷⁵ De manière générale, M. HAURIOU, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, 1899 op. cit.

¹⁸⁷⁶ G. JÈZE, note sous CE, 15 avril 1910, Société des automobiles Brasier, préc., p. 706.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 708 ; L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », préc., p. 420-421.

¹⁸⁷⁸ G. JÈZE, note sous CE, 15 avril 1910, Société des automobiles Brasier, préc., p. 707.

¹⁸⁷⁹ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public*, op. cit., p. 74.

¹⁸⁸⁰ La distinction entre les situations juridiques objectives et subjectives est la clef de partage entre le droit public et le droit privé. Dison plutôt que le droit public n'est créateur que de situations juridiques objectives contrairement au droit privé, lieu privilégié des situations juridiques subjectives. Sur ce point v. O. JONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, thèse, Paris, 1934, p. 34 et s., p. 38 et s.

¹⁸⁸¹ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, op. cit., p. 383.

générale¹⁸⁸². Le propos de Duguit et de Jèze est biaisé en raison de leur approche quantitative des destinataires de l'affectation. Une confusion est faite entre « universalité » et « généralité »¹⁸⁸³, une confusion est faite en somme entre la généralité de la règle et la situation juridique qui en découle¹⁸⁸⁴. Alors que, sur d'autres aspects, la doctrine objectiviste fait preuve d'une grande modernité, elle repose sur une vision des usages domaniaux déjà vieillissante au début du XIX^e siècle. Le caractère exclusivement impersonnel et général des usages domaniaux se marie parfaitement avec les présupposés objectivistes mais s'accorde difficilement avec la multiplication des occupations privatives et l'évolution du contentieux domanial, qui ouvrent la possibilité de caractériser une situation juridique individuelle.

III. La reconnaissance de la situation juridique individuelle de l'usager

352. La doctrine a dû adapter son discours : la volonté de ramener tous les usages domaniaux à une situation générale et impersonnelle ne pouvait résister à l'émergence des occupations privatives. En réaction, certains auteurs, en particulier Trotabas et Jansse, militent pour la reconnaissance d'une situation juridique individuelle, sans pour autant se réclamer véritablement de la méthodologie subjectiviste (**A**). L'inconvénient est qu'ils établissent une différenciation juridique – qui connaît une postérité dans les théories du domaine public – entre les usages communs et les occupations privatives : les usages collectifs sont constitutifs d'une situation impersonnelle et générale, alors que les occupations privatives constituent une situation juridique individuelle (**B**).

A. L'occupation privative ou la constitution d'une situation juridique individuelle

353. Pour qualifier l'occupation privative sur le domaine public, les maîtres-mots sont exclusivité et singularité¹⁸⁸⁵. L'analyse doctrinale s'appuie sur une méthodologie comparative qui définit les occupations privatives au regard de leur différenciation vis-à-vis des usages communs, présentés comme anonymes et généraux. À ce titre, Trotabas et Jansse ont joué un rôle décisif dans l'individualisation de la situation juridique de l'occupant privatif. Les

¹⁸⁸² P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁸³ Sur cette confusion, Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, 1983, p. 408.

¹⁸⁸⁴ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 80-81 : « en ce qui concerne les situations juridiques objectives, il [Duguit] appelle de ce nom celles qui sont générales et permanentes, comme la norme à laquelle elle se rattache [...]. Nous devons faire observer cependant que la situation juridique objective est toujours une situations individuelle, comme toutes les situations juridiques ».

¹⁸⁸⁵ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 72 : « les utilisations privatives [...] sont [...] accordées exclusivement à une personne, qu'elles constituent, au sens propre du mot, des utilisations singulières ».

mécanismes de la constitution de la situation juridique de l'occupant sont le point de départ de leur démonstration et l'accent est mis sur le fait qu'à la différence des usages communs, les usages privatifs nécessitent une « investiture spéciale »¹⁸⁸⁶ de la part de l'administration¹⁸⁸⁷. L'octroi d'un titre d'occupation sort l'usager de l'anonymat pour l'individualiser¹⁸⁸⁸. Trotabas déplace le débat. Par une référence plus ou moins explicite au volontarisme juridique¹⁸⁸⁹, l'auteur estime que la situation juridique de l'occupant n'est pas seulement l'application d'une règle juridique objective – acte-règle – mais relève en premier lieu d'un acte individuel issu d'une volonté de l'administration, et c'est par ce biais que l'administré entre en relation avec l'autorité en charge de l'administration du domaine public¹⁸⁹⁰. Par contre, au sujet des usages communs, Trotabas confond, au même titre que Duguit et Jèze, la généralité de la norme d'organisation de l'accès au domaine public et la situation juridique des usagers qui utilisent la dépendance collectivement : l'anonymat de l'usager appelle l'application d'une situation juridique objective¹⁸⁹¹. Trotabas se distingue des représentants de l'école du service public dans la mesure où il estime que l'autorisation d'occupation du domaine public place l'usager dans une situation juridique individualisée, qu'il oppose aux situations juridiques objectives¹⁸⁹².

Il serait pourtant possible d'établir un pont entre la situation juridique individuelle et la situation juridique subjective. La méthodologie, la terminologie et la grammaire subjectivistes sont présentes dans la démonstration de Trotabas, tous les lieux communs du subjectivisme juridique sont utilisés pour définir la situation juridique qui, selon lui, « se compose de relations réciproques entre divers sujets ». Cependant, Trotabas refuse un tel choix conceptuel. La situation juridique individualisée n'est pas une situation objective mais elle n'est pas non

¹⁸⁸⁶ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁸⁸⁷ V. aussi L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Domat-Montchrestien, 1938, p. 281 : « Les bénéficiaires de ces autorisations reçoivent ainsi des facultés d'utilisation individuelle du domaine public ».

¹⁸⁸⁸ Cependant JANSSE distingue les usages privatifs généraux et les usages privatifs individuels. Les premiers « ont le caractère commun de se rattacher à une affectation légale, d'autres sont établis par des règlements émanant de l'autorité administrative et autorisant d'une manière générale et impersonnelle les particuliers à occuper dans certaines conditions, certains points du domaine public » (p. 227). Les seconds relèvent d'une autorisation explicite délivrée par les organes compétents (p. 280).

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 280 : « Ces autorisations [privatives] sont conférées par la seule volonté de l'administration ».

¹⁸⁹⁰ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 53 : « si l'utilisation commune se distingue juridiquement de l'utilisation privative, c'est que celle-ci résulte d'une investiture préalable en faveur de l'Usager. Cette investiture doit dépendre pour une part, aussi réduite soit-elle, d'un certain pouvoir d'appréciation reconnu à l'administration ».

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 73 : « l'anonymat juridique constitue bien une situation objective, avec tous ses caractères (générale ; impersonnelle, modifiable à tout instant par la loi ; non susceptible de renonciation). V. aussi, *Manuel de droit public et administratif*, 1956, 9^e éd., *op. cit.*, p. 143-144. V. aussi sur cette confusion, L. JANSSE, *ibid.*, p. 197 : « En raison de leur caractère général et impersonnel, ces utilisations ne peuvent être instituées que par des dispositions légales et réglementaires ».

¹⁸⁹² La même méthodologie se retrouve chez R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1940, p. 25 : « Les situations juridiques générales et impersonnelles sont celles qui, étant issues de règles générales et impersonnelles, sont communes à tous ou à une catégorie indéterminée de personnes. Les situations juridiques individuelles sont celles qui, issues de règles individuelles, sont propres et spéciales à une certaine personne ou un groupe de personnes individuellement déterminées ».

plus une situation subjective¹⁸⁹³. La seule hypothèse qui répond à la qualification de la situation juridique subjective est pour l'auteur celle de la concession au regard de sa nature contractuelle.

Le permis de stationnement et la Permission de voirie octroyés sont typiquement des situations juridiques individualisées¹⁸⁹⁴, mais le bénéfice de ces deux occupations privatives ne répond pas à un droit public subjectif, encore moins à un droit réel administratif¹⁸⁹⁵. Pourtant, la situation en apparence plus avantageuse du titulaire d'une permission de voirie pourrait être appréhendée par la théorie du droit public subjectif. Il n'y a pas de droit à l'obtention, même lorsque la permission de voirie est conforme à l'affectation, de même qu'il n'existe pas de droit au maintien. Aussi, contrairement à Passez¹⁸⁹⁶, Trotabas consent à ce que le contentieux indemnitaire formé à la suite de la révocation d'une permission de voirie caractérise la lésion d'un droit patrimonial¹⁸⁹⁷. « Les droits subjectifs à la réparation », au fondement des recours de pleine juridiction, ne sauraient s'apparenter aux droits subjectifs au domaine public : « l'indemnité ne représente pas la réparation d'un droit subjectif à l'obtention du permis de stationnement, mais la réparation d'un tort causé par l'exécution d'une décision administrative injuste »¹⁸⁹⁸. Une distinction chronologique est donc faite par l'auteur entre le droit subjectif à l'obtention de la permission, qui n'est pas admis dans son principe, et les droits subjectifs « nés *a posteriori* du fait de l'exécution d'une décision administrative injuste »¹⁸⁹⁹.

Selon Trotabas, la seule hypothèse où se réalise une situation subjective sur le domaine public est celle de la concession. À l'instar de ses contemporains, l'auteur considère que la situation du concessionnaire est plus solide que celle du titulaire d'un permis de stationnement ou d'une permission de voirie¹⁹⁰⁰. La durée, le caractère contractuel et l'équilibrage des

¹⁸⁹³ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 75 : « Il est donc concevable, juridiquement, qu'un usager du Domaine puisse sortir de la situation objective sans entrer pour cela dans une situation subjective : à mi-chemin de l'une et de l'autre, il se trouvera dans la situation que nous avons voulu indiquer, et se précisera par la suite, en parlant de l'Usager *juridiquement individualisé* ».

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 89-90. La permission de voie partage la même nature juridique que le permis de stationnement. Selon l'auteur, « elle représente seulement une évolution plus avancée des utilisations privatives que le permis de stationnement ».

¹⁸⁹⁵ TROTABAS refuse la qualification parce que l'opposabilité, propre au droit réel, ne retrouve dans la situation d'un usager titulaire d'un permis de stationnement ou d'une permission de voirie, sa situation n'est pas opposable à l'administration, *v. ibid.*, p. 91.

¹⁸⁹⁶ C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 68. L'auteur écarte le recours de plein contentieux en matière de refus d'obtention d'une permission de voirie : « Il faut [...] écarter les recours de plein contentieux. Celui qui demande une permission ne peut invoquer aucun droit à l'obtention de celle-ci ; il ne peut donc exercer un recours de plein contentieux, pas même pour demander une indemnité. Le pouvoir de l'administration est discrétionnaire en ce sens que son refus ne heurte aucun droit acquis ».

¹⁸⁹⁷ V. aussi, L. LAISNÉ, *Étude du régime des permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 88 et s.

¹⁸⁹⁸ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰⁰ Cette idée se retrouve dans son *Manuel de droit public et administratif*, 9^e éd., 1956, *op. cit.*, p. 145 : « La situation de l'usager est plus stable, parce que la concession, par son caractère contractuel, tout en restant subordonnée à l'affectation et à la police du domaine, ne présente plus le caractère précaire et révocable des permissions ».

relations qui en résultent sont autant d'éléments qui permettent à Trotabas de conclure que le concessionnaire est titulaire d'un droit *erga omnes*, opposable aux tiers mais aussi à l'administration¹⁹⁰¹. La concession serait à ses yeux le seul cas où il pourrait être envisageable de parler de droit réel administratif, tel que l'entend Hauriou¹⁹⁰², car la révocation par l'administration de la concession « n'est possible que dans la mesure des prévisions contractuelles »¹⁹⁰³ et en contrepartie d'une indemnité. L'idée qui sous-tend sa démonstration est que la relation contractuelle qui lie le concessionnaire et l'administration fait naître une relation intersubjective, même si le terme n'est pas utilisé par Trotabas. C'est le contrat, et non une règle objective, qui fixe, par le *mutuus consensus*, le cadre des rapports entre les deux parties. Trotabas ne théorise pas un droit subjectif à l'accès au domaine public : il existe, selon lui, une situation juridique subjective qui se réalise au moment de la conclusion du contrat, mais il n'existe pas de droit subjectif au domaine public en amont du contrat.

Non seulement la démonstration de Trotabas distingue difficilement la nature de l'accès au domaine public de la nature juridique du droit *sur* le domaine public, mais elle entremêle des vocables qui relèvent des deux champs de la technique juridique. L'auteur reconnaît que l'usager peut revendiquer l'accès en raison d'une obligation juridique dont l'intensité varie en fonction de l'étendue de l'affectation. Particulièrement dans le cas d'une affectation dite « spéciale », une obligation juridique afférée à cette destination pèse plus lourdement sur l'administration. Le domaine public n'est pas destiné à une affectation générale mais à une affectation « strictement déterminée »¹⁹⁰⁴. Si la prétention du pétitionnaire correspond à l'affectation, l'administration est soumise à l'obligation juridique de satisfaire sa demande, sans pour autant que cela corresponde à un droit subjectif¹⁹⁰⁵. Trotabas puise dans le fonds conceptuel subjectiviste, il admet le principe de la propriété administrative sur le domaine public¹⁹⁰⁶ et pense la notion de situation juridique comme un rapport entre deux sujets. Tous

¹⁹⁰¹ Comparer avec M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 666. Dans ses premières éditions de son *Précis de droit administratif*, Hauriou distingue deux hypothèses : « Si le concessionnaire ne concourt pas à l'exécution d'un service public, il lui a été fait une pure concession gracieuse, la situation demeure entièrement caractérisée par la Puissance publique, il n'a droit à aucune indemnité en cas de révocation ou de retrait. Si au contraire le concessionnaire concourt à l'exécution d'un service public, il s'est créé une *situation de gestion* qui lui donne des droits et on ne saurait lui refuser une indemnité en cas de retrait de la concession ».

¹⁹⁰² Cependant, s'agissant des concessions de sépulture, l'auteur estime qu'il n'est pas utile de recourir à la notion de droit réel administratif : « il semble que, pour justifier ces conséquences, point n'était besoin de faire appel à la notion de droit réels et qu'il suffisait de dire : la concession dans les cimetières est un mode contractuel d'utilisation privative du domaine public conforme à une affectation spéciale ». v. p. 142.

¹⁹⁰³ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 123. Bien sûr, cette construction a été faite avant l'inclusion, par le décret-loi du 17 juin 1938, des contrats d'occupation dans la catégorie des contrats administratifs, et de ce fait, l'administration a la possibilité de résilier le contrat pour un motif d'intérêt général en dehors des obligations contractuelles.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 127.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 136.

¹⁹⁰⁶ L. TROTABAS, *Manuel de droit public et administratif*, 9^e éd., 1956, *op. cit.*, p. 137-138.

les éléments sont présents pour considérer, dans une perspective subjectiviste, que l'utilisateur entre en relation avec l'administration, mais l'auteur se préserve de toute référence à la notion de droit subjectif en raison d'un attachement à une conception classique du domaine public, dominée par le régime de police.

B. La différenciation juridique entre les usages communs et les usages privatifs

354. En militant pour une différenciation juridique entre les usages collectifs et les usages privatifs, la doctrine donne en quelque sorte raison à la lecture proposée par l'école du service public. Ce n'est pas tant la vision globale des usages qui s'est transformée que le discours doctrinal qui s'est adapté. Les usages collectifs restent structurés par la figure du *Public*, la doctrine a seulement livré une réponse théorique au développement des occupations privatives sur le domaine public. En dépit des critiques prononcées à l'encontre de Duguit et de Jèze, Trotabas prolonge indéniablement leur pensée. C'est en raison de la prémisse historiquement contestable¹⁹⁰⁷, selon laquelle le domaine public est originellement utilisé par le *Public*¹⁹⁰⁸ –représentant un usage collectif, impersonnel et général – que l'auteur considère, par opposition, que l'occupant privatif est dans une situation juridique individualisée. En somme, le fait que les usages collectifs relèvent d'une situation juridique légale et réglementaire s'accorde avec le postulat suivant : la généralité normative se marie parfaitement avec l'universalité des individus regroupés sous le nom de *Public*.

355. La différenciation entre les usages collectifs et les usages privatifs est devenu plus tard un leitmotiv¹⁹⁰⁹. Dans leur travail de systématisation, les classifications doctrinales retiennent que l'occupation privative « entraîne une utilisation individuelle et privative et non plus collective et anonyme »¹⁹¹⁰. En ce sens, la doctrine combine généralement deux approches, normative et utilitariste. S'agissant de la première, le débat s'est déplacé et la terminologie a quelque peu changé. La doctrine a gardé la notion de situation juridique pour qualifier le statut juridique de l'utilisateur, mais n'apparaît plus la distinction entre les situations juridiques objectives et les situations individualisées, la doctrine postérieure préfère l'opposition entre les

¹⁹⁰⁷ « Domaine », in L. BÉQUET, *Répertoire de droit administratif*, t. XI, 1892, p. 159 : « L'usage commun n'est point, tant s'en faut, une condition essentielle de la domanialité publique. Si certaines dépendances du domaine public sont abandonnées à la disposition de tous les citoyens, c'est parce que leur destination le comporte ».

¹⁹⁰⁸ L. TROTABAS, *Manuel de droit public et administratif*, 9^e éd., 1956, *op. cit.*, p. 143-144.

¹⁹⁰⁹ Pour une relativisation de la distinction entre les usages collectifs et privatifs, J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., Le moniteur, 2001, p. 12 et s.

¹⁹¹⁰ A. de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., 1975, *op. cit.*, p. 207 ; Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 161 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 15^e éd., Montchrestien, 2001, p. 478, n° 580.

situations légales et réglementaires et les situations contractuelles, se plaçant ainsi sur le terrain sur l'auteur de l'acte¹⁹¹¹ et distinguant en conséquence entre les situations unilatérales et les situations bilatérales. Les usages collectifs sont dans une situation légale et réglementaire¹⁹¹² alors que les occupations privatives relèvent soit d'une situation légale et réglementaire, soit d'une situation contractuelle. Si la question porte sur la source normative de la situation de l'usage, la doctrine a avancé, au moins, sur un point, la situation juridique légale et réglementaire n'est plus hermétique à la constitution d'une situation individualisée, mais reste dans le cadre classique au sujet des usages collectifs¹⁹¹³. La distinction entre les usages collectifs et les usages privatifs procède en outre d'une approche utilitariste, c'est-à-dire en fonction de l'utilité accaparée ou non par l'usager : « il y a utilisation privative lorsqu'une portion du domaine public est soustraite à l'usage commun au profit d'un particulier »¹⁹¹⁴ contrairement aux usages communs qui s'exercent en concurrence, de manière épisodique ou intermittente¹⁹¹⁵.

356. *Conclusion §1.* L'apport de Duguit et de Jèze à la théorie de l'accès au domaine public est considérable. Également systématisée par Trotabas et Rigaud, la notion de situation juridique s'impose dans les analyses afin de caractériser le statut de l'administré face à la gestion du domaine public. Selon des postulats objectivistes, ils théorisent aussi la revendication de l'administré à travers le concept de faculté légale issue de la norme objective qui organise l'accès au domaine public. Ironie de l'histoire de la pensée juridique, leur théorie pose les fondements d'une théorie d'un droit subjectif au domaine public.

§2. LES THÉORISATIONS D'UN DROIT PUBLIC SUBJECTIF AU DOMAINE PUBLIC

357. L'adoption du concept du droit subjectif pour définir le droit au domaine public est relativement minoritaire dans la doctrine. Les auteurs s'accordent sur le fait que les usagers

¹⁹¹¹ Sur la méthodologie de classification des actes en fonction de leur auteur, G. DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 209 et s. ; Ch. EISENMANN, *Cours de droits administratifs*, *op. cit.*, t. I, p. 418 et s.

¹⁹¹² Il y eut un débat au sujet sur la nature juridique des usages collectifs au regard du développement des utilisations communes payantes, notamment les utilisations des autoroutes à péages. Cependant le Tribunal des conflits a jugé que les péages payés par les usagers des autoroutes « ont le caractère d'une taxe dont le versement ne fait naître aucun lien contractuel entre eux et le concessionnaire » (TC, 28 juin 1965, Dlle Ruban : *D.*, 1966, p. 380, note Colin ; *CJEG*, 1966, p. 1). Sur ce point, A. de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., 1975, *op. cit.*, p. 209.

¹⁹¹³ Pour une référence récente, Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 199 : « Le principe a toujours été posé que les usagers faisant un usage commun et direct du domaine public se trouvaient, du point de vue du droit, dans une situation légale et réglementaire. L'éventualité de situations contractuelles est limitée à certains usages privatifs du domaine par les titulaires d'autorisation d'occupation temporaire ».

¹⁹¹⁴ J. DUFAY, « Domaine public. Règles générales d'utilisation », *J.Cl. adm.*, Fasc. 406-20, § 10.

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, § 6-8.

détiennent un droit au domaine public¹⁹¹⁶, mais rares sont ceux qui le qualifient de subjectif. Plusieurs raisons sont à l'origine de cette adoption minoritaire du concept. La première est la relation étroite établie entre le droit subjectif et les *jura in rem* (droits sur la chose). La seconde est l'idée communément admise, en raison de l'opposition historique entre la propriété et la domanialité publique, que le droit des usagers au domaine public « ne s'exerce pas à titre de propriété, d'usufruit, de servitude, puisque la propriété et ses démembrements sont incompatibles avec la domanialité publique. C'est comme habitants et non comme propriétaires que les particuliers peuvent les réclamer, *jure civitatis*, et non *jure servitutis* »¹⁹¹⁷. De manière paradoxale, le développement de l'idée de la propriété administrative n'a pas eu comme prolongement la reconnaissance d'un rapport de droit entre le propriétaire et les usagers¹⁹¹⁸. Le subjectivisme ne concerne que le rapport entre la personne publique et la dépendance domaniale, et n'inclut pas le droit des usagers *au* domaine public. Bien qu'on doive à Hauriou les premiers jalons d'une théorisation subjectiviste de l'accès au domaine public (I), la généralisation du droit public subjectif sera surtout l'œuvre de la doctrine postérieure. Sur les fondements des travaux de Barthélémy ou de Bonnard concernant la théorie des droits publics subjectifs, Duverger, Maroger et Capitant ont développé l'idée d'un droit subjectif au domaine public (II).

I. La nature juridique de l'accès au domaine public selon Hauriou

358. Bien que les théories du domaine public et de la gestion administrative de Hauriou aient jeté les bases d'une reconnaissance de droits publics subjectifs de l'administré, elles constituent aussi une limite à une généralisation du concept à l'ensemble des usages domaniaux. Hauriou abandonne le principe de l'*usus publicus*, impersonnel et général, pour admettre une individualisation du statut juridique de l'usager, impliquant également l'hypothèse d'un usage commun, ce qui constitue une avancée vers la reconnaissance de droits publics subjectifs au domaine public (A). Parallèlement, Hauriou circonscrit la reconnaissance de droits publics subjectifs à certains cas particuliers, ce qui est symptomatique de l'ambivalence de sa pensée hésitant entre l'objectivisme et le subjectivisme juridique. D'abord, le commerce juridique n'est confiné qu'aux hypothèses dites de collaboration entre l'administration et l'usager. Ensuite, Hauriou prône une théorie contentieuse dans laquelle la consécration des droits subjectifs ne relève que du plein contentieux, et dans laquelle la

¹⁹¹⁶ Pour une référence récente, C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. II., *op. cit.*, p. 318.

¹⁹¹⁷ « Domaine », in L. BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, t. XI, 1892, p. 159.

¹⁹¹⁸ Sur ce point, v. O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 181 et s.

contestation d'une décision de refus d'accéder au domaine public ne concerne que la légalité objective de la décision administrative (B).

A. L'individualisation juridique généralisée à l'ensemble des usages domaniaux

359. Hauriou livre une analyse originale des usages domaniaux : la distinction entre les usages impersonnels et généraux et les utilisations individuelles n'est plus opérante (1). À partir notamment de sa conceptualisation des libertés individuelles, est construite une théorie des droits d'accès au domaine public (2).

1. La classification des usages domaniaux

360. Dans les premières éditions de son *Précis de droit administratif*, Hauriou semble adhérer à la distinction entre le caractère impersonnel et général de l'usage collectif et la situation individualisée de l'occupant privatif¹⁹¹⁹. Mais cela n'est pas clairement énoncé. L'attention est portée sur les occupations privatives, cependant il manque des développements substantiels sur la nature juridique des usages collectifs. Il faut attendre les éditions postérieures pour voir se dessiner une réflexion d'ensemble sur les différents usages du domaine public. Hauriou rompt alors avec les classifications entreprises par ses contemporains¹⁹²⁰ : les utilisations collectives et privatives sont présentées comme des usages individuels du domaine public¹⁹²¹. Le seul point de différenciation est que les occupations privatives nécessitent une autorisation administrative, alors que les autres usages du domaine public ne sont que l'exercice de libertés individuelles – et donc ne nécessitent pas l'octroi d'une autorisation administrative¹⁹²². Le parti pris de Hauriou de retenir le caractère individuel pour tous les usages ne répond pas aux mêmes principes logiques suivant l'utilisation. S'agissant des usages privatifs, le propos rejoint celui de Trotabas : l'acte administratif, unilatéral ou contractuel, individualise par lui-même l'usager. Concernant les usages collectifs, l'idée est plus originale : l'usager est individualisé en raison de la relation entre l'usage du domaine public et l'exercice d'une liberté individuelle. La véritable ligne de démarcation entre les différents usages domaniaux est « fournie par le signe

¹⁹¹⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., 1900, *op. cit.*, p. 665 ; *ibid.*, 6^e éd., 1907, p. 582.

¹⁹²⁰ Pour une présentation de la classification opérée par HAURIOU, L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 33 et s.

¹⁹²¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., *op. cit.*, 1925, p. 386-387.

¹⁹²² *Ibid.*

de l'emprise entraînant modification de l'assiette»¹⁹²³. À la circulation, au plaçage et au permis de stationnement s'opposent les permissions de voirie et les concessions¹⁹²⁴.

2. La relation entre les usages et l'exercice des libertés individuelles

361. Hauriou développe le principe de l'individualisation de l'ensemble des usages en se fondant sur une conceptualisation particulière de la liberté individuelle. À l'instar de Duguit et de Jèze, il assimile le droit au domaine public à l'exercice d'une liberté individuelle¹⁹²⁵ mais il n'opère pas de confusion entre la titularité d'une liberté et son exercice. Hauriou reste un partisan de l'individualisme juridique¹⁹²⁶. Dans sa vision des libertés individuelles, le concept de situation juridique – concrétisation d'une norme juridique – n'apparaît pas. Le maître de Toulouse opte pour une grammaire différente au centre de laquelle se trouve le terme de droit, synonyme de pouvoir. Les libertés s'exerçant sur le domaine public sont des droits *ut singuli*¹⁹²⁷ mais qui s'exercent collectivement en concurrence avec les autres usagers. Hauriou envisage les droits individuels comme un moyen d'accomplissement de la fonction sociale de l'individu¹⁹²⁸, en lien avec la nécessité sociale du domaine public¹⁹²⁹.

L'individualité du droit et sa fonction sociale sont étroitement liées à la personnalité juridique de l'individu¹⁹³⁰. C'est dire, selon Hauriou, que le droit individuel « est une faculté irrévocable qui se réalise comme un pouvoir propre du sujet humain »¹⁹³¹ et non comme le pendant d'une obligation objective étatique. La liberté individuelle est donc une aptitude inhérente à la capacité de la personnalité juridique de l'individu, sujet actif par définition¹⁹³².

¹⁹²³ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, p. 35-36.

¹⁹²⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 959.

¹⁹²⁵ De manière générale, HAURIOU assimile droit individuel et liberté individuelle, v. *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, *op. cit.*, p. 509. *Contra* L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, *op. cit.*, p. 198 : « Diverses utilisations communes sont considérées comme des formes des libertés publiques. Ainsi la circulation des piétons sur la voirie routière se rattache à la liberté individuelle, la circulation des marchandises sur les voies terrestres, fluviales et maritimes, se relie à la liberté du commerce [...]. Ce caractère spécial, dont sont ainsi investies les principales utilisations communes, leur confère surtout un prestige moral ; il ne leur donne pas une force juridique spéciale. Les autres utilisations communes se rattachent également à une disposition légale et ce seul fait suffit pour obliger l'Administration à les supporter et pour habiliter les particuliers à les exercer ».

¹⁹²⁶ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, 1916, p. 491 et 502.

¹⁹²⁷ Sur la conception de la liberté d'aller et venir, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, 1916, p. 524.

¹⁹²⁸ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, 1916, p. 495 : « Le droit individuel est justifié s'il est, pour l'individu, un moyen d'accomplir à ses risques et périls sa fonction sociale et, en même temps, de compléter sa propre personnalité ».

¹⁹²⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., 1907, *op. cit.*, p. 577.

¹⁹³⁰ Sur ce point, v. aussi, M. HAURIOU, *Leçon sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, Paris, Larose et Forcel, 1899.

¹⁹³¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, *op. cit.*, p. 509.

¹⁹³² *Ibid.*, p. 510. V. aussi B. PLESSIX, « Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, préc. : « À l'individualité se rattachent la volonté et les intérêts, exprimant l'individu pleinement plongé dans son milieu social ; à la personnalité, concept que Hauriou souhaite étranger aux philosophies subjectivistes du moi souffrant, se rattache la liberté, donc les droits ».

C'est cette pour raison, par exemple, que les utilisations directes par les usagers constituent des utilisations individuelles qui sont « la forme pratique de la liberté d'aller et de venir »¹⁹³³, droit individuel. C'est aussi pour cette raison que les prérogatives de l'administration sur le domaine public, comme tout pouvoir de domination, s'insèrent dans un cadre relationnel entre deux sujets personnifiés : la personne publique et les particuliers¹⁹³⁴.

Selon Hauriou, l'individualisation des usages domaniaux est un passage obligé pour une théorie des droits d'accès au domaine public. L'affectation à l'utilité publique – par un usage direct ou par un service public - commande toujours l'accès à la dépendance domaniale, mais Hauriou, par son approche, pose le principe d'un passage du général au particulier, selon lequel l'affectation peut être créatrice de droits individualisés à destination des administrés. Dans la continuité de son opuscule sur *La gestion administrative*, Hauriou véhicule une perception des droits à l'accès au domaine public selon un système dominé par le commerce juridique. Certains droits d'accès « sont des droits administratifs qui semblent procéder d'une sorte de situation de gestion »¹⁹³⁵, assimilés parfois à des droits acquis de nature administrative – synonymes de droits publics subjectifs. Par exemple, les utilisations qui résultent de l'exercice d'une liberté individuelle (utilisations directes) « comportent non seulement le *droit de circulation*, en se conformant à la police de l'ordre public et à celle de la circulation, mais le *droit de stationnement momentané* »¹⁹³⁶.

B. Le champ limité des droits subjectifs au domaine public

362. Paradoxalement, tout étant un promoteur des droits subjectifs *au* domaine public, Hauriou limite leur généralisation. D'une part, la perspective subjectiviste entrouverte par les *Principes de droit public* n'est confirmée ni dans les différentes éditions de son *Précis de droit administratif*, ni dans ses notes de jurisprudence. La relation étroite entre le droit d'accès et la liberté individuelle n'apparaît pas comme une réponse satisfaisante, car elle ne permet pas d'inclure dans son giron l'ensemble des usages domaniaux. Hauriou n'établit pas de lien entre l'exercice d'une liberté individuelle et certaines occupations privatives (1). D'autre part, la théorie de Hauriou développe une conception étriquée du commerce juridique. La notion de

¹⁹³³ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., 1927, *op. cit.*, p. 857. Comparer avec O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 193 : « La faculté de se servir, dans une certaine mesure, des choses publiques existantes n'est pas autre chose qu'une partie intégrante de la liberté individuelle et économique qui, dans notre société, est censée être l'apanage naturel de l'homme, de la *liberté sociale* ».

¹⁹³⁴ V. aussi, J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 36 : « Pour que l'État puisse avoir une puissance juridique, il faut qu'il soit en rapport avec des personnalités : d'où la nécessité pour lui afin de devenir, de sujet de puissance, sujet de droit de reconnaître la personnalité de ses sujets en leur concédant des droits subjectifs ».

¹⁹³⁵ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., 1900, *op. cit.*, p. 613.

¹⁹³⁶ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., 1927, *op. cit.*, p. 857 (souligné par l'auteur)

collaboration, support à la reconnaissance de droits subjectifs, ne couvre pas l'hypothèse où l'administré revendique l'accès au domaine public pour son propre intérêt (2).

1. Les hypothèses limitées de droit d'accès au domaine public

363. La jonction entre le droit d'accès et l'exercice d'une liberté individuelle, telle que la définit Hauriou, restreint l'approche subjectiviste de l'accès au domaine public, elle suppose de ramener un usage à l'exercice d'une liberté individuelle, ce qui est parfois difficile à établir. L'attention est portée sur la liberté d'aller et de venir, mais Hauriou omet la liberté du commerce et de l'industrie. Si la circulation est l'expression pratique de la liberté d'aller et de venir, le plaçage sur une halle ou sur un marché est-il l'expression pratique de la liberté du commerce et de l'industrie ? Hauriou n'y répond pas.

Pour dresser une liste non exhaustive, Hauriou range sous le terme *lato sensu* de droit d'accès les aisances de voirie¹⁹³⁷ : le droit de circulation pour les particuliers, le droit de stationnement – traductions de la liberté d'aller et de venir sur le domaine public. Sans mentionner explicitement le *droit d'accès*, Hauriou range aussi sous ce terme l'accès au rivage de mer, qui « est affecté au service de la navigation et de la pêche maritime, en ce sens que c'est une voie de communication qui permet l'accès à la mer »¹⁹³⁸, l'accès au port affecté à la navigation maritime¹⁹³⁹, l'accès au cours d'eau navigable affecté à la navigation fluviale¹⁹⁴⁰. Enfin, Hauriou semble également inclure l'accès aux cimetières communaux lorsqu'il est question des concessions funéraires. Selon lui, la demande de plusieurs habitants d'ériger un monument religieux destiné à l'inhumation de morts victimes de la guerre est légitime car elle répond d'une part à la liberté religieuse et, d'autre part, à la « liberté de l'entreprise collective privée »¹⁹⁴¹.

Cette liste couvrir de nombreuses cas mais s'avère incomplète sur un point non négligeable : Hauriou n'intègre pas le droit à l'obtention d'une occupation privative dans la mesure où il ne perçoit pas de correspondance avec l'exercice d'une liberté individuelle. Peut-être existe-t-il, selon l'auteur, un droit à l'obtention d'un titre de plaçage sur les champs de

¹⁹³⁷ M. HAURIUO, note sous CE, 25 avril 1890, Raymond c. Defaye et Ville de Limoges : *S.*, 1892, III, p. 81, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, *op. cit.*, p. 266 et s.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., 1927, *op. cit.*, p. 811.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 813.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 814 et s.

¹⁹⁴¹ M. HAURIUO, note sous CE, 25 nov. 1921, Dame Niveleau et autres : *S.*, 1923, III, p. 17, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, *op. cit.*, p. 294 : « Si un monument religieux dans un cimetière ne peut être réalisé que sous le couvert de la législation des concessions perpétuelles et par la pratique des demandes collectives de concession, on doit respecter cette démarche, pour oblique qu'elle paraisse, parce que c'est la démarche d'une liberté ».

foire et sur les marchés mais, à la lecture de son *Précis de droit administratif*¹⁹⁴², le propos est trop lacunaire pour retenir une telle conclusion. Quant aux autres occupations domaniales, elles sont, pour Hauriou, trop à la marge de l'affectation pour qu'il puisse considérer que les administrés y ont un droit d'accès. L'octroi des occupations domaniales relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration au fondement de l'exercice du droit de propriété¹⁹⁴³, qui doit seulement s'assurer de leur « compatibilité avec la destination générale du domaine »¹⁹⁴⁴. L'absence de droit à l'occupation privative coïncide avec la liberté de l'administration, ce qui suppose qu'elle soit maîtresse d'accorder ou de refuser une occupation temporaire sur le domaine public. En raison du caractère affecté – fiduciaire en l'occurrence – de la propriété administrative à l'utilité publique, « les autorités administratives ont le devoir moral de n'écarter les demandes que pour des raisons tirées de l'intérêt du service ou de l'intérêt général »¹⁹⁴⁵.

2. Une vision restrictive du *vinculum juris*

364. La classification des usages domaniaux établie par Hauriou est structurée par la distinction entre les usages conformes et les usages simplement compatibles. Selon l'auteur, le droit au domaine public n'est envisageable qu'en cas d'usage conforme suivant l'affectation. Dans sa représentation du domaine public, derrière l'idée que le droit d'accès est le prolongement de la liberté individuelle, il y a la conception d'un domaine public affecté, directement ou indirectement par le biais d'un service public, à certaines activités humaines qui correspondent à l'exercice de libertés individuelles. Il semble de prime abord que l'administration entre dans un rapport de droit lorsqu'elle est face à une demande d'utilisation du domaine public conformément à sa destination. En réalité, ce n'est pas le cas : les équivoques qui entourent la notion de commerce juridique ne permettent pas de penser avec certitude le droit d'accès dans un rapport intersubjectif. Et si le commerce administratif ne concerne que les cas de figure où est constatée une collaboration entre l'administration et

¹⁹⁴² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 858.

¹⁹⁴³ *Ibid.*, 8^e éd., *op. cit.*, 1919, p. 736 : « Pour ce qui est de la question de savoir si l'administration est maîtresse d'accorder ou de refuser une occupation temporaire sur le domaine public, il est évident qu'il faut conclure en principe à la liberté de l'Administration. D'autant mieux que ce n'est pas une matière des utilisations individuelles du domaine ; nous sommes là en dehors de la matière des utilisations individuelles du domaine ; nous sommes, au contraire, en présence du droit de propriété de l'Administration et de la liberté d'appréciation que ce droit de propriété comporte ».

¹⁹⁴⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 859.

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 861. V. aussi, « Voirie », in *Répertoire général alphabétique du droit français*, 1936, p. 703. L'affirmation de HAURIOU fait suite à une évolution du contentieux administratif, le juge administratif a en effet admis que les administrés puissent attaquer le refus d'octroi d'une permission de voirie. Pour les références jurisprudentielles, CE, 14 janv. 1910, Sieur Meurdrac : *Rec.*, p. 26 ; CE, 14 nov. 1913, Dame Dufour : *Rec.*, p. 1095 ; CE, 30 janv. 1914 Maguard et Cie : *Rec.*, p. 110.

l'usager, tous les droits d'accès ne peuvent donc pas revendiquer le statut de droit subjectif. Les propos de Renard illustrent cette idée : les utilisations « ne sont que l'exercice organisé des libertés publiques, au premier chef de la liberté d'aller et venir ; elles représentent, non à proprement parler des droits, mais les avantages d'une situation légale et réglementaire ou statutaire ; elles en ont l'instabilité ; elles ne sont pas, à vrai dire, protégées par des actions en justice, mais elles constituent, le cas échéant, un titre à former, dans l'intérêt de la légalité et de la moralité administrative, le recours pour excès de pouvoir contre les mesures administratives qui froisseraient en même temps quelque intérêt particulier »¹⁹⁴⁶.

Il apparaît clairement dans la perspective de Hauriou qu'en dehors de la situation de collaboration, le particulier n'a pas de droit acquis au domaine public. C'est ce qui ressort de son analyse du contentieux relatif au refus d'octroi d'une permission de voirie. Du considérant de l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie des Tramways de l'Est Parisien* selon lequel « la loi du 15 juin 1906 ne reconnaît aux particuliers aucun droit à l'obtention des permissions de voirie pour l'établissement de canalisations électriques dans le sous-sol des voies publiques »¹⁹⁴⁷, Hauriou déduit que l'administré ne peut contester le refus qu'en s'appuyant sur la lésion d'un intérêt. L'administré ne dispose que d'une aptitude, et non d'un droit individuel, à demander une permission de voirie¹⁹⁴⁸. Dans ce cas précis, Hauriou bascule dans un univers conceptuel dominé par la grammaire objectiviste. La notion de situation juridique réapparaît pour qualifier le rapport entre l'administré et la puissance publique¹⁹⁴⁹, présidé par le droit objectif. L'aptitude n'est pas un droit individuel, elle est seulement « la capacité des administrés mis en présence de l'Administration et des services publics ; c'est le statut normal de l'administré en présence d'une administration, qui est une puissance publique »¹⁹⁵⁰, exclusivement garanti par le recours pour excès de pouvoir¹⁹⁵¹. La distinction est identique à celle qu'opère Renard entre le statut et le droit subjectif : « le droit est sanctionné par des actions qui tendent à en obtenir la satisfaction ; le statut ne fait naître aucune action en justice ; il constitue simplement, le cas échéant, un intérêt suffisant pour permettre de prendre en main la défense de la légalité ou de

¹⁹⁴⁶ G. RENARD, *Cours élémentaire de droit public*, op. cit., p. 163.

¹⁹⁴⁷ CE, 11 avril 1913, *Compagnie des Tramways de l'Est Parisien* : S. 1914, III, p. 113.

¹⁹⁴⁸ M. HAURIUO, note sous CE, 11 avril 1913, *Compagnie des Tramways de l'Est Parisien*, S. 1914, III, p. 113, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, op. cit., p. 294.

¹⁹⁴⁹ Sur la relation entre l'objectiviste juridique et la notion de situation juridique, v. A.-L. GIRARD, *La formation historique de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 399 et s.

¹⁹⁵⁰ M. HAURIUO, note sous CE, 11 avril 1913, *Compagnie des Tramways de l'Est Parisien*, S., 1914, III, p. 113, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, op. cit., p. 299.

¹⁹⁵¹ V. aussi M. HAURIUO, note sous CE, 27 déc. 1901, *Pécard frères c. Maire de Nevers, Préfet de la Nièvre et Ville de Nevers* : S., 1902, III, p. 33, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, op. cit., p. 306 : « Ces droits ne sont pas des droits acquis ; ils ne sont garantis que par le recours pour excès de pouvoir ; ils constituent plutôt ce que nous appellerions des *intérêts légitimes* ».

la moralité institutionnelle »¹⁹⁵². Pour Hauriou, la notion d'aptitude est donc à rapprocher des évolutions du contentieux de l'excès de pouvoir qui n'établit plus comme condition de recevabilité la violation d'un droit mais uniquement la lésion d'un intérêt¹⁹⁵³.

Dès lors, quels cas de figure peuvent être assimilés à une situation de collaboration ? En premier lieu, les aiances de voirie sont des « droits administratifs qui semblent procéder d'une sorte de situation de gestion en ce sens qu'il ne saurait y avoir de rue sans bâtiments riverains et que par suite, il y a collaboration des riverains à la voie publique »¹⁹⁵⁴. Dans la proximité entre les riverains et la voirie, réside un rapport de conformité – voire de consubstantialité – entre les aiances de voirie et la destination domaniale, d'où la situation de collaboration. Mais la doctrine de Hauriou est ambiguë parce que les hypothèses de collaboration existent en dehors des utilisations conformes et que certaines occupations normales sont octroyées sans constituer une situation de collaboration. Les permissions de voirie, considérées *a priori* comme des usages simplement compatibles, peuvent donner naissance à une situation de gestion. Tel est le cas notamment des permissions de voirie attribuées pour l'installation de câbles électriques. Deux hypothèses sont à distinguer : si le permissionnaire utilise le domaine pour son propre compte, il reste dans une situation de police ; par contre, si le permissionnaire assure par exemple un service public d'éclairage, la permission de voirie est un acte de gestion « de nature à créer des droits réciproques »¹⁹⁵⁵. Même si l'administré n'a pas de droit au domaine public, si la permission de voirie est le support d'un service public, il bénéficie d'un droit à une indemnité en cas de retrait de la permission de voirie¹⁹⁵⁶. En posant la collaboration comme le principe constitutif du commerce administratif, Hauriou limite le champ de la reconnaissance des droits subjectifs au domaine public. La jonction entre droit au domaine public et conformité peut se justifier théoriquement, mais dire qu'il n'existe de droit acquis qu'en cas de collaboration constitue un frein à l'établissement d'un *vinculum juris* entre l'administration et les pétitionnaires. *Quid* d'une demande d'occupation privative conforme à l'affectation dans le seul intérêt de l'administré ? Si l'on s'en tient aux critères posés par Hauriou, il ne peut y avoir de droit au domaine public, inscrit dans un commerce juridique, en

¹⁹⁵² G. RENARD, *La théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, *op. cit.*, p. 339. V. aussi, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, *op. cit.*, p. 510.

¹⁹⁵³ M. HAURIOU, note sous CE, 11 avril 1913, Compagnie des Tramways de l'Est Parisien, *J.* 1914, III, p. 113, *in La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, *op. cit.*, p. 297 ; v. aussi du même auteur, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 413 : « il n'apparaît pas de droits, mais seulement des intérêts ».

¹⁹⁵⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 613. Une autre partie de la doctrine qualifie les aiances de voirie de « droits *sui generis* », qui permettent au riverain « d'ouvrir les portes et les fenêtres sur cette voie », v. « Voirie », *in Répertoire général alphabétique du droit français*, 1936, p. 705.

¹⁹⁵⁵ M. HAURIOU, note sous CE, 27 déc. 1901, Pécard frères c. Maire de Nevers, Préfet de la Nièvre et Ville de Nevers : *J.* 1902, III, p. 33, *in La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, *op. cit.*, p. 307.

¹⁹⁵⁶ M. HAURIOU, note sous CE, 6 juin 1902, Goret c. Maire de Bar-le-Duc : *J.* 1903, III, p. 65, *in La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, *op. cit.*, p. 308.

amont de l'occupation en raison de la finalité de la demande de l'intéressé. Aussi, l'attachement de Hauriou à la distinction des recours contentieux formalisée par E. Laferrière crée des difficultés. D'une part, l'affirmation principielle selon laquelle le recours pour excès de pouvoir est antinomique avec le contentieux subjectif¹⁹⁵⁷ est discutable en raison de son dogmatisme. D'autre part, déduire de la nature de la situation, subjective ou objective, c'est-à-dire de police ou de gestion, la nature du contentieux pose des difficultés autant pratiques que théoriques, car cela inverse les termes du problème : la situation objective ou subjective se révèle dans le contentieux et non l'inverse. Rien n'interdit en outre de se représenter le recours pour excès de pouvoir autrement, en considérant par exemple que l'annulation d'un refus d'octroyer une occupation privative consacre ou prolonge un droit subjectif au domaine public¹⁹⁵⁸, comme en témoignent les développements d'une partie de la doctrine postérieure.

II. Le développement de l'idée d'un droit subjectif au domaine public

365. À côté des développements de Hauriou et des travaux de Barthélémy, la théorie de Bonnard sur les droits publics subjectifs a résisté à l'approche exclusivement objectiviste prônée par son maître Duguit et a ouvert la voie à une théorisation subjectiviste de l'accès au domaine public. Bonnard a lui-même établi dans son *Précis de droit administratif* une passerelle entre sa théorie des droits publics subjectifs et le droit d'accès au domaine public¹⁹⁵⁹. D'autres auteurs, tels que Duverger, apportent une réponse favorable à la reconnaissance du droit d'accès au profit des administrés (A). Les réponses de Bonnard et de Duverger sont néanmoins trop modestes ou limitées dans leur contenu et c'est Maroger, en définitive, qui véritablement généralise la notion de *droit public subjectif au domaine public*, quelle que soit l'affectation, *i.e.* à l'usage de tous ou au service public, et quel que soit l'usage, *i.e.* collectif ou privatif (B).

¹⁹⁵⁷ M. HAURIOU, note sous CE, 8 déc. 1899, Ville d'Avignon : S., 1900, III, p. 73 : « le Conseil d'État ne reconnaît pas le droit subjectif des parties, il pose un règle de droit objective et disciplinaire ; il ne dit pas le droit subjectif du réclamant, il dit le droit objectif qui s'impose à l'administration », *ibid.*, Principes de droit public, 2^e éd., 1916, *op. cit.*, p. 300 : « Le droit administratif français envisage les actes d'administration surtout comme objectifs [...], ils sont ainsi traités dans toute la théorie du recours pour excès de pouvoir, qui est entièrement objective ». Sur ce point, G. BIGOT, *Introduction au droit administratif depuis 1789*, *op. cit.*, p. 240.

¹⁹⁵⁸ Sur la nature subjective du recours pour excès de pouvoir, v. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, p. 312 et s.

¹⁹⁵⁹ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1940, p. 656 et s.

A. L'extension du champ des droits publics subjectifs au domaine public

366. Bonnard (1) et Duverger (2) ont respectivement joué un rôle non négligeable dans la possibilité théorique de concevoir des droits d'accès sur des fondements subjectivistes. En raison de certains choix théoriques, l'extension du droit subjectif au domaine public n'implique pourtant pas sa généralisation.

1. La promotion du droit au domaine public selon Bonnard

367. Bien que la pensée de Bonnard se soit construite sur les postulats théoriques de l'école du service public, par fidélité à son maître Duguit¹⁹⁶⁰, elle n'est opposée ni au concept de droit subjectif, ni au principe d'un droit de propriété sur le domaine public, propriété qu'il qualifie de « sociale » en opposition à la propriété privée¹⁹⁶¹. Ses développements sur le domaine public sont à mi-chemin entre des présupposés objectivistes et subjectivistes. Il prône aussi une classification des usages domaniaux, qui synthétise les critères préalablement posés par la doctrine. Plusieurs critères sont avancés : d'abord, selon le rapport avec la destination domaniale, l'auteur distingue les usages normaux et anormaux et, ensuite, suivant la nature de l'usage, il distingue les utilisations collectives et privatives. L'auteur systématise trois catégories : « Les utilisations communes et normales qui se distinguent en utilisations ordinaires et utilisations exceptionnelles ; les utilisations normales, mais privatives ; enfin, les utilisations privatives et anormales »¹⁹⁶². À partir de cette classification, Bonnard consolide l'idée que la conformité vis-à-vis de l'affectation est le champ privilégié de la reconnaissance de droits subjectifs au domaine public.

Concernant les utilisations collectives, la voirie étant commandée selon Bonnard par le régime de la liberté d'utilisation, les particuliers jouissent de certains droits. Sur ce point, Bonnard propose une justification peu éloignée de celle de Hauriou : la liberté d'utilisation « comporte pour les usagers des voies des droits qui, d'une part, résultent de la destination de la voie et qui, d'autre part, sont limitées par l'intervention des pouvoirs de police de l'administration »¹⁹⁶³. Tous les individus ont un « droit de circulation » et, en complément, un « droit de stationnement » ; les riverains bénéficient d'un « droit de vue » et d'un « droit

¹⁹⁶⁰ R. BONNARD, *Les droits publics subjectifs des administrés*, RDP, 1932, p. 694 :

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 547 et s. Il est à relever sur ce point que la pensée de Bonnard a évolué. Avant de reconnaître la propriété sur le domaine public, l'auteur y était opposé en évacuant l'idée de la personnalité publique et prônant une conception du patrimoine public suivant la théorie du patrimoine d'affectation.

¹⁹⁶² R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1940, p. 658.

¹⁹⁶³ *Ibid.*, p. 659.

d'accès »¹⁹⁶⁴. Tous ces droits peuvent aboutir à des droits publics subjectifs à la réparation des dommages causés par l'administration¹⁹⁶⁵.

Quant aux occupations privatives, Bonnard les systématise suivant la distinction entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire¹⁹⁶⁶. Le terme *droit subjectif* n'apparaît pas dans les passages de son *Précis de droit administratif* consacrés aux utilisations du domaine public, mais doit-on conclure qu'il n'existe pas, selon Bonnard, de droit subjectif à l'obtention d'une occupation privative ? D'une part, l'auteur évoque la question de la relation entre la permission de voirie et les droits publics subjectifs dans son article sur « Les droits publics subjectifs des administrés »¹⁹⁶⁷. D'autre part, pour Bonnard, l'octroi d'une occupation normale relève d'une compétence liée, contrairement aux occupations anormales – autrement dit compatibles – dont l'octroi répond à une compétence discrétionnaire de l'administration¹⁹⁶⁸. Cette distinction, largement partagée par la doctrine, est pour ce juriste fondamentale car elle est au fondement de sa conception générale du droit public subjectif¹⁹⁶⁹ et sous-entend une application à l'accès au domaine public.

Bonnard construit une théorie atypique, guidée par la recherche de l'insertion des droits subjectifs dans un ordre objectiviste¹⁹⁷⁰. Selon lui, l'essence du droit subjectif n'est pas la puissance de volonté, ni l'intérêt juridiquement protégé, ni l'action en justice en mouvement. Néanmoins, la théorie de Bonnard emprunte et combine certains éléments de ces conceptions du droit subjectif pour arriver à cette proposition : « la substance du droit subjectif est constituée par un pouvoir d'exiger quelque chose de quelqu'un, son action ou son abstention »¹⁹⁷¹ – et non par un mécanisme d'appropriation¹⁹⁷² – et « le pouvoir d'exiger [...] a

¹⁹⁶⁴ Sur l'ensemble des droits, v. *ibid.*, p. 659-660.

¹⁹⁶⁵ Sur cette notion, *ibid.*, p. 118 et s.

¹⁹⁶⁶ Comparer avec H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 8^e éd., *op. cit.*, 1916, p. 426 : au sujet de occupations privatives, « nul ne peut, en principe, exiger que l'administration se montre tolérante : il ne s'agit pas, en l'espèce, d'exercer un droit, mais d'obtenir une faveur. Contre le refus de permission opposé par l'administration, il n'y a aucun recours possible. L'administration a, pour refuser, un pouvoir absolument discrétionnaire ».

¹⁹⁶⁷ R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, p. 695, spéc. p. 716.

¹⁹⁶⁸ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1940, p. 674 : « Le régime appliqué aux utilisations normales et privatives comporte des limitations à la liberté et l'exclusion de la gratuité. C'est un régime d'autorisation préalable non discrétionnaire de la gratuité. C'est un régime d'autorisation préalable non discrétionnaire et payant. Parce que l'utilisation est privative, on écarte le principe du libre usage sans autorisation et celui de la gratuité. Mais, parce que l'utilisation est normale, l'autorisation préalable n'est pas discrétionnaire ».

¹⁹⁶⁹ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 56-57.

¹⁹⁷⁰ R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *préc.*, p. 704. V. aussi B. PLESSIX, « Droits subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République », in *Travaux de l'AFDA, Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.* Et, dans son ouvrage sur *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Bonnard considère que « la matière des autorisations administratives comporte cette situation juridique qui consiste en ce que l'administration a le pouvoir d'accorder l'autorisation et en ce que les particuliers qui peuvent y être intéressés ont le pouvoir de demander l'autorisation et aussi parfois le pouvoir d'exiger qu'elle soit accordée » (p. 44).

¹⁹⁷¹ Comparer avec J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 63-64 : « du moment qu'il y a une puissance juridique individualisée il y a *formellement* un droit subjectif : car le droit n'est que la faculté de mettre en mouvement les règles du droit dans son propre intérêt ».

pour première condition l'existence d'une obligation juridique »¹⁹⁷³ formulée par une règle de droit qui n'existe en droit administratif que dans la situation d'une compétence liée¹⁹⁷⁴. *A fortiori*, l'octroi d'une occupation privative conforme n'étant pas un pouvoir discrétionnaire, l'administré a le pouvoir d'exiger l'obtention d'un titre, en somme il détient un droit subjectif au domaine public. Dans le cas d'un usage anormal, il n'y a pas de droit public subjectif en raison du caractère discrétionnaire du pouvoir de l'administration¹⁹⁷⁵ ; les usages à la marge de l'affectation sortent du cadre de l'intérêt du domaine et sont en dehors de sa protection juridique : le pétitionnaire peut « solliciter l'acte, mais non l'exiger [...] parce que l'intérêt qu'il invoque n'est pas juridiquement reconnu et protégé »¹⁹⁷⁶.

De plus, Bonnard, au même titre que Michoud¹⁹⁷⁷, n'enferme plus le recours pour excès de pouvoir dans un contentieux strictement objectif, au contraire il le considère comme un moyen privilégié de défense d'un droit public subjectif¹⁹⁷⁸, et en premier lieu d'un droit subjectif à la légalité administrative. L'annulation d'un refus d'octroi d'occupation privative conforme à l'affectation est fondée sur un droit subjectif au domaine public.

2. La promotion du droit subjectif au domaine public selon Duverger

368. Passer de Bonnard à Duverger ne pose aucune difficulté, le premier a signé la préface de la thèse du second consacrée à *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*¹⁹⁷⁹. Certes, Duverger est plus célèbre pour sa distinction entre les différents régimes de domanialité publique en fonction de la destination de la chose, *i.e.* usage de tous ou service public, qui s'apparente très fortement à l'échelle de domanialité développée par Duguit et Jèze : « Il y a une *domanialité publique complète* qui ne s'applique pas aux biens affectés aux

¹⁹⁷² N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 441.

¹⁹⁷³ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 78. Il est à noter au passage que le cadre posé est en réalité assez proche de la conception du pouvoir légal par JÈZE et DUGUIT, le droit subjectif est une *liaison juridique*, entre la revendication de l'administré et l'obligation juridique qui s'impose à l'administration. Pour une synthèse de son définition du droit public subjectif, v. *Le contrôle juridictionnel de l'Administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 51 : « Le droit subjectif est le pouvoir d'exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, quelque chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice ; le contenu de la chose exigible étant fixé immédiatement, soit le droit objectif, soit un acte juridique individuel ».

¹⁹⁷⁴ *Ibid.* : « le droit subjectif suppose qu'avec le rapport de droit dans lequel il est engagé, le titulaire du droit subjectif se trouve en présence d'une capacité ou d'une compétence liée par le droit. À défaut d'une telle liaison juridique, l'intéressé ne peut rien exiger : il n'y a pas de droit subjectif ». V. aussi du même auteur, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363 ; *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 56 et s.

¹⁹⁷⁵ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1944, p. 294.

¹⁹⁷⁶ R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *préc.*, p. 718.

¹⁹⁷⁷ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, *op. cit.*, p. 312 et s.

¹⁹⁷⁸ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 88-89. Sur ce point, v. N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 539 et s.

¹⁹⁷⁹ Sur la relation entre Duverger et Bonnard, v. M. DUVERGER, « L'œuvre et la doctrine de Roger Bonnard », *RDP*, 1944, p. 4.

services ; mais il y a une *domanialité publique restreinte* qui définit très exactement les effets de l'affectation aux services »¹⁹⁸⁰. Cependant, la question du droit au domaine public est loin d'être éludée par les travaux de Duverger. Selon lui, cette question est largement tributaire du régime, restreint ou complet, de la domanialité publique. En premier lieu, la domanialité est exclusivement dominée par l'affectation. Cette idée correspond à ce qui est communément écrit dans la littérature juridique. Le plus intéressant réside toutefois dans les conséquences juridiques de la domanialité publique. Sans doute sous l'influence de l'œuvre de Bonnard, Duverger pense les conséquences de la domanialité dans un système relationnel où, « d'une manière générale, toute prérogative de l'administration entraîne pour les tiers une obligation corrélative, et, inversement, toute prérogative des tiers correspond à une obligation de l'administration »¹⁹⁸¹, ce qui signifie que le droit au domaine public est le corollaire d'une obligation juridique qui pèse de manière restrictive sur les prérogatives de l'administration. Ce schème utilisé pour la compréhension de l'usage permet de conclure que les usagers ont un droit à utiliser le domaine public et que les riverains bénéficient à ce titre d'un droit acquis « qui consiste essentiellement dans des droits de vue, d'accès, de stationnement [...] »¹⁹⁸² sur les dépendances affectées à l'usage de tous. Par contre, la différenciation entre les deux catégories de la domanialité publique limite le champ du droit au domaine public : Duverger n'admet pas de droit au domaine public lorsque celui-ci est affecté au service public, il consent à l'idée d'un usage normal indirect de la dépendance par le biais du service public¹⁹⁸³, mais le terme *droit subjectif* n'est pas mentionné.

B. La théorie des droits subjectifs au domaine public selon Maroger

369. L'œuvre de Maroger est indéniablement marquée par la théorie des droits publics subjectifs de Bonnard. Un des enjeux de sa thèse sur *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs* est de théoriser le cadre juridique de l'accès au domaine public suivant la technique juridique du droit subjectif (1) qu'il décline en fonction de l'usage et de l'affectation (2).

¹⁹⁸⁰ M. DUVERGER, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, LGDJ, 1941, p. 203. V. aussi p. 237 : « Il y a une domanialité publique complète, applicable seulement aux biens destinés à l'usage de tous, et une domanialité publique restreinte, applicable aux biens affectés aux services publics ». Pour une critique de la distinction entre les deux régimes de domanialité publique, Y. LENOIR, *Les domaines de l'État et des autres collectivités publiques*, Sirey, 1966, p. 24-25.

¹⁹⁸¹ M. DUVERGER, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹⁸² *Ibid.*, p. 244.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, p. 374.

1. La conception du droit public subjectif au domaine public

370. Maroger généralise l'idée d'un droit subjectif *au* domaine public. Profitant des travaux de Bonnard, il transpose dans la matière domaniale le concept de droit public subjectif des administrés, pour l'ériger en prisme explicatif des relations entre le gestionnaire et les usagers. La clef de voûte de sa démonstration est l'affectation qui a un caractère volontaire, finaliste mais aussi normatif¹⁹⁸⁴. Sur les deux premiers caractères de l'affectation, Maroger avance des idées qui font l'objet d'un large consensus doctrinal, mais sur le caractère normatif de l'affectation, il produit un raisonnement plus original, selon lequel « l'affectation d'un bien à l'usage de tous fait naître dans l'ordonnement juridique une véritable *norme juridique*, sanctionnée par d'énergiques voies de droit »¹⁹⁸⁵, ce qui peut être rapproché de la « fonction normative de l'affectation »¹⁹⁸⁶. La théorie de la protection juridique de l'affectation construite par Duguit a innervé le raisonnement de Maroger, qui s'en distingue néanmoins par certains aspects : en effet, pour Maroger, ce n'est pas la norme objective, créatrice de voies de droit, qui protège l'affectation, c'est l'affectation qui est en soi constitutive d'une norme générale dite « fondamentale »¹⁹⁸⁷. Même si elle ne peut être réduite à la somme de dispositions expresses, l'affectation n'est, pour Maroger, nullement hypothétique, elle possède une force globalisante qui emporte des conséquences relatives d'une part aux conditions de l'affectation et d'autre part aux effets de l'affectation. Une distinction est à faire entre l'acte juridique constitutif de l'affectation – acte unilatéral, acte-condition ou contrat – et la norme générale¹⁹⁸⁸ « qui engendrera des pouvoirs et des devoirs exorbitants de droit commun »¹⁹⁸⁹. Dans le cas d'une affectation à l'usage de tous, l'acte constitutif unilatéral et discrétionnaire est soit légal et réglementaire soit individuel. Dans le cas d'une affectation au service public, l'acte peut revêtir les mêmes caractères mais l'affectation peut aussi être réalisée à la suite d'un « contrat entre l'organe de la collectivité *propriétaire* et l'organe du service *affectataire* »¹⁹⁹⁰.

¹⁹⁸⁴ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Sirey, 1942, p. 417 (souligné par l'auteur).

¹⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 449.

¹⁹⁸⁶ Sur cette notion, v. R. BOFFA, *La destination de la chose*, t. 32, Defrénois, « Lextenso éditions », 2008, p. 208 : « Dans la relation de la chose au droit objectif, la destination constitue un critère de rattachement de cette chose à un statut juridique propre [...] l'essor de la destination révèle la prise en compte par le droit objectif de la finalité spécifique du bien, afin de la soumettre à un *corpus* de règles spéciales ».

¹⁹⁸⁷ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 450.

¹⁹⁸⁸ Sur la différenciation entre l'acte juridique et la norme, v. J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971, p. 60 : « L'acte n'est qu'un fait créateur de droit, créateur d'une norme dont il doit être soigneusement distingué ».

¹⁹⁸⁹ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 452.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 451 (souligné par l'auteur).

371. Le caractère normatif ainsi attribué à l'affectation a une double fonction : une fonction descriptive afin de rendre compte des pouvoirs de l'administration et une fonction méthodologique et axiomatique qui permet d'échafauder une théorie des droits publics subjectifs des administrés au domaine public. Maroger a parfaitement intégré la définition du droit subjectif proposée par Bonnard. C'est pourquoi l'affectation est, selon lui, le fondement d'une norme générale et génératrice d'obligations juridiques qui sont la contrepartie – ou la liaison juridique – du pouvoir d'exiger, lequel forme la substance du droit public subjectif de l'administré. Les canons de la méthodologie de Bonnard ont influencé la pensée de Maroger qui considère en conséquence que la compétence liée est l'unique champ dans lequel peuvent s'exercer les droits publics subjectifs au domaine public. Dans cette perspective, le pouvoir d'affecter est un pouvoir entièrement discrétionnaire : l'administré n'a aucun pouvoir d'exiger, il possède uniquement un droit subjectif à la légalité administrative des actes de classement¹⁹⁹¹. C'est seulement lorsque l'affectation est constituée et qu'elle est source d'obligations juridiques pour l'administration que celle-ci bascule dans un cadre de compétence liée et qu'il existe en conséquence des droits subjectifs au profit des administrés. Ainsi, les droits publics subjectifs ne sont pas immuables, ils n'existent que tant que l'affectation est maintenue¹⁹⁹².

En raison de la définition du droit public subjectif qu'il choisit, Maroger évite la difficulté théorique d'une conception du droit subjectif comme *droit sur la puissance publique*¹⁹⁹³ : « cette conception du droit subjectif de l'administré, difficile à admettre en la matière du droit privé, serait entièrement incompatible avec l'idée d'une puissance de volonté étatique *souveraine*, supérieure à la volonté du particulier. Il faut donc admettre que le pouvoir d'exiger du particulier, pour s'imposer à l'État, puise sa force juridique dans une prescription même des règles de Droit. Cette conception repose sur l'idée que l'État puisse être considéré comme lié par le Droit »¹⁹⁹⁴. Le droit subjectif est donc le produit de la norme objective et non de la volonté propre de l'administré¹⁹⁹⁵. Selon cette approche, le droit subjectif perd son essence strictement subjectiviste et s'insère dans un système réglé par le droit objectif. Toutefois, de l'avis de Maroger comme de celui de Bonnard, le droit public subjectif n'est ni un droit-reflet

¹⁹⁹¹ *Ibid.*, p. 351.

¹⁹⁹² *Ibid.*, p. 361 : « tant que cette affectation dure, tant qu'elle n'a pas été régulièrement modifiée, le particulier a [...] un droit à bénéficier de cette affectation ». V. de manière générale, R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, spéc. p. 64 : « ces fait qui conditionnent le droit public subjectif de l'administré ne sont pas d'une existence fixe et immuable. Leur existence est essentiellement contingente, car elle est subordonnée à des situations, politiques, et autres ».

¹⁹⁹³ Sur ce point, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 447 et s.

¹⁹⁹⁴ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 353.

¹⁹⁹⁵ R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *préc.*, p. 722 : « Il n'y a une volonté qui s'impose à une autre. Il y a le droit objectif qui intervient en vertu de son caractère impératif pour imposer une chose et permettre de l'exiger. Le titulaire du droit ayant émis une exigence, ce n'est pas sa puissance de volonté qui l'impose ; c'est le droit objectif qui, par sa force impérative, l'impose ».

(*Reflexrechte*)¹⁹⁹⁶ ni une simple dérivation d'une norme objective, ni l'application d'une norme générale à une situation individuelle, telle que l'entend Kelsen¹⁹⁹⁷ : il possède au contraire une relative autonomie vis-à-vis de la norme objective¹⁹⁹⁸, puisque l'essence du droit subjectif réside avant tout dans le *pouvoir d'exiger*, et particulièrement dans le « pouvoir d'exiger de l'Administration, en vertu d'une règle de droit objectif, le bénéfice de l'affectation à l'usage public d'un bien d'un patrimoine administratif, sous la sanction d'une action en justice »¹⁹⁹⁹.

2. La diversité des déclinaisons du droit public subjectif au domaine public

372. La conception générale du droit public subjectif au domaine public se décline suivant la nature de l'usage domanial. D'abord, au sujet des usages communs, Maroger retient le caractère légal et réglementaire de la situation juridique des usagers²⁰⁰⁰, non pour décider que la situation de l'utilisateur est nécessairement impersonnelle et générale mais pour considérer que la norme est source de droit subjectif public à l'usage commun²⁰⁰¹. Il n'existe pas d'acte juridique subjectif – compris comme acte juridique individuel – à l'origine de l'usage commun qui est uniquement structuré par un corpus de règles légales et réglementaires ; c'est ainsi que le droit subjectif du particulier à l'usage commun s'analyse comme « un droit subjectif de nature légale et réglementaire »²⁰⁰². Selon Maroger, le caractère légal et réglementaire n'est pas un obstacle à la constitution d'un droit public subjectif. Les qualificatifs « légal et réglementaire » servent juste à distinguer la source normative du droit subjectif. Ainsi, contrairement à Duguit et à Jèze, l'auteur pense la constitution d'une situation individuelle à partir d'une norme générale.

Plus intéressant encore est le rapport qu'établit Maroger entre la liberté et l'utilisation commune du domaine public. À l'instar de Duguit et de Hauriou²⁰⁰³, il établit une jonction entre le droit subjectif à l'usage commun et l'exercice d'une liberté. Cependant, liberté et droit subjectif représentent pour Maroger²⁰⁰⁴ comme pour Bonnard²⁰⁰⁵ deux réalités différentes, ce

¹⁹⁹⁶ Sur cette notion, J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 16 et s. Et sur la différence entre le droit-reflet et le droit subjectif, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, 1911, A. Rousseau, p. 303 et s.

¹⁹⁹⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1962, *op. cit.*, p. 342 et s. Pour KELSEN, « le droit subjectif n'est pas autre chose que le droit objectif lui-même imputé à une personne juridique et ne changeant pas de caractère du fait de cette imputation », R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁹⁸ Le pouvoir d'exiger est une dérivation de la norme objective mais il en est aussi distinct.

¹⁹⁹⁹ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 353-354.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 349.

²⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 350. Pour ainsi dire, Maroger n'opère pas de confusion comme Jèze entre la source normative et la situation de l'utilisateur : « nous nous séparerons de la doctrine de M. Jèze qui déduit la négation de ce droit de la considération de la source de la situation juridique du particulier ».

²⁰⁰² *Ibid.*, p. 361.

²⁰⁰³ *Supra* [Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I]

²⁰⁰⁴ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 362-363.

qui distingue leur raisonnement de celui de Hauriou qui opère une synonymie entre les deux notions. Pour Maroger, la liberté est « un pouvoir juridique », c'est-à-dire la faculté pour un individu « d'exercer librement une certaine activité matérielle ». Le pouvoir juridique peut ainsi être assimilé à la notion de situation juridique, et plus précisément à la notion de situation juridique individuelle que l'ordre juridique reconnaît à l'administré. Le droit subjectif suppose nécessairement un rapport juridique, il est une prérogative qui s'inscrit dans une relation où un sujet actif exige une action ou une abstention d'un tiers, sujet passif. Toutefois, lorsque le domaine public est destiné à l'usage de tous, cette affectation est le support d'un pouvoir juridique spécifique, c'est-à-dire d'une liberté qualifiée de *sui generis* : « liberté d'user d'un bien affecté à l'usage public conformément à sa destination »²⁰⁰⁶, distincte de la liberté d'aller et de venir et de la liberté du commerce et de l'industrie. Le droit subjectif n'intervient ainsi qu'en garant de l'effectivité de ladite liberté²⁰⁰⁷ face à une abstention ou à un acte positif préjudiciable de l'administration, et permet à l'individu d'exiger l'accès conformément à la destination de la dépendance. En somme, le droit subjectif institue un rapport dynamique alors que la liberté s'inscrit dans une dimension statique²⁰⁰⁸.

373. Le droit du riverain est un autre champ possible du droit public subjectif au domaine public. L'affectation étant l'élément central de son raisonnement, Maroger rejette les théories qui « rattachent les prérogatives de la riveraineté au droit de propriété même des riverains considérés »²⁰⁰⁹ et il n'adhère pas non plus, en dépit de ses présupposés subjectivistes²⁰¹⁰, à la théorie des droits réels administratifs. Selon Maroger, seule l'affectation, fondatrice d'un droit d'accès au profit des riverains²⁰¹¹, commande et préside la riveraineté. C'est pourquoi l'auteur est particulièrement sensible à la proposition de Jèze selon laquelle « les droits d'accès, de vue, d'écoulement des eaux, etc... ne sont pas autre chose que le pouvoir de se servir de la chose publique conformément à sa destination ». Maroger admet ainsi que l'accès des riverains au domaine public est régi par un cadre objectif, *i.e.* légal et réglementaire. Malgré tout, il se

²⁰⁰⁵ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 46-47.

²⁰⁰⁶ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 364-365.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 363 : « le droit subjectif à l'usage commun constitue le procédé juridique qui rend effective la liberté de cet usage ».

²⁰⁰⁸ Sur la distinction entre les dimensions statique et dynamique, v. A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, p. 33 et s.

²⁰⁰⁹ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 377.

²⁰¹⁰ Pour des exemples, v. L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, *op. cit.*, p. 222 : « Ces utilisations [droit d'accès des riverains] du domaine ne sauraient être tenues pour de simples facultés générales ; il faut les assimiler à de véritables situations subjectives et même à de véritables droits réels, du moins tant qu'elles ne sont pas régulièrement supprimées » ; L. RIGAUD, *Des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 609 et s.

²⁰¹¹ V. aussi, Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 196 : « les droits d'accès, de vue et d'écoulement des eaux, etc... ne sont pas autre chose que le pouvoir de se servir de la chose conformément à sa destination ».

distingue de Jèze dans la mesure où il admet, dans la continuité de sa démonstration sur les usages collectifs, le rapport déductif entre la norme d'affectation objective et le droit subjectif au profit du riverain²⁰¹² : l'affectation consacre un droit *ut singuli* d'accéder au domaine public, d'une nature légale et réglementaire, en somme un *droit d'affectation* et non un *droit à l'affectation*.

374. Maroger poursuit sa démonstration en intégrant le droit d'accès des fidèles à l'édifice du culte dans le champ des droits publics subjectifs²⁰¹³. Sa démarche repose sur le même principe que celle relative au droit à l'usage commun et au droit du riverain : une situation légale engendre des droits subjectifs à destination des administrés. Toutefois, deux autres questions méritent une attention particulière car elles sont représentatives de la généralisation des droits publics subjectifs opérée par l'auteur : la question du droit à une occupation du domaine public et celle du droit au domaine public affecté à un service public. En se servant de l'exemple des concessions de sépulture, Maroger consent à l'idée d'un véritable droit à obtenir un contrat d'occupation lorsque celui-ci est conforme à l'affectation²⁰¹⁴. Si Bonnard, de Laubadère²⁰¹⁵ ou Jansse²⁰¹⁶ admettent, à la lecture de la jurisprudence²⁰¹⁷, le principe du droit à une concession individuelle, seul Maroger franchit le pas en le qualifiant de droit subjectif²⁰¹⁸.

S'agissant du droit d'accéder à une dépendance affectée à un service public, Maroger dépasse l'approche restrictive de Duverger. La divergence est très claire entre les deux auteurs ; selon Maroger, le service public est une autre voie de l'usage public d'une dépendance, il n'y a donc plus de différenciation entre une domanialité complète et une domanialité restreinte : les administrés bénéficient de la chose immédiatement ou médiatement par le service public. Au prix de quelques adaptations, Maroger transpose sa démonstration dans l'hypothèse d'une affectation au service public. La prémisse est identique, la situation d'un usager du service public relève d'une situation juridique légale et réglementaire, mais le

²⁰¹² G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 383 : « Quoique née tout entière de dispositions légales et réglementaires fixées par l'affectation du bien, quoiqu'ayant son origine dans la norme d'affectation, la situation juridique du riverain nous paraît pouvoir être conçue comme comportant au profit de celui-ci un droit subjectif ». Comparer avec RIVET concl. sur CE, 14 déc. 1921, Préfet des Côtes-du-Nord : RDP, 1922, p. 92. L'auteur parle au sujet des droits des riverains de « droits véritables sur le domaine ».

²⁰¹³ *Ibid.*, p. 386 et s.

²⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 393.

²⁰¹⁵ A. de LAUBADÈRE, « Les concessions dans les Cimetières », RDP, 1936, p. 614 : l'administré a un « droit d'obtenir de l'Administration la concession d'emplacements, d'y édifier et d'y décorer librement des sépultures. L'Administration a un pouvoir lié pour occuper ces concessions ».

²⁰¹⁶ L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, *op. cit.*, p. 237 et s.

²⁰¹⁷ CE, 27 avril 1923, Trottereau-Berthelot : *Rec.*, p. 366 ; CE, 19 nov. 1926, Dame Gervais : RDP, 1927, p. 232, concl. Cahen-Salvador.

²⁰¹⁸ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 393 : « Nous pouvons donc considérer que les affectataires éventuels ont un véritable droit subjectif à l'octroi d'une concession individuelle, dans les conditions conformes à la destination du cimetière ».

principe, mis en avant par Jèze²⁰¹⁹, de l'égalité des usagers devant le service public n'est pas apte, selon Maroger, à fonder la situation juridique de l'usager dans sa globalité, en raison de sa relativité. Il « importe au contraire de fonder le pouvoir d'exiger de l'usager sur une notion absolue », autrement dit « sur la norme de la *généralité* fondamentale de l'usage des services publics »²⁰²⁰, norme supposée par l'auteur tel un axiome pour justifier un droit public subjectif au service public. Les travaux de Duguit, de Jèze, de Laroque et de Hauriou sont sollicités, combinés et instrumentalisés par Maroger. Par emprunts parcellaires à chacun des auteurs, ce dernier consolide son système et arrive à cette conclusion : « se trouve fondé au profit du candidat à l'usage du service, un véritable pouvoir d'exiger le bénéfice de cet usage. Ici encore, nous estimons que tout en affirmant le caractère légal et réglementaire de la source de ce pouvoir [...], il faut cependant considérer que dans tous les cas où existera une obligation juridique de l'Administration d'accorder aux particuliers le bénéfice de l'usage du service en vue de la protection de certains intérêts déterminés, on pourra dire que le particulier aura un véritable droit public subjectif à l'usage du service »²⁰²¹.

375. *Conclusion Section I.* La théorie de Maroger est au carrefour de plusieurs courants doctrinaux et transcende les oppositions entre la doctrine de Hauriou et celle des représentants de l'école du service public. Le cadre normatif de l'affectation pensé par Maroger s'inspire des théories de Duguit, sa conception du droit public subjectif rejoint celle de Bonnard, sa reconnaissance des droits réels et la constitution de situations juridiques individualisées sont influencées par la doctrine de Hauriou. L'œuvre de Maroger est donc un héritage d'une grande richesse dans le cadre d'une tentative de théorisation d'un droit subjectif au domaine public, mais il est nécessaire d'en approfondir l'analyse, voire d'en dépasser certains aspects.

SECTION II. LA DÉFINITION THÉORIQUE DU DROIT SUBJECTIF AU DOMAINE PUBLIC

376. Suite aux théories domaniales de la première moitié du XX^e siècle, le terme *droit* est parfois utilisé par la doctrine afin de désigner la possibilité pour un administré de revendiquer l'accès au domaine public²⁰²². Dans ce cas, la doctrine interprète « la faculté qu'a tout usager

²⁰¹⁹ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, 2^e éd., 1926, *op. cit.*, p. 15.

²⁰²⁰ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, *op. cit.*, p. 398 (souligné par l'auteur)

²⁰²¹ *Ibid.*, p. 401.

²⁰²² Sauf erreur de notre part, le Professeur R. CHAPUS ne mentionne pas le terme *droit* en ce qui concerne l'accès au domaine public dans la dernière version de son manuel *Droit administratif général*, mais opte pour une analyse au

d'utiliser les dépendances du domaine public conformément à leur affectation »²⁰²³ comme la reconnaissance d'un droit à la dépendance domaniale²⁰²⁴. Pourtant, peu d'auteurs recourent au concept de droit subjectif et l'usage courant du mot *droit* est loin de signifier un accord sur sa définition, notamment en raison des vicissitudes de la jurisprudence administrative²⁰²⁵. Au mieux, l'usage du terme *droit* recouvre des significations extrêmement variées et divergentes, oscillant entre des postulats objectivistes et subjectivistes²⁰²⁶. Par exemple, l'usage du terme « droit d'usage » par Lenoir²⁰²⁷ ne correspond pas à celui fait par de Laubadère²⁰²⁸, l'un comme l'autre répondant à des choix théoriques précis. Au pire, il y a un délitement de la terminologie lié à la généralisation de son usage, par commodité de langage²⁰²⁹. Le mot *droit* n'a plus « l'avantage d'évoquer immédiatement avec évidence la chose dont on parle, de la rendre immédiatement présente à la conscience »²⁰³⁰, parce que les soubassements théoriques sont de moins en moins explicités par la doctrine, et que les éléments constitutifs du droit *au* domaine public, son fondement, sa titularité et son exercice, ne sont pas véritablement énoncés. Par ailleurs, l'acception du droit au domaine public a évolué. Désormais, le droit à la dépendance domaniale est essentiellement mentionné au sujet des usages collectifs. « Le droit du public »²⁰³¹ est parfois évoqué, alors que sont rares les références à l'idée d'un droit à l'obtention d'une occupation domaniale, même lorsque celle-ci est conforme à l'affectation²⁰³².

regard des obligations qui pèsent sur l'administration gestionnaire du domaine public, v. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 15^e éd., 2001, *op. cit.*, p. 476 et s. Par contre, dans la 8^e éd., l'auteur évoque « la question du droit à l'autorisation » (p. 439) pour considérer que les administrés n'ont pas de droit à l'obtention d'un titre d'occupation.

²⁰²³ CE, 18 nov. 1949, Carlier, préc. V. aussi la jurisprudence plus ancienne du Conseil d'État, v. CE, 30 avril 1863, Bourgeois : *D.* 1863, III, p. 64 : le Conseil d'État affirme « que le rivage de la mer fait partie du domaine public et que tout le monde a le droit d'y accéder librement ».

²⁰²⁴ V. aussi, l'usage du terme *droit* dans la jurisprudence, v. CE, 3 mai 1963, Ministre des Travaux publics c/ Commune de St-Brévin-les-Pins : *Rec.*, p. 259 ; *AJDA*, 1963, p. 343, chron. Gentot et Fourné ; *RDJ*, 1963, p. 1174, note M. Waline ; *CJEG*, 1964, p. 186, note Virole : « Les autorisations d'occupation privative délivrées dans l'exercice du pouvoir de gestion du domaine public maritime ne peuvent légalement intervenir que si, compte tenu des nécessités de l'intérêt général, elles se concilient avec les usages conformes à la destination du domaine que le public est normalement *en droit* d'y exercer ainsi qu'avec l'obligation qu'a l'administration d'assurer la conservation de son domaine public » (on souligne).

²⁰²⁵ CE, 5 novembre 1937, Société industrielle des schistes et dérivés : *Rec.*, p. 897 : « Considérant qu'aucun texte de loi ou de règlement ne reconnaît aux particuliers un droit à l'obtention de permissions d'occupation du domaine public ».

²⁰²⁶ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1951, p. 109. L'auteur envisage le droit des usagers soit comme un droit subjectif, soit comme un droit objectif. Par exemple, le droit des fidèles d'utiliser l'édifice culturel est un droit objectif.

²⁰²⁷ Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 159.

²⁰²⁸ A. de LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. II, 3^e éd., *op. cit.*, 1963, p. 175.

²⁰²⁹ Ce qui était déjà mis exergue par TROTABAS, v. *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 3 : « nos auteurs, le législateur et le juge, emploient un vocabulaire imprécis à tel point que les mêmes mots sont employés dans les acceptions les plus diverses, et l'on est tout désemparé en présence de ces terminologies incertaines ».

²⁰³⁰ P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du Droit*, LGDJ, 1962, p. 14.

²⁰³¹ H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 6^e éd., *op. cit.*, 1964, p. 24.

²⁰³² Pour des exemples contraires, J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 90. L'auteur inclut dans les « droits des usagers normaux » les utilisations privatives conformes à la destination de la dépendance

Les efforts de généralisation des droits subjectifs au domaine public entrepris par Maroger ont été pour ainsi dire quelque peu oubliés. La doctrine insiste sur l'absence d'un droit à l'obtention d'un titre d'occupation²⁰³³, ou bien sur le caractère exceptionnel des occupations privatives conformes à l'affectation²⁰³⁴, tout cela en dépit des distinctions faites par la jurisprudence entre les usages conformes et les usages compatibles²⁰³⁵ et de l'élargissement de la notion de conformité²⁰³⁶.

377. Parallèlement, une confusion terminologique, latente dans les écrits du début du XX^e siècle²⁰³⁷, persiste dans la doctrine contemporaine favorable à l'existence d'un droit subjectif : l'objet du droit à accéder au domaine public est-il un droit *à* la chose ou un droit *sur* la chose ? S'agit-il d'un droit personnel ou d'un droit réel ? Un glissement s'est opéré : le droit des administrés est peu à peu analysé comme un droit *sur* la dépendance, en raison de l'attractivité de la notion de droit réel qui a concurrencé les autres conceptions des droits publics subjectifs, et en raison d'une assimilation entre la stabilité de l'usager et la conformité avec l'affectation²⁰³⁸.

378. Toutefois, une lecture analytique de la littérature juridique permet de mettre en lumière quelques éléments clefs qui font l'objet d'un consensus doctrinal et sur lesquels on peut constater une continuité dans la structure de la pensée juridique. Sur de nombreux points, l'analyse doctrinale n'innove pas par rapport à ce qui a été dit pendant la première moitié du XX^e siècle²⁰³⁹. L'affectation reste l'élément structurant et fondateur de l'accès au domaine public. De nombreux manuels relaient l'idée que la conformité est à la condition de l'accès au domaine public²⁰⁴⁰, il est souvent remarqué que « les usagers dont l'activité n'est pas conforme

domaniale ; Ph. YOLKA, comm. Art. L. 2111-1 et L. 2111-2, in *Code général de la propriété des personnes publiques*, LexisNexis, 2012, p. 79.

²⁰³³ Ph. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 8^e éd., *op. cit.*, 2007, p. 128 : « Nul n'a droit à l'obtention d'une permission d'occupation privative, que celle-ci soit conforme ou seulement compatible, à moins qu'une loi n'en dispose autrement ».

²⁰³⁴ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, 2011, p. 283, n° 703 : « peu de domaines publics ont pour fin d'être occupés privativement par les administrés. Les occupations privatives sont donc généralement seulement compatibles avec l'affectation du domaine : celle-ci les tolère seulement ».

²⁰³⁵ Pour une référence récente, CE, 16 mars 2010, A. et B. c/ SIAT du lac de Gurson : *Contrats-Marchés publ.*, 2010, comm. 227, obs. Llorens ; *JCP A*, 2010, n° 37, p. 10 chron. Chamard-Heim.

²⁰³⁶ J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 81.

²⁰³⁷ W. G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, *op. cit.*, p. 62 et s.

²⁰³⁸ Sur cette confusion, v. Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 315.

²⁰³⁹ Également par rapport aux écrits du XIX^e siècle, v. W. G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, *op. cit.*, p. 193.

²⁰⁴⁰ Pour des exemples, v. C. DEBBASCH, J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit administratif des biens*, 3^e éd., PUF, « Thémis Droit public », 1999, p. 177 : « L'utilisation collective paraît la forme normale d'utilisation dès lors qu'il s'agit d'une dépendance affectée à l'usage direct du public. De son caractère public découlent un droit

à l'affectation ne pourront jamais prétendre à un droit à bénéficier de l'affectation puisqu'ils n'en sont pas bénéficiaires »²⁰⁴¹. La doctrine met également en relation le droit au domaine public avec la compétence liée de l'administration²⁰⁴². Par ailleurs, le droit des administrés est souvent énoncé comme étant l'expression de la liberté d'utilisation du domaine public²⁰⁴³, de la liberté d'aller et de venir, de la liberté du commerce et de l'industrie²⁰⁴⁴ ou de la liberté d'expression²⁰⁴⁵. L'ensemble de ces éléments doit être pris en compte dans toute tentative de théorisation de l'accès au domaine public, mais doit aussi être enrichi à l'aide des outils conceptuels propres à la méthodologie subjectiviste, afin de répondre à deux questions : celle du fondement du droit d'accès (§1) et celle de l'objet du droit public subjectif au domaine public. Cette dernière question est fondamentale car elle permet de délimiter le rôle du pouvoir de gestion au moment de l'accès au domaine public : le pouvoir de gestion joue un rôle de médiation entre les administrés et la dépendance domaniale (§2).

§1. LE FONDEMENT JURIDIQUE DU DROIT D'ACCÈS AU DOMAINE PUBLIC

379. La méthodologie subjectiviste invite à étudier la structure de la relation juridique²⁰⁴⁶. En raison de l'affectation, le pouvoir de gestion est intégré dans un rapport juridique entre plusieurs sujets de droit. Cette proposition doit être clarifiée et distinguée d'autres hypothèses. Concernant le domaine public, l'exercice de la propriété publique ne relève pas que d'un rapport entre le propriétaire et les non-propriétaires, selon lequel les derniers doivent, au regard de l'opposabilité *erga omnes* de la propriété²⁰⁴⁷, respecter l'exercice du premier²⁰⁴⁸. L'affectation est créatrice de rapports juridiques d'un autre type. Dans son sens utilitariste,

d'usage égal, une utilisation "anonyme et impersonnelle" ; H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 6^e éd., 1964, *op. cit.*, p. 24 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 181.

²⁰⁴¹ B. BOURDEAU, *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, Poitiers, 1980, p. 451.

²⁰⁴² C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 320 : « Ce n'est qu'exceptionnellement qu'une utilisation privative constitue un usage normal [...] ; les droits de l'occupant sont alors mieux garantis et les personnes publiques ne disposent aucun pouvoir discrétionnaire pour accorder ou abroger ces autorisations ».

²⁰⁴³ Y. GAUDEMET, « Libertés publiques et domaine public », préc.

²⁰⁴⁴ Pour un exemple, J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 81 : « L'affectation d'une dépendance domaniale à l'usage du public ou de certaines catégories objectives d'administrés, confère aux bénéficiaires le droit d'utiliser librement cette dépendance, conformément à sa destination ».

²⁰⁴⁵ J.-M. PONTIER, « Sur un éventuel droit d'accès aux manifestations culturelles organisées sur la voie publique », *RFDA*, 2002, p. 72.

²⁰⁴⁶ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 302. V. aussi, H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, 1948, p. 28.

²⁰⁴⁷ Sur ce point, v. B. BEIGNIER, « Droits (Classification) », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 534.

²⁰⁴⁸ Sur ce rapport juridique, v. G. del VECCHIO, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, 1953, p. 326 ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil français*, A. Pedone, 1898, p. 4 : « Le rapport qui s'établit entre l'homme et la chose dont il s'est emparé est un rapport purement physique, matériel, un rapport de domination ; mais il devient un rapport de droit, parce que les tiers, les autres hommes, sont obligés de le respecter et doivent s'abstenir de tout acte qui y porterait atteinte ».

l'affectation – ou destination²⁰⁴⁹ – est « la soumission d'un bien à un usage déterminé »²⁰⁵⁰ ou à un but, et particulièrement l'affectation à l'utilité publique est un mécanisme de partage des utilités de la dépendance. Dans un sens subjectiviste, l'affectation est, d'une part, un mécanisme particulier qui insère le pouvoir de gestion dans un rapport juridique intersubjectif²⁰⁵¹, ce qui implique qu'elle soit, d'autre part, « investie d'une fonction d'articulation des droits subjectifs sur la chose »²⁰⁵², entre le gestionnaire et les administrés.

L'affectation serait donc un fondement des droits publics subjectifs *au* domaine public. Elle institue et met en relation les droits subjectifs des administrés avec le pouvoir de gestion²⁰⁵³, non seulement dans le cadre d'un rapport juridique mais plus précisément dans le cadre d'un rapport juridique en termes de droit. Dès lors, l'analyse d'un tel rapport suppose de penser les rapports entre les droits subjectifs et le pouvoir de gestion de manière structurelle et relationnelle²⁰⁵⁴, c'est dire comme une interaction de droits et de devoirs réciproques²⁰⁵⁵. Si l'on se tient à l'idée que la revendication de l'administré dépend de l'ouverture de l'accès de la dépendance par les personnes publiques, se pose alors une difficulté théorique : comment l'affectation peut-elle être source d'obligations hétéronomes lorsqu'elle est décidée par le propriétaire public lui-même ? Comment l'affectation peut-elle accorder un avantage et obliger par la même occasion le gestionnaire ? Pour répondre à la question de l'hétérolimitation du pouvoir de gestion, il est nécessaire de considérer que l'affectation est constitutive, dans sa « fonction normative »²⁰⁵⁶, de multiples situations juridiques, non au sens exclusivement objectiviste envisagé par Duguit, mais au sens que leur donne Roubier, comme « constituant un complexe de droits et de devoirs »²⁰⁵⁷ (I). Ces situations juridiques sont donc des rapports

²⁰⁴⁹ On envisage les deux termes dans un sens identique, à l'instar de S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, p. 34.

²⁰⁵⁰ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976, p. 23.

²⁰⁵¹ R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois, « Lextenso éditions », t. 32, 2008, p. 208 : « dans les relations entre personnes privées, la mise en perspective de la destination montre que le bien ne s'épuise pas dans la relation qui l'unit à son propriétaire. Il est l'expression de relations entre personnes. La pluralité des personnes exprime l'idée d'une collectivité de personne [...] ».

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ V. dans ce sens, W.-G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, *op. cit.*, p. 250-251 : « Dans une opinion combattue, le public devrait aussi pouvoir maintenir ses droits [...]. En réalité tous les droits du public s'éteignent quand l'État ou la commune veut modifier l'affectation d'une *res publica*, faire des constructions sur une partie de la voie publique [...] et personne ne pourrait prétendre qu'une telle façon d'agir de l'État formerait un fait, illicite envers le public en totalité. Le public n'a pas de droits indépendants sur les *res publica*, mais il les emprunte à l'État, il n'exerce que les droits que l'État lui procure en donnant une certaine affectation à ces choses, ou en maintenant une certaine affectation que la nature des choses admet ».

²⁰⁵⁴ Sur ce point, v. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 2002, p. 26 et s.

²⁰⁵⁵ P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *APD*, 1962, p. 1 ; du même auteur, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 202 et s.

²⁰⁵⁶ On reprend la terminologie utilisée par R. BOFFA, *in* R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois, « Lextenso éditions », t. 32, 2008, p. 207 et s.

²⁰⁵⁷ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 7.

juridiques préfigurés mais non encore réalisés et qui se concrétiseront dans l'exercice du droit au domaine public par les particuliers (II).

I. L'affectation domaniale constitutive de situations juridiques

380. L'affectation se présente comme un mécanisme de finalisation d'un bien mais aussi comme un mécanisme de finalisation de l'exercice de la propriété²⁰⁵⁸. Il est nécessaire d'insister sur la dualité de la structure de l'affectation : sa dimension utilitariste et sa dimension normative. Dans sa dimension normative, l'affectation est créatrice d'un cadre juridique qui s'impose à la dépendance²⁰⁵⁹ et qui crée des droits au bénéfice des tiers. À ce titre, la comparaison avec la théorie en droit privé est fortement utile. Dans l'hypothèse de l'affectation d'un bien privé, le rapport juridique est inter-individualisé : le droit attribué par l'affectation se fige sur une personne *ut singuli* parfaitement identifiable, puisque les mécanismes de propriété affectée, notamment si on se réfère à la propriété réservée²⁰⁶⁰ ou à la fiducie²⁰⁶¹, sont des mécanismes conventionnels de la gestion de la propriété et attributifs d'un droit à un tiers. Dans le cas de la domanialité publique, les destinataires de l'affectation ne sont pas préalablement identifiés : se pose alors la question de la titularité des droits des administrés. La notion de candidats-usagers est utile pour saisir la virtualité des administrés à utiliser le domaine public. Ainsi, l'administré reçoit au préalable le bénéfice d'une situation juridique (ou d'un titre) (A), que ce soit par l'intermédiaire d'une affectation à l'usage de tous ou d'une affectation à un service public (B).

A. La création de situations juridiques au bénéfice des administrés

381. L'affectation domaniale n'a pas uniquement pour objet de conférer la jouissance d'une dépendance aux administrés, elle institue aussi un rapport de droit spécifique (1), c'est-à-dire qu'elle institue des situations juridiques subjectives, autrement dit un cadre juridique particulier qui structure et détermine le droit au domaine public (2).

²⁰⁵⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 383-389 ; J. RIVERO, *Cours de droit administratif spécial*, Les cours de droit, 1960-1961, p. 139.

²⁰⁵⁹ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 183-187.

²⁰⁶⁰ Art. 2329, 4^o C. civ. et art. 2373, al. 2 C. civ. V. également F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 388 : « Le mécanisme de la convention de retenue de propriété consiste à suspendre le transfert de propriété jusqu'au paiement de l'obligation qui en est la contrepartie (art. 2367, al. 1^{er} C. civ.) ».

²⁰⁶¹ Art. 2012 C. civ. V. aussi F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 411 : « Le contrat de fiducie est la source principale du régime de la fiducie pour nombre de questions dont le règlement est renvoyé à la volonté des parties ».

1. La double dimension de l'affectation domaniale

382. Il est envisageable de définir l'affectation à travers sa dimension subjective ou objective. Dans sa dimension subjective, *i.e.* le rapport de droit institué entre sujets de droit, l'affectation résulte d'une volonté du propriétaire public ou d'une autorité supérieure (dans le cas par exemple d'une mutation domaniale et elle contribue à donner un usage à des tierces personnes de la dépendance domaniale : le propriétaire public partage l'usage du bien public avec les administrés. Dans sa dimension objective, c'est-à-dire normative, l'affectation doit être envisagée en rapport avec les règles juridiques. Il s'agit de constater qu'elle appelle un corpus de règles spécifiques qui s'impose à la personne publique et qui désigne principalement le régime de la domanialité publique. Par la combinaison de ces deux dimensions, l'affectation institue donc un rapport de droit public dérogoratoire et original entre plusieurs sujets de droit.

383. À titre liminaire, il faut préciser et distinguer les dimensions respectives du droit subjectif et de la situation juridique : « les droits subjectifs représentent *les éléments simples* de l'ordre juridique substantiel : ce sont des prérogatives qu'il est possible d'envisager isolément. Les situations juridiques, en revanche, constituent des *éléments complexes* : ce ne sont pas seulement des pouvoirs individuels, mais des ensembles qui déterminent l'état juridique, où se trouve une chose ou une personne, par rapport à un certain contexte »²⁰⁶². C'est pour cette raison qu'avant d'évoquer le droit au domaine public, il faut considérer que l'affectation est créatrice de situations juridiques, parce que « le droit subjectif ne peut pas entrer en jeu dans le premier stade où il n'y a purement qu'une situation juridique, puisque, les individus n'étant pas encore entrés en rapport, il n'y a pas possibilité pour cette émission d'exigence dans laquelle se manifeste le droit subjectif »²⁰⁶³, « il n'y a que des droits *prétendus* (potentiels), des *prétentions* de droit contradictoires »²⁰⁶⁴. Il faut donc accepter qu'en amont du droit au domaine public, il y a la création d'un *statut juridique*, appelé parfois *titre*²⁰⁶⁵, au bénéfice des administrés, attribué par l'affectation et qui trouve une assise juridique à partir des normes relatives à la domanialité publique qui règlent l'accès au domaine public. L'affectation sert donc d'intermédiaire entre les règles juridiques et la constitution d'une situation juridique de l'usager, perçu en conséquence comme un sujet de droit. La situation juridique (appelée aussi statut ou titre) « désigne des

²⁰⁶² J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984, p. 154 (souligné par l'auteur)

²⁰⁶³ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 44. V. aussi, A. ROUYÈRE, « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », *préc.*

²⁰⁶⁴ P. MOOR, « "Droit subjectif" et "sujet de droit" dans une théorie du droit comme processus », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 141, spéc. p. 152.

²⁰⁶⁵ MOSSET, concl sur CE, 2 nov. 1956, Sieur Biberon : *Rec.*, p. 403. Le titre ne se comprend pas ici comme un acte administratif, mais comme la possibilité d'accéder au domaine public en vertu de la qualité juridiquement requise de l'administré.

relations *possibles* »²⁰⁶⁶ qui tendent à se réaliser entre le gestionnaire et l'administré. Par exemple, l'affectation à l'usage de tous est constitutive d'une situation juridique qui ouvre la possibilité pour les administrés d'accéder directement à une dépendance domaniale et qui préfigure une relation avec le gestionnaire public.

Les évolutions récentes de la domanialité publique ont induit un changement de perception du statut de l'usager. L'attention plus accrue du droit positif pour les intérêts particuliers entérine définitivement le basculement d'un *statut passif* à un *statut positif* de l'administré, pour reprendre la typologie de Jellinek. Il est donc possible d'affirmer que l'affectation institue un rapport de droit entre la puissance publique gestionnaire et les administrés, différent de celui existant entre le propriétaire privé et les tiers, mais différent aussi du rapport *lato sensu* de la puissance publique avec les tiers²⁰⁶⁷. Si le statut juridique de l'administré est un « statut positif »²⁰⁶⁸ que Dabin appelle « situation juridique active »²⁰⁶⁹, ce statut aspire à se réaliser dans la revendication de l'accès au domaine public face au gestionnaire, qui est confiné dans un statut passif vis-à-vis de la norme²⁰⁷⁰.

2. La modification de la définition de la situation juridique

384. Comment et sur quel fondement juridique un administré peut-il revendiquer l'accès au domaine public ? Pour décrire les conditions juridiques de l'accès au domaine public, recourir à la notion de situation juridique est très utile et ne contredit pas l'existence d'un droit subjectif²⁰⁷¹, à condition de sortir de la définition objectiviste proposée par Duguit. De même, reconnaître la suprématie ou l'antériorité du droit objectif n'est pas une position négatrice de la notion de droit subjectif. Effectivement, dans son acception générale, la « situation juridique » permet de saisir les effets juridiques d'une norme sur un cas particulier²⁰⁷² ou la place de l'individu vis-à-vis de la règle juridique²⁰⁷³. Mais, pour penser la situation juridique dans un cadre subjectiviste, il faut modifier la perception de la situation juridique et évacuer la définition objectiviste selon laquelle la règle de droit consiste en l'enchaînement d'une

²⁰⁶⁶ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 335.

²⁰⁶⁷ N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *préc.*, p. 183.

²⁰⁶⁸ Sur la notion de statut positif, O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 307 et s. et p. 334-335 ; du même auteur, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », *préc.* : « le statut *positif* est celui dans lequel l'État agit dans l'intérêt de l'individu en lui offrant une prestation (matérielle ou juridique) ».

²⁰⁶⁹ J. DABIN, *le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 23.

²⁰⁷⁰ Sur la distinction entre le sujet actif et le sujet passif, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, *op. cit.*, p. 320 et s.

²⁰⁷¹ A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, thèse, Paris II, p. 399 et s.

²⁰⁷² P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 2 et p. 6.

²⁰⁷³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 22.

« présupposition » et « d'un effet juridique »²⁰⁷⁴. Dans cette définition, « le concept de droit subjectif ne fait que traduire la faculté, pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu à la règle de droit »²⁰⁷⁵, parce que le droit subjectif n'est que la dérivation d'une norme objective et perd en conséquence une structure subjective *stricto sensu*²⁰⁷⁶.

Or, dans une perspective subjectiviste, le rapport juridique institué par l'affectation est différent : la situation juridique de l'usager s'insère dans « un réseau de droit »²⁰⁷⁷. Si l'on se tient au postulat selon lequel l'usager bénéficie d'un *statut positif* face au gestionnaire, il est donc un *sujet de droit* et on ne peut envisager la relation que de la manière suivante : c'est le gestionnaire « qui est le titulaire des obligations [...] qui sont des corollaires des *droits* des sujets »²⁰⁷⁸. La définition proposée par Roubier de la situation juridique subjective, comme relation de droits et d'obligations, s'avère intéressante pour saisir la relation entre le gestionnaire et les tiers, mais pour ce faire, elle ne peut plus être limitée aux relations privées, elle doit aussi s'étendre aux « rapports de droit public »²⁰⁷⁹ même si l'auteur ne les considère que comme des rapports de pouvoirs et de devoirs²⁰⁸⁰. Contrairement à l'avis de Duguit et de Jèze, Roubier considère que « la distinction des situations juridiques subjectives et objectives n'est pas une distinction des situations contractuelles et légales »²⁰⁸¹, la situation juridique reste selon lui subjective, même si elle résulte exclusivement de la *loi* – au sens de norme générale –, parce que « la volonté privée reste toujours libre de décliner ou non cet avantage que la loi vient créer à son profit »²⁰⁸². En admettant la création de droits subjectifs en dehors de la volonté privée ou en dehors du « *negotium juridicum* »²⁰⁸³, les obstacles sont levés à la constitution d'une situation juridique subjective dans les rapports de droit public, car, pour reprendre les mots de Dabin, le droit public subjectif est « débarrassé de toute discussion concernant le volontarisme juridique »²⁰⁸⁴ qui, dans sa définition primaire, conditionne la

²⁰⁷⁴ Sur H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, *op. cit.*, p. 29, cité par D. GUTMANN, « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, *op. cit.*, p. 530.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 29.

²⁰⁷⁶ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 330.

²⁰⁷⁷ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, « Introduction générale », in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, p. 117. V. aussi, H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, *op. cit.*, p. 28. L'auteur évoque un « réseau de droit et d'obligations ».

²⁰⁷⁸ C. GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », *préc.*, p. 24. V. aussi, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, « Introduction générale », in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, p. 117 : « Ce qui est charge ou devoir pour les uns se traduit souvent, qu'on le veuille ou non, par des droits pour les autres ».

²⁰⁷⁹ G. VEDEL, *Droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1968, p. 84.

²⁰⁸⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 20 : « pour tout ce qui concerne la puissance publique, et notamment les pouvoirs sur les personnes, il s'agit, non pas de rapports de droit et d'obligation entre l'État et les gouvernés, mais bien de rapports de pouvoir et de devoir ».

²⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 66.

²⁰⁸² *Ibid.*, p. 67. Comparer avec M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Sirey, 1950, p. 109.

²⁰⁸³ D. MAJORANA, « La notion de droit public subjectif », *RLT*, 1906, p. 2.

²⁰⁸⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 29.

création des situations juridiques subjectives aux actes juridiques pris par des individus²⁰⁸⁵. Mais même dans ce cas, le volontarisme juridique est maintenu dans la mesure où l'affectation, fondatrice des droits des usagers, résulte d'un acte de volonté décidé par le propriétaire public et par d'autres organes habilités²⁰⁸⁶ et où il y a toujours une volonté de l'administré d'accéder au domaine public. De toute façon, la présentation réductrice des rapports de droit public reprise par Roubier n'est pas représentative de certaines relations entre l'administration et les administrés, encore moins des rapports entre le gestionnaire et les candidats-usagers du domaine public.

385. Dire que l'administré bénéficie d'une situation juridique active (ou positive) et subjective revient à considérer que la revendication de l'accès au domaine public s'inscrit dans un rapport entre, d'une part, une obligation juridique hétéronome, de faire ou de ne pas faire²⁰⁸⁷, en somme une sujétion administrative extérieure²⁰⁸⁸ à la personnalité publique²⁰⁸⁹ et à la puissance publique gestionnaire, et d'autre part un droit attribué à l'administré qui lui offre la possibilité de *vouloir*. L'hétérolimitation du pouvoir de gestion s'inscrit dans le dualisme entre propriété publique et domanialité publique. Le « voile »²⁰⁹⁰ domanial impose des obligations au gestionnaire en raison des finalités d'intérêt général ou d'utilité publique, protégées et garanties par l'ordre juridique. L'hétérolimitation est même une nécessité logique pour penser le rapport entre la puissance publique gestionnaire et le droit subjectif des administrés : elle est, d'une part, une manière de concilier la supériorité de la puissance publique gestionnaire avec la possibilité pour les administrés d'exiger l'accès au domaine public²⁰⁹¹ ; elle évite, d'autre part, l'écueil de la définition du droit public subjectif comme un mécanisme d'appropriation de la puissance publique gestionnaire. L'hétérolimitation du pouvoir de gestion est donc conforme

²⁰⁸⁵ Sur le lien entre volonté et acte juridique, A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I., 6^e éd., 1930, Dalloz, p. 65.

²⁰⁸⁶ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 186-187 : « Il ne resterait donc, pour créer ce droit, que l'acte administratif. La fait qui donnerait à ceci une certaine apparence, c'est la mise en fonction de la chose publique ; l'affectation ou la "publication" serait l'acte par lequel la volonté créatrice de l'État trouverait son expression ».

²⁰⁸⁷ J. BARTHÉLEMY, « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *RDP*, 1912, p. 505.

²⁰⁸⁸ Sur les sujétions extérieures à la puissance publique, H. DE GAUDEMAR, « Les sujétions de puissance publique », *in* Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, *op. cit.*, p. 197.

²⁰⁸⁹ Contrairement à l'avis de Waline, la sujétion administrative ne doit pas être perçue comme une cause interne de la personne publique, v. M. WALINE, *Les mutations domaniales*, *op. cit.*, p. 136 : « C'est une limitation en quelque sorte spontanée des droits de la personne morale par une cause interne, et non par un rapport de droit avec les tiers, par une obligation contractuelle, telle qu'une constitution d'usufruit ».

²⁰⁹⁰ Y. GAUDEMET, « L'avenir du droit des propriétés publiques », *in* *Mélanges F. Terré*, p. 567.

²⁰⁹¹ V. dans ce sens, R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *préc.*, p. 727 : « On peut alors concevoir logiquement que quelqu'un puisse exiger quelque chose d'un autre, même d'un autre ayant une volonté supérieure, puisque ce n'est pas en vertu de sa puissance de volonté qu'il exige, mais en vertu du droit objectif, en vertu de la force impérative incluse dans la règle de droit objectif ».

à l'idée d'indisponibilité de la puissance publique et au monopole juridique attribué aux personnes publiques sur leur domaine public.

En outre, la titularité (ou la déterminabilité²⁰⁹²) du droit public subjectif s'appréhende sous l'angle de la virtualité parce qu'il n'y a pas d'acte juridique individuel qui sert d'« interposition »²⁰⁹³ entre le droit subjectif et la norme générale. L'affectation provient soit d'un acte juridique (acte unilatéral, contrat ou loi), soit d'un fait matériel (aménagement particulier) mais sa portée reste générale, elle ne vise pas une personne ou une catégorie particulière, sinon elle perdrait son caractère d'utilité publique. Dès lors, le droit au domaine public ne se crée pas à la suite d'un acte juridique « ayant déterminé [au profit de l'individu *ut singuli*] l'application de tel statut légal »²⁰⁹⁴, contrairement au droit *sur* le domaine public qui nécessite l'obtention d'un titre²⁰⁹⁵, pris ici dans le sens d'une investiture juridique. Pour éviter la définition de la situation juridique subjective de Duguit²⁰⁹⁶, il faut retenir une acception plus large de la notion de *titre juridique*²⁰⁹⁷. Si le titre juridique est, comme l'affirme Renard, « ce qui manifeste la concordance d'une situation particulière avec l'ordre, et ce par quoi elle reçoit de l'ordre la vertu juridique »²⁰⁹⁸, il ne se concrétise pas formellement, au stade de l'accès au domaine public, par un acte juridique exprès, mais par l'affectation²⁰⁹⁹. Il faut comprendre que l'administré est réputé être titulaire d'un titre et *in extenso* d'un droit²¹⁰⁰, lorsque sa revendication répond aux conditions posées par une norme juridique²¹⁰¹ et est conforme à l'affectation²¹⁰². La théorie de l'intérêt juridiquement protégé, lue à la lumière de l'affectation,

²⁰⁹² Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 321.

²⁰⁹³ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Librairie du recueil Sirey, 1950, p. 109.

²⁰⁹⁴ *Ibid.* V. sur la différence entre le public subjectif privé et le droit public subjectif au sujet de la titularité, J. HAUSER, « Les droits privés subjectifs, modèles pour les droits publics subjectifs des administrés ? », in *Travaux de l'AFDA, Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*

²⁰⁹⁵ Art. L. 2122-1 du CGPPP : « Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public ».

²⁰⁹⁶ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 183. La situation objective « résulte d'un acte de volonté individuelle et elle consiste en ce que une certaine volonté individuelle pourra être contrainte directement ou indirectement à accomplir un agissement déterminé, en ce que nul ne peut s'opposer à la réalisation de l'effet particulier voulu ».

²⁰⁹⁷ V. aussi F. GÉNY, *Science et technique en droit positif*, t. III, Sirey, p. 218.

²⁰⁹⁸ G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie de l'Institution*, 1^e vol., *op. cit.*, p. 345.

²⁰⁹⁹ Sur le titre sans l'existence d'un acte juridique, P. ROUBIER, « De la légitimité des situations juridiques », in *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, Bruylant, Sirey, 1963, p. 275. L'auteur parle dans ce cas de titre légal.

²¹⁰⁰ Sur la virtualité du statut en amont du droit subjectif, v. M. HAURIU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, 1916, p. 510, note n° 1.

²¹⁰¹ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 41-42 : « La volonté de l'individu apparaît dans le domaine du droit sous l'aspect d'une volonté déterminée par la règle de droit et voulant l'activité prescrite par cette règle » ; O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 237 : « celui qui présente les conditions moyennant lesquelles la permission doit être consentie aura, en vertu de la loi, un droit subjectif public d'obtenir du maître de la chose cet avantage ».

²¹⁰² M. WALINE, *Les mutations domaniales*, *op. cit.*, p. 135 : « si l'on voulait analyser profondément la notion de *ius utendi* sur le domaine public, on s'apercevrait que ce droit « n'appartient » pas un but, qui ne saurait être un sujet de droit, mais à l'ensemble des individus qui poursuivent ce but, pour qui ce but est utile ou même nécessaire, pour qui l'affectation du bien domaniale est par suite elle-même utile ou nécessaire. L'intérêt de ces individus au

offre un moyen de comprendre le rapport entre le titre et l'affectation domaniale. L'intérêt juridiquement protégé intervient non pour saisir le contenu du droit public subjectif de l'administré mais pour saisir sa titularité²¹⁰³.

B. La variation de la situation juridique de l'usager en fonction de l'affectation

386. Sans ressusciter l'échelle de la domanialité de Duguit ni adhérer à la distinction de Duverger entre domanialité complète et domanialité restreinte, il convient de considérer que la situation juridique de l'usager varie en fonction de l'affectation. À cet égard, les conclusions du Commissaire du gouvernement Mosset sur l'arrêt *Sieur Biberon* sont particulièrement éclairantes. Les situations juridiques varient en fonction de la conformité vis-à-vis de l'affectation et en fonction de la nature de l'usage. L'usager bénéficie toujours d'un titre à utiliser le domaine public lorsqu'il se réclame d'une utilisation conforme de l'affectation. Mais ce titre – qui se comprend ici comme la possibilité d'accéder au domaine public et non comme l'autorisation d'utiliser le domaine public – possède un fondement juridique plus solide en cas d'usage collectif du domaine public²¹⁰⁴. Deux principaux champs normatifs permettent à justifier un titre à destination de l'usager : les libertés et le principe d'égalité. Certes, il est impossible de rendre compte *a priori* de la norme générale : la norme n'est nullement supposée en dépit de ce qu'affirme Maroger, son contenu se révèle à travers sa concrétisation, au moment de la revendication de l'accès au domaine public. La lecture de la jurisprudence permet d'analyser les normes convoquées par le juge administratif afin de justifier l'attribution d'un titre à un particulier. Ces normes ne sont pas identiques lorsque le domaine est affecté à l'usage de tous (1) et lorsqu'il est affecté à un service public (2).

1. La situation juridique de l'usager et l'affectation à l'usage de tous

387. La distinction de Bonnard, reprise par Maroger, entre le pouvoir juridique et le droit public subjectif est très utile pour comprendre que les libertés individuelles s'inscrivent en

maintien de cette affectation est alors évident. Dans la mesure où cet intérêt est socialement protégé, c'est un véritable droit ».

²¹⁰³ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 63 ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, Paris Dalloz, p. 241 : « Le porteur d'un intérêt érigé en droit subjectif trouve dans le fait même de cette érection de son intérêt en droit un titre justifiant sur le plan juridique l'activité qu'il déploiera en vue de la satisfaction de cet intérêt ».

²¹⁰⁴ MOSSET concl. sur CE, 2 nov. 1956, *Sieur Biberon*, préc. : « Il est ainsi tout à fait certain qu'à l'égard d'une utilisation conforme à l'affectation de non privative, l'affectation crée un titre au profit des usagers et même un titre qui reste égal pour tous », alors que concernant les occupations privatives, « les motifs que l'administration peut valablement opposer sont si larges que la règle de l'égalité de titre des usagers du domaine, si elle subsiste en principe, voit sa portée réduite à très peu de choses ».

amont du droit d'accès des particuliers. La liberté d'aller et de venir et le principe d'égalité justifient en grande partie la possibilité pour les administrés d'utiliser le domaine public²¹⁰⁵, mais aussi donnent une coloration particulière à la situation juridique de l'usager. Le rapport de conformité n'est donc pas le seul prisme explicatif du droit des administrés. En témoigne la jurisprudence constructiviste du Conseil constitutionnel qui opère la jonction entre l'affectation et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties²¹⁰⁶.

Sous l'ère de l'exclusivité du pouvoir de police sur le domaine public, l'administration ne pouvait pas instituer un régime d'autorisation préalable²¹⁰⁷, ni prendre une mesure d'interdiction générale et absolue²¹⁰⁸. Les limites posées aux mesures de police impliquaient une ouverture élargie des dépendances domaniales²¹⁰⁹, et la liberté d'utilisation coïncidait avec la liberté d'aller et de venir. Parmi les différentes représentations doctrinales, une idée était globalement partagée : l'usage exclusif de la police s'accordait parfaitement avec la figure du *Public*, agrégat de personnes qui utilisaient anonymement le domaine public. La police ne réglementait que la masse des individus anonymes de passage sur le domaine public.

Par contre, sous l'ère de la dualité des pouvoirs, les choses ont évolué vers un renforcement des prérogatives de l'administration et également vers un éclatement des usages domaniaux. La jurisprudence a validé une différenciation entre plusieurs usagers : par exemple, entre piétons et automobilistes²¹¹⁰, ou entre ceux qui exercent à titre personnel et ceux qui usent de la dépendance dans un but professionnel²¹¹¹. Le Conseil d'État a jugé légaux les traitements individualisés de certains usagers, ce qui permet à l'administration de leur imposer si besoin des obligations particulières²¹¹², qualifiées parfois d'obligations « de service public ». L'émergence du pouvoir de gestion a donné lieu à une individualisation des usagers du domaine public²¹¹³. À l'homogénéité des règles juridiques a succédé une hétérogénéité du cadre

²¹⁰⁵ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 185 : « des règles traditionnelles résultent encore des mêmes idées de base ; ces règles sont essentiellement : *liberté* des usagers, *égalité* entre eux, gratuité » ; M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1951, p. 523 : « Du fait qu'il s'agit de l'exercice d'une *liberté publique*, cette utilisation est *libre*, et elle constitue un droit égal pour tous. Liberté et égalité sont les deux principes fondamentaux en la matière » ; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 134.

²¹⁰⁶ Y. GAUDEMET, « Libertés publiques et domaine public », *préc.*

²¹⁰⁷ CE, 5 juin 1921, *Mis* : *RDP*, 1921, p. 528, concl. Corneille.

²¹⁰⁸ CE, 13 mars 1968, *Époux Leroy* : *AJDA*, 1968, p. 221, chron. Massot et Dewost.

²¹⁰⁹ CE, 25 fév. 1928, *Soc. l'Éveil de Contres* : *Rec.*, p. 272 ; CE, 18 nov. Carlier : *Rec.*, p. 491. Sur ce point, Ch. ROUSSEAU, « Le régime juridique de la circulation », *RDP*, 1932, p. 399.

²¹¹⁰ CE, 8 déc. 1972, *Ville de Dieppe* : *AJDA*, 1973, p. 28, chron. Cabanes et Léger (création de rues piétonnières) ; CE, 22 février 1961, *Lagoutte et Robin* : *Rec.*, p. 134.

²¹¹¹ CE, 15 mars 1968, *Syndicat national des automobilistes*.

²¹¹² CE, 5 mai 1944, *Cie maritime de l'Afrique orientale* : *RDP*, 1944, p. 241, concl. B. Chenot. V. aussi les deux arrêts, CE, 6 fév. 1948, *Cie Carcassonnaise de transports en commun et Sté française Radio-Atlantique* : *RDP*, 1948, p. 258.

²¹¹³ Sur ce point, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. II, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 74.

normatif, propre à épouser la diversité des situations ayant cours sur le domaine public. Dès lors, la liberté d'aller et de venir devient un cadre normatif trop réducteur pour embrasser l'ensemble des situations présentes sur le domaine public. De plus, le contenu du principe d'égalité a connu de nombreuses mutations : tous les usagers n'étant pas dans une situation comparable, l'administration peut les traiter différemment si la différenciation répond à des critères objectifs²¹¹⁴. L'administration peut accorder des privilèges d'utilisation à des services publics ayant pour siège le domaine public²¹¹⁵. Au cœur du problème, de Laubadère propose une définition différente de l'usage de tous : « il ne faut donc pas assimiler usage public à usage collectif ; plutôt qu'usage “du public”, il vaudrait mieux en réalité dire : *usage direct des particuliers* »²¹¹⁶. Il s'agit là d'une avancée considérable vers une théorisation d'un droit public subjectif pour les usages collectifs du domaine public.

Peut-on encore parler, comme Bonnard et Maroger, de droit public subjectif légal et réglementaire ? Retenir ce qualificatif du droit public subjectif laisse entendre à tort qu'il existe un corpus normatif unique. La théorisation de ces auteurs a néanmoins permis de penser la constitution d'un droit public subjectif à partir de la généralité d'une norme et sans intermédiation d'un acte juridique individuel. Le schème selon lequel *l'usage du Public* implique nécessairement l'application d'une règle impersonnelle et générale n'est pas totalement à rejeter. Il y a néanmoins une confusion à éviter entre l'obligation issue de la norme générale et le droit public subjectif au domaine public, car elle donnerait lieu à un droit public subjectif collectif qui ne peut être que contradictoire dans ses termes, à moins de distinguer la titularité et l'exercice du droit public subjectif²¹¹⁷. L'usage du domaine public est individuel, mais l'obligation juridique qui oriente le pouvoir de gestion est issue d'une norme générale. Le droit public subjectif reste individuel mais son exercice est collectif et en concurrence avec les autres usagers. C'est dans ce sens que l'on peut réinterpréter la proposition du Commissaire du gouvernement Mosset, selon laquelle « ce qui fait naître au profit des usagers un titre à l'utilisation des dépendances du domaine, c'est leur affectation ». Le titre change de sens pour devenir un droit conféré aux particuliers d'utiliser le domaine public, et non plus l'acte

²¹¹⁴ CE, 26 fév. 1969, Chabrot : *AJDA*, 1969, II, p. 318 ; CE, 6 mai 1994, Ville de Toulon : *Rec.*, p. 222. Dans cette dernière espèce, le Conseil d'État a jugé qu'il existe une différence de situation de nature à justifier la légalité de discriminations tarifaires dans le cadre d'un abonnement entre les résidents et les non-résidents.

²¹¹⁵ CE, 16 fév. 1972, Bernard : *Rec.*, p. 140. Le juge administratif a jugé légale l'attribution d'emplacements exclusifs pour les besoins du service public.

²¹¹⁶ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 126. V. aussi dans ce sens, J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., 2001, *op. cit.*, p. 317 : « on est conduit à constater que la plupart des utilisations dites communes ou collectives sont en réalité individuelles, c'est-à-dire exercées isolément par chaque usager pour son compte ». Mais l'auteur souligne aussi qu'« étant donné que les qualificatif “individuel” et “collectif” sont des antonymes, il est peu satisfaisant pour l'esprit de ranger dans la catégorie des utilisations communes ou collectives des modes d'utilisation individuelle du domaine public ».

²¹¹⁷ Sur les droits subjectifs « collectivisés », v. J. HAUSER, « Les droits privés subjectifs, modèles pour les droits publics subjectifs des administrés ? », in *Travaux de l'AFDA, Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*

juridique par lequel est autorisée l'utilisation du domaine public. L'affirmation du Professeur Ch. Lavalie selon laquelle l'usage collectif ne nécessite pas de titre²¹¹⁸, signifie seulement que l'usage de tous ne nécessite pas l'attribution d'une autorisation (ou d'une investiture²¹¹⁹).

388. Si le droit à un usage collectif se révèle dans son exercice²¹²⁰, le droit à un usage privatif se réalise à travers la revendication de l'administré. Il y a moins de difficultés à admettre la situation juridique individualisée de l'aspirant à une occupation privative, car elle préfigure l'individualisation de l'usage sur le domaine public et se prolonge dans une autorisation d'occupation²¹²¹. Bien que le principe de liberté d'utilisation ne s'applique pas en matière d'occupation privative²¹²², le rapport de conformité justifie en principe à lui seul l'octroi d'un titre à un administré, sans qu'il soit nécessaire de convoquer d'autres fondements normatifs²¹²³. Dans son analyse de la jurisprudence, la doctrine utilise la notion de compétence liée et énonce en conséquence que l'administration est tenue de délivrer les autorisations d'occupation²¹²⁴.

Par contre, le cadre normatif des occupations privatives souffre de l'indétermination de son contenu. Les requérants invoquent régulièrement devant le prétoire du juge administratif le principe d'égalité. Dans le cas des occupations privatives, le principe d'égalité reçoit une signification sensiblement différente qu'en matière d'usage commun. Il fut un temps où le juge administratif considérait que le principe d'égalité n'était pas applicable²¹²⁵, « car il est matériellement impossible d'accorder à tout le monde des autorisations d'utilisation privative »²¹²⁶. Cet argument n'est pas valable car le but n'est pas que tout administré puisse accéder au domaine public : le but est d'éviter que le refus d'accéder au domaine favorise sans

²¹¹⁸ Ch. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 125.

²¹¹⁹ J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, 317-318 : « La qualité d'usager commun des voies publiques s'applique d'une manière abstraite et générale à tous les piétons et à tous les automobilistes, sans titre juridique préalable et spécial délivré par l'administration ».

²¹²⁰ *Ibid.*, p. 318 : « La qualité d'usager commun ne s'obtient pas par une investiture ; l'administré est doté automatiquement de cette qualité par le seul fait qu'il utilise le domaine public ».

²¹²¹ Sur l'obligation de l'octroi d'une occupation du domaine public, cf. art. L. 28 du Code du domaine de l'État ; L. 2122-1 du CGPPP ; CE, 9 février 1966, Commune de Saint-Pierre : *Rec.*, p. 84 : « Toute occupation privative d'une dépendance du domaine doit être régulièrement autorisée, qu'elle comporte ou non une emprise sur ce domaine ».

²¹²² CE, 21 mars 2003, SIPPAREC : *CJEG*, 2003, p. 341, concl. Austray. V. aussi, C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif*, t. II., *op. cit.*, p. 320.

²¹²³ J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 512 : « La conformité de l'occupation à la destination du domaine crée, en quelque sorte, un titre à cette occupation ».

²¹²⁴ CE, 13 juin 1902, Teyssonneyre : *Rec.*, p. 443 ; CE, 16 avril 1928, Amédée : *Rec.*, p. 380.

²¹²⁵ CE, 16 mars 1928, Wenger : *Rec.*, p. 378 ; CE, 13 juin 1934, Legoll : *DH*, 1934, p. 464.

²¹²⁶ J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 379.

raison légale un administré au détriment d'un autre²¹²⁷. C'est pourquoi la poursuite de l'intérêt général est une nécessité légale au regard du principe d'égalité²¹²⁸.

2. La situation juridique de l'usager et l'affectation au service public

389. De prime abord, lorsque le domaine public est affecté à un service public, les usagers utilisent la dépendance par le biais du service public, leur situation juridique et l'accès sont globalement gouvernés par les règles régissant le régime du service public, en particulier par le principe d'égalité. S'il existe un droit public subjectif, il s'agit avant tout d'un droit public subjectif au service public. Pourtant, les règles relatives au service public n'épuisent pas l'ensemble des situations juridiques : il existe des situations juridiques uniquement déterminées par les règles de la domanialité publique. Il y a aussi des situations juridiques en marge qui ne sont pas captées par l'affectation au service public et qui sont compatibles. Mais il existe aussi des utilisations conformes qui correspondent à l'objet du service public, lequel consiste essentiellement à gérer une dépendance domaniale. Dans cette dernière hypothèse, l'utilisation dépend davantage des règles domaniales que de celles relatives au service public. Les exemples ne manquent pas si l'on songe aux occupations privatives dans les gares ou aéroports, aux utilisations collectives et aux concessions d'outillage public dans les ports, ainsi qu'aux sillons ferroviaires attribués pour l'accès au réseau ferré. Toutes ces utilisations sont conformes à l'affectation générale ou à une affectation spéciale de la dépendance, et ne dépendent pas directement du service public. Les principes normatifs au fondement de la situation juridique de l'usager sont identiques à ceux qui commandent les usages collectifs ou privatifs des dépendances affectées à l'usage de tous, à savoir essentiellement le principe d'égalité et les libertés économiques.

II. La réalisation de la situation juridique dans l'exercice du droit au domaine public

390. Roubier estime que l'exercice du droit subjectif correspond au moment de la réalisation d'une situation juridique²¹²⁹. Si, dans le paradigme objectiviste, la faculté légale est la concrétisation d'une situation de droit, le droit subjectif est, dans une perspective subjectiviste, la réalisation d'une situation juridique subjective. En admettant que l'affectation institue des situations juridiques subjectives relatives à une dépendance domaniale, les usagers réalisent ces

²¹²⁷ CE, 28 nov. 1958, Ville de Marseille : *Rec.*, p. 594 ; CE, 15 juillet 1949, Ville de Lille : *Rec.*, p. 446.

²¹²⁸ CE, 14 nov. 1924, Wischitz : *Rec.*, p. 891 ; CE, 27 janv. 1954, Syndicat des marchands du carreau du Temple : *Rec.*, p. 55.

²¹²⁹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 149.

situations en revendiquant l'affectation. Envisager de la sorte le *vinculum juris* implique de dépasser deux obstacles théoriques : l'association entre l'idée d'appropriation et le droit subjectif (A) et l'assimilation entre le droit subjectif et les voies de droit (B).

A. Le droit public subjectif au domaine public et l'idée d'appropriation

391. La perception du droit subjectif comme instrument d'appropriation est un obstacle à une lecture subjectiviste de la relation entre le pouvoir de gestion et les usagers. L'idée selon laquelle le droit subjectif est un bien appartenant en propre au sujet de droit est une vision limitée de la titularité qu'il faut abandonner pour analyser les droits au domaine public²¹³⁰. Fruit de la théorie de la doctrine civiliste, la conception des droits subjectifs comme faisant « partie du patrimoine » de l'individu, comme étant des droits « transmissibles », « disponibles »²¹³¹, a été particulièrement commode pour les opposants à la transposition du droit subjectif dans le cadre de l'accès au domaine public. Duguit s'est fondé sur cette conception pour considérer que le *droit* au domaine public n'est pas un droit appropriable auquel l'utilisateur peut renoncer. Selon Duguit, l'utilisateur a seulement le choix d'utiliser ou non le service en vertu d'un statut ou d'une situation juridique. À l'idée d'appropriation s'ajoute celle de permanence (ou de perpétuité), présentée par Renard dans sa théorisation de l'opposition entre le statut et le droit subjectif : « le statut participe à la mobilité de l'institution, le droit subjectif est rigide. Le droit subjectif, une fois constitué, défie les événements ; le statut suit le sort de l'institution »²¹³². Or, la possibilité pour l'administration de modifier l'affectation²¹³³ ou celle de refuser l'accès au domaine public, témoins de la situation provisoire de l'utilisateur, ont été autant d'éléments qui ont nourri la doctrine objectiviste ainsi que celle de Hauriou²¹³⁴. Pour ce dernier, il reste un point plus problématique : si le droit des usagers au domaine public est un droit subjectif, cela suppose de conférer aux administrés un droit perpétuel sur la puissance publique, ce qui revient à ce que « les administrés acquièrent une portion de puissance publique et qu'ils en [aient] l'absolue disposition »²¹³⁵. La notion de droit acquis est un prisme trop déformant pour appréhender notion de droit subjectif au domaine public. L'association

²¹³⁰ Sur la titularité du droit subjectif par la propriété, v. de manière générale J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*

²¹³¹ G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie de l'Institution*, 1^e vol., *op. cit.*, p. 334.

²¹³² *Ibid.*, p. 331.

²¹³³ W.-G. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*, *op. cit.*, p. 250

²¹³⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, 9^e éd., p. 467 ; 10^e éd., p. 401.

²¹³⁵ A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, p. 427. V. aussi, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 462 et s.

qu'opère Hauriou entre le droit acquis et le droit subjectif²¹³⁶ explique sans doute son confinement à l'hypothèse restreinte de la gestion administrative. Du point de vue de Hauriou, le droit au domaine public n'étant pas un droit permanent, il ne peut donc être un droit subjectif. Aux idées d'appropriation et de permanence s'ajoute celle de la transmissibilité (ou de la cessibilité) du droit subjectif. L'absence de transmissibilité du droit justifie le rejet du concept de droit subjectif pour analyser le droit au domaine public²¹³⁷. Pour Duguit, le caractère impersonnel de l'usage collectif ou le caractère personnel de l'occupation privative vont à l'encontre de la définition du droit comme un droit transmissible. Il est alors préférable pour l'auteur de parler de faculté légale.

392. Maroger et Bonnard ont distingué le droit subjectif de l'idée d'appropriation en définissant la substance du droit subjectif à partir du pouvoir d'exiger. En effet, l'association du droit subjectif aux idées d'appropriation et de permanence provient d'une conceptualisation à partir du droit de propriété²¹³⁸, qui n'est pas transposable dans l'analyse du droit *au* domaine public, et cela pour plusieurs raisons. D'une part, l'appropriation de la dépendance domaniale par la personne publique est exclusive de toute autre appropriation et il n'y a pas de droit réel en amont de l'utilisation du bien public. D'autre part, la doctrine objectiviste a confondu deux données : l'existence et la permanence du droit subjectif. La question n'est pas de savoir si l'administré *possède* à tout moment un droit au domaine public, elle est de savoir si, à un instant donné, l'administré peut revendiquer l'accès au domaine public, en fonction du cadre juridique qui s'offre à lui. Le juge administratif admet couramment la possibilité de revendiquer l'usage d'une dépendance temporairement affectée à un usage particulier²¹³⁹. La voirie publique provisoirement affectée aux marchands ou aux forains en est un exemple²¹⁴⁰.

²¹³⁶ V. aussi dans ces sens, M. WALINE, *Les mutations domaniales, op. cit.*, p. 133 : « La personne administrative ne trouve en face d'elle personne qui puisse lui opposer aucun droit subjectif acquis sur son Domaine public ».

²¹³⁷ On peut remarquer que la doctrine privatiste s'est partagée selon les mêmes termes au sujet des droits dits « de personnalité ». Une partie de la doctrine a refusé le qualificatif subjectif aux droits en raison de leur caractère incessible. Sur ce débat, v. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, « Introduction générale », in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 1977, p. 131, n° 184.

²¹³⁸ Pour rappel, J. DABIN, *Le droit subjectif, op. cit.*, p. 80 et s. Le droit subjectif est défini par deux traits : « l'appartenance » et « la maîtrise ». V. aussi, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, p. 38 : « Les droits subjectifs n'englobent pas tous les cas où l'individu peut avoir raison devant les tribunaux, mais seulement les hypothèses où existe une prérogative appropriée à la manière d'un bien : prérogative qui est en principe transmissible et qui normalement comporte la possibilité pour son bénéficiaire d'y renoncer. Ces prérogatives sont munies de protection judiciaire par le canal d'une action en justice... ».

²¹³⁹ Sur ce point, B. BOURDEAU, *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public, op. cit.*, p. 441 ; J.-P. BROUANT, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, thèse Paris I, 1995, p. 52.

²¹⁴⁰ Pour les références jurisprudentielles, CE, 23 juin 1965, Syndicat des commerçants étalagistes de la plaine de Forez, *AJDA*, 1967, II, p. 46, note A. de Laubadère ; CE, 18 nov. 1966, Froment, *AJDA*, 1967, II, p. 45, note A.

B. Le droit public subjectif au domaine public et les voies de droit

393. Un glissement s'opère de l'exercice du droit subjectif vers l'exercice du recours contentieux. L'assimilation entre le droit subjectif et l'intérêt juridiquement protégé²¹⁴¹ et la représentation du contentieux administratif faite par Bonnard et par Barthélemy, à travers le concept de *droit subjectif à la légalité administrative*, ne facilitent pas la mise en place d'une distinction claire entre les champs respectifs du droit subjectif et des voies de droit²¹⁴². « L'intérêt est pré-juridique (il est la matière ou le but du droit) ; la protection est post-juridique (supposons le droit) », mais « le droit, qui se situe entre les deux est passé sous silence »²¹⁴³. Cette distinction est tout aussi difficile à établir en ce qui concerne l'accès au domaine public. Pourtant, le droit au domaine public ne peut s'apparenter uniquement au recours contentieux exercé à l'encontre des actes de gestion, sinon le droit subjectif de l'administré ne se réaliserait que dans l'hypothèse de la contestation d'une entrave de l'administration gestionnaire (1). La volonté qui active le *vinculum juris* est au cœur du droit subjectif, et l'exercice des recours contentieux n'en est qu'une manifestation (2).

1. La revendication et les sanctions juridiques de l'accès

394. Dans une optique de clarification, deux niveaux sont à distinguer : le droit à la dépendance, institué par l'affectation, et les mécanismes juridiques de protection, issus de la norme générale. Il y a une tendance à confondre le droit public subjectif *au* domaine public avec les voies de droit, alors que les voies de droit interviennent *a posteriori* dans la sanction juridique du droit subjectif, elles sont la conséquence du droit reconnu à l'administré²¹⁴⁴, et pour ainsi dire les garantes « de l'efficacité pratique »²¹⁴⁵ du droit public subjectif. Le raisonnement du juge administratif marque d'ailleurs une distinction entre l'annulation du refus, qui résulte de l'exercice du recours pour excès de pouvoir, et le droit d'accès au domaine public. C'est parce que l'individu a préalablement un droit à occuper le domaine public que le juge annule la décision de refus²¹⁴⁶, et non l'inverse.

de Laubadère ; RDP, 1967, p. 987, concl. Galabert, p. 543, note M. Waline ; JCP, 1967, II, 15063, note Mourgeon.

²¹⁴¹ Sur ce point, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 328 et s.

²¹⁴² Sur la critique de cette notion, P. SANDEVOIR, *Étude sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964, p. 419.

²¹⁴³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 71, cité par J. DUCLOS, *L'opposabilité*, *op. cit.*, p. 158.

²¹⁴⁴ Sur ce point, v. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 2^e éd., 1924, *op. cit.*, p. 102, note n° 2.

²¹⁴⁵ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, « Introduction générale », in J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil*, *op. cit.*, p. 388, n° 518.

²¹⁴⁶ Pour un exemple, CE, 16 mars 2010, A. et B. c/ SIAT du lac de Gurson : *Contrats-Marchés publ.*, 2010, comm. 227, obs. Llorens ; JCP A., 2010, n° 37, p. 10, chron. Chamard-Heim.

Le recours contentieux n'est qu'une facette de l'exercice du droit subjectif, lequel se réalise aussi dans des *faits juridiques* : le piéton, par exemple, n'exerce-t-il pas un droit public subjectif ? La sollicitation d'un titre d'occupation du domaine public conforme à l'affectation n'est-elle pas déjà l'exercice d'un droit public subjectif ? En effet, « tant que l'administré ne sollicite pas l'autorisation, les choses en restent au premier stade de la situation de droit »²¹⁴⁷, autrement dit au stade d'une « situation juridique en voie de formation »²¹⁴⁸. Mais, « si l'administré vient exercer son pouvoir de demander l'autorisation, il entre en relation avec l'administration et il s'établit un rapport de droit »²¹⁴⁹, autrement dit une « situation juridique en cours d'effet »²¹⁵⁰, d'autant plus si le droit public subjectif se comprend comme un *droit-créance*²¹⁵¹ auquel le gestionnaire du domaine public est obligé juridiquement de répondre. Le droit subjectif *au* domaine public semble correspondre à la définition que donne Bonnard des prestations positives des personnes publiques. En d'autres termes, le droit au domaine public serait aussi « le droit à la prestation d'une chose [...] en exécution de la règle qui oblige à cette prestation »²¹⁵².

2. Le droit d'accès ou *la volonté* d'accéder au domaine public

395. Certes, il est théoriquement impossible d'envisager un droit subjectif sans action juridique²¹⁵³. Mais le droit subjectif réside fondamentalement dans la *volonté* d'accéder au domaine public conformément à l'affectation. L'objet du droit public subjectif est la puissance publique gestionnaire, et par extension l'exercice de la propriété publique. L'administré demande un acte de gestion conforme à l'affectation, et ce n'est qu'à l'appui d'une telle demande qu'il sollicite l'application de la norme générale. Il s'agit donc d'un rapport entre deux personnalités juridiques, régi par l'ordre juridique²¹⁵⁴, et non d'un rapport direct avec une

²¹⁴⁷ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 44.

²¹⁴⁸ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 145 et s.

²¹⁴⁹ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 44.

²¹⁵⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 177 et s. V. aussi, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, *op. cit.*, p. 497 : « les droits individuels, même consacrés, sont en soi virtuels et ne se réalisent sous forme de biens que par des risques courus par l'individu ».

²¹⁵¹ Sur la notion de droit-créance dans les théories des droits publics subjectifs, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 542 et s.

²¹⁵² R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 67. V. aussi, F. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, *op. cit.*, p. 122-123.

²¹⁵³ J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 21-22 : « Le droit subjectif est celui dont la réalisation peut être obtenue par un moyen juridique à la disposition du sujet ».

²¹⁵⁴ F. GÉNY, *Science et technique en droit positif*, t. III, Sirey, p. 220 : « Le pouvoir, contenu dans le rapport de droit, revêt donc l'aspect d'un droit subjectif, c'est-à-dire d'une faculté ayant pour support nécessaire, tant activement que passivement, le sujet de droit ou personne juridique ».

obligation juridique²¹⁵⁵. Certains auteurs, tels que Motulsky, partisans d'une conception strictement technique du droit subjectif, minorent le rôle de la volonté dans la définition du droit subjectif. Dans la continuité de la pensée de Kelsen²¹⁵⁶, ils considèrent que le droit subjectif s'apparente uniquement à un mécanisme obligationnel dominé par le droit objectif. En conséquence, leur conception technique du droit subjectif a déplacé le débat sur le terrain du rapport entre un droit et une obligation au détriment du rapport entre deux sujets de droit. Accorder une importance à la *volonté* ne revient pourtant pas à réhabiliter une conception substantialiste du droit subjectif²¹⁵⁷. Et une conception positiviste et technique du droit subjectif ne suppose pas non plus d'évacuer la volonté du sujet de droit hors des frontières de la science juridique.

Bonnard tient aussi « pour acquis la possibilité d'une conception "avolontariste" du droit subjectif »²¹⁵⁸. Il pense ainsi exclure définitivement la volonté de la définition du droit subjectif et rejette la conception de Savigny selon laquelle l'essence du droit subjectif serait une puissance de volonté dominant le sujet passif. C'est pourquoi le Professeur B. Plessix estime que le droit subjectif dans la version de Bonnard perd « son essence subjectiviste »²¹⁵⁹. Mais la volonté reste un élément clef, dissimulé derrière la reformulation du droit subjectif comme « pouvoir d'exiger », proposée par Bonnard. Le pouvoir d'exiger implique en effet la volonté du sujet « déterminé[e] par les règles de droit »²¹⁶⁰. Bonnard limite donc la volonté à un pouvoir d'exiger et refuse de la définir comme une puissance créatrice de droit. Il y a un renversement de perspective : au lieu de dire que *vouloir* engendre un *pouvoir* qui s'impose à autrui²¹⁶¹, Bonnard préfère avancer qu'en amont du vouloir il faut un *pouvoir juridique* (au sens de possibilité de vouloir²¹⁶², que la doctrine allemande appelle la *Wollendürfen*²¹⁶³) qui, au sujet du domaine public, s'incarne dans le *titre* conféré par l'affectation. Dans ce sens, Majorana

²¹⁵⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 135. Chez Kelsen, il n'y a pas de sujet de droit, juste un sujet à l'obligation : « si l'homme est obligé de se conduire d'une certaine façon à l'égard d'un autre homme, le premier seul – et non le second – est "sujet", plus précisément sujet d'une obligation ».

²¹⁵⁶ Kelsen considère qu'« Une "prétention" qui doit être élevée ou affirmée au moyen d'un acte de droit n'existe que lorsque l'on peut faire valoir l'inexécution de l'obligation par voie de justice », v. *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 135.

²¹⁵⁷ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, p. 28.

²¹⁵⁸ R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *préc.*, p. 725.

²¹⁵⁹ B. PLESSIX, « Droits publics subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République », *préc.* V. aussi, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 326.

²¹⁶⁰ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 42 : « Ainsi le vouloir juridique est un vouloir déterminé par les règles de droit et visant à leur exécution. La volonté de l'individu apparaît dans le domaine du droit sous l'aspect d'une volonté déterminée par la règle de droit et voulant l'activité prescrite par cette règle ». V. aussi dans ce sens, A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I., 6^e éd., 1930, *op. cit.*, p. 101 : « Les *droits* ne peuvent donc se réaliser qu'avec le concours et la protection du *Droit* ».

²¹⁶¹ Comme les partisans de la *Willensmacht*, v. B. WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, t. I., 8^e éd., 1900, *op. cit.*, p. 130-131.

²¹⁶² V. dans ce sens, A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I., 6^e éd., 1930, *op. cit.*, p. 2 : « Le mot *droits* [...] désigne les facultés ou prérogatives appartenant à un individu et dont il peut se prévaloir à l'égard de ses semblables dans l'exercice de son activité ».

²¹⁶³ Sur cette notion, v. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, t. I., 2^e éd., 1924, *op. cit.*, p. 68, note n^o 1.

distingue la *potestas* de la *facultas* : la première est le fondement de la prétention, la seconde « peut s'entendre comme le moment subjectif de la détermination de la volonté, c'est-à-dire lorsque le sujet est juridiquement libre de se décider ou non »²¹⁶⁴.

La notion de volonté est à conserver, dans la perspective de la théorie de Jellinek, pour caractériser l'action de l'administré. Le droit subjectif n'est pas un droit-reflet, où « l'individu jouit de ces avantages passivement et comme s'il recevait un *reflet* de la législation objective »²¹⁶⁵, sinon droit subjectif ne serait qu'un système d'obligations objectives²¹⁶⁶. Contrairement à la proposition de Waline²¹⁶⁷, il est aussi préférable de ne pas retenir exclusivement l'*intérêt* dans la définition du droit public subjectif de l'administré : celui-ci ne serait sinon que le réceptacle passif d'intérêts juridiquement reconnus par la domanialité publique. Seule la notion de volonté du sujet de droit peut constituer un outil valable pour analyser la revendication de l'accès au domaine public. Le droit public subjectif doit se comprendre à la lumière des propos de Jellinek : « la capacité individuelle garantie par l'État de mettre en mouvement l'ordre juridique dans un intérêt propre crée, comme toute puissance individuelle limitée, reconnue par le droit, une habilité juridique subjective »²¹⁶⁸. Pour reprendre les mots de Michoud, il est « quelque chose qui n'est nullement la règle elle-même, mais un pouvoir reconnu par elle à l'individu, c'est-à-dire en somme à un sujet »²¹⁶⁹, et c'est en cela qu'il est possible de considérer que l'individu joue un rôle actif²¹⁷⁰ à l'encontre des actes de gestion et qu'il est l'initiateur d'un rapport de droit au même titre que le gestionnaire l'est à l'égard des usagers.

La *déclaration de volonté* correspond à la revendication de l'administré d'accéder au domaine public. C'est ce *vouloir quelque chose* qui lui permet d'activer les mécanismes juridiques afin d'accéder au domaine public et de rentrer en relation avec le pouvoir de gestion, « de mettre en mouvement l'ordre juridique »²¹⁷¹, notamment de « mettre en branle »²¹⁷² les règles

²¹⁶⁴ D. MAJORANA, « La notion de droit public subjectif », préc., p. 9. H. Kelsen a même évolué sur ce point reconnaissant dans une certaine mesure la notion de droit subjectif, v. H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, 1996, trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, « Léviathan », p. 180 : « Dans ce sens, “avoir un droit” signifie avoir un pouvoir juridique (*Rechtsmacht*) particulier conféré par un droit objectif, c'est-à-dire avoir le pouvoir de participer à la création de la norme juridique individuelle par une action spécifique ».

²¹⁶⁵ J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 17.

²¹⁶⁶ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 255.

²¹⁶⁷ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., 1951, *op. cit.*, p. 171.

²¹⁶⁸ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Haering, 1900, p. 408, cité par O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 333.

²¹⁶⁹ L. MICHOD, « La personnalité et les droits subjectifs de l'État », préc., p. 274.

²¹⁷⁰ D. MAJORANA, « La notion de droit public subjectif », préc., p. 6 : « Ainsi apparaît fondamental le processus de subjectivation des règles juridiques. Il est aisé d'en conclure qu'il doit s'agir d'un sujet actif, c'est-à-dire doué de volonté ».

²¹⁷¹ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 330. V. aussi dans ce sens, D. MAJORANA, « La notion de droit public subjectif », préc., p. 9 : « La raison qui rend ce rapport obligatoire (*juris vinculum quo necessitate adstringimur*) provient, selon nous, directement de l'organisation juridique mise en

de la domanialité publique : d'abord en sollicitant une autorisation dans le cas par exemple d'une occupation privative puis, à défaut d'une réponse satisfaisante de l'administration, en exerçant un recours contentieux afin d'obtenir satisfaction. L'action du sujet de droit est la condition de la constitution d'un rapport de droit dans le cadre d'une situation juridique subjective²¹⁷³.

396. *Conclusion §1.* Le droit subjectif au domaine public est un concept qui permet de se représenter la revendication de l'accès par un administré. Le « pouvoir d'exiger » au cœur du droit subjectif est une manière de redéfinir la volonté du sujet qui active des règles juridiques qui s'imposent à la personne publique gestionnaire du domaine public. Pour compléter la définition du droit subjectif au domaine public, il faut encore déterminer son objet. Cette question est centrale parce qu'en définissant l'objet du droit au domaine public, il s'agit de déterminer les rapports entre la personne publique et les administrés et le rôle du pouvoir de gestion dans le cadre juridique de l'accès au domaine public.

§2. L'OBJET DU DROIT SUBJECTIF AU DOMAINE PUBLIC

397. Il se faut se pencher sur l'objet du droit subjectif *au* domaine public pour comprendre la manière dont ce dernier interagit avec le pouvoir de gestion. Selon Dabin, l'objet doit être distingué du contenu du droit subjectif : « il ne faut pas confondre l'objet d'un droit avec son contenu. Le contenu d'un droit est ce qui le délimite dans son mode et dans son étendue : il inclut telle prérogative ou tel “faisceau” de prérogatives. L'objet du droit est ce qui porte le droit ainsi délimité »²¹⁷⁴. L'objet du droit public subjectif de l'administré est principalement la puissance publique. Dans le cas du droit au domaine public, la question est quelque peu différente puisque le droit de l'administré inclut aussi un rapport à un bien. Le droit public subjectif au domaine public fait intervenir la personne publique, la dépendance et l'administré. Au regard de ce triptyque, deux analyses sont possibles pour qualifier le droit public subjectif, selon qu'on le considère comme un droit *à* la chose ou comme un droit *sur* la chose. Il s'agit de savoir dans quelle mesure la personne publique joue un rôle d'intermédiation entre les particuliers et la dépendance. Répondre à cette question donnerait des indications sur la

mouvement, au moment favorable, par la volonté subjective, et c'est de cette façon que nous pouvons résoudre la question soulevé par Tohn, à savoir : si c'est bien la volonté du sujet individuel qui oblige, ou si c'est la volonté objective de l'organisation juridique ».

²¹⁷² J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 23.

²¹⁷³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 72.

²¹⁷⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 168-169. V. aussi R. BROUGEILLES, « Le droit et l'obligation ou le rapport juridique », *RTD civ.*, 1909, p. 299.

structure relationnelle entre le droit de l'administré et le bien public. Deux cas sont possibles : la personne publique s'intercale entre l'administré et la dépendance domaniale ou, au contraire, l'administré bénéficie d'un rapport direct vis-à-vis du bien public. Le nœud du problème est la distinction entre le droit réel et le droit personnel à partir de leurs structures respectives. Or, est souvent confondu le droit réel *sur* le domaine public et le droit *au* domaine public. La notion de droit réel est parfois utilisée pour qualifier l'accès au domaine public, du moins pour qualifier certaines catégories du droit d'accès (I). Une clarification s'impose : même si la prétention de l'administré vise la dépendance, la relation première est celle instaurée entre la personne publique et l'administré (II).

I. La théorisation problématique de l'accès au domaine public à partir de la notion de droit réel

398. La notion de droit de jouissance, utilisée à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle pour qualifier le droit du public au domaine public²¹⁷⁵, préfigure la confusion entre l'utilisation du domaine public et l'accès au domaine public, autrement dit entre le droit *sur* la chose et le droit *à* la chose. Le droit de jouissance englobe « les droits des particuliers *sur* le domaine public »²¹⁷⁶, il instruit un rapport direct entre les administrés et le domaine public et il inclut en même temps le principe de l'accès à la dépendance. Le *Répertoire du droit administratif* de Béquet est révélateur d'une ambiguïté de langage. Sous le thème « Droits des particuliers *sur* le domaine public », la doctrine entremêle les conditions de l'accès et celles de l'utilisation du domaine. Le droit *sur* le domaine public implique la possibilité pour les particuliers de se servir de la dépendance (l'accès à la dépendance) et les différents types d'utilisation de la chose (l'usage de la dépendance)²¹⁷⁷. Les différentes conceptions des droits des particuliers se sont échafaudées sur une représentation d'un domaine public totalement accaparé par l'*usus publicus*, ce qui explique le glissement sémantique de l'accès vers l'usage direct de la dépendance domaniale : le droit *sur* le domaine public englobe ainsi le droit *au* domaine public. La doctrine postérieure a eu du mal à se départir de cette confusion, malgré l'avènement du droit de propriété sur le domaine public, qui permet de penser une mainmise de l'administration sur les usages domaniaux, et donc d'envisager une distinction entre le temps de l'accès et le temps de l'utilisation. L'ambivalence terminologique entre les différents droits en rapport avec le bien public a perduré à travers certaines théories du droit d'accès, telles que la théorie du droit des riverains ou celle du droit des fidèles à l'égard des édifices culturels (A), et de manière générale

²¹⁷⁵ E.-A. MAGUÉRO, *Dictionnaire des domaines*, Guilbert, 1898, p. 325, n° 118.

²¹⁷⁶ *Ibid.* (on souligne).

²¹⁷⁷ « Domaine », in L. BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, t. XI, 1892, *op. cit.*, p. 159 et s. (on souligne).

à travers la notion de droit réel administratif appliqué aux usages collectifs du domaine public (B).

A. La confusion théorique autour de certains droits d'accès

399. L'idée selon laquelle l'accès repose sur un droit réel administratif se retrouve notamment dans deux théories, celle des aisances de voiries (1) et celle qui a trait à l'utilisation des édifices culturels par les fidèles (2).

1. Le droit des riverains

400. Le droit des riverains sur le domaine public est symptomatique de l'ambiguïté conceptuelle entre le droit à la chose et le droit sur la chose. Les aisances de voirie²¹⁷⁸, étant caractérisées par un rapport particulier à la dépendance, prêtent naturellement à confusion. Les théories civilistes du XIX^e siècle favorisent le point de vue du particulier et assimilent les aisances à des servitudes de droit dont les fonds dominants sont les propriétés des riverains. Proudhon, le premier, prône cette analyse, non sans contradiction car il admet une servitude sur une chose qui ne fait pas l'objet d'un droit de propriété²¹⁷⁹. Par la suite, l'assimilation des aisances de voirie à des servitudes de droit privé ne résiste pas à la transformation fonctionnelle du domaine public, qui débute dans le dernier tiers du XIX^e siècle et qui exclue toute charge de voisinage²¹⁸⁰. Pour intégrer cette part d'administrativité dans les aisances de voirie, la doctrine publiciste adapte son discours et considère que les aisances de voiries constituent des droits *sui generis*²¹⁸¹. Le recours à la notion de droit *sui generis* permet de trouver un équilibre entre le fait que l'affectation domine l'usage de la dépendance et le droit spécial dont bénéficient les riverains, ce qui explique que cette notion trouve un écho dans la jurisprudence²¹⁸². Le droit *sui generis* des riverains n'est pas un droit réel, certains auteurs se

²¹⁷⁸ Pour une présentation générale des aisances de voirie, P. BASTID, « Les aisances de voirie. Étude de doctrine et de jurisprudence », *RDP*, 1930, p. 609 ; J. SINGER, « Les droits d'accès et de vue des riverains des voies publiques », *AJDA*, 1965, p. 260.

²¹⁷⁹ PROUDHON, *Traité du domaine public*, t. I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 503 et s. V. sur ce point l'analyse du Professeur Ph. YOLKA, in *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 317.

²¹⁸⁰ H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 18, n^o 34. Sur la jurisprudence, Cass. 16 juin 1856 : D. 1856, I, 423.

²¹⁸¹ E.-A. MAGUÉRO, *Dictionnaire des domaines*, Guilbert, 1898, p. 326. V. aussi, « Voirie », in *Répertoire général alphabétique du droit français*, 1936, *op. cit.*, p. 705 : le riverain « a un droit sui generis sur la voie publique, ce qui lui permet notamment d'ouvrir des portes et des fenêtres sur cette voie ».

²¹⁸² Orléans 5 mars 1869 : *S.* 69. 2. 255. Pour les références jurisprudentielles, « Domaine », in L. BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, t. XI, 1892, *op. cit.*, p. 160, note n^o 1 ; P. BASTID, « Les aisances de voirie. Étude de doctrine et de jurisprudence », *préc.*, p. 633 et s ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 318.

sont d'ailleurs aventurés sur le terrain du quasi-contrat²¹⁸³. Aussi peut-on lire dans le *Répertoire du droit administratif* de Béquet que « le droit des propriétaires riverains ne dérive [...] ni de la loi ni d'un acte : il a son origine dans une sorte de quasi-contrat formé entre le particulier et l'État pour la création même d'un ouvrage public affecté d'une destination déterminée. Or, un quasi-contrat ne peut engendrer qu'une obligation et non un droit réel »²¹⁸⁴.

Le débat s'est animé au début du XX^e siècle et les points de vue se sont diversifiés. À côté de l'avis de Berthélemy²¹⁸⁵ qui considère les aisances de voirie comme de simples tolérances de l'administration, le cœur du débat oppose les représentants de l'école du service public et les partisans de la théorie des droits réels administratifs. Pour les premiers, fidèles à leurs postulats théoriques, les aisances de voirie sont exclusivement commandées par l'affectation et ne peuvent donc pas être des droits réels, même administratifs. Les riverains bénéficient d'une faculté légale d'accéder au domaine public, suivant le principe de conformité, au même titre que n'importe quel utilisateur de la voirie, à cette différence près qu'ils bénéficient d'une protection juridique plus accrue et nécessaire, en raison de la proximité de leur propriété avec le domaine public. Pour Jèze notamment, la faculté légale du riverain n'est que le corollaire de l'obligation (ou « charge légale ») déterminée par la loi spéciale qui s'impose à la gestion du domaine public : il existe ainsi, selon l'auteur, une relation d'« interdépendance » entre le riverain et le gestionnaire du domaine public²¹⁸⁶.

Dans la continuité de Hauriou²¹⁸⁷ et pour les partisans du droit réel administratif, les aisances de voirie est un exemple type de droit réel. Elles sont précisément « une servitude réelle d'utilité privée, soumises au droit administratif parce qu'elles portent sur des dépendances du domaine public »²¹⁸⁸. Elles sont distinctes « des droits réels de servitude » de droit privé²¹⁸⁹ et assurent l'accès au domaine public. L'administrativité du droit réel justifie la possibilité pour l'administration de modifier l'affectation ou de remettre en cause l'existence

²¹⁸³ R. DE RÉCY, *Traité de domaine public*, t. I, 2^e éd., *op. cit.*, 1894, p. 490.

²¹⁸⁴ « Domaine », in L. BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, t. XI, *op. cit.*, 1892, p. 159-160.

²¹⁸⁵ H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1933, p. 534 et s.

²¹⁸⁶ G. JÈZE, note sous CE, 3 juin 1910, Pourreyron et autres : *RDP*, 1910, p. 715 : « pour savoir ce que les propriétaires des fonds riverains du domaine public peuvent exiger des agents administratifs préposés à la gestion du domaine public, il faut consulter les lois spéciales concernant le domaine public ».

²¹⁸⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., 1907, *op. cit.*, p. 582. Sa perception de l'aisance de voirie en droit réel administratif pouvait se constater dans sa note sous CE, 25 avril 1890, Raymond c. Defaye et Ville de Limoges : *S.*, 1892, III, 81.

²¹⁸⁸ L. RIGAUD, *La théorie des droits administratifs*, *op. cit.*, p. 316.

²¹⁸⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 582. *Contra* O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 219 : « Si, au contraire, la rue est déplacée ou si le terrain qui servait de rue devient, d'une autre manière, accessible à la constitution de droits civils, il n'y aura encore rien d'une servitude ; il y a aura seulement un droit à indemnité à raison du dommage éprouvé. C'est uniquement pour expliquer cette indemnité, qui seule préoccupe, que l'on recourt à ce détour en affirmant l'existence d'une servitude qui elle-même n'apparaît jamais ».

temporaire de l'aisance de voirie²¹⁹⁰. La *réalité* du droit est un fondement à la protection du riverain vis-à-vis de l'administration²¹⁹¹, un fondement à l'indemnisation en cas d'entrave²¹⁹², un fondement à la possibilité pour l'administré d'exercer une action pétitoire ou possessoire²¹⁹³.

401. L'intégration des aisanes de voirie dans la catégorie des droits réels administratifs prévaut actuellement dans la doctrine. Dans l'optique d'une théorisation des droits réels autour de la propriété publique, le Professeur Ph. Yolka rejette la qualification de droit *sui generis* ainsi que celle de faculté légale, et opte pour le droit réel administratif qu'il considère comme le seul prisme pertinent pour lire la jurisprudence²¹⁹⁴. Le Professeur Ph. Yolka ne choisit pas une approche structurelle du droit réel, il analyse les aisanes de voirie selon leur rayonnement – c'est-à-dire selon leur opposabilité. Puisque les aisanes de voirie doivent être dans une certaine mesure garanties par l'administration, puisque les particuliers peuvent tenter une action possessoire ou pétitoire à l'encontre des occupants qui portent atteinte à l'accès, le Professeur Ph. Yolka estime que les aisanes de voirie bénéficient d'une forme d'opposabilité *erga omnes*, qui traduit leur *réalité*. Toutefois, si l'on se fonde sur l'approche structurelle du droit réel, l'assimilation de l'aisance de voirie avec le droit réel administratif est moins aisée. Elle supposerait de considérer l'aisance de voirie comme un droit *sur* la dépendance, c'est-à-dire à comme un rapport immédiat dont bénéficierait un riverain *ut singuli*. Or, la règle juridique suppose que la constitution d'un droit réel sur le domaine public nécessite l'octroi d'une investiture spéciale, ce qui n'est pas le cas pour le riverain. L'idée selon laquelle la conformité vis-à-vis de l'affectation est au fondement des aisanes de voiries doit être réhabilitée : les aisanes de voirie, « si elles n'appartiennent qu'aux riverains parce que la riveraineté est leur condition matérielle d'existence, découlent de l'*affectation même des voies publiques* dans la mesure où celles-ci sont destinées à desservir les immeubles riverains »²¹⁹⁵. Selon le Professeur Ph. Yolka, si le riverain « est indemnisé en cas de dommages de travaux publics ou désaffectation, et s'il dispose des actions possessoires, c'est parce qu'il bénéficie d'un droit subjectif »²¹⁹⁶. Mais tous les droits subjectifs ne sont pas des droits réels. Les

²¹⁹⁰ Pour un exemple du déséquilibre de la relation au profit du domaine public, CE, 26 mai 1965, Époux Tebaldini : Rec., p. 305 ; *AJDA*, 1965, p. 340, chron. Puybasset et Puissochet.

²¹⁹¹ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 77. Sur la jurisprudence, CE, 26 juil. 1947, Durand : Rec., p. 585.

²¹⁹² Sur ce point, v. A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 352.

²¹⁹³ Sur la jurisprudence, Cass. 15 juin 1895 : *D.* 1895, I, 506 ; Cass. crim., 14 déc. 1906, Jury C. Martel : *S.* 1909, I, 421 ; Cass. crim., 4 fév. 1910, Pochelu-Patient : *S.* 1911, I, 289, note Roux.

²¹⁹⁴ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 319.

²¹⁹⁵ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., 1975, *op. cit.*, p. 193.

²¹⁹⁶ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 319.

aisances de voiries sont un *droit subjectif à la chose*, elles sont nécessaires pour le riverain et « inhérentes à la jouissance de l'immeuble »²¹⁹⁷, d'où la protection plus accrue²¹⁹⁸. Le juge administratif est en effet particulièrement attentif à la protection de l'aisance de voirie face à tout dommage de travaux publics²¹⁹⁹. Mais, l'exercice d'une action pétitoire ou possessoire tend davantage à protéger la jouissance de l'immeuble adjacent au domaine public, qu'à protéger un droit subjectif de nature réelle *sur* le domaine public.

2. Le droit des fidèles sur les dépendances affectées au culte

402. Le droit des fidèles d'utiliser le domaine affecté aux activités cultuelles est un autre exemple de la confusion entre le droit *à* la chose et le droit *sur* la chose. Si la doctrine s'accorde sur le fait que « les fidèles et les ministres du culte ont le droit d'utiliser les édifices affectés aux cultes »²²⁰⁰, la nature juridique de l'usager fait par contre l'objet d'une vaste discussion²²⁰¹. Au début du XX^e siècle, la doctrine organique considère que la situation juridique du fidèle s'apparente à « une situation de pur fait », c'est-à-dire à « une occupation sans titre juridique ». Ce point de vue est notamment défendu par Mestre²²⁰². Dans la première édition de son *Précis de droit administratif*, Bonnard nourrit la confusion entre l'accès et l'utilisation : il estime que le fidèle a accès à la dépendance puisqu'il bénéficie d'une « utilisation privative du domaine public »²²⁰³. Laroque considère que le droit du fidèle est un droit d'occupation de nature civile et donnant lieu à un contentieux judiciaire²²⁰⁴. La confusion est encore plus patente lorsque la doctrine théorise l'accès à l'édifice cultuel en se fondant sur la notion de droit réel administratif. Mestre a d'ailleurs reconsidéré sa position initiale et s'est finalement rallié à la théorie des droits réels administratifs²²⁰⁵, dans le sillage de la théorie de Rigaud²²⁰⁶. Selon ce cadre, l'accès à l'édifice cultuel réside juridiquement dans un droit réel administratif.

²¹⁹⁷ J. DUBAU, *Le domaine public*, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 357.

²¹⁹⁸ CE, 2 mars 1966, Lyon Marée : *RDP*, 1066, p. 6028 ; CE, 3 juin 1994, Commune de Coulommiers : *DA*, 1994, comm. 411.

²¹⁹⁹ Concernant les riverains, CE, 8 fév. 1967, Ville de Marseille : *AJDA*, 1967, p. 311 ; CE, 22 oct. 1971, Époux Blandin : *AJDA*, 1971, p. 686. Concernant les usagers simple de la voirie, CE, 20 fév. 1970, Sté Burin des Roziers : *AJDA*, 1970, p. 633, concl. Braibant ; CE, 2 juin 1972, Sté des bateaux de la Côte Émeraude : *AJDA*, 1972, p. 357 ; *RDP*, 1973, p. 497, note M. Waline. Pour une comparaison entre les deux types d'usagers, v. A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 352.

²²⁰⁰ J. DUBAU, *Le domaine public*, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 338.

²²⁰¹ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 196-197. V. aussi, M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1951, p. 109. L'auteur considère que les usagers des édifices cultuels sont dans une situation juridique purement objective, l'accès est exclusivement réglementé par le droit objectif.

²²⁰² A. MESTRE, note sous C. cass., Civ., 5 févr. 1912 : S., 1912, I, p. 353.

²²⁰³ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 1^e éd., 1926, *op. cit.*, p. 332.

²²⁰⁴ P. LAROQUE, note sous TC, 4 juil. 1934, Curé de Réalmont : S. 1935. III, p. 97.

²²⁰⁵ A. MESTRE, note sous C. cass., Civ., 5 janv. 1921, Abbé Lasset : S., 1921, I, p. 154.

Assimiler l'accès des fidèles à un droit *sur* la chose pose des problèmes théoriques semblables à ceux rencontrés concernant les aisances de voirie. L'accès à l'édifice ne répond pas aux principes régissant les droits réels administratifs, et cela pour plusieurs raisons. D'abord, la titularité du droit au domaine public ne passe pas par une investiture spéciale attribuée par l'administration. Ensuite, l'usage des fidèles s'apparente davantage à une utilisation collective qu'à une occupation domaniale. Enfin, l'administration joue un rôle d'intermédiaire entre les usagers et les biens publics, ce qui exclut l'idée d'un rapport direct *sur* la chose. L'administration propriétaire est tenue de respecter l'accès à l'édifice cultuel et ne peut pas en conséquence entraver l'usage conforme de l'affectation²²⁰⁷, mais c'est l'affectataire, le ministre du culte en l'occurrence, qui a autorité pour réglementer l'utilisation de l'église²²⁰⁸ et qui pose, en tant que tel, les conditions de l'accès au domaine public. Dès lors, il est préférable de considérer que le droit des fidèles est un droit subjectif *à* la chose (qualifié par Corneille de « droit d'affectation »²²⁰⁹). « La base juridique de cette utilisation est claire. C'est l'affectation à l'exercice du culte, affectation consacrée légalement par la loi du 2 janvier 1907, qui met les édifices en question "à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour leur pratique de leur religion" »²²¹⁰. Autrement dit, le droit des fidèles relève d'un rapport de droit déterminé par une obligation légale issue de la loi de 1907, qui leur ouvre la possibilité d'accéder à la dépendance et de revendiquer l'accès au domaine public en cas d'entrave. L'exercice d'actions civiles à l'encontre des tiers et l'exercice du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'administration²²¹¹ se situent en aval de l'accès, uniquement afin de protéger l'utilisation de l'édifice cultuel.

B. La généralisation du droit réel administratif dans la caractérisation de l'accès au domaine public.

403. La doctrine a tendance à confondre conformité et droit réel : cela apparaît en filigrane dans les théorisations du droit des riverains et du droit des fidèles, et se confirme dans les théories générales de l'accès au domaine public. Le fait que les usages conformes soient le

²²⁰⁶ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, op. cit., p. 240. V. aussi, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, op. cit., p. 320.

²²⁰⁷ CE, 8 février 1908, Abbé Déliard : *S.*, 1908. 3. 52, note M. Hauriou ; CE, 9 janvier 1912, Sarralongue : *Rec.*, p. 250 ; *S.*, 1915. III, p. 7.

²²⁰⁸ CE, 9 janv. 1931, Abbé Cadel : *Rec.*, p. 11 ; CE, 20 juin 1913, Abbé Arnaud : *Rec.*, p. 725. Selon cette dernière jurisprudence, « les ministres du cultes occupant les édifices sont chargés d'en régler l'usage de manière à assurer aux fidèles la pratique de leur religion ».

²²⁰⁹ Corneille, concl. sur CE, 14 fév. 1913, Guitton : *Rec.*, p. 204, cité par Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, op. cit., p. 197.

²²¹⁰ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., op. cit., 1975, p. 196.

²²¹¹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, op. cit., p. 320.

foyer de la reconnaissance des droits réels sur le domaine public²²¹² explique l'analyse du fondement juridique de l'accès au domaine public à travers la notion de droit réel administratif. Si, dans certaines théories domaniales, l'accès dérive de l'exercice d'un droit réel (1), cette logique est poussée à son paroxysme par certains auteurs qui estiment que les utilisations collectives ordinaires relèvent aussi de l'exercice d'un droit réel (2).

1. L'exercice d'un droit réel administratif au fondement de l'accès au domaine public

404. Dans la mesure où les candidats-usagers bénéficient d'un droit à utiliser le domaine public conformément à l'affectation, l'utilisation en est en principe plus stable. En conséquence, la doctrine analyse l'usage conforme à l'aune du droit réel administratif et met sur le même plan un ensemble d'éléments : le droit d'accéder au domaine public, la situation plus solide de l'occupant, la possibilité d'être indemnisé en cas de retrait ou de résiliation, et la possibilité d'exercer une action possessoire contre les tiers. Ainsi, la *réalité* de la situation juridique de l'usager commence par le droit d'accéder au domaine public et se prolonge dans les différents effets juridiques qui viennent d'être énoncés. L'analyse proposée par Hauriou dans son essai sur *La gestion administrative* a fait naître la confusion entre le droit à la chose et le droit *sur* la chose en associant la collaboration, garantie d'une plus grande stabilité pour l'administré, avec le commerce administratif et le droit subjectif²²¹³. À ce titre, les concessions de sépulture sont un exemple particulièrement intéressant²²¹⁴. Dans les travaux respectifs de Jansse²²¹⁵ et de Rigaud²²¹⁶, le droit d'obtenir une concession de sépulture²²¹⁷ est mis en parallèle avec le droit réel issu de la concession. Plus récemment, le Professeur Ph. Yolka propose une vision globale selon laquelle « Le principe de précarité est [...] écarté à propos des concessions perpétuelles, de même que le pouvoir discrétionnaire dont dispose en principe l'administration pour apprécier l'opportunité de conclure une concession ; le candidat dispose d'un véritable droit en la matière, et le juge exerce un contrôle normal sur les motifs d'un éventuel refus »²²¹⁸.

²²¹² *Ibid.*, p. 315 et s.

²²¹³ M. HAURIU, *La gestion administrative, op. cit.*, p. 21.

²²¹⁴ M. HAURIU, note sous CE, 7 février 1913, Mure : S., 1913, III, p. 81 : « Fondé [l'inaliénabilité] 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. Il se peut même que ce soit indispensable ».

²²¹⁵ L. JANSSE, *Les traits principaux du régime de la domanialité publique, op. cit.*, p. 126 et s.

²²¹⁶ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs, op. cit.*, p. 95 et s.

²²¹⁷ CE, 25 juin 1948, Dame Plisson : S., 1949, III, 30 ; CE, 25 nov. 1921, Dame Niveleau : S., 1923, III., p. 17, concl. Corneille, note M. Hauriou ; CE, 5 déc. 1997, Commune de Bachy : *DA*, 1998, n° 49.

²²¹⁸ Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 315-316.

Un usage conforme jouit effectivement d'une plus grande stabilité et la conformité est un terrain de prédilection des droits réels administratifs, mais penser un droit réel à la source de l'accès au domaine public reste problématique. Deux éléments permettent de relativiser le lien entre la conformité et le droit réel : un usage conforme n'aboutit pas obligatoirement à l'octroi d'un droit réel, et le droit réel existe en dehors d'un usage conforme, il occupe d'ailleurs essentiellement le champ des occupations compatibles. En outre, il est possible d'envisager l'enchaînement de deux droits subjectifs qui sont en relation avec le pouvoir de gestion : un droit subjectif à la dépendance domaniale peut aboutir à un droit subjectif *sur* la chose, autrement dit à un droit réel administratif.

2. Le droit réel et les usages collectifs ordinaires

405. Alors que la théorie des droits réels administratifs est en principe réservée aux occupations privatives²²¹⁹, certains auteurs ont adopté une conception extensive et ont intégré dans son giron les utilisations collectives ordinaires²²²⁰. Le hiatus entre les usages collectifs et le droit réel administratif provient en grande partie de certaines théories des libertés individuelles qui ont émergé au début du XIX^e siècle. Hauriou utilise en effet la notion de droit réel pour qualifier la liberté des individus : « ces droits individuels présentent le caractère de droits réels, car ils sont des facultés mises directement à la disposition de l'individu et ils sont opposables à tous. [...] Ils tendent tous, soit à se présenter sous la forme d'une propriété, soit à engendrer des propriétés spéciales »²²²¹. Hauriou n'envisage le droit réel qu'à travers son opposabilité *erga omnes* et occulte sa dimension structurelle, c'est-à-dire son rapport direct sur une chose. Ce biais facilite l'appréhension des libertés individuelles par le prisme du droit réel, et plus précisément l'appréhension des libertés individuelles s'exerçant collectivement sur le domaine public par la notion de droit réel administratif. C'est ce que l'on peut constater dans certaines notes de jurisprudence de Hauriou²²²² et de Mestre²²²³. Néanmoins, cette extension audacieuse du champ des droits réels administratifs aux utilisations collectives est surtout l'œuvre de Maroger et de B. Bourdeau. En se fondant sur une approche structurelle, Maroger insiste sur l'exercice *direct* de l'usage collectif, traduction des libertés individuelles, et l'analyse ainsi comme l'exercice d'un droit réel administratif. B. Bourdeau retient l'individualisation de

²²¹⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., 1921, *op. cit.*, p. 388.

²²²⁰ Sur ce point, v. l'analyse du Professeur Ph. YOLKA, in *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 320-322.

²²²¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, *op. cit.*, p. 510.

²²²² M. HAURIOU, note sous CE, 3 fév. 1905, Storch et CE, 21 déc. 1906, Synd. des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli : *S.* 1907, III, p. 33.

²²²³ A. MESTRE, note sous C. Cass., 18 avril 1910, C^e des tramways électriques de Lille : *S.* 1911, I, p. 33.

l'usage en dépit de son caractère collectif²²²⁴, il prône le droit d'accès dans une version subjectiviste, mais il opte pour la notion de droit réel afin d'explicitier l'accès au domaine public. L'analyse qu'il promeut est proche de celle de Hauriou, elle s'inspire aussi de la théorie de Planiol du droit réel comme *obligation passive universelle* dans la mesure où c'est le principe d'opposabilité qui fonde la *réalité* du droit. Le droit de l'administré, tel qu'il est appréhendé par B. Bourdeau, souffre cependant d'un problème d'indétermination de son objet²²²⁵. L'auteur place l'affectation au cœur de sa démonstration : il est donc contradictoire de dire d'une part « que les usagers dont l'activité n'est pas conforme à l'affectation ne pourront jamais bénéficier de l'affectation puisqu'ils n'en sont pas bénéficiaires »²²²⁶ et de considérer, d'autre part, que l'accès réside dans l'expression d'un droit réel, autrement dit d'un droit *sur* une chose.

406. Les théories de Maroger et de B. Bourdeau ont fait l'objet d'importantes critiques. Celle du Professeur Ph. Yolka consiste moins à remettre en cause l'assimilation entre le droit réel et le droit à la chose qu'à nier l'existence d'un droit subjectif en amont des utilisations collectives ordinaires²²²⁷. D'abord, l'*indéterminabilité* supposée du sujet de droit en matière d'usage collectif est, selon l'auteur, un obstacle insurmontable à la caractérisation d'un droit subjectif²²²⁸. Ensuite, le droit réel suppose aussi une certaine stabilité – condition *sine qua non* à la fixité du droit réel sur un sujet de droit *ut singuli* – qui ne se retrouve pas dans les usages collectifs. Enfin, l'assimilation des utilisations collectives à un droit réel est, pour le Professeur Ph. Yolka, nécessairement mise en difficulté par l'indétermination du rapport entre les usagers et la chose. L'ensemble de ces critiques présente une telle pertinence qu'il est difficile de ne pas les prendre en compte. Cependant, adhérer à ces critiques de manière inconditionnée reviendrait à reconnaître la négation d'un droit subjectif en amont de l'utilisation collective. L'enjeu réside dans la question de la déterminabilité du sujet de droit. La titularité du droit est tributaire, selon le Professeur Ph. Yolka, de l'octroi d'une investiture spéciale²²²⁹ : l'auteur semble ainsi retenir une conception objectiviste de l'utilisation collective. Selon lui, l'accès au domaine public relève d'une faculté légale appartenant à la sphère des libertés publiques²²³⁰. Cette idée peut être mise en parallèle avec le propos de Waline qui distingue les situations juridiques subjectives et objectives en fonction de la présence ou non d'un titre juridique détenu par l'administré. Waline considère que l'utilisateur collectif du domaine public est

²²²⁴ B. BOURDEAU, *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, *op. cit.*, p. 440 et s.

²²²⁵ Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 199.

²²²⁶ B. BOURDEAU, *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, *op. cit.*, p. 451.

²²²⁷ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 321-322.

²²²⁸ V. aussi, O. MAYER, *Droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 190.

²²²⁹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 321.

²²³⁰ Comparer avec O. MAYER, *Droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 193.

l'individu qui « profite des avantages d'une loi [...] sans interposition d'aucun acte juridique. Son droit [...] résulte directement de la loi, des règles de droit, du droit objectif ; il est dans une situation de pur droit objectif »²²³¹. Aussi doit-on comprendre que, l'individualisation de la situation juridique n'ayant pas lieu en matière d'usage collectif, il ne peut y avoir de droit réel et par extension de droit subjectif. Bien que l'absence de titre juridique ne permette pas une lecture de l'accès selon la théorie des droits réels, elle n'est toutefois pas un obstacle à une théorisation d'un droit public subjectif à la chose²²³². Par contre, la critique du Professeur Ph. Yolka relative à l'absence d'un rapport direct et immédiat à la dépendance domaniale est décisive. Il n'est en effet pas possible de résumer l'accès à un droit immédiat sur la chose publique, puisque l'administration gestionnaire s'intercale toujours entre la chose et l'utilisateur lorsque celui-ci souhaite accéder au domaine public.

II. Le droit public subjectif au domaine public : un rapport médiat à la chose

407. La distinction difficile entre l'objet du droit public subjectif et la visée de la prétention de l'administré explique sans doute l'intégration du droit d'accès dans la catégorie des droits réels administratifs. La cause et l'objet du droit de l'administré n'occupent pas des champs clairement identifiés et différenciés. Le rapport entre le pouvoir de gestion et l'administré peut s'énoncer dans ces termes : la dépendance domaniale est l'objet de la prétention, c'est-à-dire la cause du droit subjectif, mais elle n'est pas directement l'objet du droit public subjectif. Le véritable objet du droit public subjectif est une *prestation* de la personne publique en lien avec le domaine public.

Cette proposition est nourrie des débats autour de la distinction entre le droit réel et le droit personnel²²³³ ; elle ne se fonde pas sur la distinction entre les droits absolus et les droits relatifs, dont le critère est l'opposabilité des droits²²³⁴, mais sur une approche structurelle du rapport de droit, qui distingue le droit sur les choses et le droit sur les personnes²²³⁵. La doctrine de Demolombe est à ce titre particulièrement instructive. Selon le civiliste, « le droit réel est celui qui crée entre la personne et la chose une relation directe et immédiate ; de telle sorte qu'on ne trouve que deux éléments, savoir : la personne, qui est le sujet actif du droit, et

²²³¹ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., 1951, *op. cit.*, p. 109.

²²³² P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 72 et s. : « des situations régulièrement établies, soit par un acte volontaire, soit par la loi, desquelles découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaire, et auxquelles ils peuvent d'ailleurs en principe renoncer ».

²²³³ Sur ce point, v. M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 27 et s.

²²³⁴ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, *op. cit.*, p. 405 ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., A. Pedone, 1929, p. 107 et s.

²²³⁵ Cela étant, il faut noter que la doctrine entremêle souvent ces deux points de vue. Les droits personnels sont des droits relatifs, les droits sur une chose sont des droits absolus. Sur ce point, v. M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 31 et s. ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I., 6^e éd., 1930, *op. cit.*, p. 101.

la chose, qui en est l'objet ». Le droit personnel est « celui qui crée seulement une relation entre la personne, à laquelle le droit appartient, et une autre personne qui est obligée envers elle, à raison d'une chose ou d'un fait quelconque ; de telle sorte que l'on trouve trois éléments, savoir : la personne qui est le sujet actif du droit (le créancier) ; la personne qui en est le sujet passif (le débiteur) ; et la chose (ou le fait) qui en est l'objet »²²³⁶. Dans cette perspective, le droit réel serait un rapport binaire entre un sujet actif et une chose alors que le droit personnel impliquerait un rapport ternaire entre le créancier, le débiteur et la chose. Il faut néanmoins relativiser la différenciation entre le droit réel et le droit personnel : tout rapport juridique est toujours un rapport entre plusieurs personnes²²³⁷. Il faut aussi éviter l'écueil des théories personalistes ou néo-personnalistes²²³⁸ qui, par le biais de la notion d'*obligation passive universelle*, opèrent un rapprochement entre le droit réel et le droit personnel²²³⁹. Par contre, la définition structurelle du droit personnel est à conserver dans la théorisation du droit subjectif *au* domaine public car elle permet de comprendre le rapport qui naît à l'occasion de la revendication de l'accès au domaine public par un administré. Le droit subjectif *au* domaine public n'est donc pas constitutif d'un rapport immédiat entre l'administré et la chose, dans la mesure où l'administration se pose en intermédiaire.

Pour distinguer le droit subjectif *au* domaine public et le droit réel administratif, une différenciation doit également s'effectuer au niveau de la *cause efficiente* du droit. Selon Demolombe, « la cause efficiente du droit personnel, c'est *l'obligation*, toujours et uniquement l'obligation, de quelque source d'ailleurs qu'elle dérive, d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, ou de la loi. La cause efficiente du droit réel, c'est *l'aliénation*, ou plus généralement les modes légitimes, par lesquels s'accomplit la transmission, en toute ou en partie, de la propriété »²²⁴⁰. Pour être transposé dans la matière domaniale, cet énoncé doit cependant subir quelques ajustements afin d'épouser la spécificité des rapports entre le pouvoir de gestion et les usagers : l'accès à la dépendance est le *but* du droit subjectif *au* domaine public ; la prestation de l'administration est l'*objet* du droit subjectif *au* domaine public ; l'obligation de faire ou de ne pas faire qui pèse sur l'administration gestionnaire est la *cause efficiente* du droit subjectif *au* domaine public. Le droit réel administratif a pour *objet* la

²²³⁶ Ch. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 4^e éd., 1870, *op. cit.*, p. 339, cité M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 29.

²²³⁷ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », *préc.*, p. 354.

²²³⁸ L. JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 96 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, *op. cit.*, p. 405 et s. Sur la critique des théories personalistes, v. de manière générale, L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoire et théories, son origine institutionnelle*, Thèse Toulouse, 1912. V. aussi plus récemment, W. DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.*, 2012, p. 419.

²²³⁹ Sur l'obligation passive universelle, v. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 186.

²²⁴⁰ Ch. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 4^e éd., 1870, *op. cit.*, p. 339.

dépendance domaniale et permet à l'usager la possibilité de retirer certaines utilités du domaine public. Sa *cause efficiente* correspond aux obligations (parfois qualifiées d'obligations *propter rem*) qui imposent à l'administration de respecter ce rapport²²⁴¹. C'est dire, à la lumière de la théorie de l'obligation réelle et surtout de celle proposée par les Professeurs F. Zenati et Th. Revet, que le droit réel correspond à un « service »²²⁴² rendu par la dépendance domaniale, à l'inverse du droit *au* domaine public qui porte sur la puissance publique gestionnaire²²⁴³ et qui ne provient pas directement d'une utilité du domaine public. Pour résumer les différents points qui viennent d'être énoncés, le pouvoir de gestion est, en tant qu'expression de la propriété publique, une prérogative de médiation entre la dépendance domaniale et les administrés (A). Le droit public subjectif *au* domaine public est alors le mécanisme par lequel l'administré invoque l'obligation de faire ou de ne pas faire qui lui ouvre le bénéfice de la dépendance domaniale (B).

A. La médiation par le pouvoir de gestion au niveau de l'accès au domaine public

408. La médiation exercée par le pouvoir de gestion au niveau de l'accès au domaine public, témoin de sa supériorité sur les usagers, se comprend sans difficulté lorsqu'il s'agit d'une demande d'occupation privative, car une telle demande nécessite l'octroi d'une investiture : la médiation peut être alors qualifiée de positive (1). Il est par contre plus difficile d'admettre une médiation du pouvoir de gestion pour les usages collectifs, ceux-ci étant frappés du sceau de la liberté d'utilisation. Les usages collectifs sont, dans leur structure, des usages directs qui ne nécessitent pas en principe d'autorisation administrative. La médiation du pouvoir de gestion est certes résiduelle, mais elle existe malgré tout dans la mesure où le gestionnaire peut poser des limites : la médiation est alors qualifiée de négative (2).

1. La médiation positive du pouvoir de gestion en matière d'occupations privatives

409. Construites en opposition avec les usages collectifs, les occupations privatives s'apparentent *prima facie* à un privilège attribué à un usager qui, par son biais, soustrait une ou

²²⁴¹ Sur ce point, J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.*, 1962, p. 23 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 346-348.

²²⁴² F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 456-457 : « La réalité des droits sur la chose d'autrui provient fondamentalement de ce qu'ils constituent un droit aux utilités d'une chose et non pas à un service rendu par une personne ».

²²⁴³ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. I, 1903, *op. cit.*, p. 140. V. aussi, F.-C. de SAVIGNY, *Le droit des obligations*, trad. Par C. Gérardin et P. Jozon, t. I, A. Durand, 1863, p. 17. SAVIGNY montre parfaitement que l'obligation pèse non directement sur la personne, mais sur l'activité de la personne.

plusieurs utilités à l'usage des tiers²²⁴⁴. Cette idée a traversé l'histoire de la pensée domaniale²²⁴⁵. Si l'on écarte les théories du début du XIX^e siècle qui assimilent les concessions et les permissions à un mécanisme de transfert de propriété ou d'aliénation du domaine public²²⁴⁶, les auteurs de la fin du XIX^e siècle affirment de concert que le domaine public est affecté à l'usage de tous et que chaque usager doit pouvoir l'utiliser conformément à sa destination. D'après Gautier, selon le principe de l'usage de tous, « chacun doit pouvoir circuler sur les routes, naviguer sur les grands cours d'eau et les canaux, amarrer son bateau sur les rivages de mer, et l'Administration ne peut empêcher tout usage d'une portion du domaine public qui est conforme à la destination naturelle de ce domaine [...]. Ce principe est constant, mais il subit un tempérament qui a une certaine importance. Il a été de tout temps admis que l'Administration peut concéder à un particulier la faculté de faire certains établissements sur le domaine public, ces concessions étant essentiellement précaires et révocables »²²⁴⁷. L'autorisation de l'administration intervient donc pour justifier un usage non conforme à l'affectation. La doctrine de E. Laferrière synthétise ce point : « l'interdiction faite aux particuliers de rien entreprendre sur le domaine public peut être levée, dans la mesure prévue par la loi, par des autorisations ou permissions émanées de l'autorité administrative compétente »²²⁴⁸. Au début du XX^e siècle, Laisné, à l'instar de ses contemporains, poursuit cette idée au sujet de la voirie publique : « lorsqu'un particulier désire bénéficier d'une permission de voirie, c'est-à-dire, utiliser la voie publique dans un but autre que celui auquel est destinée cette voie, il est logique que, au préalable, il en fasse la demande à l'administration »²²⁴⁹.

Ce principe a perduré²²⁵⁰ mais d'autres justifications se sont ajoutées pour expliquer la nécessité de l'octroi d'un titre. La première d'entre elles consiste à opérer un lien entre la protection de l'affectation (ainsi que la conservation et l'entretien du domaine public), dominée par le principe d'inaliénabilité²²⁵¹, et la maîtrise de l'administration qui doit au moins

²²⁴⁴ F. DEMICHEL, « Les situations administratives privilégiées », in *Droit public de la concurrence*, Economica, 1987, p. 148. V. aussi, N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 2011, *op. cit.*, p. 272-273 ; P. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 8^e éd., 2007, *op. cit.*, p. 127.

²²⁴⁵ Sur les origines historiques des titres d'occupation, cf. Conseil du Roi, 27 fév. 1765 ; lois du 22 déc. 1789, du 8 janv. 1790 ; du 14 oct. 1790 ; le décret du 7 oct. 1790. Sur ce point, L. LAISNÉ, *Étude du régime des permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 32.

²²⁴⁶ J.-M de GÉRANDE, *Institutes du droit administratif français*, t. III, 1829-1836, *op. cit.*, p. 384-385 ; L.-M DE CORMENIN, *Questions de droit administratif*, t. II, 5^e éd., 1840, *op. cit.*, p. 42. V. sur ce point, L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public*, *op. cit.*, p. 2 et s.

²²⁴⁷ A. GAUTIER, *Cours de droit administratif. Précis de matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, t. II, A. Lahure, p. 117.

²²⁴⁸ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, 2^e éd., 1896, *op. cit.*, p. 652.

²²⁴⁹ L. LAISNÉ, *Étude du régime de la permission de voirie*, *op. cit.*, p. 29-30.

²²⁵⁰ J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., 2001, *op. cit.*, p. 394.

²²⁵¹ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 2011, *op. cit.*, p. 273.

s'assurer de la compatibilité des occupations domaniales. Aussi, dans la jurisprudence *SIPPEREC*, le juge administratif établit un lien entre la protection du domaine public, impératif d'ordre constitutionnel issu de l'article 17 de la DDHC, et la nécessité d'un titre d'occupation : le pouvoir réglementaire ne peut donc pas instituer un régime d'autorisation tacite²²⁵².

La protection de l'affectation ou la soustraction d'une utilité au détriment de l'usage collectif sont autant de justifications qui constituent un éventail de choix, dans lequel le juge administratif peut puiser afin de fonder la nécessité d'un titre pour toute occupation domaniale. Ces différentes justifications reposent sur une représentation de l'occupation en marge de l'affectation et elles s'avèrent donc limitées pour expliquer la nécessité d'un titre pour l'ensemble des usages privés, notamment ceux qui correspondent à l'affectation. L'article L. 2122-1 du CGPPP²²⁵³ impose en effet l'octroi d'une investiture spéciale pour toutes les occupations privées²²⁵⁴. La codification s'est faite à droit constant, puisque la jurisprudence administrative avait déjà unifié le régime en suivant le même principe pour toutes les dépendances, nationales et locales. Toute occupation domaniale nécessite un titre²²⁵⁵, précisément un titre exprès²²⁵⁶, qui relève d'une attribution exclusive de l'administration gestionnaire²²⁵⁷. C'est pour cette raison que la nécessité d'un titre est à rapprocher de l'exercice de la propriété publique et ce rapprochement est justifié dans la mesure où l'obligation d'un titre est le support nécessaire à la maîtrise du gestionnaire sur le domaine public, qui touche l'ensemble des utilisations, indépendamment de leur rapport avec l'affectation²²⁵⁸. Dans la mesure où l'octroi d'un titre d'occupation est le prolongement de l'individualisation de l'usage privé²²⁵⁹, l'administration contrôle non seulement le rapport de l'occupation vis-à-vis de

²²⁵² CE, 21 mars 2003, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (*SIPPEREC*) : *Rec.*, p. 144 ; *DA*, 2003, n° 127 ; *Ann. Voirie*, 2003, p. 55, note Duval ; *JCP A.*, 2004, p. 1493, note Moreau ; *Contrats marchés publ.*, 2003, n° 128, note Eckert ; *RFDA*, 2003, p. 903, note Soulié ; *AJDA*, 2003, p. 1935, note Subra de Bieusses ; *CJEG*, 2003, p. 341, concl. Austray.

²²⁵³ L'art. L. 2122-1 CGPPP généralise l'énoncé de l'article L. 28 du Code du domaine de l'État.

²²⁵⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif français*, t. II, 8^e éd., *op. cit.*, 1995, p. 437.

²²⁵⁵ Pour les références jurisprudentielles, v. C. cass. Civ., 21 janv. 1992, Port autonome de la Guadeloupe : *D.*, 1992, IR. 61 ; CAA, Paris, 3 avr. 1990, *Ministre des Transports c/ Andresz* : *Rec.*, p. 434 ; *AJDA*, 1990, p. 647, note Prétot.

²²⁵⁶ Par exemple un permis de construire ne vaut pas occupation du domaine public, CE, 27 juil. 1984, *Ministre de la Mer c/ Mme Galli* : *AJDA*, 1985, p. 47, note Rézenthel et Pitron. Aussi, si une occupation est venue à terme, « l'absence d'autorisation ne saurait être compensée par le fait que l'administration tolère, même durablement, le maintien dans les lieux et exige de l'occupant qu'il s'acquitte des redevances dues à raison de l'utilisation privée continuée du domaine public » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 8^e éd., *op. cit.*, 1995, p. 436), v. CE, 17 décembre 1975, *Soc. Letourneur frères* : *RDP*, 1976, p. 1805.

²²⁵⁷ Ce qui suppose par exemple que le juge ne peut se substituer à l'administration pour octroyer un titre à un administré, cf. CE, 9 fév. 1966, *Commune de Saint-Pierre* : *Rec.*, p. 94.

²²⁵⁸ Sur ce point, Ch. LAVIALLE, « L'occupation sans titre du domaine public », *AJDA*, 1981, p. 563.

²²⁵⁹ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 75.

l'affectation mais aussi les qualités du candidat-usager²²⁶⁰, suivant le caractère *institue personae* du titre d'occupation²²⁶¹. Ainsi, la maîtrise du gestionnaire inclut donc la médiation, qu'on peut qualifier de positive, entre les usagers et la chose : le gestionnaire doit apprécier toute demande d'occupation du domaine et motiver toute décision de refus²²⁶².

2. La médiation négative du pouvoir de gestion en matière d'utilisations communes

410. Le principe de liberté gouvernant les utilisations communes suppose que celles-ci ne soient pas soumises à un régime d'autorisation²²⁶³. Dans le cas des utilisations collectives, tant que l'affectation est maintenue, l'administration ne peut pas entraver l'usage direct des particuliers. La médiation du pouvoir de gestion ne peut donc être identique à celle existant en matière d'occupations privatives. Mais elle intervient à d'autres niveaux, par le biais de la réglementation des usages collectifs et, dans certaines hypothèses, par la possibilité d'instituer un régime d'autorisation²²⁶⁴.

Le pouvoir de gestion ne s'apparente pas à une médiation positive mais à une médiation négative dans le sens où il peut limiter les usages collectifs pour répondre à certaines nécessités d'intérêt général. Ce point est largement abordé par la doctrine. De Laubadère, ainsi que les Professeurs Y. Gaudemet et Ph. Yolka insistent sur « le dépassement des pouvoirs de police administrative »²²⁶⁵, à la lumière des conclusions de B. Chenot sous l'arrêt *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*²²⁶⁶. Sans dresser une liste exhaustive, le pouvoir de gestion offre par exemple la possibilité à l'administration de limiter l'usage du domaine public fluvial afin de protéger le service public de la concurrence d'entreprises de halage²²⁶⁷, de limiter l'usage de la voirie par les entreprises de transports routiers²²⁶⁸, de limiter le stationnement des taxis devant une gare ferroviaire²²⁶⁹ ou de limiter l'accès au domaine public portuaire afin de protéger le service public²²⁷⁰.

²²⁶⁰ Sur ce point, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 8^e éd., *op. cit.*, 1995, p. 437.

²²⁶¹ CE, 10 mai 1989, Munoz : *DA*, 1989, n° 336, *RDP*, 1989, p. 1805.

²²⁶² CE, 21 oct. 1994, Aéroport de Paris : *Rec.*, p. 449. Sur ce point, v. M. DEGOFFE, « L'obligation de motiver les décisions relatives à l'occupation du domaine public », *BJCL*, 4/2006, p. 238.

²²⁶³ J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., 2001, *op. cit.*, p. 378.

²²⁶⁴ *Ibid.*

²²⁶⁵ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 190-192 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, t. II, 13^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 216.

²²⁶⁶ B. CHENOT, concl. sous CE, 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale* : *RDP*, 1944, p. 236.

²²⁶⁷ CE, 16 nov. 1956, Sté Désaveines : *RFDA*, 1957, p. 1, concl. Laurent ; *RDP*, 1957, p. 529, note M. Waline.

²²⁶⁸ CE, 2 oct. 1968, Union départementale des transports routiers du Var : *Rec.*, p. 837.

²²⁶⁹ CE, 6 juin 2001, Commune de Vannes : *CJEG*, 2002, p. 19, note A. Laget-Annamayer.

²²⁷⁰ CE, 9 oct. 1981, Chambre de commerce et de l'industrie de Toulon et du Var, préc.

411. Dans des cas particuliers, l'autorité gestionnaire peut instituer un mécanisme d'autorisation préalable. Le rôle de médiation du pouvoir de gestion s'apparente alors à celui exercé en matière d'occupations privatives. Cette faculté, qui n'est pas le produit de l'avènement du pouvoir de gestion, est reconnue aux autorités de police dès le milieu du XIX^e siècle²²⁷¹. Cependant, sur le fondement de la loi du 30 mai 1851, l'article 34 du décret du 31 décembre 1922 a semblé modifier l'état du droit en n'exigeant qu'un simple système de déclaration préalable auprès du Préfet. Le juge administratif a attribué à cette disposition une portée assez limitée puisqu'il a reconnu, dans la célèbre jurisprudence *Société des autobus antibois*, la possibilité pour l'administration d'imposer une autorisation à l'exploitation d'un service automobile de transports en commun²²⁷². La mise en place d'un système d'autorisation préalable doit néanmoins répondre à certaines conditions qui tiennent en grande partie à des nécessités d'intérêt général²²⁷³ ou liées à la recherche d'une « meilleure utilisation du domaine public ». La jurisprudence *Société des autobus antibois* n'a pas totalement perdu sa pertinence, même si la réglementation des transports en commun est désormais dominée par le régime prévu par la loi du 18 juin 1966. La casuistique de la jurisprudence *Société des autobus antibois* a effectivement été étendue à d'autres hypothèses²²⁷⁴, en l'occurrence en matière fluviale²²⁷⁵ ou maritime²²⁷⁶. La Haute juridiction énonce que l'autorité gestionnaire peut fixer les conditions des autorisations de tracter des péniches accordées à des entreprises privées et, le cas échéant, refuser l'accès au domaine public afin de ne pas « compromettre la bonne gestion » du service public en place²²⁷⁷.

412. Ainsi présentée, la médiation propre au pouvoir de gestion doit se concilier avec le principe selon lequel l'administration est tenue d'ouvrir l'accès de la dépendance pour certains usages. Cela signifie que la volonté de l'administration est encadrée par différentes obligations

²²⁷¹ J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 362. Pour les références jurisprudentielles, CE, 7 déc. 1888, Ponthas : *Rec.*, p. 920, concl. Germain ; *D.* 1890, II, 9 ; *S.* 1890, III, 69 ; CE, 2 août 1870, Bouchardon : *Rec.*, p. 970 ; *D.* 1872, III, 27.

²²⁷² CE, 29 janv. 1932, *Société des autobus antibois*, préc.

²²⁷³ CE, 6 mai 1996, Vanderhaeghen : *AJDA*, 1996, p. 711 ; *DA*, 1996, n° 425.

²²⁷⁴ Sur ce point, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 1995, 8^e éd., *op. cit.*, p. 424 ; J.-P. BROUANT, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, *op. cit.*, p. 131.

²²⁷⁵ Concernant la traction des péniches sur les voies navigables, v. CE, 16 nov. 1956, *Société Desaveine* : *Rec.*, p. 440.

²²⁷⁶ S'agissant du service de pilotage dans les ports maritimes, v. CE, 2 juin 1972, Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes : *Rec.*, p. 407 ; *AJDA*, 1972, p. 647, concl. Rougevin-Baville. Concernant la mise à l'eau des bateaux dans un port de plaisance CE, 29 avril 1981, Établissement Fine Frères : *Rec.*, p. 200.

²²⁷⁷ CE, Sect., 2 juin 1972, Fédération française des syndicats professionnels des pilotes maritimes : *Rec.*, p. 407, *AJDA*, 1972, p. 647, concl. M. Rougevin-Baville.

de faire ou de ne pas faire, qui sont activées à l'occasion de la revendication de l'accès au domaine public.

B. Le droit public subjectif de l'usager : un droit créance

413. Le droit public subjectif étant un droit *à* la chose et non un droit *sur* la chose, il a pour objet une *prestation* de la personne publique : l'administré « tire service »²²⁷⁸ du gestionnaire et non directement de la chose. En référence à la doctrine de Colin et Capitant, « le droit de créance est un pouvoir appartenant à un ou plusieurs individus à l'égard d'un ou plusieurs individus. Le titulaire du droit de créance ou créancier peut astreindre le débiteur à accomplir à son profit telle ou telle prestation, c'est-à-dire soit à lui donner quelque chose, soit à faire quelque chose, soit à s'abstenir de quelque chose à son profit »²²⁷⁹. Bien que cette définition, construite sur le modèle des relations individuelles, soit éloignée de la matière domaniale, elle est néanmoins opératoire pour appréhender la relation entre le gestionnaire et les usagers. Le droit réel est un objet d'étude privilégié de la doctrine administrativiste ; le droit personnel ne bénéficie de la même attention, il est au mieux identifié en opposition avec le droit réel²²⁸⁰. Comme le souligne le Professeur N. Foulquier²²⁸¹, ce désintérêt pour le droit personnel reflète la difficulté de la doctrine publiciste à admettre le principe d'un droit créance au profit des administrés en lien avec une obligation juridique qui pèse sur l'administration. Ce rejet s'explique, d'une part, par la prégnance des postulats objectivistes et, d'autre part, par un attachement à une représentation de la puissance publique comme puissance souveraine.

La prise en compte de la définition privatiste du droit personnel n'est possible qu'à condition d'en retenir une version désincarnée, purgée des présupposés individualistes. Plusieurs éléments sont à retenir : une prétention de l'administré, un service (ou une prestation) de la personne publique et une obligation juridique²²⁸². L'accès au domaine public répond, pour reprendre la terminologie de Barthélemy²²⁸³, à une *obligation de faire* ou à une *obligation de ne pas faire* qui s'impose à l'autorité gestionnaire en fonction de la particularité de

²²⁷⁸ P. ROUBIER, *Droit subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 347.

²²⁷⁹ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I., 6^e éd., 1930, *op. cit.*, p. 103.

²²⁸⁰ P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics. Essai de synthèse », *RFDA*, 2009, p. 229.

²²⁸¹ V. de manière générale, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.* (Chapitre I, Titre II, Partie II).

²²⁸² D. MAJORANA, « La notion de droit public subjectif », *préc.*, p. 8 : « Nous pouvons appeler prétention (*anspruch*), dans un sens très large, l'activité juridique d'un sujet, tendant à exiger une activité correspondante d'un autre sujet ». V. aussi, J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 181 : « Au lieu de frapper des choses matérielles (res), ils frappent des personnes, en ce sens qu'une personne, le débiteur, est tenue vis-à-vis d'une autre le créancier, titulaire du droit (*obligatio*, *Haftung*), de l'accomplissement de certaines prestations formant le contenu de l'obligation (*debitum*, *Schuld*) ».

²²⁸³ J. BARTHÉLEMY, « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *RDP*, 1912, p. 505.

l'usage. Cependant, les obligations qui pèsent sur l'administration n'ont pas la même portée que dans le cadre des relations de droit civil : leurs effets peuvent être modulés en fonction de la prise en compte de certains motifs propres au domaine public

414. Historiquement, « ce sont les obligations de ne pas faire qui reçoivent l'organisation la plus complète »²²⁸⁴. En matière domaniale, l'obligation de ne pas faire se comprend aisément, elle se présente comme l'interdiction d'entraver l'accès des particuliers au domaine public et concerne essentiellement les usages collectifs. La *créance* de l'autorité gestionnaire consiste en une abstention, déterminée par une obligation juridique de type personnel, limitant la volonté de la personne publique et par extension réduisant les potentialités d'exercice de la propriété publique. Aussi, en tant que sanction juridique de l'obligation de ne pas faire, confondue avec le principe de légalité, le recours pour excès de pouvoir a été un instrument précieux pour délimiter du pouvoir de gestion.

415. Les obligations de faire n'ont pas reçue la même consécration en raison de la structure du droit administratif et de ses soubassements théoriques ; « les engagements que prend l'État de faire quelque chose sont des règles de conduite intérieure qui ne correspondent pas à des droits chez les administrés. Il faut présumer que la législation entend réserver à l'administration une certaine liberté pour exécuter des obligations »²²⁸⁵. Il est possible d'approfondir ce propos en estimant que c'est l'existence même des obligations de faire qui est remise en cause. Quoi qu'il soit, en matière domaniale, rien ne justifie un traitement juridique différencié entre l'obligation de ne pas faire et celle de faire. Si l'affectation est maintenue, le gestionnaire n'est pas libre de choisir le cadre juridique de l'administration de la dépendance. Le pouvoir de gestion est donc soumis à des obligations de faire aussi bien qu'à des obligations de ne pas faire.

À l'obligation de faire correspond une prestation positive. En sortant la notion de droit de créance de son acception essentiellement économique²²⁸⁶, on arrive à cette définition : la créance est le droit à l'opération d'autrui. En retenant le postulat de la médiation incarnée par le pouvoir de gestion, le droit subjectif au domaine public se comprend comme l'exigence d'une prestation corrélative à une obligation personnelle de faire. Cette prestation consiste en

²²⁸⁴ *Ibid.*, p. 508.

²²⁸⁵ *Ibid.*, p. 509. V. J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 127 : « C'est ainsi qu'il arrive souvent que les règles objectives du droit public imposent aux organes de l'État des obligations qui profitent aux *individus* sans élargir leur personnalité. Nous avons vu qu'on dit alors que l'individu jouit d'un *droit reflet* ».

²²⁸⁶ À l'image de la démonstration de J. DABIN, *in Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 183-184.

la production « d'un acte *générateur d'effet juridique* »²²⁸⁷. Cette définition ne concerne que la revendication d'une occupation privative ou d'une autorisation administrative. Le droit au domaine public ne porte pas sur la chose elle-même, mais vise l'octroi d'un titre d'occupation attribué par la personne publique gestionnaire.

CONCLUSION CHAPITRE I

416. En se fondant sur les théories des droits publics subjectifs, la conceptualisation d'un outil, qui permette d'analyser et de caractériser l'accès au domaine public, se heurte à un certain nombre d'obstacles qu'il s'agissait de lever : tout d'abord, l'appréhension théorique de l'accès au domaine public accorde une place importante aux instruments de la pensée objectiviste, tels que les notions de situation juridique, de faculté légale ou de norme objective. La lecture subjectiviste de l'accès au domaine public est donc inéluctablement confrontée à la prégnance de cette approche objectiviste. D'autre part, la multitude des définitions et des théorisations du droit public subjectif ne facilite pas leur transposition dans le cadre de l'élaboration d'une théorie de l'accès au domaine public, élaboration qui implique nécessairement d'analyser et de surmonter ces différents obstacles. La doctrine de Bonnard et de Maroger, et particulièrement la conceptualisation qu'ils proposent d'un « pouvoir d'exiger », a formé le point de départ de notre définition. Il était en effet nécessaire d'y apporter des ajustements relatifs à la notion de situation juridique subjective, à la distinction entre le droit au domaine public et les voies de droit, au lien entre la volonté de l'administré et le pouvoir d'exiger, mais aussi à l'objet du droit public subjectif, afin d'éviter une confusion entre le droit au domaine public et la catégorie des droits réels. De cette clarification a émergé la définition d'une première prérogative du pouvoir de gestion : un pouvoir de médiation entre l'administré et le bien public. À émergé surtout une définition du droit d'accès : le droit *au* domaine public est un droit public subjectif caractérisé par le pouvoir d'exiger de l'administré en fonction d'obligations de faire ou de ne pas faire qui pèsent sur la personne publique. Il s'agit désormais de considérer cette définition comme une clef de lecture des relations entre le gestionnaire et les usagers au moment de l'accès au domaine public, et de la mettre à l'épreuve du droit positif afin d'identifier les hypothèses où l'administré peut effectivement exiger l'accès, et celles où cette exigence est niée.

²²⁸⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 182 (souligné par l'auteur)

CHAPITRE II. IDENTIFIER LES DROITS SUBJECTIFS AU DOMAINE PUBLIC FACE AU POUVOIR DE GESTION

417. Dans notre définition, la structure du droit subjectif est de type personnel et peut se résumer de cette façon : le droit subjectif correspond à une obligation qui pèse sur un sujet passif²²⁸⁸. La transposition d'une telle définition dans le monde des relations entre l'administration et l'administré fut un temps discutée par la doctrine, et à juste titre par Barthélemy : « cette conception *juridique* de l'obligation qui s'impose dans les relations particulières n'est pas celle du droit administratif et ce serait une erreur de croire qu'à toute règle de conduite imposée à l'administration par la loi ou par un règlement correspond un droit subjectif du particulier »²²⁸⁹. Ainsi, toutes les obligations administratives n'engendrent pas nécessairement un droit public subjectif²²⁹⁰. Cette affirmation est à rapprocher de la doctrine de Jellinek, selon laquelle, pour reprendre les mots du Professeur N. Foulquier, « le particulier ne dispose de droit public subjectif que si la norme juridique invoquée consacre bien un intérêt privé et n'a pas pour seul objet l'intérêt général »²²⁹¹. Cette affirmation est aussi à rapprocher de la doctrine de Hauriou : il y a des obligations qui, selon le point de vue institutionnel, appartiennent à la discipline interne de l'institution administrative, sans engendrer un droit subjectif au profit de l'administré ; autrement dit, selon Barthélemy, « il ne suffit donc pas pour prouver l'existence d'un droit subjectif d'invoquer à l'appui d'un intérêt une règle de droit objectif. Il y a en effet une différence entre l'intérêt qui a un rapport de causalité avec la loi et celui qui n'a avec elle qu'un rapport occasionnel : dans le premier cas,

²²⁸⁸ J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, op. cit., p. 130 : « Si en effet on considère qu'à toute obligation correspond un droit subjectif, que, dès lors, l'obligation n'est que la physionomie passive d'un droit subjectif, le droit subjectif considéré dans la personne de l'obligé, il est dès lors évident qu'il y a violation d'un droit subjectif lorsqu'il y a violation d'une obligation de l'administration puisque l'obligation n'est justement qu'une manière de considérer le droit subjectif ». V. aussi R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », préc., p. 708-709 ; Ph. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 84 : « Au sens large, l'obligation juridique peut ainsi être définie comme un lien de droit, de nature personnelle, en vertu duquel une personne juridique doit quelque chose à une ou plusieurs autres ».

²²⁸⁹ *Ibid.* (souligné par l'auteur).

²²⁹⁰ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, op. cit., p. 63 : « C'est ainsi que le droit subjectif de l'administré peut exister ou ne pas exister en ce qui concerne le but en vue duquel elle est établie ». V. aussi sur un autre aspect de la relation entre obligation juridique et droit individuel, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », préc., p. 245. Pour l'auteur, lorsque « c'est l'obligation qui est établie la première, sous forme de statut général, et le droit ne naît au profit des individus que parce que ce statut, cette obligation, ont été établis ; le droit n'est plus alors qu'un reflet de ce statut, et il y a lieu de parler de droit individuel "objectif" ».

²²⁹¹ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 377. Sur ce point, v. aussi, A. GAILLET, *L'individu contre l'Etat. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Dalloz, « NBT », 2012, p. 283 et s.

l'intérêt devient un droit ; dans le second cas, il reste un intérêt »²²⁹². La doctrine trace donc la frontière entre le droit subjectif et l'effet reflexe d'une obligation juridique. Mais doit-on comprendre, comme le présente Bonnard, que « le droit subjectif n'existera que si l'obligation administrative a été [...] établie en vue de certains intérêts particuliers »²²⁹³ ? Bonnard s'appuie sur une opposition réductrice entre l'intérêt général et les intérêts privés, qu'il faut dépasser en ce qu'elle exclut le droit public subjectif du champ des obligations juridiques ayant pour unique visée l'intérêt général²²⁹⁴. Pourtant, Bonnard n'embrasse pas *stricto sensu* une conception de l'intérêt général qui s'inscrive dans une perspective rousseauiste²²⁹⁵, il retient l'opposition entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, mais non en raison du caractère supposé transcendant de l'intérêt général²²⁹⁶. L'intérêt général correspond, selon l'auteur, à des intérêts anonymes qui se conjuguent avec la généralité de l'obligation juridique. Outre le fait que les acteurs du droit n'ont jamais pleinement adhéré à cette perception de l'intérêt général, la conception de Bonnard est, de toute manière, vieillie par les évolutions du droit positif, réglé à l'heure de l'enchevêtrement des intérêts privés et de l'intérêt général²²⁹⁷. Le rapport de causalité entre une obligation juridique et un droit public subjectif ne peut donc pas répondre à une distinction stricte entre l'intérêt général et l'intérêt privé.

418. Toutefois, la grille de lecture offerte par Barthélemy et Bonnard, axée autour du principe de causalité entre une obligation juridique et un droit public subjectif, permet de comprendre les évolutions du pouvoir de gestion dans ses rapports avec les usagers. Il s'agit d'analyser le contrôle du pouvoir de gestion et de voir ce qu'il révèle des rapports avec les administrés. L'encadrement juridique du pouvoir de gestion préfigure l'absence d'un rapport de droit abouti au sens subjectiviste, parce que la prérogative gestionnaire est globalement

²²⁹² J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 132. V. aussi, p. 138 : « Il faut donc pour qu'il y ait droit subjectif que l'intérêt touche spécifiquement le sujet qui le veut faire valoir et que la règle objective ait eu pour but de protéger cet intérêt ».

²²⁹³ V. aussi, R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 63.

²²⁹⁴ *Ibid.* : « En effet, pour la satisfaction des intérêts généraux, nul ne se trouve qualifié pour prétendre à cette satisfaction et pour exiger l'exécution de l'obligation, puisqu'il s'agit d'intérêts anonymes, c'est-à-dire d'intérêt d'individus qu'on ne connaît pas et qu'on ne veut pas connaître individuellement. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'intérêts particuliers, ces intérêts étant ceux d'individus qui sont ou peuvent être individuellement déterminés, un individu peut se prétendre qualifié pour exiger la satisfaction de son intérêt ».

²²⁹⁵ Sur la conception de l'intérêt général et de l'intérêt particulier chez Rousseau, v. F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *Economica*, 1986, p. 113 : « l'intérêt particulier a, chez Rousseau, un double statut. Il est à la fois et indissociablement le fondement de l'intérêt commun, et son contraire ». BONNARD ne retient que le rapport d'opposition entre l'intérêt particulier et l'intérêt général.

²²⁹⁶ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 63 : « L'intérêt général n'est pas un prétendu intérêt collectif qui serait distinct des intérêts des individus ».

²²⁹⁷ Sur les mutations de l'intérêt général et sur ses rapports avec les intérêts privés, v. G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 161 et s. Par exemple, les intérêts particuliers peuvent trouver un écho dans l'intérêt général, les intérêts particuliers peuvent être également intégrés par l'intérêt général, les intérêts privés peuvent aussi contribuer à la satisfaction de l'intérêt général.

gouvernée par un principe de limitation interne. La rectitude du pouvoir de gestion ne repose que sur la définition des différentes potentialités qui s'offrent à l'administration, orientées en particulier autour de l'intérêt général, qui fournit la justification autant que la limite des actes de gestion.

419. Une considération multiple et éclectique des intérêts des usagers, qui ouvre la possibilité de penser des droits publics subjectifs, s'amorce et le droit positif actuel, en particulier par la voie de la jurisprudence administrative, inaugure une nouvelle perspective. L'exercice du pouvoir de gestion doit désormais se conjuguer avec la prise en considération plus poussée des intérêts des usagers (**Section I**). Si cette prise en compte forme le terreau de la reconnaissance de droits subjectifs au domaine public, la portée de ces derniers dépend en dernier ressort des obligations juridiques qui pèsent sur le pouvoir de gestion (**Section II**).

SECTION I. UNE PRISE EN COMPTE ACCRUE DES INTÉRÊTS DES USAGERS DANS L'ACCÈS AU DOMAINE PUBLIC

420. Le domaine public est un espace juridique en mutation. Le cadre juridique de l'accès, estampillé par les règles de la domanialité publique, renouvelle les rapports entre le gestionnaire et les usagers. Suivant le principe de la dualité entre la propriété publique et la domanialité publique, le pouvoir de gestion est toujours dominé par l'affectation qui structure l'accès des usagers au domaine public, mais les évolutions ont enrichi les possibilités de rapports de droits. Loin d'être un instrument juridique délaissé face aux enjeux contemporains, la domanialité publique a subi des adaptations décidées par les acteurs du droit, notamment par la voie de la jurisprudence administrative. Ces modifications approfondissent les possibilités d'interaction entre le pouvoir de gestion et les activités des particuliers. Le pouvoir de gestion s'insère dans un cadre normatif plus riche. La prise en compte des intérêts des administrés est plus approfondie (§1) et trouve un relais dans la multiplication des voies de droit vis-à-vis du pouvoir de gestion (§2).

§1. L'INTÉGRATION DES INTÉRÊTS PAR LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE

421. La prise en compte des intérêts de l'utilisateur par la domanialité publique répond à la dialectique générale entre les intérêts et l'ordre juridique : quels intérêts apparaissent

juridiquement légitimes²²⁹⁸ face au pouvoir de gestion ? Suivant la typologie générale des intérêts proposée par A. Gervais, il est possible de retenir plusieurs types d'intérêt : l'intérêt illicite condamné, l'intérêt pur et simple toléré, l'intérêt légitime reconnu et l'intérêt consacré en droit par l'ordre juridique²²⁹⁹. Bien que cette présentation reprenne la théorie de Jhering en ce qu'elle considère le droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé, elle montre la place particulière que l'ordre juridique accorde à certains intérêts²³⁰⁰. Le droit domanial est face aux mêmes questionnements. Hormis les intérêts illicites (par exemple l'occupation sans titre) ou tolérés, l'intégration des intérêts par la domanialité publique peut emprunter plusieurs voies : les intérêts particuliers sont confondus dans les intérêts imputés à la personne publique²³⁰¹, ou tout simplement subsumés sous la bannière de l'intérêt général. Mais, tant que les intérêts particuliers ne se sont pas extraits ou ne se sont pas différenciés des intérêts propres au pouvoir de gestion, que ce soit indirectement par un intérêt général distinct ou directement par une reconnaissance explicite, ils ne peuvent être le « substrat »²³⁰² de droits publics subjectifs au domaine public, à défaut de quoi « ils ne sont pas [...] élevés à la dignité de droits » et il ne peut y avoir un rapport de droit²³⁰³. Aussi, le fait que les usagers puissent se saisir d'une utilité de la dépendance ne s'apparente pas à l'appropriation d'un intérêt. « L'exigence de l'appropriation des intérêts comme condition de leur élévation au rang de droit subjectif »²³⁰⁴, défendue par de nombreux auteurs, n'est pas transposable en droit domanial. L'imputabilité d'un intérêt à un usager ne passe que par la consécration de cet intérêt par la domanialité publique ou par des règles exogènes, qui instituent un lien de causalité entre une obligation juridique et la possibilité de revendication de l'usager. C'est d'ailleurs l'un des aspects des évolutions récentes. Dans sa version contemporaine, la domanialité publique s'est adaptée aux enjeux actuels et épouse un nombre croissant d'intérêts qui accroît les possibilités de revendication de l'accès au domaine public. La classification des utilisations domaniales est

²²⁹⁸ Sur la légitimité des intérêts dans l'ordre juridique, P. ROUBIER, « De la légitimité des situations juridiques », in *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, Sirey, 1963, p. 265.

²²⁹⁹ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », préc. V. aussi, F. OST, « Droit et intérêt », in *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 10.

²³⁰⁰ V. aussi sur ce point, R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, *op. cit.*, p. 42 ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, 1916, p. 393 : « Le simple intérêt s'oppose au droit subjectif en ce qu'il n'est pas reconnu en soi comme une valeur sociale ».

²³⁰¹ Sur ce point, v. M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1951, p. 172-173.

²³⁰² N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 279 et s., spé. p. 280.

²³⁰³ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I. 2^e éd., *op. cit.*, 1924, p. 102. Par exemple, selon Michoud, « l'intérêt des particuliers à jouir des avantages que leur présentent certaines parties du domaine public, et autres semblables », ne correspond pas à un droit public subjectif.

²³⁰⁴ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 330. V. aussi, L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 2^e éd., *op. cit.*, 1924, p. 103. Pour qu'un intérêt soit un droit, il faut « une volonté à qui la puissance soit donnée de réaliser ou de ne pas réaliser le droit suivant son bon plaisir ; qui soit chargée de la défendre si on attaque et de faire les actes nécessaires à son exercice ; en un mot, une volonté qui le représente ».

bien installée dans le droit domanial, seule change la prise en compte des possibilités qu'elles offrent à l'usager. À une *utilité* procurée par le domaine public, peut correspondre un intérêt reconnu à un usager²³⁰⁵. L'accès au domaine public n'est plus exclusivement structuré par un cadre juridique dominé par le principe d'égalité ou par la liberté d'aller et de venir. Il est acquis que les utilisations domaniales sont le support d'activités multiples, et ce n'est pas seulement la diversité des usages économiques sur le domaine public, protégés par les libertés économiques, dont il est question (II), c'est aussi, de manière générale l'approfondissement de la relation entre le domaine public et l'exercice des libertés (I).

I. L'approfondissement de la relation entre le domaine public et l'exercice des libertés

422. « Il n'est [plus] habituel d'aborder le domaine public sous l'angle des libertés »²³⁰⁶. Pourtant, indépendamment des positions théoriques, la doctrine du début du XX^e siècle construit ses différents systèmes autour d'un point qui lui semble empiriquement incontestable : la relation quasi-consubstantielle entre le domaine public et l'exercice des libertés. Deux champs juridiques sont généralement explorés : la liberté d'aller et de venir et la liberté de culte. Particulièrement, selon un raisonnement téléologique, la liberté d'aller et de venir se reflète parfaitement dans la structure des usages collectifs du domaine public. Pour se référer au propos du Professeur Y. Gaudemet, « la réflexion la plus commune [...] tient le domaine public pour celui qui, disponible à tous et à chacun, a vocation, plus que tout autre bien, à accueillir et à permettre l'exercice des libertés, elles-mêmes reconnues à tous pourvu que leur exercice ne nuise pas à autrui »²³⁰⁷. Les tenants de l'école objectiviste tirent de la liberté une faculté légale d'accéder au domaine public, alors que les partisans d'une approche subjectiviste théorisent à partir d'elle un droit public subjectif.

L'attention portée par la doctrine à la fonction patrimoniale du domaine public a occulté sa fonction première et « libertifère »²³⁰⁸, ce qui témoigne d'un glissement thématique dans les théories domaniales de l'affectation à la propriété publique. Malgré tout, le thème des libertés et de la domanialité publique est à réinvestir. Parallèlement à la consolidation des logiques

²³⁰⁵ Sur le rapport entre utilité et intérêt, v. A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », préc. : « Un intérêt apparaît comme une “utilité”, matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste mais parfois altruïste, d'une personne physique ou morale, “porteuse” (*träger*) d'intérêt. Cette utilité représente l'intérêt consiste pour son porteur à avoir la possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients ». Voir aussi dans une perspective utilitariste, J. BENTHAM, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, éd. J.H Burns et H.L.A Hart, in *The Collected of Jeremy Bentham*, Londres, 1970, p. 12.

²³⁰⁶ Y. GAUDEMET, « Libertés publiques et domaine public », préc.

²³⁰⁷ *Ibid.* V. aussi, É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 23 et s.

²³⁰⁸ Y. GAUDEMET, *ibid.*

propriétaires, subsiste l'idée que le domaine public est un instrument privilégié de l'exercice des libertés. Bien plus, le mouvement de constitutionnalisation de certains éléments de la domanialité publique apporte une pierre à l'édification de la fonction « libertifère »²³⁰⁹ du domaine public (A), sans compter que le domaine public entretient des liens, directs ou indirects, avec l'exercice des libertés (B).

A. La constitutionnalisation des éléments domaniaux et l'exercice des libertés

423. « Si la matière domaniale est longtemps restée en marge du mouvement de constitutionnalisation qui affecte les autres branches du droit administratif, un processus de rattrapage s'est amorcé dans les années 1980 »²³¹⁰. Pour autant, ce « mouvement de constitutionnalisation » ne s'est pas présenté comme une reconnaissance homogène et unitaire de la matière domaniale. Certes, la propriété publique a reçu une consécration pleine et entière de la part du Conseil constitutionnel. À plusieurs reprises, ce dernier a considéré « que 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 concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques »²³¹¹. Le domaine public n'a pas connu le même destin constitutionnel. Le juge constitutionnel a refusé de se prononcer aussi bien sur l'existence d'un domaine public constitutionnel que sur la valeur constitutionnelle du principe d'inaliénabilité²³¹². Cela dit, le domaine public n'est pas resté lettre morte dans l'esprit du Conseil constitutionnel²³¹³. Ce dernier a, d'une part, promu certains éléments jugés indispensables aux exigences constitutionnelles qui « résident en particulier dans l'existence et la continuité de services publics »²³¹⁴ et, d'autre part, il a intégré la protection du domaine public dans celle, plus large, de la propriété publique²³¹⁵, au prix de certaines confusions entre le champ de la propriété publique et celui de la domanialité publique. La consécration de l'existence constitutionnelle du domaine public a emprunté des voies peut-être plus sinueuses que ne l'aurait souhaité une

²³⁰⁹ *Ibid.*

²³¹⁰ Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 568

²³¹¹ Cons. Const, déc. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, « Loi autorisation le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social » : JO 27 juin 1986, p. 7978, *AJDA*, 1986, p. 575, note J. Rivero ; *GDCC* n° 39, p. 641 ; décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, JO 23 juillet 1994, p. 10635 ; *AJDA*, 1994, p. 786, note Gondouin ; *D.*, 1995, Somm. p. 347, obs. Pini ; *LPA*, 18 octobre 1995, p. 9, note Verpeaux ; *RFDA* 1994, p. 1106, note Ch. Lavialle.

²³¹² Décision n° 86-207 DC, précitée et Décision n° 94-346 DC, précitée. Sur le rapport entre le régime des biens publics et la matière constitutionnelle, v. Y. GAUDEMET, « Constitution et biens publics », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, p. 65.

²³¹³ É. FATÔME, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 2003, p. 1192.

²³¹⁴ Décision n° 94-346 DC, préc.

²³¹⁵ Décision n° 94-346 DC, préc. V. également Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 570.

partie de la doctrine²³¹⁶, mais il existe désormais des principes constitutionnels en matière domaniale, qui s'imposent au législateur lorsqu'il entend modifier les règles de la domanialité publique ou l'organisation des biens publics²³¹⁷.

Pendant un temps, seule l'affectation au service public a eu les faveurs du Conseil constitutionnel, l'affectation à l'usage de tous n'a pas bénéficié tout de suite du mouvement de constitutionnalisation. Le Professeur Y. Gaudemet regrette, à l'heure de son article « Libertés publiques et domaine public », « ce défaut de symétrie ». Pourtant, de son avis, les fondements de la reconnaissance constitutionnelle de l'affectation à l'usage de tous sont déjà jetés, à partir desquels le Professeur Y. Gaudemet propose une substitution de l'affectation à l'usage de tous par l'affectation à l'exercice des libertés : « lorsqu'en effet l'affectation domaniale rencontre l'exercice d'une liberté fondamentale et que celle-ci est consacrée et protégée par la Constitution, c'est, sinon le régime domanial lui-même et notamment l'inaliénabilité qui se trouve constitutionnalisés, du moins l'affectation qui caractérise ce domaine et qui le constitue »²³¹⁸. En définitive, ce n'est ni la domanialité dans son ensemble, ni le principe d'inaliénabilité qui sont consacrés, conformément à la jurisprudence antérieure, mais seulement l'affectation à l'usage de tous, par le biais d'une reformulation opérée par le Conseil constitutionnel, qui fait ainsi un saisissant écho à la doctrine du Professeur Y. Gaudemet. Certaines exigences constitutionnelles sont en effet nécessaires aux « droits et libertés des personnes à l'usage desquelles [le domaine] est affecté »²³¹⁹. La généralité de l'énoncé offre un support juridique au rapport entre l'exercice des libertés et le domaine public, et renouvelle aussi le rapport entre le pouvoir de gestion et les usagers du domaine public, nourri par une réflexion doctrinale qui dépasse le simple cadre de la liberté d'aller et de venir. Il est question d'affirmer la jonction étroite entre la liberté et l'affectation, ce qui consiste à dire, par un renversement de perspective, que le domaine n'est pas affecté à certains usages, mais directement à une liberté correspondant à ces usages. C'est ce que retient par exemple le Professeur P. Subra de Bieusses au sujet des édifices cultuels : la liberté religieuse inclut et absorbe l'affectation de ces dépendances²³²⁰.

²³¹⁶ V. par ex. M. WALINE, *Les mutations domaniales*, Thèse, Jouve, 1925, p. 70-72, ou plus récemment, M.-A. LATOURNERIE., *intervention au colloque de St-Maur*, CJEG, hors série, octobre 1991, p. 19.

²³¹⁷ J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, *op. cit.*, p. 105.

²³¹⁸ Y. GAUDEMET, « Libertés publiques et domaine public », préc.. Le Professeur Y. Gaudemet s'appuie notamment sur la décision du Conseil constitutionnel datant du 12 juillet 1979 : « si la liberté d'aller et venir est un principe de valeur constitutionnelle, celui-ci ne saurait faire obstacle à ce que l'utilisation de certains ouvrages donnent lieu au versement d'une redevance » (Cons. const., 12 juil. 1979 : *AJDA*, 1979, p. 46, chron. A. de Laubadère).

²³¹⁹ Cons. const., déc. n° 2003-473 DC du 28 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : *AJDA*, 2003, p. 1404.

²³²⁰ P. SUBRA DE BIEUSSES, « L'utilisation d'un édifice religieux sans l'accord du prêtre affectataire porte atteinte à une liberté fondamentale », *AJDA*, 2006, p. 91. V. aussi de manière générale, E. UNTERMAIER, *Culte, culture et*

424. À rebours de la jurisprudence constitutionnelle, le législateur n'a pas retenu, dans son œuvre de codification, l'affectation à l'exercice d'une liberté en tant que critère de la domanialité publique : il maintient la distinction classique entre l'affectation à l'usage de tous et l'affectation au service public. Une partie de la doctrine ne défend pas ce choix et regrette, au sujet des édifices culturels, « que le législateur n'ait pas profité de la codification du droit des personnes publiques pour substituer – au moins pour les églises – à la notion d'affectation à l'usage direct du public, celle d'affectation à l'exercice d'une liberté publique, comme le proposait le professeur Yves Gaudemet »²³²¹. Le maintien de la distinction entre l'usage de tous et le service public n'est pas qu'une question de détermination du champ de la domanialité, il souligne aussi une manière d'appréhender les usages domaniaux. À n'en pas douter, le domaine public est le siège de l'exercice des libertés. Mais, définir l'affectation par l'unique prisme des libertés pose des problèmes autant pratiques que théoriques. La construction théorique, proposée le Professeur P. Subra de Bieusses et É. Untermaier, suppose une logique inductive qui implique une définition *a priori* des usages – une telle liberté implique un tel usage du domaine public –, alors que de manière déductive il est possible pour un seul usage de déduire le rattachement à plusieurs libertés : par exemple, l'usage de la voirie n'est pas seulement l'incarnation de la liberté d'aller et de venir mais participe aussi à l'exercice d'autres libertés : liberté du commerce et de l'industrie, liberté d'expression. Aussi, la redéfinition de l'affectation par le prisme des libertés est une manière de saisir différemment la notion de conformité, qui présente ainsi une fonction d'exclusion, parce qu'implicitement un usage qui souffre d'un rattachement plus ou moins distancié avec une liberté ne bénéficie pas de la normalité. Il reste que l'exercice d'une liberté n'est pas antinomique avec une affectation au service public : celle-ci peut très bien répondre à la satisfaction d'une liberté, et la dépendance affectée à l'usage de tous n'est pas l'unique lieu de l'exercice des libertés²³²².

La formulation « droits et libertés des personnes à l'usage desquelles [le domaine] est affecté »²³²³ répond à un choix stratégique de la part du Conseil constitutionnel : elle replace l'affectation à l'usage de tous dans un cadre auquel il est habitué, celui des droits et des

domanialité publique, l'organisation de concerts dans les églises, mémoire sous la direction de Sylvie Caudal, Publication de l'université Jean-Moulin Lyon 3, 2005. L'auteur considère que les édifices culturels sont affectés à la liberté religieuse.

²³²¹ É. UNTERMAIER, « Les églises et le code général des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 2210. V. aussi du même auteur, *Culte, culture et domanialité publique. L'organisation de concerts dans les églises*, mémoire pour le DEA de droit public, Publication de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Collection de l'Équipe de droit public, n° 1, Lyon, 2005.

²³²² *Contra* J. MOURGEON, « De quelques rapports entre les libertés et la domanialité publique », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Publication de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 607, spéc. p. 608.

²³²³ Cons. const., décision n° 2003-473 DC du 28 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *AJDA*, 2003, p. 1404.

libertés, et qui permet de lui donner une assise constitutionnelle²³²⁴. La formulation permet malgré tout une lecture compatible avec celle du Code général de la propriété des personnes publiques, dans la mesure où il n'est pas seulement question de libertés. À côté de celles-ci, le juge constitutionnel mentionne des « droits », ce qui témoigne d'une relativisation du lien entre l'exercice d'une liberté et l'affectation. Extraire la liberté de la définition de l'affectation n'est pas l'évacuer de la domanialité publique : les différentes libertés interviennent à la source de certains usages et elles fournissent un cadre de reconnaissance aux intérêts qui bénéficient aux particuliers et qui sont opposables au pouvoir de gestion. En référence à la doctrine de Bonnard et de Maroger²³²⁵, le droit d'accès au domaine public peut prolonger l'exercice d'une liberté mais il n'est pas confondu avec elle.

B. Le rapport multiple entre le domaine public et les libertés

425. Il y a schématiquement deux manières d'appréhender la place du domaine public vis-à-vis de l'exercice d'une liberté : soit la gestion domaniale est en contact direct, autrement dit il y a une concordance entre l'objet du domaine public et l'exercice d'une liberté ; soit la gestion domaniale rentre indirectement en contact avec l'exercice d'une liberté parce que l'exercice de la liberté ne répond pas directement à la destination de la dépendance domaniale.

426. *Le lien direct entre la gestion domaniale et l'exercice d'une liberté.* Le lien étroit entre le domaine public et les libertés concerne en premier lieu le lien entre la liberté d'aller et de venir et la voirie publique. D'autres libertés sont aussi concernées : la liberté de sépulture qui correspond à la destination des cimetières²³²⁶, et surtout la liberté de communication, qui fait directement écho à la détermination par le législateur de la domanialité publique du spectre hertzien²³²⁷, ce qui ressort clairement des débats parlementaires qui ont précédé la loi du 30 septembre

²³²⁴ E. LANGELIER, « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens ? », RDP, 2011, p. 1493.

²³²⁵ G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, op. cit., p. 363. V. aussi, M. HAURIU, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, op. cit., p. 496-497 : « Par la force des choses, les droits individuels apparaissent ainsi comme des moyens de compléter la liberté de la personne humaine, en même temps qu'ils sont des moyens d'accomplir une fonction sociale. Et, tandis qu'objectivement la justification du droit sera dans le besoin social à satisfaire, subjectivement, elle sera dans la conscience du besoin qu'en a l'individu pour la liberté totale de la personne humaine ».

²³²⁶ CE, 18 fév. 1972, Chambre syndicale des entreprises artisanales du bâtiment de la Haute-Garonne : *AJDA*, 1972, p. 250, chron. Labetoulle et Cabanes ; *JCP*, 1973, II, 17446, note Bouyssou ; *Gar. Pal.*, 1973, 13 déc., chron. Mélin. Plus récemment en matière de référé-suspension, CE, ord., 25 août 2005, Commune de Massat : *AJDA* 2006. 91, note Subra-de-Bieusses.

²³²⁷ Sur ce point T. PEZ, *Le domaine public hertzien*, op. cit., p. 20. Initialement, le législateur ne qualifie pas directement le spectre hertzien de domaine public. Ce n'est qu'avec la loi n° 96-659 du 26 juil. 1996 et l'art. L. 2111-7 du CGPPP que la qualification est vraiment explicite : « les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'État ». V. aussi, Cons. const., déc. n° 2000-442 DC du 28 déc. 2000 relative à la loi de finances pour 2001 : JO du 31 déc. 2000, p. 21194 (cons. 14).

1986²³²⁸. L'article 22 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (modifié par l'article 10 de la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989) dispose que « l'utilisation par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République, constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'État ». Le domaine public apparaît comme un instrument de convergence de deux logiques en apparence opposées : l'exploitation et le partage de la ressource hertzienne. La liberté de la communication promue par le domaine public hertzien ressurgit nécessairement sur sa gestion. En dépit des craintes exprimées par le Professeur D. Truchet²³²⁹, la logique patrimoniale doit se combiner avec les nécessités inhérentes à la liberté de communication. Les différents affectataires (le CSA et l'ARCEP) doivent prendre en compte, en matière d'assignation²³³⁰ des fréquences radioélectriques, les intérêts des opérateurs et le développement des communications électroniques²³³¹. D'ailleurs, l'intégration de la théorie des infrastructures essentielles dans la réglementation française et européenne des communications électroniques approfondit la consubstantialité entre le domaine public hertzien et la liberté de communication, au nom des règles concurrentielles²³³².

427. *Le lien indirect entre la gestion domaniale et l'exercice d'une liberté.* Sans correspondre à la destination de la dépendance, l'exercice d'une liberté peut revendiquer une conformité vis-à-vis de l'affectation et rentrer par ce biais en contact avec le pouvoir de gestion. Le juge a abandonné le principe d'inopposabilité des libertés vis-à-vis du pouvoir de gestion, pour confronter par exemple un refus d'octroi d'une occupation du domaine public à la liberté de

²³²⁸ Le ministre Jack Lang associe domanialité publique et exercice de la liberté de communication. Il affirmait aussi que « la liberté de la circulation des hommes et des marchandises a été facilitée dans l'histoire par la conquête progressive de la notion de domaine public, contre les appropriations féodales » (J. LANG, A.N., 6 décembre 1988, J.O. déb., p. 3218), cité par J.-P. BROUANT, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », LPA, 1994, n° 84. V. aussi, J. LANG, « Les enjeux politiques », in *L'audiovisuel, enjeux et paradoxes*, RFAP, 1987, p. 46.

²³²⁹ D. TRUCHET, « Les ondes appartiennent-elles au domaine public », *RFDA*, 1989, p. 257 : « la domanialité crée les conditions qui permettraient de limiter davantage la liberté au nom de la meilleure gestion du domaine ».

²³³⁰ Art. 1^{er} du décret n° 2007-1532 du 24 oct. 2007 relatif aux redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par l'ARCEP. Cette disposition définit l'assignation comme « toute autorisation accordée pour l'utilisation d'une fréquence ».

²³³¹ Par exemple s'agissant du CSA, CE, 13 mai, 2003, Société Télévision française 1 (TF1) : *JCP*, 2003, II, 10147, concl. D. Chauvaux ; *AJDA*, 2003, p. 1454, note J.-Ph Thiellay : « le Conseil supérieur de l'audiovisuel est chargé, en vertu de l'article 22 de la loi du 30 septembre 1986, de veiller à la meilleure utilisation possible des fréquences radioélectriques disponibles en vue notamment du développement de la télévision numérique terrestre ; qu'il lui appartient de procéder à cette fin aux réaménagements de fréquences nécessaires par des décisions unilatérales ».

²³³² Par exemple, l'ARCEP ne peut refuser une autorisation que pour certains motifs limitativement énumérés à l'art. 42-1, I du Codes des postes et des communications électroniques qui sont la sauvegarde de l'ordre public, besoin de la défense nationale ou de la sécurité publique, bonne utilisation des fréquences, incapacité technique ou financière du demandeur à assumer ses obligations, condamnation du demandeur à certaines sanctions. V. de manière générale, J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, thèse Aix-Marseille III, 2012.

réunion²³³³. De prime abord, les possibilités de confrontation entre le pouvoir de gestion et les libertés, qui se traduiraient par une prévalence de la prétention de l'utilisateur sur les motifs de gestion, sont pauvres²³³⁴. Le juge reconnaît rarement que le refus d'accès au domaine public soit constitutif d'une atteinte à l'exercice d'une liberté. Les intérêts économiques jouissent, par contre, d'une attention plus particulière de la part du juge administratif qui assure ainsi un rééquilibrage entre la volonté du gestionnaire et celle de l'utilisateur.

II. La prise en compte des intérêts économiques par la domanialité publique

428. Les évolutions jurisprudentielles relatives aux relations entre le pouvoir de gestion et les libertés économiques n'ont pas seulement pour objet de modifier le rapport entre la personne publique et le domaine public, mais aussi de modifier l'interaction entre le gestionnaire et les usagers. Historiquement, la jurisprudence avait parfaitement saisi la dimension économique de certaines utilisations, que ce soit du point de vue du gestionnaire ou de celui de l'utilisateur, mais elle a par la suite rompu ce processus. Elle a revivifié une conception de la domanialité publique antiéconomique, et a aussi évacué l'hypothèse de l'invocabilité de la liberté du commerce et de l'industrie à l'encontre du pouvoir de gestion²³³⁵. Les utilisations économiques se déroulent sur le domaine public sans bénéficier d'une assise juridique dédiée, les intérêts économiques ont donc été relégués à l'ordre de l'implicite ou écrasés sous le poids de la logique gestionnaire (**A**). La jurisprudence *Société EDA*²³³⁶ est le point de départ d'une consécration des intérêts économiques : dans son analyse de cet arrêt, la doctrine s'est focalisée principalement sur le rapport entre le pouvoir de gestion et le droit de la concurrence, elle a replacé la jurisprudence dans le mouvement plus général de la confrontation entre la puissance publique et le marché économique, dans la continuité de la jurisprudence *Million et Marais*²³³⁷. Une lecture domaniale insiste au contraire sur le revirement jurisprudentiel opéré par l'arrêt *Société EDA* qui offre la possibilité d'invoquer non seulement le droit de la concurrence mais surtout la liberté du commerce et de l'industrie face aux actes de gestion (**B**).

²³³³ TA Paris, 11 juin 2003, Association Front national : *AJDA*, 2003, p. 108.

²³³⁴ V. malgré tout, TA Paris, 13 mai 2004, Assoc. culturelle des Témoins de Jéhovah : *D.*, 2004, 2398, note Garay.

²³³⁵ CE, 20 déc. 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, préc. Sur cette jurisprudence, v. J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 73 et s.

²³³⁶ CE, 26 mars 1999, Société EDA, préc.

²³³⁷ A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 36 et s. ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 320 et s.

A. Une prise en compte limitée des intérêts économiques

429. La domanialité publique n'est pas en soi hermétique aux intérêts économiques. Le domaine public peut en effet être le terrain du jeu économique. Mais l'intégration des préoccupations économiques s'avère limitée, que ce soit en matière d'usages collectifs (1) ou en matière d'usages privatifs (2)

1. Les usages collectifs et les intérêts économiques

430. L'opposition entre les intérêts économiques et la domanialité publique ne reflète pas la construction juridique des usages collectifs. La liberté de circulation a une origine économique. À l'initiative de Turgot, inspiré des théories physiocratiques, l'édit du 13 septembre 1774 pose le principe de la liberté de circulation en matière de commerce des grains, la liberté de circulation étant « le seul moyen d'assurer l'approvisionnement du pays et d'éviter les famines »²³³⁸. Sur ce fondement, un lien est plus tard établi entre la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de circulation²³³⁹, selon lequel l'utilisateur ordinaire et l'utilisateur économique bénéficient d'un statut équivalent, le droit d'accès des riverains est aussi garanti pour les commerçants dans la mesure où il est consubstantiel à leur activité²³⁴⁰. Mais si, un temps, l'usage de la voirie se cachait sous l'anonymat de l'usage collectif, la tendance, à partir de la fin du XIX^e siècle, est de distinguer les usages économiques des usages dits normaux de la voirie publique. Les usages économiques perdent le bénéfice de la normalité²³⁴¹ et les intérêts économiques basculent dans une autre catégorie, ils ne sont plus des intérêts juridiquement protégés, ni même des intérêts légitimes, ils deviennent des intérêts tolérés par l'administration et, dans certains cas, des intérêts illégitimes. Les conclusions du Commissaire du gouvernement Gauvain sur l'arrêt *Ponthas* entérinent la dissociation entre les usages économiques et la liberté de circulation : « les voitures publiques [...] n'usent pas du sol des rues dans les conditions ordinaires ; elles y passent tout le jour et souvent une partie de la nuit ; elles s'approprient, elles accaparent en quelque sorte la voie publique, qui pourtant est

²³³⁸ J.-P. BROUANT, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, *op. cit.*, p. 57. Sur l'édit du 13 septembre 1774, v. C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, 1989, p. 857.

²³³⁹ Sur ce point, v. art. 7 § 3 de la loi du 11 frimaire an VII. Sur ce point J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 90. V. aussi art. 1^{er} de la loi du 30 mai 1851. Sur ce point, v. J. DUFAU, *Le domaine public*, t. II, 3^e éd., 2001, *op. cit.*, p. 457.

²³⁴⁰ RIVET concl. sur CE, 11 déc. 1931, Ligue pour la défense du commerce parisien : *Rec.*, p. 100. V. aussi, CE, 16 oct. 1935, Phélipon : *Rec.*, p. 930 : L'arrêt qui interdit tout stationnement en dehors d'une zone déterminée est illégal par ce qu'il « a pour effet de rendre impossible dans des conditions normales les opérations de chargements et de déchargement que nécessite le commerce du requérant ». Sur ce point, v. D. MAILLOT, *La place du principe de liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 112.

²³⁴¹ CE, 30 mars 1900, Hostein : *Rec.*, p. 248 : les voies publiques « sont faites pour les besoins de la circulation et non pour l'exercice des industries étrangères à cette affectation ».

faite pour tous. La rue n'est pas seulement pour elles la voie de communication sur laquelle on passe ; elle est le premier instrument de leur industrie »²³⁴². L'idée est plus tard parfaitement synthétisée par la note de Laroque sous l'arrêt *Société des autobus antibois* : « ce n'est pas user normalement de la voie que d'en faire le siège d'une exploitation commerciale [et] tirer argent de l'exploitation du domaine ne peut être regardé comme un usage normal de celui-ci »²³⁴³.

La perte pour le marchand d'une légitimité sociale sur le domaine public précède la perte de sa légitimité juridique. L'acteur économique tire du domaine public un « avantage spécial »²³⁴⁴ qui explique sa soumission à un régime spécifique²³⁴⁵. L'acteur économique est dans une position plus fragilisée²³⁴⁶ et s'incline devant la primauté des usages collectifs, de telle sorte que le juge administratif opère une hiérarchisation entre les différents usages, au profit des usages ordinaires : seuls ces derniers correspondent véritablement à l'affectation domaniale²³⁴⁷. À la marge de l'affectation domaniale, les usages économiques sortent donc des intérêts visés par la domanialité publique. Les usages économiques ne jouissent plus de la protection de la liberté de circulation, ils ne jouissent pas non plus totalement du cadre protecteur de la liberté du commerce et de l'industrie²³⁴⁸, à tel point que le Commissaire du gouvernement Rougevin-Baville a nourri des doutes quant à « l'existence d'une véritable liberté du commerce lorsqu'il s'agit d'une activité qui s'exerce sur la voie publique »²³⁴⁹. La liberté du commerce et de l'industrie garde une certaine pertinence vis-à-vis des mesures de police²³⁵⁰, mais elle oppose peu de résistance face à la montée en puissance de la logique gestionnaire. Le gestionnaire public peut soumettre à autorisation l'activité économique sur le

²³⁴² GAUWAIN concl. sur CE, 7 déc. 1888, Ponthas : *Rec.*, p. 920. V. aussi, PARODI, concl. sur CE, sect., 20 octobre 1933, Vavasseur ; B. CHENOT, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, EDCE, n°4, 1950, p. 77 : « une activité économique qui fait du domaine public le siège de son industrie peut être subordonnée à autorisation préalable : par leur nature même, de telles activités ne s'exercent pas dans les conditions normales de l'initiative privée ».

²³⁴³ P. LAROQUE, note sous CE, 29 janv. 1932, Société des autobus antibois, S., 1932, III, p. 65.

²³⁴⁴ G. WATRIN, « Police, domaine public et service public », préc.

²³⁴⁵ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, op. cit., p. 244.

²³⁴⁶ D. MAILLOT, *La place du principe de liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français*, op. cit., p. 114 : « il semble que la qualité de commerçant, loin d'ajouter à leurs prérogatives en matière, soit de nature, eu égard au profit qu'ils tirent de leurs activités sur les voies publiques, à affaiblir leur position face aux pouvoirs publics ».

²³⁴⁷ J. MASSOT et C. DEWOST, « Chronique générale de jurisprudence administratif », *AJDA*, 1964, p. 221. S'agissant de la réglementation des auto-écoles, « la Haute Assemblée a estimé que la liberté collective de circulation devait dans certaines hypothèses l'emporter sur la liberté individuelle d'exercer une activité professionnelle lucrative sur la voie publique [...]. Une telle interprétation ne préjuge pas l'exercice sur la voie publique d'autres libertés dont on peut estimer qu'elles ont un caractère plus "noble" et qui ont été e tout cas jusqu'à présent plus particulièrement protégées ». V. aussi, É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. II, op. cit., p. 873 : « dans la rue, la liberté d'aller et venir doit par principe être protégée ; elle doit par principe prévaloir sur la liberté du commerce et de l'industrie » ; J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, op. cit., p. 54.

²³⁴⁸ Pour un exemple, CE, 22 fév. 1961, Lagoutte et Robin : *RPDA*, 1961, n° 194 ; *AJDA*, 1961, II, p. 266. Les restrictions au droit d'accès des commerçants sont appréciées plus largement par le juge administratif.

²³⁴⁹ M. ROUGEVIN-BAVILLE, concl. sur CE, 25 janv. 1980, Gadiaga : *Rec.*, p. 44.

²³⁵⁰ CE, 22 juin 1951, Daudignac : *Rec.*, p. 362 ; *D.*, 1951, p. 589, concl. Gazier ; CE, 25 janv. 1980, Gadiaga : *Rec.*, p. 44 ; CE, 16 janv. 1987, Auclair : *Rec.*, p. 603.

domaine public²³⁵¹, lui imposer des obligations particulières, voire l'interdire suivant des motifs d'intérêt général ou en raison de la protection du service public, sans que soit en jeu une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.

2. Les usages privatifs et les intérêts économiques

431. Concernant les usages privatifs, la première hypothèse est celle des dépendances en lien avec le commerce économique, telles que les marchés locaux ou d'intérêt national (MIN)²³⁵². Dans ce cas, « l'utilisation privative en vue d'une exploitation économique est précisément l'objet même de l'affectation de ces dépendances »²³⁵³. En raison de l'affectation, il est admis par le juge administratif que l'administration est en principe tenue de délivrer une occupation à un commerçant qui revendique l'accès²³⁵⁴, dans la limite des places disponibles, qui prendra généralement la forme d'un « contrat de concession d'emplacement »²³⁵⁵. Le droit d'accès prend une dimension supplémentaire en matière de marché d'intérêt national : puisqu'un périmètre interdit tout commerce en gros autour du marché, tout commerçant est dans l'obligation de s'installer dans l'enceinte du marché pour exercer son activité²³⁵⁶. La prise en considération des intérêts économiques se réalise à travers la destination de la chose, l'affectation est directement le fondement de l'usage économique du domaine public. Bien que la liberté du commerce et de l'industrie ne fasse pas obstacle à l'obligation d'un titre pour toute occupation²³⁵⁷, un lien est parfois tissé entre l'affectation de la dépendance et l'exercice d'une liberté économique, qui suppose que le refus fondé sur des motifs illégaux soit constitutif d'une atteinte à une liberté économique²³⁵⁸.

²³⁵¹ V. sur ce point, M. KHAN, concl. sur CE, 15 oct. 1965, Préfet de police : *AJDA*, 1965, p. 662.

²³⁵² Ch. CADOUX, « Un exemple de marché d'intérêt national », *AJDA*, 1962, p. 267.

²³⁵³ J.-P. BROUANT, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, *op. cit.*, p. 52.

²³⁵⁴ CE, 7 janvier 1954, Syndicat des marchands du carreau du Temple : *Rec.*, p. 55. V. par contre les motifs de refus, CE, 16 fév. 1966, Ministres des Finances et Affaires économiques c/ Murat : *RDP*, 1966, p. 618. L'autorisation peut être refusée pour « tout motif tiré des nécessités du bon fonctionnement du marché et notamment de ce que le demandeur n'a pas une activité commerciale suffisante pour justifier la concession d'un emplacement ».

²³⁵⁵ J. DUFAU, *Le domaine public*, t. II, 3^e éd., 2001, *op. cit.*, p. 620.

²³⁵⁶ Sur les évolutions du périmètre de la zone négative autour des MIN, v. M. DISTEL, « La réforme des marchés d'intérêt national », *AJDA*, 2006, p. 2263. Et dans une perspective historique, F. BATAILLER, « Les "Beati possidentes" du droit administratif (Les actes administratifs créateurs de privilèges) », *RDP*, 1965, p. 1051.

²³⁵⁷ CE, 23 juin 1983, Ville de Lyon : *Rec.*, p. 269 : « le fait de subordonner à une autorisation l'occupation d'un emplacement sur les halles et marchés qui appartiennent au domaine public, ne porte pas, par elle-même, une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie ».

²³⁵⁸ CE, 14 nov. 1924, Sieur Wischitz : *Rec.*, p. 891. Sur ce point, v. Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 257 ; É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 249.

432. La seconde hypothèse est celle d'une dépendance affectée au service public dont la gestion impliquerait « la participation d'un grand nombre d'opérateurs privés »²³⁵⁹. Une possibilité s'offre à l'occupant si son intérêt est confondu avec celui du service public. L'intérêt de l'occupant est au moins un intérêt légitime en ce qu'il se pose en complément du service public. Le Conseil d'État s'est depuis longtemps saisi de la complémentarité entre des activités économiques et le service public. Par exemple, un garage contribue à améliorer l'efficacité d'un service de transport²³⁶⁰, l'usage économique peut donc être un complément normal du service public²³⁶¹. Plus ancienne encore est la jurisprudence judiciaire qui reconnaît que la construction d'un hôtel dans l'enceinte d'une gare est le complément naturel du service public²³⁶². La place de l'occupant ne s'inscrit pas à contre-courant de l'affectation, le service public est au contraire le creuset de l'activité marchande sur le domaine public, mais l'utilisateur ne bénéficie pas pour autant d'un droit privilégié à l'accès au domaine public, le service public ne donne pas un fondement juridique à l'opérateur économique, l'accès au domaine public profite avant tout aux usagers du service public.

433. La dernière hypothèse est celle des usages économiques du domaine public qui ne correspondent pas directement à l'affectation. Le domaine public peut être un espace économique, le fait que les occupations privatives soient le support d'activités économiques est une donnée historiquement incontestable²³⁶³, mais l'usage économique s'appuie-t-il sur un intérêt reconnu par la domanialité publique ? Dans la plupart des cas, l'intérêt économique ne se conjugue pas avec la notion de conformité. Réminiscence de la théorie du droit de garde, le raisonnement est identique à celui qui concerne les usages collectifs : l'usage privatif et économique ne répond pas à la destination première et principielle des dépendances domaniales. Dans l'accès au domaine public, l'intérêt économique est un *fait*, se trouvant à la lisière du droit, qui peut être pris en compte par l'administration gestionnaire mais qui n'est pas au fondement d'un intérêt légitime, encore moins d'un droit opposable aux actes de gestion.

Le paradoxe de l'avènement de la logique gestionnaire est que « l'aspect économique et patrimonial du domaine public » profite exclusivement à l'administration, et sans que cela ait des implications sur le statut de l'utilisateur, en conséquence de quoi, selon la jurisprudence *Société*

²³⁵⁹ C. MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, op. cit., p. 428.

²³⁶⁰ CE, 5 fév. 1965, Société lyonnaise de transports : RDP, 1965, p. 493, concl. Galmot.

²³⁶¹ CE, 10 mai 1996, SARL La Roustane : Rev., p. 168 ; AJDA, 1996, p. 555, concl. Schwartz ; DA, 1996, n° 426, obs. R. S.

²³⁶² CA Aix, 15 fév 1882, Chemins de fer de Lyon c/ Julien et Blanc : S., 1882, II, p. 169, note Lyon-Caen et C. cass, 19 déc. 1884, Julien et Blanc c/ P.L.M : S., 1884, I, p. 433, cité par C. MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, op. cit., p. 145.

²³⁶³ M. HAURIOU, « Danger des monopoles de fait établis par occupation de la voie publique. Le gaz et l'électricité », RDP, 1894, p. 78.

Nationale Éditions Cinématographique, « [ni] le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni celui de la liberté de la presse [...] ne sauraient faire obstacle à l'exercice de ces pouvoirs de gestion »²³⁶⁴. Les préoccupations économiques et financières sont intégrées dans l'intérêt général, mais l'intérêt économique du particulier ne reçoit pas de consécration juridique à part entière. Les raisons avancées par la doctrine sont diverses, mais le fondement propriétaire du pouvoir de gestion explique l'absence d'opposabilité des libertés économiques. Denoyer lie l'impossibilité d'invoquer la liberté du commerce et de l'industrie au pouvoir discrétionnaire dont bénéficie l'administration en raison de son droit de propriété²³⁶⁵. L'analyse n'est pas totalement convaincante : elle se comprend au sujet des usages simplement compatibles, terrain de prédilection de la discrétionnalité du gestionnaire, mais elle n'explique pas l'absence d'opposabilité des libertés économiques pour les usages conformes. Une autre analyse, proposée par le Professeur É. Picard, plus convaincante mais tout aussi critique de la jurisprudence *SNEC*, dénonce le cantonnement de la gestion dans la discipline interne de l'administration. Suivant le propos de l'auteur, l'administration est un propriétaire replié sur lui-même, le pouvoir de gestion est une prérogative qui ne touche pas directement la sphère juridique des usagers²³⁶⁶ – mais uniquement de manière médiate – et il n'est donc pas en relation avec les libertés individuelles. Quelles qu'en soient les raisons, l'inopposabilité des libertés économiques connaît une certaine postérité²³⁶⁷. Le tournant ne s'amorce qu'à la fin du XX^e siècle, avec la jurisprudence *Société EDA*, à travers une prise en compte plus approfondie des intérêts économiques des usagers.

B. L'approfondissement de la prise en compte des intérêts économiques des usagers

434. Il y a deux manières de lire la jurisprudence *Société EDA*²³⁶⁸ et ses suites jurisprudentielles. La première consiste à s'intéresser au rapport entre la puissance publique et le marché réglé par le droit de la concurrence, et à comprendre ce qu'il révèle des rapports entre le gestionnaire et l'économie. La seconde manière change quelque peu le point de vue, elle insiste sur la prise en compte des intérêts économiques dans le cadre juridique de l'accès

²³⁶⁴ CE, 20 déc. 1957, Société nationale d'éditions cinématographique, préc. V. aussi, É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, op. cit., p. 134 et s.

²³⁶⁵ J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, op. cit., p. 75.

²³⁶⁶ É. PICARD, *La notion de police administrative*, t. I, op. cit., p. 846.

²³⁶⁷ CE, 17 janvier 1990, SARL Ent. Boënnec : *DA*, 1990, comm. n° 101. Ce dernier arrêt étend le principe de la jurisprudence *SNEC* à la loyauté de la concurrence : « Considérant qu'il appartient à l'autorité chargée du domaine public de délivrer des autorisations d'occupation en considération tant de l'intérêt général que de l'intérêt dudit domaine; que ni le principe de la loyauté de la concurrence, ni le respect des règles applicables aux installations classées ne sauraient faire obstacle à l'exercice de ces pouvoirs de gestion ».

²³⁶⁸ CE, Sect., 26 mars 1999, Société EDA, préc.

au domaine public, initiée par cette jurisprudence. Pour C. Mamontoff²³⁶⁹ ou le Professeur G. Clamour²³⁷⁰, la jurisprudence *Société EDA* serait le point d'orgue d'un processus tendant à l'affirmation de la fonction utilitariste du domaine public, en somme le début du règne de l'approche économique du domaine public. Une telle remarque puise dans le fonds conceptuel des utilitaristes et des partisans de l'école de l'analyse économique du droit²³⁷¹, elle insiste à juste titre sur le lien entre l'approche utilitariste du domaine public et l'invocabilité des libertés économiques. Il faut néanmoins changer de perspective. Le domaine public procure des « utilités »²³⁷² et ces utilités représentent une « valeur économique »²³⁷³, mais la question est de savoir dans quelle mesure la domanialité publique intègre les intérêts correspondants à ces utilités économiques. C'est à ce titre qu'interviennent le droit de la concurrence ou la liberté du commerce et de l'industrie. Absorbé par la domanialité publique, ce corpus normatif donne un support juridique à certains intérêts économiques dans le cadre de la revendication de l'accès au domaine public, en consacrant d'une part l'invocabilité des libertés économiques (1) et en permettant, d'autre part, l'intégration des préoccupations économiques dans l'intérêt général (2).

1. L'invocabilité des libertés économiques à l'encontre du pouvoir de gestion

435. Par son considérant de principe, la jurisprudence *Société EDA* opère une jonction entre l'usage économique du domaine public et l'exercice d'une liberté économique : « s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre, lorsque conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activité de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ; qu'il appartient alors au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils

²³⁶⁹ C. MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, op. cit., p. 324.

²³⁷⁰ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 283.

²³⁷¹ Sur la jonction entre la théorie de Bentham et l'analyse économique du droit, v. A. STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et Posner », *APD*, t. 37, 1992, p. 143.

²³⁷² Sur la définition de l'utilité, J. BENTHAM, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op. cit., p. 332, cité par A. STROWEL, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et Posner », préc., p. 152 : « par utilité, on entend cette propriété qui se trouve dans tout objet et grâce à laquelle il tend à produire bénéfice, avantage, plaisir, bien ou bonheur ».

²³⁷³ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 129 : « Les valeurs économiques désignent les diverses formes de richesse, dont le rôle est de satisfaire aux besoins économiques des individus ».

en ont fait, en les combinant, une exacte appréciation»²³⁷⁴. L'apport est considérable, la jurisprudence consacre « la légitimité juridique »²³⁷⁵ des intérêts économiques face au pouvoir de gestion. Il est donc reconnu sur le plan juridique que le domaine public procure des avantages économiques au profit de certains usagers, et que le refus d'accès à la dépendance domaniale décidé par le gestionnaire public peut être constitutif d'une atteinte soit au droit de la concurrence, soit à la liberté du commerce et de l'industrie. La portée de la jurisprudence *Société EDA* est telle qu'elle a vocation à s'appliquer à une généralité de situations ; elle vise la gestion domaniale dans son ensemble, sans opérer de distinction entre les différents types d'usages domaniaux (privatifs ou collectifs), dans la mesure où la formulation « *lorsque conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activité de production, de distribution ou de services* » est entendue *lato sensu* par le juge administratif. La jurisprudence *Société EDA* concerne, à son heure, l'octroi des occupations privatives²³⁷⁶, mais son raisonnement est également étendu à l'accès collectif au domaine public²³⁷⁷. Les préceptes de la jurisprudence *Société EDA* ont été élaborés au sujet d'une dépendance ayant pour principal objet d'accueillir des activités économiques, telles que les aéroports²³⁷⁸, mais la prise en compte des intérêts économiques touche des dépendances *a priori* plus éloignées des usages économiques²³⁷⁹. L'arrêt *Société EDA* participe ainsi à un double mouvement, il réintroduit les intérêts économiques dans le giron de la normalité²³⁸⁰ et il livre une conception large du rapport de conformité entre un usage économique et l'affectation. Par contre, la tendance jurisprudentielle qui suit la jurisprudence *Société EDA* est de mettre sur le même plan la libre concurrence, la liberté du commerce et de l'industrie et le principe d'égalité. Un effort de clarification des rôles respectifs de ces principes n'est pas forcément de mise dans l'argumentation des juges : le refus d'accès, par exemple, s'apprécie de manière unitaire, sans qu'il y ait une différence posée par le juge entre la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence²³⁸¹. Mais, en définitive, dans l'arrêt *RATP*²³⁸², « le Conseil d'État récuse

²³⁷⁴ CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, préc. (on souligne).

²³⁷⁵ P. ROUBIER, « De la légitimité des situations juridiques », préc.

²³⁷⁶ V. également, CAA Marseille, n° 09MA03289, 7 fév. 2012, SNC Besson.

²³⁷⁷ CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée, préc. V. aussi, CE, 27 oct. 2009, *Société Trans Côté d'Azur*, inédit au recueil Lebon.

²³⁷⁸ V. aussi, CAA Paris, 4 déc. 2003, n° 00PA02470, Sté d'équipement Tahiti et îles : *AJDA* 2005, p. 200, note S. Nicinski.

²³⁷⁹ Par exemple un parking, CAA Douai, 16 nov. 2004, n° 01DA00715, Sté Autoforum du particulier : *AJDA* 2005, p. 79.

²³⁸⁰ S. MANSON, « Gestion domaniale et libertés économiques. Étude sous CE Sect. 26 mars 1999 *Société EDA* », *RDP*, 1999, p. 1543.

²³⁸¹ Pour un exemple, CAA Bordeaux, 30 déc. 2009, n° 06BX01765, SARL CRAM : Concurrences, 2009-I, p. 220, obs. A. Camus.

²³⁸² Conseil d'État, 23 mai 2012, *RATP* : *AJDA*, 2012, p. 1037 ; *ibid.*, p. 1129, tribune S. Braconnier ; *ibid.*, p. 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; *AJCT*, 2012, p. 445, obs. A.-S. Juilles.

cette assimilation et clarifie, à cette occasion, la fonction de la liberté du commerce et de l'industrie par rapport à celle de la libre concurrence »²³⁸³, au prix, nous le verrons, d'un appauvrissement des rapports entre les intérêts économiques et le pouvoir de gestion.

2. L'intégration des préoccupations économiques dans l'intérêt général

436. Si l'intérêt économique a désormais droit de cité sur le domaine public, il n'est pas nécessairement synonyme d'intérêt individuel. Il y a une différenciation des rôles respectifs de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence. Alors que la liberté du commerce et de l'industrie induit une individualisation de l'intérêt économique du particulier, la libre concurrence vise en premier lieu l'intérêt du marché, qui s'apparente à un intérêt économique général²³⁸⁴. Comment l'intérêt concurrentiel peut-il être porteur des intérêts économiques des administrés ? La question n'est pas négligeable, le lien de causalité entre une obligation juridique et l'intérêt d'un administré en est tributaire. Partant du principe que le droit de la concurrence modifie le cadre du pouvoir de gestion, il s'agit de s'interroger sur la relation entre une obligation juridique issue du droit public de la concurrence et l'intérêt économique d'un particulier. Deux cas de figure sont possibles, soit l'intérêt du particulier n'est que le dérivé de la préservation de l'ordre concurrentiel, un « effet-reflexe »²³⁸⁵ de l'intérêt du marché, soit l'ordre concurrentiel est porteur des intérêts économiques des particuliers, distincts de l'intérêt du marché. À se référer à la doctrine subjectiviste, par exemple à Jellinek, Bonnard, Barthélemy ou Michoud, une obligation instituée en vue de l'intérêt général ne peut être constitutive d'un droit public subjectif²³⁸⁶. C'est pour cette raison que la concordance entre l'intérêt concurrentiel et l'intérêt général peut poser des problèmes théoriques.

437. L'analyse du Professeur G. Clamour insiste sur la dimension objectiviste du droit de la concurrence – ou doit-on comprendre sa dimension institutionnelle – qui dépasse ainsi le cadre restreint et subjectiviste de la liberté du commerce et de l'industrie. L'intérêt général épouse, selon l'auteur, la visée concurrentielle : la défense d'« un intérêt supérieur objectivé », c'est-à-dire « la protection ou la préservation des structures concurrentielles »²³⁸⁷. C'est en

²³⁸³ S. BRACONNIER, « Domaine public : la liberté du commerce et de l'industrie réhabilitée, mais bridée. », *AJDA*, 2012, p. 1129.

²³⁸⁴ V. de manière générale, G. CLAMOUR, *Intérêt général et droit de la concurrence*, *op. cit.* ; J.-P. KOVAR, *L'État et les modes d'organisation du marché*, *op. cit.*

²³⁸⁵ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 2^e éd., 1924, *op. cit.*, p. 103.

²³⁸⁶ V. sur ce point particulièrement, G. JELLINEK, *System der subjectiven Öffentl. Rechte*, *op. cit.*, p. 233 ; R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 50.

²³⁸⁷ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 247. V. aussi sur l'assimilation entre l'ordre concurrentiel et l'intérêt général, D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 90 et s.

amont une vision renouvelée de l'intérêt général ; les acteurs du droit ont porté l'intégration des préoccupations concurrentielles dans l'intérêt général. Dans son rapport intitulé *Collectivités publiques et concurrence*, le Conseil d'État affirme clairement cette convergence : « la concurrence apparaît ainsi, en tant que garantie de la meilleure efficacité dans l'allocation des ressources, être un élément de l'intérêt général »²³⁸⁸. Ainsi, « l'intérêt général demeure en tant que catégorie constitutive de la singularité de l'action publique, mais sa substance s'est transformée. Sa teneur se fait de plus en plus économique et ses modes d'appréciation passent par des raisonnements de type économique »²³⁸⁹. Comme d'autres pans du droit administratif, le domaine public est aussi pénétré par l'intérêt général concurrentiel ; le juge administratif sollicite notamment les notions propres au droit domanial qui constituent ainsi des standards juridiques – par exemple la meilleure utilisation du domaine public – afin d'assurer la confrontation entre le pouvoir de gestion et l'ordre concurrentiel²³⁹⁰.

Dans la perspective d'un lien de causalité entre une obligation juridique et les droits publics subjectifs des administrés, l'assimilation entre l'intérêt du marché et l'intérêt général est surmontable. La levée de l'obstacle théorique ne relève pas de l'hypothèse de l'accolade d'un intérêt particulier à l'intérêt général, énoncée par Bonnard, selon laquelle « en plus de [la] satisfaction d'intérêts généraux, l'administration peut aussi poursuivre la satisfaction de certains intérêts particuliers »²³⁹¹. La raison est tout autre. Le rapport entre l'intérêt général concurrentiel et l'intérêt économique du particulier ne repose pas sur un principe d'opposition – du moins celui-ci est résiduel –, mais sur une relation dialectique. Sur le domaine public, deux principaux rapports sont identifiables : soit l'intérêt général contribue à satisfaire un intérêt privé, soit l'intérêt privé concourt à la réalisation de l'intérêt général. Le juge administratif manie ces différentes conceptions. Dans la jurisprudence *Somatour*, la subsomption des préoccupations concurrentielles sous la notion de la meilleure utilisation du domaine public fait écho aux intérêts des particuliers d'accéder au domaine public²³⁹². Et dans l'arrêt *SETIL* de la Cour administrative d'appel de Paris, le juge administratif s'est saisi du

²³⁸⁸ Conseil d'État (Section du rapport et des études), *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE, n° 53, La doc. fr., 2002, p. 219.

²³⁸⁹ J. CAILLOSSE, « Le droit administratif saisi par la concurrence ? », *AJDA*, 2000, p. 102. Dans une perspective historique, v. J. BELIN, *Recherches sur la notion d'utilité publique en droit administratif français*, thèse Paris, Dalloz, 1933, p. 4 et s. spé. p. 5.

²³⁹⁰ CE, 10 avr. 2002, SARL Somatour : *Rec.*, 2002, p. 918 ; *Contrats-Marchés publ.* 2002, comm. 148, note P. Délélis ; *MTP*, 14 juin 2002, p. 109 ; *JCP G.*, 2002 I 169, obs. Braconnier. V. aussi, l'analyse du Professeur G. CLAMOUR, *in Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 559 et s.

²³⁹¹ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 62.

²³⁹² CE, 10 avr. 2002, SARL Somatour, préc.

concept de concurrence-moyen²³⁹³ afin de considérer que la sollicitation d'un agent de change pour occuper le domaine public aéroportuaire participe à la satisfaction de l'intérêt général²³⁹⁴.

438. *Conclusion §1.* Les intérêts des particuliers ont acquis l'autonomie et sont distincts des intérêts poursuivis par la personne publique gestionnaire du domaine public : le pouvoir de gestion doit se conjuguer avec la prise en compte des intérêts des administrés. L'autonomisation des intérêts des usagers se renforce, parallèlement à l'approfondissement de leur protection contentieuse par l'exercice de différentes voies de droit.

§2. L'ENRICHISSEMENT DE LA PROTECTION CONTENTIEUSE DES INTÉRÊTS DE L'ADMINISTRÉ FACE AU POUVOIR DE GESTION

439. L'efficacité de la reconnaissance des intérêts des usagers tient aussi à leur protection contentieuse. Dans le sillage de Jhering, les théoriciens du droit public subjectif considèrent que la reconnaissance d'un intérêt en droit repose sur un critère formel : la possibilité d'exercer un recours. Particulièrement, pour Barthélemy, « le recours est donc pour l'administré un moyen de [...] faire respecter [les différents cas d'ouverture] ; il a *la puissance juridique* d'en exiger l'observation »²³⁹⁵. Pourtant, l'association entre les droits publics subjectifs et les voies de droit suscite un questionnement, tout comme la protection des intérêts par les recours administratifs. Si un droit public subjectif est uni à l'exercice du recours contentieux par un lien consubstantiel, il faut néanmoins les distinguer, le droit public subjectif au domaine public n'est pas ce que Barthélemy nomme un droit public subjectif à la légalité administrative : son objet est différent, il réside dans la possibilité pour l'administré d'exiger l'accès au domaine public. L'exercice du recours n'intervient qu'en cas de contestation et ne peut donc être un élément de la définition du droit public subjectif. Autrement dit, l'association du droit public subjectif avec un recours contentieux renforce sa juridicité, mais n'est pas un gage de son existence.

En outre, le confinement du recours pour excès de pouvoir dans un cadre exclusivement objectiviste n'aide pas à la mise en place d'une relation entre la protection des

²³⁹³ Sur cette notion, v. P. BONASSIES, « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen », in *Etudes dédiées à Alex Weil*, Dalloz, 1983, p. 51 ; L. CARTELIER, « Les services publics européens, la concurrence et l'intérêt général », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, p. 14 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, op. cit., p. 38 et s ; A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, « Manuel », 2002, p. 9

²³⁹⁴ CAA Paris, 4 déc. 2003, n° 00PA02740, Sté d'équipement de Tahiti et des Îles [SETIL] : *Contrats-Marchés publ.* 2004, comm. 54, note G. Eckert.

²³⁹⁵ J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, op. cit., p. 66 (souligné par l'auteur).

intérêts des administrés et l'exercice de ce recours administratif. Il n'y a pas de contestation possible d'un administré face à l'atteinte du gestionnaire public à un intérêt, « on n'y trouverait qu'une prétention unilatérale concernant l'illégalité de l'acte administratif attaqué »²³⁹⁶. Pour ces différentes raisons, le thème de la protection contentieuse des intérêts appelle en premier lieu un renouvellement de la vision de l'exercice du recours pour excès de pouvoir à l'encontre du pouvoir de gestion (I). En outre, la protection contentieuse des intérêts, au fondement d'un droit, se présente sous nouveau jour avec la multiplication des voies de droit : les procédures de référé et le recours en responsabilité insèrent plus encore les actes de gestion dans un contentieux subjectif (II).

I. La protection des intérêts par le recours pour excès de pouvoir

440. Le débat est classique. Le lien entre droit public subjectif et recours administratif est souvent critiqué en raison des caractéristiques du contentieux administratif. Dans sa critique de l'œuvre de Barthélemy, Duguit convoque les canons habituels de la théorie objectiviste du recours pour excès de pouvoir : « le demandeur au recours pour excès de pouvoir ne réclame point la réalisation d'un intérêt et ne peut pas l'obtenir ; il réclame et ne peut obtenir que l'annulation d'un acte qu'il prétend violer la loi ; on ne peut donc dire que le recours pour excès de pouvoir soit une action en justice garantissant un intérêt »²³⁹⁷. Autrement dit, le recours pour excès de pouvoir est un recours d'utilité publique car son « objet est la sauvegarde de la légalité »²³⁹⁸. Dans la mesure où l'annulation *erga omnes* profite à l'ensemble des administrés, l'auteur du recours ne poursuit donc pas son propre intérêt, mais l'intérêt général confondu avec la légalité objective. En conséquence, le recours revêt un caractère d'ordre public qui l'oppose à la protection contentieuse d'un droit subjectif. L'administré a la possibilité de renoncer à la reconnaissance d'un droit subjectif, alors que « l'acquiescement donné à une décision ne met pas fin au droit de la contester »²³⁹⁹ à travers un recours en annulation.

La dimension objectiviste du recours pour excès de pouvoir de pouvoir est un cadre d'analyse auquel la doctrine reste très attachée. Mais les « théories juridiques [...] n'étant que des constructions de l'esprit doivent être abandonnées lorsqu'elles cessent d'être explicatives et utiles »²⁴⁰⁰. La dimension strictement objectiviste du recours pour excès de pouvoir est

²³⁹⁶ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 23.

²³⁹⁷ L. DUGUIT, *L'État, Le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, 1901, Dalloz, rééd. 2003, p. 580.

²³⁹⁸ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 11^e éd., 2004, *op. cit.*, p. 217.

²³⁹⁹ *Ibid.*, p. 220.

²⁴⁰⁰ R. LATOURNERIE, « Étude sur la classification des diverses situations juridiques », préc.

inadaptée « à la promotion des intérêts individuels »²⁴⁰¹. La contestation de la légalité des actes de gestion peut difficilement être dissociée de la revendication d'un intérêt vis-à-vis de l'administration. Que dire d'une contestation d'un refus d'octroi d'une occupation du domaine public, hormis que l'annulation de l'acte de gestion contribue à la satisfaction d'un intérêt ? Le recours pour excès de pouvoir doit s'extraire du prisme réducteur de la légalité objective afin d'intégrer une dimension individualiste, témoin d'un rapport de droit sur le plan contentieux (A). La protection contentieuse d'un intérêt ne doit pas non plus être assimilée à la notion fonctionnelle d'intérêt à agir. La protection contentieuse d'un intérêt acquiert un véritable statut à la condition d'être intégrée dans l'appréciation de la légalité d'un acte de gestion (B).

A. La dimension individualiste du recours pour excès de pouvoir

441. Les représentations doctrinales du contentieux administratif prônent la dimension objectiviste du recours pour excès de pouvoir. Les théories de Bonnard et de Barthélemy n'ont pu résister à la construction du droit administratif sur des fondements objectivistes. Au début du XX^e siècle, Bonnard prône une théorie audacieuse puisqu'il assimile l'ensemble du contentieux administratif à un contentieux subjectif. Hormis le contentieux répressif, les différentes voies de droit sont liées par l'auteur à la protection d'un droit public subjectif²⁴⁰². À l'instar de celle de Barthélemy, la démonstration de Bonnard est portée à son paroxysme : l'auteur estime que le droit public subjectif n'est pas seulement un droit à une prestation de l'administration, mais qu'il est aussi un droit public subjectif à la légalité. Bonnard a beau déplacer le débat en estimant que l'essence du droit public subjectif réside dans le pouvoir d'exiger, sa définition reste empreinte de la théorie de Jhering, dans la mesure où le droit public subjectif est proche de la définition de l'intérêt juridiquement protégé. Le droit public subjectif à la légalité signifie qu'un administré a un intérêt dans l'observation par l'administration d'un corpus de règles relatives aux différents cas d'ouverture de la légalité administrative²⁴⁰³. Bonnard a le mérite de rendre compte de la dimension individualiste du recours pour excès de pouvoir en faisant un détour par le subjectivisme, mais la distinction entre le contentieux de la légalité et celui de l'exécution matérielle, qu'il opère, est peu adaptée au contentieux des actes de gestion, dans le cadre d'une théorie d'un droit public subjectif au

²⁴⁰¹ F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, t. 212, LGDJ, 2001, p. 379.

²⁴⁰² R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 66.

²⁴⁰³ *Ibid.*, p. 67 : « dans l'accomplissement de ses actes juridiques, l'administration est tenue d'observer certaines règles de compétence, de forme et de fond, si cette obligation est établie dans l'intérêt particulier de certains administrés, si l'un de ces administrés intéressés vient exiger l'observation de cette obligation, il n'y a aucune raison de dire qu'il n'y a pas là au profit de cet administré un droit public subjectif.

domaine public. Même s'il admet un possible enchevêtrement de ces deux contentieux²⁴⁰⁴, le contentieux de l'accès ne peut se résumer à un droit public subjectif à la légalité, ni à la prestation d'une exécution matérielle. La revendication de l'administré est à la fois tout autre, et entremêle les deux : elle a pour objet une prestation de l'administration, en raison d'une obligation juridique, et cette prestation consiste en la production ou en l'abstention d'un acte juridique. Bien que Bonnard fasse référence à l'intérêt juridiquement protégé, l'intérêt de l'administré à ce que l'administration observe la légalité administrative est peu différent, dans son discours, de l'intérêt à agir. Qu'un particulier ait un intérêt à l'annulation d'un acte est une chose, que l'intérêt soit protégé par le recours pour excès de pouvoir et qu'il soit une composante de la légalité en est une autre. Une assimilation rapide entre intérêt à agir et intérêt juridiquement protégé est favorable aux théories objectivistes du recours pour excès de pouvoir, puisque le cœur du contentieux est la question de la légalité objective de l'acte de gestion, qui n'inclut pas nécessairement l'intérêt de l'administré.

442. Une tendance récente tend pourtant à remettre en question l'attachement à la dimension strictement objectiviste du recours pour excès de pouvoir. Parmi certaines théories contentieuses, celle du Professeur F. Melleray propose notamment une nouvelle distinction des recours contentieux, suivant une analyse finaliste autour de la notion de but²⁴⁰⁵. Sur ce fondement, l'auteur propose une distinction entre les actions holistes et les actions individualistes²⁴⁰⁶ : « les dichotomies intérêt public/intérêt privé et intérêt général/intérêt particulier [...] se ramènent l'une et l'autre largement quoique non exclusivement à celle opposant systèmes de valeurs holistes et individualistes »²⁴⁰⁷. Sommairement, les actions holistes sont exercées au nom de l'intérêt général, et les actions individualistes sont effectuées dans l'intérêt de leur auteur. L'avantage de cette distinction est qu'elle apporte de la souplesse à l'approche théorique du recours pour excès de pouvoir : celui-ci n'est plus *prima facie* un recours exercé au nom de l'intérêt général, garant de la légalité objective, il est aussi dans certaines hypothèses un recours individualiste. Cette nouvelle classification des recours contentieux est en accord avec la tendance générale de subjectivisation du contentieux administratif, elle s'avère néanmoins peu pertinente dans la lecture de la confrontation entre les actes de gestion et la protection des intérêts des administrés.

²⁴⁰⁴ *Ibid.*

²⁴⁰⁵ F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, t. 212, LGDJ, 2001, p. 262 et s.

²⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 271 et s.

²⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 282.

B. Le protection d'un intérêt par le recours pour excès de pouvoir

443. Le dédoublement fonctionnel du recours pour excès de pouvoir est à la recherche de critères. Certains auteurs, tels que T.-X. Girardot et F. Raynaud²⁴⁰⁸, ont esquissé une distinction à partir de la dichotomie entre les actes créateurs de droit et les actes non créateurs de droit. Ces auteurs n'adhèrent pas à la distinction entre recours holiste et recours individualiste, ils proposent en effet de ranger le contentieux des actes créateurs de droit dans le plein contentieux, le contentieux de l'excès de pouvoir d'un acte créateur de droit serait selon leurs critères un recours individualiste et subjectif parce qu'il ne serait pas seulement question de l'intérêt à agir mais aussi de la protection d'un intérêt érigé en droit²⁴⁰⁹. Cependant, outre le fait que cette proposition repose sur une assimilation problématique entre droit subjectif et droit acquis, elle n'est pas opérante pour comprendre le contentieux de l'accès au domaine public. La catégorie de l'acte créateur de droit est peu représentative, elle représente une part résiduelle des actes de gestion. La classification est aussi trop réductrice car elle exclut du contentieux subjectif le contentieux des actes individuels non créateurs de droit.

444. Pour expliquer le dédoublement fonctionnel du recours pour excès de pouvoir, une autre approche consiste, dans la continuité de la doctrine d'ALIBERT, à proposer une distinction entre acte individuel et acte réglementaire. Il s'agit de « constater les deux aspects du recours pour excès de pouvoir, aspects variables selon la nature de l'acte ou la personnalité du requérant : l'un purement objectif, qui caractérise les recours dirigés contre les actes réglementaires ou formés, comme ceux d'un ministre ou d'un préfet, dans l'intérêt public ; l'autre quasi-subjectif, qui est celui des recours présentés contre des actes individuels, en vue de satisfaire des intérêts purement personnels »²⁴¹⁰. ALIBERT envisage ainsi un rapprochement entre le contentieux de l'excès de pouvoir contre des actes individuels et le plein contentieux, qui se conclut par une assimilation entre l'intérêt à agir et l'intérêt juridiquement protégé. De même, malgré sa perspective finaliste, la distinction entre les actions individualistes et les actions holistes, proposée par le Professeur F. Melleray, semble aussi s'intercaler dans la distinction entre les actes individuels et les actes réglementaires. L'individualisation du recours pour excès de pouvoir se comprend lorsqu'est contesté un acte individuel.

²⁴⁰⁸ T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD, chron. sur CE, ass., 24 octobre 1997, Madame de Laubier : *D.*, 1998, p. 202.

²⁴⁰⁹ Sur ce point, F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, *op. cit.*, p. 394-395.

²⁴¹⁰ R. ALIBERT, note sous CE, 10 mars 1933, Ministre des finances et 2 novembre 1934, Ministre de l'intérieur : *S.*, 1935, III, p. 105-106. V. aussi du même auteur, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 48-50.

445. Si l'on se tient aux critères posés par le Professeur F. Melleray, le rapport de droit est un rapport entre deux personnes individualisées et l'intérêt du particulier se prolonge dans l'intérêt à agir qui ne se comprend que dans la mesure où la décision individuelle porte une atteinte à un intérêt particulier. L'administré agit ainsi pour son propre intérêt et non pour l'intérêt général. Par contre, la contestation d'un acte de gestion réglementaire est prisonnière des choix théoriques propres aux actes généraux, qui excluent de manière principielle les rapports de droit²⁴¹¹. Nul n'a de droit au maintien d'un acte réglementaire et nul ne peut tirer un titre individuel et donc un droit public subjectif d'un acte réglementaire. La généralité de la norme créée par l'acte réglementaire se confond avec l'intérêt général, un administré a un intérêt à agir, mais, par l'entremise de son recours, ce n'est pas son propre intérêt qui est protégé, son action ne revêt qu'un caractère holiste. La distinction du Professeur F. Melleray fondée sur la portée normative de l'acte contesté est néanmoins peu opérante dans le contentieux de l'accès au domaine public. La dimension individualiste du recours pour excès de pouvoir ne se révèle qu'à l'occasion de la contestation d'un acte juridique porteur d'une norme personnelle²⁴¹² et la dimension objective du recours pour excès de pouvoir est cloisonnée à la contestation des normes impersonnelles. Outre le fait que la classification proposée par le Professeur F. Melleray maintienne l'absence de protection d'un intérêt individuel dans le contentieux des normes impersonnelles²⁴¹³, elle est aussi peu propice à la compréhension du contentieux de l'accès au domaine public ; le droit au domaine public – ou les situations juridiques subjectives – n'existe pas en raison d'un acte individuel, mais en fonction de la norme générale issue de l'affectation ou de réglementations spécifiques qui s'imposent au pouvoir de gestion. C'est pourquoi le contentieux de l'accès au domaine public *via* le recours pour excès de pouvoir doit s'inscrire dans une perspective individualiste et subjectiviste : il s'agit de la protection d'un intérêt face au pouvoir de gestion et, dans certains cas, de la possibilité de revendiquer un droit au domaine public, indépendamment de la portée normative de l'acte de gestion.

II. La multiplication des voies de droit face aux actes de gestion

446. Signe de la subjectivisation du contentieux de l'accès au domaine public, la contestation d'un acte de gestion ne se limite plus à l'exercice d'un recours pour excès de

²⁴¹¹ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 577.

²⁴¹² F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, *op. cit.*, p. 398 et s.

²⁴¹³ Contrairement à la doctrine de BONNARD, cf. *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 169.

pouvoir. L'administré a la possibilité d'agir à l'encontre de l'administration par le biais de la responsabilité administrative (A) et par le biais des procédures de référés (B).

A. Le recours en responsabilité face aux actes de gestion

447. Presque à l'unanimité, les différentes représentations doctrinales du contentieux administratif assimilent le recours en responsabilité à un recours individualiste et subjectiviste. En adhérant à cette représentation, il n'y aurait qu'un pas pour établir un lien entre la protection d'un intérêt ou d'un droit et la responsabilité de l'administration gestionnaire. La responsabilité de l'administration gestionnaire peut-elle être engagée dans le cas de mesures restrictives de l'accès au domaine public ? La jurisprudence fournit peu d'exemples. Les plus notables portent sur les restrictions apportées à l'accès à un port maritime. Le juge administratif retient notamment la responsabilité sans faute lorsque l'administration s'est abstenue d'assurer le libre usage du domaine public portuaire, auquel des mouvements sociaux faisaient obstacle, ce qui a causé un préjudice anormal et spécial à un usager²⁴¹⁴.

448. Cependant, l'introduction des libertés économiques ouvre de nouvelles hypothèses de responsabilité du gestionnaire. L'arrêt *SETIL* de la Cour d'appel de Paris en date du 4 décembre 2003 reconnaît²⁴¹⁵ la responsabilité du gestionnaire dans le cas d'un refus d'occupation du domaine public, contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, aux règles de concurrence et au principe d'égalité. Le juge administratif ne range pas la gestion du domaine public parmi les activités complexes présentant une difficulté particulière²⁴¹⁶ et, en conséquence, soumet le gestionnaire à un régime de responsabilité pour faute simple. Le juge administratif évalue le préjudice à l'aune de la notion de perte d'une chance et retient le critère de la privation, pour le candidat à l'occupation privative, de bénéfices commerciaux futurs. À l'appui de sa démonstration, la Cour administrative d'appel prend acte de la disponibilité des places et de la qualité du service du candidat pour la clientèle de l'aéroport.

²⁴¹⁴ CE, 22 juin 1984, Société Sealink ; UK Limited : *Rec.*, p. 246 ; CE, 27 juill. 1984, Lebeaud, *Rec.*, p. 728.

²⁴¹⁵ CAA Paris, 4 déc. 2003, n° 00PA02740, Sté d'équipement de Tahiti et des Îles [SETIL], préc. Sur ce point, S. NICINSKI, « La délivrance des autorisations d'occupation du domaine public et le droit de la concurrence », *AJDA*, 2005, p. 200.

²⁴¹⁶ Sur ce point, S. NICINSKI, « La délivrance des autorisations d'occupation du domaine public et le droit de la concurrence », préc.

B. La contestation des actes de gestion par les procédures de référé

449. La loi du 30 juin 2000²⁴¹⁷, réorganisant les procédures d'urgence, offre aux administrés de nouvelles voies de droit pour contester les actes pris par l'autorité gestionnaire. Deux principaux référés sont concernés : le référé-suspension (1) et le référé-liberté (2). Leur caractère individualiste ne souffre d'aucune contestation, ces référés approfondissent la protection des intérêts particuliers et des intérêts publics au fondement d'une revendication de l'accès au domaine public.

1. La contestation des actes de gestion par le biais du référé-suspension

450. Faisant suite à la procédure du sursis à exécution, la procédure du référé-suspension²⁴¹⁸ est de « nature à faire échec au caractère exécutoire des décisions administratives »²⁴¹⁹. Dans le contentieux de l'accès au domaine public, le référé-suspension permet notamment de suspendre les décisions de refus d'octroi d'une occupation domaniale, dans l'attente du prononcé du juge de l'excès de pouvoir. Une des premières ordonnances a été l'occasion pour le juge des référés de suspendre la décision préfectorale rejetant une demande d'attribution d'une concession de cultures marines au requérant et celle attribuant à d'autres administrés la concession. Le juge est allé plus loin en ordonnant la production d'un titre d'occupation par une injonction sous astreinte et, de l'avis du Conseil d'État, « le juge des référés n'a pas méconnu son office ni outrepassé l'étendue des compétences qu'il tient des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative »²⁴²⁰.

La protection des intérêts tient essentiellement à la condition d'urgence, celle-ci est caractérisée « lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »²⁴²¹. Toute la question pour le juge des référés est de savoir si le refus d'accéder au domaine public porte une atteinte suffisamment grave et immédiate à un intérêt, et notamment à un intérêt particulier. Le juge répond par l'affirmative au sujet d'un refus d'installation d'une terrasse de café sur le domaine public. Il estime que la requérante EURL "La cour des miracles" peut « légitimement se prévaloir d'une privation importante de son

²⁴¹⁷ Loi du 30 juin 2000 : JO 1^{er} juil. 2000, p. 9948.

²⁴¹⁸ Art. L. 521-1 CJA.

²⁴¹⁹ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 2004, p. 1310.

²⁴²⁰ CE 9 avr. 2004, Min. Agriculture, req. n° 263508 : *JCP*, 2004. 2449, obs. Rouault.

²⁴²¹ Sur la définition de la condition d'urgence, CE, Sect., 19 janv. 2001, Confédération nationale des radios libres : *Rec.*, p. 29 ; *AJDA*, 2001, p. 150, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *CJEG*, 2001, p. 161, concl. L. Trouvet ; *D.*, 2001, p. 1414, note B. Seiller ; *D.*, 2002, SC, p. 2220, obs. R. Vandermeeren ; *LPC*, février 2001, n° 30, note N. Chahid-Nourai et C. Lahami-Depinay ; *RDJ*, 2002, p. 756, obs. C. Guettier.

activité commerciale, résultant de l'absence pour elle de la possibilité de disposer une terrasse dans une commune touristique balnéaire comme Collioure, et invoquer le préjudice qu'elle subit ainsi, qui est d'une gravité suffisante pour justifier de l'urgence qui s'attache à la suspension de la décision attaquée »²⁴²². Par contre, l'office du juge des référés n'étant pas celui du juge de l'excès de pouvoir, son appréciation de la légalité de l'acte de gestion n'est pas aussi approfondie. La condition du doute sérieux quant à la légalité de la décision est plus difficile à admettre.

Le contentieux du référé-suspension face aux actes de gestion est encore trop pauvre pour permettre d'en tirer des conclusions définitives. Les quelques ordonnances, où le juge administratif admet la suspension d'un acte de gestion, dénotent une prise en compte des intérêts des administrés. Le référé-suspension est un moyen non négligeable pour contester un acte de gestion. Mais l'argumentaire du juge administratif, notamment dans son appréciation de l'urgence, ne préfigure pas nécessairement une association claire entre la protection d'un intérêt et un droit au domaine public. La question se présente sous un autre angle en matière de référé-liberté.

2. La contestation d'un acte de gestion par le biais d'un référé-liberté

451. Le référé-liberté²⁴²³ est une autre voie de droit qui institue une confrontation entre les libertés dites fondamentales et les actes de gestion. La protection d'une liberté fondamentale relaie la prise en compte des intérêts, exclusivement ceux des particuliers, face aux atteintes de l'autorité gestionnaire qui peuvent « résulter d'un fait matériel aussi bien que d'une décision, d'une abstention aussi bien que d'une action »²⁴²⁴. L'essentiel de la confrontation concerne en réalité les décisions de refus d'octroyer une occupation domaniale ou les décisions qui limitent l'accès collectif au domaine public. En plus de la condition d'urgence, le référé-liberté suppose une liberté fondamentale et une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté. C'est au regard de ces deux conditions que s'articulent les rapports entre les actes de gestion et les libertés fondamentales dans le contentieux des référés-liberté.

Les rapports entre le pouvoir de gestion et les libertés sont multiples. Le contentieux né à l'occasion des référés-liberté est la source de diverses confrontations, avec la liberté d'entreprendre, avec la liberté religieuse, avec la liberté de réunion ou avec le droit de propriété, respectivement consacrés en tant que libertés fondamentales au sens de l'article L.

²⁴²² TA Montpellier, 2 juil. 2003, req. n° 03-2173, EURL La cour des miracles : *LPA*, 8 nov. 2004, note F. Lichère.

²⁴²³ Art. L. 521-2 CJA.

²⁴²⁴ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 2004, p. 1345, n° 1594.

521-2 du Code de justice administrative. Pour ne citer que quelques exemples, une restriction d'une aisance de voirie est appréhendée au regard de la protection du droit de propriété²⁴²⁵ ; l'autorisation d'une manifestation culturelle au détriment de l'affectation culturelle d'une église est appréciée à l'aune de la liberté religieuse²⁴²⁶ ; l'instauration d'un régime d'autorisation préalable encadrant l'accès à un port de plaisance est contrôlée au regard de la liberté d'entreprendre²⁴²⁷ ; le refus d'une mise à disposition d'une salle appartenant à un établissement universitaire en vue de rassemblements étudiants et militants est confronté à la liberté de réunion²⁴²⁸.

452. Par contre, si les rapports entre les libertés fondamentales et le pouvoir de gestion sont multiples, ils ne répondent pas à une logique unitaire. La diversité des situations dépend autant de la liberté que de l'usage qui est revendiqué par l'administré. Les différentes libertés fondamentales ne bénéficient pas d'une protection équivalente et elles ne sont pas nécessairement porteuses d'un droit au domaine public opposable au pouvoir de gestion. Le traitement des libertés non économiques est différent de celui des libertés économiques.

453. *Le pouvoir de gestion et les libertés fondamentales non économiques.* Le juge des référés porte à la liberté religieuse une attention toute particulière, en s'appuyant sur une démonstration fortement inspirée de la casuistique de l'arrêt *Abbé Chalumey*²⁴²⁹. Il fut jugé que l'organisation par un maire de diverses manifestations, pièces de théâtre, expositions et conférences-débat, au sein d'une église, sans l'autorisation du ministre du culte chargé d'en régler l'usage, commet une atteinte manifestement illégale à la liberté de culte qui inclut la libre disposition des édifices culturels²⁴³⁰. Le lien entre l'affectation des édifices religieux et la liberté de culte est rappelé, mais il n'est pas exclusif d'une utilisation culturelle²⁴³¹. Ce n'est pas par la circonstance que les manifestations publiques entravent l'utilisation religieuse que l'atteinte à la liberté

²⁴²⁵ CE, 11 mars 2011, req. n° 347345, Commune de Galluis : *AJDA*, 2011, p. 1562, note O. Févrot.

²⁴²⁶ CE, ord., 25 août 2005, Commune de Massat : *AJDA*, 2006, p. 91, note P. Subra de Bieusses. V. aussi sur la liberté religieuse, CE, ord., 26 mai 2008, M. Mouhamed : *AJDA*, 2008, p. 965.

²⁴²⁷ CE, ord., 2 juil. 2003, Commune de Collioure : *AJDA*, 2003, p. 2219, note J.-P. Markus. V. aussi sur la liberté d'entreprendre, CE, 6 sept. 2006, Commune d'Ota ; CE, ord., 16 sept. 2002, Sté La Cour des Miracles : *JCP*, 2003, II, 10037, note Soulié ; CE, ord., 26 mai 2006, Sté du Yacht-club international de Marina-Baie des Angers.

²⁴²⁸ CE, ord., 7 mars 2011, req. n° 347171, Ecole normale supérieure (ENS) : *AJDA*, 2011, p. 1033, note A. Legrand. V. aussi sur la liberté de réunion, TA Paris, 13 mai 2004, Association culturelle des Témoins de Jéhovah : *D.*, 2004, p. 2398, note Garay ; CE, ord., 30 mars 2007, Ville de Lyon : *AJDA*, 2007, p. 1242, note Damarey.

²⁴²⁹ CE, Sect., 4 nov. 1994, Abbé Chalumey, préc. Et plus anciennement, CE, 1^{er} mars 1912, Commune de Saint-Dézéry : *S.*, 1913, III, p. 18.

²⁴³⁰ Sur ce point, v. la note de P. SUBRA DE BIEUSSES, cf. « L'utilisation d'un édifice religieux sans l'accord du prêtre affectataire porte atteinte à une liberté fondamentale », *AJDA*, 2006, p. 91.

²⁴³¹ *Contra* R. BONNARD, note sous CE, 9 janv. 1931, Abbé Cadel : *S.*, 1931, III, p. 41 : « on a voulu encore pousser plus loin l'idée d'exclusivité. Il a en effet été décidé que toute utilisation non culturelle de l'église, même n'ayant aucun caractère profanatoire pouvait être refusée ».

religieuse est caractérisée, c'est surtout en raison des conditions de l'organisation des manifestations publiques que le juge considère que les conditions du référé-liberté sont remplies : « le maire de Massat s'est non seulement dispensé d'obtenir l'accord du ministre du culte en charge de la garde et de la police de la chapelle de l'Aisle avant d'autoriser diverses manifestations publiques à l'intérieur de cet édifice culturel, mais a passé outre à l'opposition motivée exprimée par ce dernier le 22 juillet 2005, [...] en agissant de la sorte il a, contrairement à ce que soutient la commune, porté une atteinte grave à l'une des composantes de la liberté de culte, laquelle [...] constitue un liberté fondamentale ; [...] il en va ainsi alors même qu'aucune célébration d'un office religieux n'était prévue aux dates fixées pour les manifestations autorisées »²⁴³². La libre disposition des édifices culturels suppose une liberté d'utilisation des fidèles et la préservation des prérogatives du ministre du culte. L'atteinte portée à la libre utilisation des fidèles touche surtout à la seconde composante de la liberté de culte, énoncée dans la jurisprudence *Abbé Chalumeau*²⁴³³, à savoir la nécessité d'obtenir l'autorisation du ministre de culte.

L'appréhension des rapports entre la gestion domaniale et la liberté de réunion est plus délicate, il est plus difficile d'établir une jonction directe entre la destination d'une dépendance domaniale et ladite liberté, contrairement au lien effectué entre la liberté de culte et les édifices culturels. La gestion d'un établissement d'enseignement supérieur peut être confrontée à la liberté de réunion. Par exemple, au sujet de l'établissement de l'École normale supérieure, le « collectif Palestine ENS » se voit opposer un refus de la directrice de l'établissement de mettre à disposition des salles de réunion, or ce refus est jugé non attentatoire à la liberté de réunion par le juge des référés, bien qu'il fasse référence à l'article L. 811 du Code de l'éducation. Aux termes de cette disposition, « les usagers du service public de l'enseignement supérieur disposent de la liberté d'information et d'expression à l'égard des problèmes politiques, économiques, sociaux et culturels. Ils exercent cette liberté à titre individuel et collectif dans des conditions qui ne portent pas atteinte aux activités d'enseignement et de recherche et qui ne troublent pas l'ordre public ». Le bénéfice de la liberté de réunion implique pour les collectifs étudiants la mise à disposition de locaux afin d'organiser des réunions. Il est possible d'interpréter cette disposition comme instituant une affectation secondaire, à côté de l'affectation au service public de l'enseignement supérieur, en lien avec la liberté de réunion et d'expression. Il reste que le Conseil d'État considère qu'il n'y a pas d'atteinte manifestement illégale à la liberté de réunion. « La directrice de l'École normale supérieure, qui a pris en compte à la fois la liberté de réunion et la prévention des risques de troubles à l'ordre public et

²⁴³² CE, ord., 25 août 2005, Commune de Massat, préc.

²⁴³³ V. aussi, CAA Bordeaux, 27 avril 2004, Association Saint-Eloi : *AJDA*, 2004, p. 949, obs. E. Royer.

de contre-manifestations, n'a pas, en l'état de l'instruction, porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de réunion des élèves »²⁴³⁴. Le juge administratif considère comme légitime la volonté de la directrice de « ne pas associer dans l'opinion publique son établissement à une campagne politique internationale en faveur du boycott des échanges scientifiques et économiques avec un État »²⁴³⁵. D'autres éléments sont également pris en compte par la Haute juridiction : la possibilité pour le collectif étudiant d'exercer la réunion dans d'autres lieux et la proposition d'une solution alternative consistant à organiser une journée d'étude sur le Proche-Orient. Le principal enseignement de cette ordonnance est que la restriction à la liberté de réunion dépend en partie de l'objet de l'activité étudiante. Les manifestations organisées par le « collectif Palestine ENS » apparaissent décalées et ne rentrent pas strictement dans la catégorie législative des réunions organisées « à l'égard des problèmes politiques, économiques, sociaux et culturels »²⁴³⁶. La liberté de réunion peut être porteuse d'un accès au domaine public, mais elle doit se concilier avec l'affectation au service public et avec la préservation de l'ordre public.

454. *Le pouvoir de gestion et la liberté d'entreprendre.* Les libertés économiques, plus exactement la liberté d'entreprendre, ont en outre nourri un important contentieux en matière de référé-liberté, tout en occupant une place à part dans le contentieux des référés²⁴³⁷. Sans entrer dans le débat sur les champs respectifs de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté d'entreprendre²⁴³⁸, la référence exclusive du juge des référés à la liberté d'entreprendre tient à une conception particulière de la fondamentalité. Si, comme l'affirme le Professeur É. Picard, la fondamentalité ne s'épuise pas dans la hiérarchie des normes²⁴³⁹, le juge des référés privilégie la liberté d'entreprendre au détriment de la liberté du commerce et de l'industrie, sans doute en référence à sa consécration en principe constitutionnel dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁴⁴⁰. Par contre, ce choix du juge des référés ne préfigure pas un changement profond de la signification des rapports entre le pouvoir de gestion et les intérêts économiques

²⁴³⁴ CE, 7 mars 2011, req. n° 347171, Ecole normale supérieure (ENS), préc.

²⁴³⁵ *Ibid.*

²⁴³⁶ Art. L. 811 du Code de l'éducation.

²⁴³⁷ N. JACQUINOT, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA*, 2003, p. 658.

²⁴³⁸ Sur les champs respectifs de la liberté d'entreprendre et de la liberté du commerce et de l'industrie, v. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 1^e éd., 2009, *op. cit.*, p. 24 et s. ; P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, n° 86 et s.

²⁴³⁹ É. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6.

²⁴⁴⁰ Cons. const, décision 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, lois de nationalisation.

des usagers²⁴⁴¹. La question reste identique : la liberté d'entreprendre peut-elle s'opposer à toute mesure restrictive de l'accès au domaine public, voire peut-elle être porteuse d'un droit au domaine public ? L'articulation entre la liberté d'entreprendre et le pouvoir de gestion est très variable. Alors que l'interdiction faite par un maire à une société de transport d'embarquer ou de débarquer des passagers dans un port constitue une atteinte manifestement illégale à la liberté d'entreprendre²⁴⁴², le refus d'occuper une dépendance « ne peut être regardé par lui-même comme portant atteinte à une liberté fondamentale »²⁴⁴³. À la lecture de la jurisprudence, la variabilité de la relation entre le pouvoir de gestion et la liberté d'entreprendre dépend autant du lien de l'usage revendiqué avec la destination domaniale que de la nature de l'usage. Une frontière se dessine entre les usages collectifs et les occupations privatives, et entre les usages conformes et les usages compatibles. Le premier constat est que la liberté d'entreprendre n'inclut pas l'utilisation commerciale du domaine public, elle n'implique donc pas *ipso facto* l'obligation pour l'autorité gestionnaire d'autoriser une activité économique. De plus, l'atteinte portée par un acte de gestion n'est pas immédiate – ce qui témoigne encore une fois de la spécificité structurelle du pouvoir de gestion. Le refus d'une autorisation d'occuper ou d'utiliser le domaine public ne constitue pas une atteinte à une liberté fondamentale, « alors même qu'il a une incidence sur l'attraction commerciale » de l'administré²⁴⁴⁴. Le refus d'occupation privative simplement compatible ne porte pas en soi une atteinte manifestement illégale et grave à la liberté d'entreprendre. La méthodologie employée par le juge des référés, connue dans d'autres contentieux, consiste à distinguer l'objet de la mesure et les motifs poursuivis. Seule l'appréciation de ces derniers peut conduire à la reconnaissance d'une atteinte à la liberté d'entreprendre et cette atteinte est caractérisée si l'autorité gestionnaire vise un « motif étranger aux considérations d'intérêt général » qui sont en lien avec « la bonne utilisation des dépendances du domaine public ». Le juge des référés n'a pas encore eu l'occasion de concrétiser la notion de motif étranger à l'intérêt général, mais, à se référer à la jurisprudence classique, la largesse de l'intérêt général semble entériner la faible portée de la liberté d'entreprendre comme moyen de soutien d'une occupation privative compatible.

Les données sont différentes au sujet de la revendication d'un usage collectif conforme, tel est le cas de l'ordonnance du 2 juillet 2003 *Commune de Collioure*²⁴⁴⁵. Cette affaire ne

²⁴⁴¹ Tout du moins, la liberté du commerce et de l'industrie est considérée comme une sous-composante de la liberté d'entreprendre, cf. CE, 12 nov. 2001, *Commune de Montreuil-Bellay* : *DA*, 2002, n° 41, comm. M. Lombard. Sur ce point, v. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 1^e éd., *op. cit.*, 2009, p. 25.

²⁴⁴² CE, ord., 2 juil. 2003, *Commune de Collioure*, préc.

²⁴⁴³ CE, 16 sept. 2002, *Sté La Cours des Miracles*, préc.

²⁴⁴⁴ CE, 16 sept. 2002, *Sté La Cours des Miracles*, préc. V. aussi, CE, 6 avril 2001, req n° 232135, M. Lapere ; CE, 16 avril 2003, req n° 256002, *Lycée polyvalent du Taone*.

²⁴⁴⁵ CE, ord., 2 juil. 2003, *Commune de Collioure*, préc.

concerne pas directement le pouvoir de gestion mais l'usage par un maire de son pouvoir de police afin de réglementer l'accès à un port de plaisance. Par son pouvoir de police, le maire institue un mécanisme d'autorisation préalable pour l'utilisation d'un emplacement du port. Ce règlement de police a des répercussions sur la gestion du domaine public puisqu'il offre au maire, en tant qu'autorité gestionnaire, la faculté « de choisir discrétionnairement les navires de transport côtier de passagers ». Or, aux yeux du Conseil d'État, une telle faculté est en porte à faux avec la destination principielle du port dont la gestion suppose, à la lumière de l'article L. 2213-22 du Code général des collectivités territoriales, de garantir dans des conditions raisonnables l'accès à la dépendance domaniale²⁴⁴⁶. Une référence implicite est même faite à la théorie des infrastructures essentielles, ce qui illustre l'intégration de préoccupations concurrentielles au sein de la liberté d'entreprendre²⁴⁴⁷. La liberté d'entreprendre n'institue pas une nouvelle obligation hétéronome à l'origine d'un droit au domaine public : c'est parce que l'affectation est en lien avec des activités économiques qu'une restriction injustifiée de l'accès du domaine public est constitutive d'une atteinte à la liberté d'entreprendre. L'ordonnance *Commune d'OTA* datant du 6 septembre 2006 s'inscrit dans le même ordre d'idée²⁴⁴⁸. L'interdiction totale pour un opérateur économique d'utiliser un port, même d'y accoster pour embarquer et débarquer des usagers, porte une atteinte manifestement grave et illégale à la liberté d'entreprendre, les « considérations d'encombrement des emplacements communs du port ou de gestion financière du domaine » ne peuvent justifier en aucun cas l'interdiction totale d'utiliser le domaine public.

455. Que peut-on retenir du contentieux des référés-liberté à l'encontre des actes de gestion ? Le rapport particulier, c'est-à-dire *médiat*, entre la gestion domaniale et les libertés est tel que l'atteinte ne peut être caractérisée *prima facie* et que la liberté d'entreprendre n'emporte pas *ipso facto* un droit au domaine public. Pour caractériser une atteinte à une liberté fondamentale, le juge sollicite divers éléments, tels que l'objet et la nature de l'utilisation domaniale, le lien plus ou moins direct entre la destination de la dépendance et l'activité protégée par la liberté fondamentale, et les motifs visés par l'autorité gestionnaire. En somme, le contentieux des référés enrichit le cadre juridique de l'accès au domaine public mais il

²⁴⁴⁶ *Ibid.* : « que si la commune de Collioure invoque la circonstance que le refus d'autoriser une activité commerciale sur le domaine public est généralement considéré par le juge des référés comme ne portant pas par lui-même atteinte à une liberté fondamentale, il en va différemment dans les cas où, comme en l'espèce, l'autorité administrative, sous couvert de la gestion du domaine public qui n'est pas en cause pour les raisons qui ont été indiquées ci-dessus, institue illégalement un régime d'autorisation que ses pouvoirs de police ne lui permettent pas de créer ».

²⁴⁴⁷ Est en effet liée à l'accès du domaine public une partie substantielle de l'activité de transport côtier qui consiste à embarquer et à débarquer des clients à partir du port.

²⁴⁴⁸ CE, 6 sept, 2006, req. n° 296912, *Commune d'Ota*, préc.

n'opère pas de bouleversement. Les actes de gestions ne portent pas directement atteinte à une liberté fondamentale, ce sont les restrictions au droit d'accès au domaine public qui sont à l'origine d'une telle atteinte. C'est le cas, pour citer un dernier exemple, des aisanes de voirie : la restriction du droit d'accès à la voirie porte atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre²⁴⁴⁹.

456. *Conclusion Section I.* Pour penser un droit public subjectif au domaine public, la prise en compte des intérêts, notamment des particuliers, par la domanialité publique est un préalable indispensable mais insuffisant. Penser un droit public subjectif au domaine public n'est possible qu'à la condition d'identifier des obligations juridiques hétéronomes correspondant à ces intérêts. Sur ce point, une liberté – dite publique ou fondamentale en fonction des choix théoriques – induit deux éléments pour le pouvoir de gestion : la légitimation d'un intérêt et une relation avec une obligation juridique, préexistante ou instituée en conséquence. Il reste entre les deux « un espace conceptuel pour penser un droit public subjectif »²⁴⁵⁰, d'autant plus que la liberté se dégage de la signification de droit-liberté, qui suppose une abstention de la personne publique²⁴⁵¹ – c'est-à-dire une obligation négative –, pour aussi inclure un droit-créance sollicitant une prestation particulière du gestionnaire. Pour reprendre notre définition du droit subjectif au domaine public, il s'agit d'un droit, en lien avec un intérêt général ou un intérêt particulier, qui permet à un administré de revendiquer l'accès au domaine public en activant une obligation de faire ou de ne pas faire qui s'impose à la personne publique chargée de la gestion du domaine public. Ainsi, le droit public subjectif au domaine public appelle une articulation avec des obligations de faire ou de ne pas faire²⁴⁵² qui s'imposent au pouvoir de gestion.

²⁴⁴⁹ CE, 14 mars 2011, req. n° 347345, Commune de Galluis : *AJDA*, 2011, p. 1562, note. O. Févrot.

²⁴⁵⁰ J. BARTHÉLEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif*, *op. cit.*, p. 66.

²⁴⁵¹ Ph. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, Paris, LGDJ, 1968, p. 84 et s.

²⁴⁵² V. aussi, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 405 : « un administré est titulaire d'un droit subjectif quand il remplit les conditions lui permettant d'être considéré comme bénéficiaire du pouvoir d'exiger – reconnu par une norme générale ou individuelle, ce sans être obligé d'utiliser ce pouvoir dans un but socialement légitime – un certain comportement de la part des personnes publiques – ce qui constitue l'objet de leur obligation – afin de se procurer un certain avantage moral ou matériel que l'ordre juridique a, expressément ou implicitement, considéré comme licite ».

SECTION II. LES OBLIGATIONS JURIDIQUES ET LES DROITS PUBLICS SUBJECTIFS DES ADMINISTRÉS

457. Le pouvoir de gestion est très souvent associé à la notion de pouvoir discrétionnaire²⁴⁵³. Il y a un consensus qui consiste à dire que l'administration bénéficie d'une large marge d'appréciation dans la gestion de la dépendance. « Empreint de liberté », le pouvoir de gestion signifie pour son titulaire « une pluralité de décisions possibles »²⁴⁵⁴, parmi lesquelles il opte selon une logique d'opportunité²⁴⁵⁵, en particulier au sujet d'une demande d'occupation privative²⁴⁵⁶. La doctrine explique de manière originale la discrétionnalité du pouvoir de gestion. Elle ne sollicite pas directement les critères habituels de la distinction entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée, structurés autour des rapports entre la décision de l'administration et la norme d'habilitation²⁴⁵⁷. Qu'elle soit critiquée²⁴⁵⁸ ou admise, la discrétionnalité du pouvoir de gestion est principalement comprise en raison de son fondement : la propriété publique²⁴⁵⁹. Celle-ci offre des possibilités de décision multiples nécessaires à la meilleure utilisation du domaine public²⁴⁶⁰. Une assimilation est donc opérée entre le *domaine* de la propriété publique et le pouvoir discrétionnaire. Il y a implicitement un résidu de la pensée, issue des postglossateurs et de l'école de l'exégèse, qui associe liberté d'action et droit de propriété.

458. Dans les tous cas, admettre dans une perspective subjectiviste la discrétionnalité du pouvoir de gestion est délicat dans la mesure où cela reviendrait à nier la possibilité logique d'un droit public subjectif. C'est bien ce qu'exprime la doctrine de Bonnard, de Barthélémy et

²⁴⁵³ D'ailleurs pour Michoud, la gestion est le lieu privilégié du pouvoir discrétionnaire, v. L. MICHOD, « Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », *RGA*, 1914, t. III, p. 193. Lorsque l'administration prend un acte de gestion, elle est « libre de son action comme l'est un particulier ».

²⁴⁵⁴ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, 1983, *op. cit.*, p. 293.

²⁴⁵⁵ Sur le lien entre opportunité et pouvoir discrétionnaire, M. HAURIOU, note sous CE, 31 janvier 1902, *Grazziotti* : S., 1903, III, p. 113.

²⁴⁵⁶ Sur le lien entre la discrétionnalité et l'opportunité de la gestion domaniale, A. de LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 9^e éd., 1984, *op. cit.*, p. 285 : « l'administration détient un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser, lorsqu'un particulier lui en fait la demande, l'autorisation d'occuper, à titre privatif, une portion du domaine public [...] ; cela signifie qu'en présence d'une telle demande, l'administration est libre d'en apprécier l'opportunité et de lui donner ou non satisfaction ».

²⁴⁵⁷ Sur la norme d'habilitation et la compétence liée, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, « NBT », 2006, p. 362 et s.

²⁴⁵⁸ É. PICARD, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 846 : « attribuer à l'administration un droit de propriété sur ces dépendances, c'est lui permettre d'exercer un droit subjectif assorti, qui plus est, de prérogatives de puissance publique : en dépit de tous les principes du régime de droit, elle est alors en mesure, sans autre habilitation que ce droit, de toute entreprendre contre les utilisations du domaine public ; en lui reconnaissant ce droit, on lui accorde le pouvoir de se conduire chez elle comme le ferait chez lui n'importe quel propriétaire privé ».

²⁴⁵⁹ Pour un exemple, N. FOULQUIER, « Gestion du domaine public et droit de la concurrence : acte 2, 14 ans après », *RDI*, 2012, p. 566 : « la propriété publique serait le ferment de la liberté de l'administration ».

²⁴⁶⁰ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 255 et s.

de Maroger²⁴⁶¹. Un droit public subjectif doit se greffer sur une obligation juridique, à défaut de quoi « l'administré ne peut [...] rien exiger : il n'y a pas de droit public subjectif »²⁴⁶². Bonnard et Maroger s'accordent sur le fait que la distinction entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée s'intercale dans celle entre les usages conformes et les usages simplement compatibles, et ils en arrivent à la conclusion que les usages conformes sont le lieu des droits publics subjectifs, puisqu'ils induisent une compétence liée. Cependant, des doutes subsistent sur la pertinence de la distinction entre compétence liée et discrétionnaire pour décrire et construire une typologie des obligations issues de la domanialité publique ou d'autres corpus de règles. Non qu'elle doive être rejetée *manu militari*, mais elle repose sur une structure binaire, elle est un idéal-type qui manque de souplesse pour réfléchir sur les variations du cadre juridique du pouvoir de gestion. En matière d'usage conforme, le pouvoir de la personne publique n'est pas totalement lié, et en matière d'usage compatible, le pouvoir de gestion n'est pas totalement discrétionnaire.

459. L'affectation est l'élément principal de structuration des obligations qui s'imposent au pouvoir de gestion et qui varient suivant la compatibilité ou la conformité de l'usage vis-à-vis de l'affectation (§1). Mais d'autres règles issues des mesures de police ou des réglementations spécifiques, touchant l'utilisation de certaines dépendances du domaine public, dépassent le cadre strictement domanial et multiplient les hypothèses de liaison juridique du pouvoir de gestion (§2).

§1. DES OBLIGATIONS JURIDIQUES À INTENSITÉ VARIABLE

460. L'affirmation selon laquelle le pouvoir de gestion constitue dans son ensemble un pouvoir discrétionnaire est un résidu d'une pensée qui réduisait le champ de cette prérogative aux usages simplement compatibles²⁴⁶³. Cette vision est oblitérée par la propagation de la logique gestionnaire à l'ensemble des usages, en conséquence de quoi le pouvoir de gestion a la particularité d'être une prérogative soit liée soit discrétionnaire, en fonction du rapport de l'utilisation vis-à-vis de l'affectation (I). Bien plus, la distinction entre compétence liée et

²⁴⁶¹ Supra [Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I]

²⁴⁶² R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », préc., p. 712. Sur ce point, N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., p. 243 et s. V. aussi, J.-M. WOEHLING, « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », in Travaux de l'AFDA, *La compétence*, op. cit., p. 139 : « Invoquer un droit subjectifs à la délivrance, c'est affirmer la compétence liée de l'Administration pour édicter cet acte » ; B. KORNPROBST, « La compétence liée », RDP, 1961, p. 935, spé. p. 951 et s. ; G. LINO DI QUAL, *La compétence liée*, préf. R. DRAGO, 1964, p. 296 et s. : « Quand l'administration se trouve en face d'un droit, elle est obligée d'accorder ce que ce droit permet de réclamer » ; O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. I, op. cit., 1905, p. 147 : « le droit individuel subjectifs lie la puissance publique ».

²⁴⁶³ A. MESTRE, « Le refus des permissions de voirie », *Rev. des concessions*, 1924, p. 113.

pouvoir discrétionnaire vise les deux extrémités d'un ensemble d'obligations, entendu que les obligations de faire ou de ne pas faire ne revêtent pas la même portée suivant la structure de l'usage domanial, le rapport qu'il entretient avec l'affectation et l'objet de l'utilisation (II).

I. La liaison juridique du pouvoir de gestion

461. « La discrétionnalité des mesures de gestion s'explique [...] moins par leur nature propre que par l'absence de conformité à l'affectation des utilisations concernées »²⁴⁶⁴. Le Professeur Ph. Yolka oppose cette réponse à la condamnation de la discrétionnalité faite par le Professeur É. Picard : il affirme que le pouvoir de gestion s'inscrit dans le cadre d'une compétence liée lorsqu'il intervient en matière d'usages conformes, en s'appuyant notamment sur la jurisprudence relative au contentieux de l'accès aux halles et marchés et aux dépendances funéraires. Ce propos prolonge la doctrine de Bonnard et de Maroger²⁴⁶⁵. Le recours à la notion de compétence liée appelle d'abord plusieurs remarques (A) qui permettront de déterminer ensuite les différents critères d'identification des obligations qui s'imposent au pouvoir de gestion, c'est-à-dire les critères de la liaison juridique du pouvoir de gestion (B).

A. La question du recours à la notion de compétence

462. La lecture du pouvoir de gestion en termes de compétence liée ou de pouvoir discrétionnaire sollicite et combine des notions qui naviguent entre deux champs théoriques, subjectiviste et objectiviste. Il est vrai, de prime abord, que le recours à la notion de compétence laisse une grande place aux théories objectivistes, selon lesquelles la compétence règle la prise de décision des agents préposés à la gestion du domaine public, et présente l'avantage théorique d'éviter le recours à la technique juridique de la personnalité juridique²⁴⁶⁶. Par contre, dans le cas de l'admission de la notion de personnalité juridique, la compétence est une notion polymorphe qui peut endosser plusieurs rôles. D'abord, d'un point de vue interne, la compétence peut intervenir pour déterminer les rôles respectifs des organes ou autorités au

²⁴⁶⁴ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 257. V. aussi, É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 240 : « l'utilisation anormale [autrement dit compatible] d'un bien affecté à l'usage du public s'analyse en un retrait d'utilités domaniales restées à la disposition de l'administration et exclut donc l'existence d'un quelconque droit à l'usage [on souligne] ; non seulement elle exige, en conséquence, la délivrance d'une autorisation, mais encore elle implique que l'administration puisse prendre sa décision en fonction de toutes considérations d'intérêt général ».

²⁴⁶⁵ *Supra* [Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I]

²⁴⁶⁶ G. JÉZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 212 : « En droit public français, la technique juridique repose sur les idées suivantes : gouvernants et agents n'ont pas de pouvoirs qui soient leur chose propre ». La compétence est indisponible alors que le droit subjectif est disponible.

sein d'une personne publique²⁴⁶⁷ (par exemple la répartition des rôles entre le maire et le Conseil municipal²⁴⁶⁸), l'acte de gestion est alors imputé à la personne publique suivant le respect des règles de compétence internes. D'autre part, la compétence peut intervenir dans les cas où l'affectataire est distinct du propriétaire, pour arbitrer les éventuels conflits dans la gestion de la dépendance, que ce soit au sein d'une même personne publique (affectation interne) ou entre plusieurs personnes publiques (affectation externe). Ensuite et surtout, d'un point de vue externe, la compétence fournit un cadre à la légalité de l'acte de gestion et peut être rapprochée de la notion civiliste de capacité²⁴⁶⁹. Autrement dit, la compétence est dans ce cas synonyme d'aptitude à agir²⁴⁷⁰ : « un pouvoir de vouloir »²⁴⁷¹. Ce dernier point est particulièrement intéressant dans l'optique de la liaison juridique ou de la discrétionnalité du pouvoir de gestion. La propriété fournit à la personne publique une aptitude générale à agir²⁴⁷², mais la liaison de la compétence réside dans les limites apportées à la gestion domaniale. Le pouvoir de gestion conserve la même structure – il est un rapport à une dépendance du domaine public en interaction avec les usagers – et reste l'expression de la propriété publique ; les obligations proviennent principalement de causes externes²⁴⁷³, l'affectation ou des réglementations spécifiques. La double signification de la notion de compétence est utile pour saisir la compétence du gestionnaire²⁴⁷⁴. La première définition de la compétence, c'est-à-dire « compétence-aptitude légale », synonyme de pouvoir, représente la maîtrise de la dépendance domaniale ; l'autre définition, la « compétence-sphère d'action », caractérise les limites apportées par la fonction normative de l'affectation, c'est-à-dire par des obligations juridiques ; « l'opposition est donc claire entre le concept de puissance d'État, les droits et

²⁴⁶⁷ F. THÉRY, « Compétence », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 250.

²⁴⁶⁸ Par exemple l'article L. 2131-1 du CGCT. Ce sont les conseils délibératifs qui décident l'octroi d'une occupation privative, qui transmettent l'acte au préfet et qui est signé par la suite par l'exécutif de la collectivité.

²⁴⁶⁹ V. de manière générale sur ce point, F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1997 ; G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 372 et s. Plus anciennement, G. JÈZE, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », RDP, 1923, p. 58. *Contra* V. CORNELOUP, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, Thèse Paris II, 2000.

²⁴⁷⁰ F.-P. BÉNOIT, *Droit administratif français*, op. cit., p. 470. Selon l'auteur, la compétence est « une aptitude qui lui est conférée à faire certains actes juridiques au nom d'une collectivité administrative et sur un territoire déterminé ».

²⁴⁷¹ B. KORNPROBST, « La compétence liée », préc., p. 938.

²⁴⁷² *Supra* [Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II]

²⁴⁷³ V. de manière générale sur la relation entre la compétence et le pouvoir, F. THÉRY, « Compétence », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 250 : « La compétence précise seulement le point d'application du pouvoir dont les organes sont également dotés ».

²⁴⁷⁴ Sur la dualité de la notion de compétence, O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », in Travaux de l'AFDA, *La compétence*, op. cit., p. 5 ; M. UBAUD-BERGERON, « L'incompétence », in Travaux de l'AFDA, *La compétence*, op. cit., p. 145.

pouvoirs de l'État, et la compétence qui dessine les contours de l'exercice de cette puissance, détermine la sphère où le pouvoir s'exerce, détermine une sorte de périmètre »²⁴⁷⁵.

B. Les critères d'identification des obligations juridiques

463. Pour caractériser la liaison juridique du pouvoir de gestion, il convient de se pencher sur les obligations juridiques. Mais leur identification est problématique, confrontée au caractère équivoque de la notion de pouvoir lié (ou de compétence liée) : il n'y a pas d'accord sur l'identification des obligations juridiques²⁴⁷⁶ qui assurent la liaison d'un pouvoir et il est donc difficile de privilégier une définition au détriment d'une autre. Pour Hauriou, le pouvoir discrétionnaire est « le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives »²⁴⁷⁷. De même, Bonnard estime qu'« il y a pouvoir discrétionnaire pour l'administration lorsque la loi ou le règlement, prévoyant pour l'administration une certaine compétence à l'occasion d'un rapport de droit avec un particulier, laisse à l'administration un libre pouvoir d'appréciation pour décider si elle doit agir ou s'abstenir et à quel moment elle doit agir, comment elle doit agir et quel contenu elle va donner à son acte »²⁴⁷⁸. Plus récemment, J.-M. Woehrling considère que la discrétionnalité est « la possibilité pour l'Administration de choisir entre plusieurs actions, toutes légales, en fonction de son appréciation de la situation de fait »²⁴⁷⁹. Au sujet de la compétence liée de l'administration, la définition du Professeur G. Timsit identifie deux obligations. D'abord, « au niveau de l'opération d'édiction, l'administration, quand elle a compétence liée, est tenue d'agir, c'est-à-dire obligée de procéder à l'opération d'édiction d'un acte juridique ». Ensuite, « au niveau de l'acte normateur [...], la compétence liée correspond à celui des sens du principe de légalité qui est le plus absolu »²⁴⁸⁰. En d'autres termes, il y a une obligation de produire un acte juridique et une obligation de produire un acte suivant un contenu prédéterminé²⁴⁸¹. De Laubadère ne retient que la seconde obligation, la compétence liée est une hypothèse de prédétermination de la décision à prendre²⁴⁸², alors que le Professeur

²⁴⁷⁵ O. BEAUD, « Compétence et souveraineté », préc., p. 21.

²⁴⁷⁶ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, op. cit., p. 362-363.

²⁴⁷⁷ M. HAURIOU, note sous CE, 31 janv. 1902, Grazziotti, préc. ; du même auteur, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., op. cit., p. 424.

²⁴⁷⁸ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 57.

²⁴⁷⁹ J.-M. WOEHLING, « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », préc., p. 128.

²⁴⁸⁰ G. TIMSIT, « Compétence liée et principe de légalité », *D.*, 1964, chr. XXXI, p. 218.

²⁴⁸¹ V. aussi la définition de J.-M. AUBY et R. DRAGO, cf. *Traité de contentieux administratif*, t. I, 3^e éd., op. cit., 1984, p. 482 : « Il y a [...] compétence liée lorsque l'administration est tenue d'agir dans un certain sens et ne dispose d'aucune possibilité de choix ».

²⁴⁸² A. DE LAUBADÈRE, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., LGDJ, 1951, p. 84.

R. Chapus insiste au contraire sur l'obligation d'agir et sur l'absence de choix dans l'édition d'une décision suivant l'existence d'un fait²⁴⁸³.

464. Lorsque la doctrine se penche sur le pouvoir de gestion, elle considère que c'est, d'une part, l'absence d'obligation de prendre une mesure et, d'autre part, l'absence de prédétermination stricte des motifs, qui illustrent sa discrétionnalité²⁴⁸⁴. Aussi, l'intérêt général borne en principe le pouvoir discrétionnaire de l'administration²⁴⁸⁵, mais, au regard de la largesse de sa définition, il offre également une marge de manœuvre importante à l'administration : l'intérêt général rime avec la libre appréciation de l'opportunité des actes de gestion²⁴⁸⁶. Quoi qu'il en soit, la discrétionnalité du pouvoir de gestion, souvent avancée par la doctrine, occulte les différentes hypothèses de liaison juridique²⁴⁸⁷. Si l'on considère que le pouvoir de gestion peut être un pouvoir lié ou un pouvoir discrétionnaire, il s'agit de déterminer quelles sont les hypothèses de la liaison juridique du pouvoir de gestion. Les travaux qui ont relativisé une dichotomie stricte entre la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire, en opérant une différenciation par degré des obligations qui pèsent sur l'administration²⁴⁸⁸, sont une source d'inspiration. Il convient donc, en se servant notamment des outils déterminés par Eisenmann, de recourir également à une différenciation graduée, en passant par la notion d'obligation « mixte »²⁴⁸⁹, plus opérante en la matière pour saisir les différentes obligations en fonction de leur intensité. Surtout, au lieu de chercher des critères dans les théories générales du droit administratif pour décrire le cadre d'habilitation du

²⁴⁸³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, *op. cit.*, p. 1056 ; J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^e éd., 1960, *op. cit.*, p. 68 : « il y a compétence liée quand la règle de droit impose aux agents la décision qui découle pour eux de la réunion des conditions qu'elle définit ; il y a pouvoir discrétionnaire dans la mesure où elle leur laisse une certaine liberté d'appréciation dans l'exercice de leur compétence » ; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOUILLE, *Leçon de droit administratif*, Hachette Supérieur, coll. P.E.S., 1989, p. 458-459.

²⁴⁸⁴ Pour un exemple, M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., 1951, *op. cit.*, p. 528 : « L'appréciation des avantages et inconvénients de la permission de voirie demandée est faite, comme pour le permis de stationnement, discrétionnairement par l'administration, qui n'est pas tenue d'exprimer les motifs de son refus ».

²⁴⁸⁵ J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^e éd., *op. cit.*, 1960, p. 490 : « Le caractère discrétionnaire de l'octroi et du retrait des autorisations est atténué, en fait, par le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, qui vérifie que la décision se justifie par les motifs d'intérêt général ».

²⁴⁸⁶ J.-M. WOEHRLING, « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », in Travaux de l'AFDA, *La compétence*, *op. cit.*, p. 132 : certains concepts juridiques indéterminés, tels que l'intérêt général, « ne constituent pas des conditions légales de la mise en œuvre d'une règle, mais l'octroi d'un véritable pouvoir d'appréciation ».

²⁴⁸⁷ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 231 et p. 240 et s. ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 257 ; C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 320 ; A. de LAUBADÈRE, « Les concessions dans les cimetières », RDP, 1936, p. 614.

²⁴⁸⁸ Par exemple, A. de LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 9^e éd., 1984, *op. cit.*, p. 287 ; G. LINO DI QUAL, *La compétence liée*, *op. cit.*, p. 195 et s.

²⁴⁸⁹ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, 1983, *op. cit.*, p. 294. V. aussi, J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. I, 3^e éd., 1984, *op. cit.*, p. 481.

pouvoir de gestion, il faut convenir que la liaison du pouvoir de gestion revêt une certaine spécificité par rapport à d'autres domaines du droit administratif.

465. En matière de pouvoir de gestion, le juge administratif varie son contrôle en fonction des obligations de faire ou de ne pas faire, il porte son contrôle surtout sur les motifs – en raison de l'obligation de motivation des décisions de refus²⁴⁹⁰ – et sur les conséquences juridiques de la qualification juridique, au regard des conditions juridique encadrant l'accès au domaine public²⁴⁹¹. En fonction de ces différents critères, il y a donc une variation des obligations. Comme le souligne le Professeur Y. Gaudemet, le pouvoir de gestion développe « la plénitude de ses effets dans le cas des occupations compatibles [...] », il « doit se concilier avec les droits des usagers dans le cas des occupations normales, et plus encore, celui de l'usage commun, sans pour autant en être tout à fait excl[u] »²⁴⁹². L'approfondissement du contrôle du juge assure un renouvellement de l'encadrement juridique de l'administration et un développement de la liaison juridique du pouvoir de gestion, avec principalement en filigrane la distinction entre les usages compatibles et les usages conformes. Le juge administratif est resté attaché à cette distinction qui structure son contrôle, ce dernier étant plus strict à l'encontre des mesures prises en matière d'usages conformes qu'en matière d'usages compatibles.

II. Les différentes hypothèses de liaison du pouvoir de gestion

466. « Il existe [...] une dynamique du pouvoir discrétionnaire, dynamique à propos de laquelle le juge exerce une fonction essentielle. Il est donc impossible d'avoir une conception moniste du pouvoir discrétionnaire car celui-ci, dans la majorité des cas, dépend de l'interprétation qu'en donne le juge »²⁴⁹³. C'est en effet « en réalité le juge qui détient, par le contrôle qu'il exerce, la variable d'existence du droit subjectif »²⁴⁹⁴. La liaison juridique du pouvoir de gestion ne précède pas le juge, elle est le résultat de son interprétation. Le

²⁴⁹⁰ M. DEGOFFE, « L'obligation de motiver les décisions relatives à l'occupation du domaine public », *BJCL*, 4/2006, p. 238.

²⁴⁹¹ Sur la distinction entre le contrôle de la qualification juridique des faits et le contrôle sur les conséquences de la qualification juridique des faits, v. Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », t. 263, 2009, p. 472-473.

²⁴⁹² Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 13^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 198. V. aussi, P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privatives des biens publics », *RFDA*, 2009, p. 229, spéc. p. 231. L'auteur parle de « dégradé » d'usages conformes.

²⁴⁹³ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. I, 3^e éd., 1984, *op. cit.*, p. 481. V. aussi, S. KTIKAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, « BDP », t. 162, 1991, p. 324 ; B. KORNPROBST, « La compétence liée », *préc.*, p. 946 et s.

²⁴⁹⁴ A. ROUYÈRE, « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », *préc.*, p. 87.

dynamisme du juge administratif et l'évolution de sa jurisprudence préfigurent un encadrement plus strict des conditions de l'accès au domaine public et multiplient les cas de liaison juridique du pouvoir de gestion, ce qui induit en conséquence un élargissement du champ des droits publics subjectifs. Si Bonnard associe la compétence liée à l'existence d'un droit public subjectif, une clarification s'impose néanmoins car cette association souffre d'une forme d'illogisme. Comme le souligne G. Lino di Qual, la théorie de Bonnard « définit le droit subjectif par la liaison de la compétence administrative, et inversement elle dit que la compétence administrative est liée là où il y a droit subjectif. Alors, elle ne signifie plus rien, tout au moins en ce qui concerne la compétence liée ; elle est insusceptible de nous fournir le fondement de la compétence liée »²⁴⁹⁵. Pour résoudre ce problème, il convient d'exclure de la définition de la compétence liée l'existence d'un droit public subjectif et de considérer que ce dernier n'en est que la conséquence, et non le fondement. Le pouvoir de gestion est un pouvoir lié en raison de certaines obligations, de faire ou de ne pas faire, et dont le champ réside principalement dans les usages conformes. Il importe de définir d'abord le domaine de la liaison juridique du pouvoir de gestion et les obligations qu'elle implique (**A**), puis de déterminer les modalités de l'encadrement du pouvoir discrétionnaire (**B**).

A. Le domaine de la liaison juridique du pouvoir de gestion

467. Selon le juge administratif, « l'autorité compétente dispose d'un large pouvoir d'appréciation dont la mise en œuvre résulte nécessairement de choix faits dans la définition d'une politique de gestion du domaine public [en l'occurrence le domaine public maritime] »²⁴⁹⁶. Dans l'arrêt *RATP* du 23 mai 2012, il est également rappelé que « l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine ; que la décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie »²⁴⁹⁷. Ces deux jurisprudences administratives sont représentatives de la manière dont le juge perçoit la discrétionnalité du pouvoir de gestion. Deux critères ressortent pour qualifier la discrétionnalité : la marge d'appréciation laissée au gestionnaire sur l'appréciation des faits et la faculté ou non d'octroyer une occupation privative (discrétionnalité sur le fond

²⁴⁹⁵ G. LINO DI QUAL, *La compétence liée*, op. cit., p. 192-193.

²⁴⁹⁶ CAA Paris, 18 oct. 2007, M. Winfred X, req. n° 05PA03498.

²⁴⁹⁷ CE, 23 mai 2012, *RATP*, préc.

de la mesure). Un autre point est à souligner : au regard de la généralité des termes utilisés par le juge administratif, la discrétionnalité du pouvoir de gestion est considérée comme étant le principe, et la liaison juridique de ce pouvoir comme l'exception. C'est pour cette raison que la liaison juridique du pouvoir de gestion doit être définie négativement, ce qui sous-entend que l'administration est dans une situation de liaison juridique lorsque sa faculté se transforme en devoir et lorsqu'elle perd une marge d'appréciation dans le choix des mesures à prendre. À partir de ces différents éléments, il est possible de distinguer différentes obligations selon qu'il s'agit d'utilisations collectives (1) ou privatives (2) du domaine public.

1. La liaison juridique du pouvoir de gestion et les usages collectifs conformes

468. Le pouvoir de gestion est soumis à une obligation de ne pas faire qui consiste à ne pas entraver les usages collectifs d'une dépendance²⁴⁹⁸. Cette obligation de ne pas faire est d'abord exprimée dans l'article L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : le gestionnaire ne peut octroyer un titre d'occupation sans entraver « le droit d'usage qui appartient à tous ». Deux phases se succèdent dans le contrôle du juge. La première consiste à apprécier si l'usage qui est entravé ou limité correspond à un usage conforme – le juge administratif exerce donc d'abord un contrôle sur la qualification juridique des faits. Si l'usage est conforme, le juge apprécie également les conséquences de la qualification juridique et il peut annuler la décision administrative si elle est contraire à l'affectation, comme ce fut le cas pour les rivages de mer. En effet, la jurisprudence ancienne de l'arrêt *Bourgeois* fait une jonction entre l'affectation et le droit d'accès que l'administration est tenue de respecter : « le rivage de la mer fait partie du domaine public et [...] tout le monde a le droit d'y accéder librement »²⁴⁹⁹. Le domaine public fluvial est autre exemple où le pouvoir de gestion est une prérogative soumise à une obligation de ne pas faire. Le juge administratif retient le caractère normal d'un usage pour juger ensuite illégale la mesure qui l'entrave. Il est en effet illégal « d'interdire [...] à un utilisateur privé de la voie navigable, faisant de cette voie et de ses dépendances un usage normal et conforme à leur destination, d'assurer la traction de ses bateaux par ses propres

²⁴⁹⁸ Sur ce point, C. BOUTAYEB, « Liberté d'utilisation du domaine public et affectation domaniale », *RDP*, 2001, n° 1, p. 221 ; J.-P. BROUANT, *Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ?*, *Petites affiches*, 15 juillet 1994, n° 84 ; Y. Gaudemet, *Libertés publiques et domaine public*, préc. ; J. MOURGEON, *De quelques rapports entre les libertés et la domanialité publique*, préc.

²⁴⁹⁹ CE 30 avril 1863, *Bourgeois* : *DP*, 1863, 3, 64. L'article L. 2124-4 du CGPPP et l'article L. 321-9 du Code de l'environnement réaffirment le libre accès au domaine public maritime : « L'accès des piétons aux plages est libre sauf si des motifs justifiés par des raisons de sécurité, de défense nationale ou de protection de l'environnement nécessitent des dispositions particulières. L'usage libre et gratuit par le public constitue la destination fondamentale des plages au même titre que leur affectation aux activités de pêche et de cultures marines ».

moyens »²⁵⁰⁰. L'argument de la « normalité (ou conformité) d'un usage », utilisé par le juge administratif, dénote un attachement à une classification classique des usages et apporte surtout une justification à un contrôle plus approfondi des actes de gestion. Dans la mesure où la personne publique gestionnaire est soumise à « l'obligation [de ne pas compromettre] les usages conformes à la destination dudit domaine, que le public était en droit d'y exercer »²⁵⁰¹, le juge administratif est attentif à la conciliation, faite par l'administration, entre la délivrance d'autorisations sur le domaine public et la protection du droit d'usage. Au même titre, le pouvoir réglementaire encadre la délivrance d'occupation sur les plages au nom de la préservation de l'affectation et du droit d'usage des administrés sur le domaine public maritime²⁵⁰².

469. De même, dans l'exercice de son pouvoir de gestion, la personne publique est soumise à une exigence de conciliation lorsqu'est en jeu un conflit entre plusieurs usages conformes²⁵⁰³. Dans l'arrêt *Département de Vendée*²⁵⁰⁴, sont mises en balance plusieurs nécessités : de protection et de sécurité des ports maritimes, de protection du service public et d'élargissement de l'accès du domaine public au nom des règles de concurrence et du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Le Professeur G. Clamour a mis en lumière l'évolution qui sépare la jurisprudence *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var*²⁵⁰⁵ et l'arrêt *Département de Vendée*. Dans ce dernier, « le juge part du principe de l'interdiction du monopole pour arriver au soutien légitime à apporter au service public alors que dans l'arrêt *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var* il procédait par un raisonnement inverse en partant de la nécessité

²⁵⁰⁰ CE, 16 nov. 1956, Société des grandes tuileries Perrusson et Desfontaines : *Rec.*, p. 41 ; *RDP*, 1957, p. 529, note M. Waline.

²⁵⁰¹ CE, 16 mai 1996, M. Vanderhaegen : *RTD com.*, 1996, p. 669.

²⁵⁰² Décret n° 2006-608 relatif aux concessions de plages : *JO*, 28 mai 2006, p. 7981. Sur ce point, v. C. MAUGUË, La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupations privative des plages », *AJDA*, 2006, p. 1496.

²⁵⁰³ D. G. LAVROFF, « Le régime juridique des biens domaniaux », *Rép. Dalloz*, « Le domaine des collectivités locales », 2008.

²⁵⁰⁴ CE, 30 juin 2004, Département de Vendée, *Rec.*, p. 277 ; *RJEP* 2004, p. 487, concl. P. Collin ; *AJDA* 2004, p. 2210, note S. Nicinski ; *DA*, 2004, comm. 161, obs. M. Bazex et S. Blazy ; *AJDA* 2004, p. 2309, obs. N. Charbit ; *Rev. Lamy conc.*, 2005/1, n° 50, obs. S. Destours : « il appartient aux collectivités et personnes morales publiques, auxquelles sont affectées ou concédées les installations des ports maritimes, de permettre l'accès aussi large que possible des armements à ces installations, elles n'en sont pas moins corollairement en charge de fixer, par une réglementation adaptée à la configuration des ports concernés, des conditions d'utilisation de ces installations propres à assurer la sécurité des usagers et la protection des biens du domaine public maritime ; qu'en outre, si ces mêmes collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires et, dès lors, en l'absence de circonstances exceptionnelles à réserver à ces entreprises l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires, il leur appartient, dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés d'un tel service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public »

²⁵⁰⁵ CE, 9 oct. 1981, Ch. de commerce et d'industrie de Toulon et du Var : *Rec. CE*, p. 366 ; *AJDA* 1981, I, p. 579 et II, p. 606

d'apporter un appui nécessaire au service avant d'en trouver les limites dans l'institution d'un monopole »²⁵⁰⁶. Ainsi, le juge administratif assure un accès plus large au domaine public au nom des règles de concurrence, mais, en tout état de cause, en consolidant le principe de conciliation entre les différents intérêts en présence, l'arrêt *Département de la Vendée* ne peut pas être « le signe d'un bouleversement absolu de la jurisprudence traditionnelle »²⁵⁰⁷, au contraire, il conforte la spécificité de la gestion domaniale.

2. La liaison juridique du pouvoir de gestion et les usages privatifs conformes

470. Pour les usages privatifs, la règle est en principe l'absence de droit à l'octroi d'une occupation domaniale²⁵⁰⁸, voire pour certains Commissaires du gouvernement, le droit au domaine public ne concerne que les usages communs et conformes du domaine public²⁵⁰⁹. Cependant, il est possible de retenir que le pouvoir de gestion est parfois soumis à une obligation de faire qui consiste à délivrer une occupation privative conforme à l'affectation. Mais, contrairement à l'avis du Professeur J. Dufau, le droit au domaine public n'est pas un « droit acquis à occuper normalement les dépendances spécialement affectées à leur usage privatif »²⁵¹⁰. Le gestionnaire du domaine public détient toujours une parcelle de discrétionnalité. Le pouvoir de gestion n'est lié que si l'administration est tenue d'octroyer un titre d'occupation au regard de certains motifs appréciés *in concreto*, puisque le juge contrôle non seulement la qualification juridique des faits, mais aussi leurs conséquences juridiques. Le contentieux de l'accès aux halles et marchés illustre le contrôle du juge administratif sur les motifs visés et les mesures prises par l'autorité gestionnaire²⁵¹¹. Comme c'est le cas pour les usages collectifs, plus les motifs sont définis strictement, plus la marge d'appréciation de l'autorité gestionnaire est faible, plus le droit subjectif au domaine public possède une portée normative intense. Par exemple, la notion de « bon fonctionnement d'un marché », motif central en ce qui concerne la gestion d'un marché, n'appartient pas à la catégorie des « notions juridiquement indéterminées ». Pour reprendre l'analyse du Professeur S. Rials, « tant que l'indétermination n'est qu'*a priori* et que la norme demeure "déterminable" par le fait d'une opération intellectuelle adéquate, l'impérativité de la règle implique que le juge (après

²⁵⁰⁶ G. CLAMOUR, *Intérêt et général et concurrence*, *op.cit.*, p. 569-570. V. aussi, O. FUCHS, « La conciliation des intérêts dans le contentieux administratif de la concurrence », *AJDA*, 2006, p. 746. ; S. NICINSKI, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », *AJDA*, 2004, p. 751.

²⁵⁰⁷ S. NICINSKI, « Les conditions d'accès au ponton au risque des règles de concurrence », *AJDA*, 2004, p. 2210.

²⁵⁰⁸ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 284 et s.

²⁵⁰⁹ J.-C. BONICHOT concl. sur CE, 18 décembre 1985, Legendre : *AJDA*, 1986, p. 112 : « la liberté d'utilisation du domaine public par les particuliers n'existe que pour les usages du domaine commun et qui sont conformes à sa destination ».

²⁵¹⁰ J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 614.

²⁵¹¹ *Ibid.*, p. 614 et s.

l'administrateur) fasse cette opération (*interprétation*). Mais si la règle est non seulement indéterminée *a priori*, mais "indéterminable", si sa mise en œuvre suppose un choix pleinement subjectif, [...] alors naît le pouvoir discrétionnaire »²⁵¹² ; dans le cas contraire, le pouvoir de gestion est lié. Or, concernant la gestion des marchés, le juge administratif définit de manière stricte la marge d'appréciation laissée à l'administration, celle-ci « peut se fonder sur tout motif titré des nécessités du bon fonctionnement d'un marché de gros et notamment de ce qu'un demandeur n'a pas une activité commerciale suffisante pour justifier la concession d'un emplacement »²⁵¹³, mais elle ne peut « sans méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie [...] subordonner [...] l'accès à une autorisation individuelle qu'[elle] se réservait d'accorder ou de refuser discrétionnairement, [...] sans qu'aucun motif tiré de l'ordre public ou du bon fonctionnement du marché pût être invoqué »²⁵¹⁴. Cet arrêt atteste donc d'une liaison du pouvoir de gestion. L'absence de discrétionnalité dans la gestion des marchés se vérifie encore par le fait que l'autorité gestionnaire est liée par les motifs qu'elle a préalablement déterminés. En l'occurrence, dans la l'arrêt *Ville de Paris*, le juge retient l'erreur de droit commise par le gestionnaire lorsque son refus de délivrer une occupation domaniale ne tient « compte que de deux des quatre critères énoncés par l'article 17 de l'arrêté du maire de Paris du 16 décembre 1991 relatif à la gestion des marchés découverts alimentaires »²⁵¹⁵.

471. La normalité (ou conformité de l'usage) est aussi un argument favorable au contrôle renforcé du juge administratif, et donc à la liaison du pouvoir de gestion. Les conclusions du Commissaire du gouvernement D. PIVETEAU sur l'arrêt *Commune de Bachy* soulignent que l'intensité du contrôle du juge est liée à la question de la normalité de l'usage : « lorsque l'utilisation privative rejoint la vocation normale du domaine, le juge contrôle plus étroitement le bien-fondé des motifs de refus »²⁵¹⁶ par le biais d'un contrôle normal. Certes, le droit des usagers à obtenir l'autorisation « ne joue que dans les limites des places disponibles »²⁵¹⁷.

²⁵¹² S. RIALS, « Pouvoir discrétionnaire », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, p. 3 (souligné par l'auteur).

²⁵¹³ CE, 16 fév. 1966, *Sieur Murat* : *RDP*, 1966, p. 618.

²⁵¹⁴ CE, 14 nov. 1924, *Sieur Wischitz* : *Rec.*, p. 891. [on souligne] V. aussi, CE, Sect., 8 déc. 1933, *Grundmann* : *D.*, 1934, p. 99 : « les maires ne sauraient sans (...) porter atteinte à la liberté accordée au commerce par les loi des 2-17 mars 1791, subordonner l'exercice de la profession précitée à la délivrance d'une autorisation qu'ils se réserveraient de déclarer discrétionnairement ou selon des conditions qui excluraient certaines catégories de marchands ou selon des conditions qui excluraient certaines catégories de marchands » ; CE, 5 juin 1908, *Sieurs Riverain et Henry* : *Rec.*, p. 609 : le maire ne pouvait subordonner l'exercice de la profession de marchand ambulant « à la délivrance d'une autorisation qu'il se réservait d'accorder ou de refuser discrétionnairement ».

²⁵¹⁵ CE, 6 nov. 1995, req. n° 164236, *Ville de Paris*.

²⁵¹⁶ D. PIVETEAU, concl. sur CE, 5 déc. 1997, *Commune de Bachy* : *AJDA*, 1998, II, p. 258. Sur le lien entre le contrôle normal et la protection d'un droit de l'administré, v. S. KTISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, « NBP », 1991, p. 47.

²⁵¹⁷ CE, 18 novembre 1966, *Clément* : *AJDA*, 1967, II, p. 45, note A. de Laubadère ; *RDP*, 1967, p. 987, concl. Galabert ; *JCP*, 1967, II, 15063, note Mourgeon.

L'argument de la limite des places est d'ailleurs souvent utilisé pour réfuter l'idée d'un droit à l'obtention d'une occupation normale²⁵¹⁸. Mais fonder la réfutation d'un tel droit sur l'argument de la limite des places repose sur une conception étriquée du droit subjectif, interprété à la lumière du droit-créance théorisé en droit civil – selon lequel le sujet passif n'échappe jamais à une obligation de faire ou de ne pas faire – ou reposant sur une assimilation étroite entre le droit public subjectif et le droit acquis. En effet, le droit public subjectif au domaine public est un concept permettant de caractériser l'exigence de l'accès selon une obligation juridique qui pèse sur l'autorité gestionnaire. La limite des places n'est qu'un « élément factuel »²⁵¹⁹ qui peut justifier le refus de satisfaire une demande et qui joue ainsi sur l'intensité de l'obligation juridique, mais qui n'intervient pas pour autant sur le terrain de l'existence d'un droit public subjectif. La doctrine s'est focalisée sur le fait que l'administration peut refuser d'octroyer une autorisation d'occupation du domaine public pour aboutir à cette conclusion : il n'y a pas de droit au domaine public. Il y a une confusion entre l'appréciation des conditions et la qualification juridique. Effectivement, en fonction de certaines conditions, comme l'absence de places, l'administration bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire, du moins elle récupère une marge d'appréciation et peut légalement refuser l'octroi d'une occupation privative²⁵²⁰. Mais, si les conditions d'accès sont remplies, le pouvoir de gestion est lié juridiquement, l'administration n'a pas de choix sur « les conséquences d'une qualification juridique »²⁵²¹, en raison du contrôle par le juge administratif²⁵²², c'est-à-dire qu'« à certains motifs existants, devra correspondre une certaine activité donnée et pas une autre »²⁵²³, ce qui implique, le cas échéant, la délivrance d'une occupation du domaine public²⁵²⁴.

²⁵¹⁸ Pour un exemple, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 8^e éd., 1995, *op. cit.*, p. 439 : « la limitation des emplacements disponibles, dans les halles et marchés par exemple, contraint l'administration à choisir entre les demandeurs. Et les conditions dans lesquelles elle se prononce, sous le contrôle du juge, ne sont guère différentes de ce qu'elles sont quand il s'agit de décider sur les demandes d'autorisation en vue d'occupations simplement compatibles ».

²⁵¹⁹ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. I, 3^e éd., *op. cit.*, 1984, p. 475.

²⁵²⁰ V. aussi sur la légalité de décisions de refus en matière de concessions funéraire CE 25 novembre 1921, Dame Niveleau, Guibert et autres : *Rec.*, p. 274 ; concl. Corneille, *S.*, 1923, p. 17, note Maurice Hauriou ; CE 27 avril 1923, Sieur Trottereau-Berthelot : *Rec.*, p. 366.

²⁵²¹ M. WALINE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 216-217. V. aussi C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », t. 263, 2009, p. 472-473.

²⁵²² Sur ce point, J.-M. AUBY et P. BON et J.-B. AUBY et P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 6^e éd., Dalloz, 2011, p. 140.

²⁵²³ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 61.

²⁵²⁴ Sur des arrêts annulant une décision des refus, CE, 16 nov. 1956, Desaveine : *RDP*, 1956, p. 536, note Waline, *RFDA*, 1957, p. 1, concl. Laurent ; CE, 15 janvier 1932, Mathieu : *Rec.*, p. 44 ; CE, 27 mars 1936, Association culturelle israélite de Valenciennes : *Rec.*, p. 383.

472. Par contre, le pouvoir de gestion n'est qu'un pouvoir partiellement lié si, en fonction de certains faits, l'administration bénéficie d'une marge résiduelle d'opportunité ou d'appréciation dans les conséquences juridiques d'une situation de fait, ou encore lorsqu'il est nécessaire d'arbitrer entre plusieurs usages conformes. Dans ce cas de figure, le pouvoir de gestion est un pouvoir « conditionné »²⁵²⁵ et, en principe, le droit au domaine public a une portée relativement plus faible. Cette dernière hypothèse est la plus importante, elle illustre la confrontation entre le pouvoir de gestion et la revendication de l'administré. Cette confrontation ne se résout que par un mécanisme de conciliation des différents intérêts en cause ; la jurisprudence *Société EDA* en est le parfait exemple²⁵²⁶. Un détour par la doctrine de G. Lino di Qual est utile pour résumer les deux situations possibles : « quand l'Administration se trouve en face d'un droit, elle est obligée d'accorder ce que ce droit permet de réclamer. Dans certains cas, il s'agit de s'assurer d'une conciliation entre les pouvoirs administratifs et les droits des particuliers : si telles conditions sont réunies, l'Administration peut ou est tenue de refuser l'exercice du droit ; si telles autres conditions sont réunies, elle est obligée de donner satisfaction au droit »²⁵²⁷. Dans le cadre de ce contrôle, l'intérêt général joue encore un rôle d'arbitre, il est sollicité par le juge administratif pour hiérarchiser les usages conformes²⁵²⁸ et pour assurer une conciliation entre « des intérêts de même rang »²⁵²⁹. Si l'intérêt général est parfois le soutien d'une revendication d'accès au domaine public²⁵³⁰, il intervient plus généralement au profit de l'administration. Dans l'affaire *Clément*, le juge a jugé légale la possibilité pour le maire de donner priorité à telle ou telle catégorie d'usagers, en vue d'assurer la meilleure utilisation du domaine public, composante de l'intérêt général²⁵³¹.

473. La liaison juridique du pouvoir de gestion tient aussi à la prise en compte, dans le contrôle exercé par le juge administratif, des effets de la mesure sur les intérêts ou les libertés, en particulier économiques, des administrés, ainsi que l'inaugure la jurisprudence *Société EDA*. Bien que l'administration détienne une parcelle de discrétionnalité sur la valeur des motifs et sur le contenu de la décision, le pouvoir de gestion est néanmoins lié juridiquement s'il est constaté une atteinte à la libre concurrence et à liberté du commerce et de l'industrie. Le juge

²⁵²⁵ Sur la notion de compétence conditionnée, M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOUILLE, *Leçon de droit administratif*, Hachette Supérieur, coll. P.E.S, 1989, p. 458-459.

²⁵²⁶ CE, 26 mars 1999, Société EDA, préc.

²⁵²⁷ G. LINO DI QUAL, *La compétence liée, op. cit.*, p. 296. De la même manière, M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOUILLE, *Leçon de droit administratif, op. cit.*, 1989, p. 459.

²⁵²⁸ Pour un exemple, TA, Lille, 28 fév. 2006, n° 0405868, SARL Gérard Demeyer Communications : Revue Lamy de la concurrence, 2007, n° 13, note G. Clamour : « l'implantation en gare de Lille d'un kiosque permettant de se brosser les dents hors foyer ne constituait pas la meilleure affectation du domaine public ferroviaire ».

²⁵²⁹ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », préc.

²⁵³⁰ CAA Paris, 4 déc. 2003, n° 00PA02740, Sté d'équipement de Tahiti et des Îles [SETIL], préc.

²⁵³¹ CE, 18 nov. 1966, Clément : *Rec.*, p. 608.

administratif intervient en effet sur les conséquences juridiques d'un refus de délivrer une occupation sur l'exercice d'une liberté. La portée de la jurisprudence *Société EDA* a néanmoins prêté à discussion.

Une première analyse tend à considérer que cette jurisprudence renouvelle la relation entre le droit d'accès existant en matière d'usages conformes et l'exercice d'une liberté²⁵³². À s'en tenir à une lecture stricte la jurisprudence *Société EDA*, la prise en compte des libertés économiques dans le cadre de la gestion du domaine public ne s'effectue que lorsque les activités de production, de distribution et de services s'exercent « conformément » à l'affectation de ces dépendances, ainsi que le précise l'arrêt. Pour reprendre l'analyse du Professeur Ph. Yolka, antérieure à cet arrêt, « ce n'est pas parce qu'une activité est érigée en liberté publique qu'il existe un droit de l'exercer sur le domaine public, mais parce que ce dernier est affecté à l'exercice d'une activité correspondante à une liberté publique qu'il est possible d'y exercer librement cette activité »²⁵³³. Il y a donc une distinction entre un droit au domaine public et l'exercice d'une liberté ; la liberté vient par contre au soutien d'une demande d'obtention d'une occupation du domaine public, en assurant le lien entre une obligation de faire et un intérêt, général ou particulier, au bénéfice d'un usager²⁵³⁴. Pour ainsi dire, une causalité est établie entre une obligation de faire et les intérêts économiques privés, au fondement d'un droit public subjectif, ce qui apporte au surplus une nouvelle dimension à la conciliation propre au pouvoir de gestion, autant qu'un « rééquilibrage »²⁵³⁵ des relations entre le gestionnaire et les administrés.

Selon une seconde analyse, qui considère que les libertés économiques s'ajoutent au cadre habituel de la domanialité, à l'appui d'une revendication d'accès au domaine public, il serait possible de conférer une plus grande portée à la jurisprudence *Société EDA*, que ce soit pour les usages conformes ou simplement compatibles. Néanmoins, l'arrêt RATP ferme la voie entrouverte la jurisprudence *Société EDA*, en appauvrissant les interactions entre le pouvoir de gestion et la liberté du commerce et de l'industrie.

B. L'encadrement de la discrétionnalité du pouvoir de gestion à l'égard des usages compatibles.

474. Dans le cas des usages compatibles, l'administration recouvre une marge de discrétionnalité plus importante dans le choix du contenu d'une mesure, entendu qu'elle peut

²⁵³² CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, préc.

²⁵³³ Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 257.

²⁵³⁴ Sur ce point, É. FATÔME, « Ordre public et domaine public », préc., spéc. p. 198.

²⁵³⁵ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, 2000, p. 179.

décider d'octroyer ou non une occupation privative, même s'il existe des limites aux motifs visés par la personne publique et aux effets de la décision sur la sphère juridique des administrés²⁵³⁶. Aucun droit subjectif ne peut se greffer sur une obligation juridique de faire, il n'y a donc pas de droit à l'obtention d'une occupation privative compatible avec l'affectation. Pourtant, la discrétionnalité du pouvoir de gestion ne signifie pas qu'il est arbitraire²⁵³⁷. La personne publique bénéficie d'une marge d'appréciation sur la qualification juridique des faits, sur les conséquences juridiques de cette qualification et sur les motifs invoqués, mais à condition de respecter certaines limites qui ont trait à la finalité et à la collatéralité de la mesure, dont les effets doivent être pris en compte.

475. *Les motifs et la discrétionnalité du pouvoir de gestion.* Les limites liées à la finalité de la mesure sont structurées par la norme de référence que constitue l'intérêt général, instrument de reconstitution d'un ensemble d'intérêts, économiques, financiers²⁵³⁸ ou esthétiques²⁵³⁹, qui fournit au gestionnaire public une pluralité de motifs, et donc de décisions possibles²⁵⁴⁰. Le juge administratif contrôle les motifs de l'acte de gestion mais il s'arrête devant le constat de l'opportunité de la prise de décision. Le propos est classique. Face à une demande d'occupation compatible, le pouvoir de gestion n'est pas soumis à une obligation de faire, le motif d'intérêt général lui permet de s'extraire de cet impératif juridique et de justifier le refus d'octroyer un titre d'occupation. Le juge s'assure simplement que l'acte de gestion vise un motif d'intérêt général. Il est d'ailleurs possible d'invoquer un autre point de vue, selon lequel l'intérêt général est le prolongement de la subjectivité du pouvoir de gestion, en ce sens qu'il ne fait pas l'objet d'une prédétermination objective qui s'impose au gestionnaire. L'intérêt général serait le fruit de la volonté de l'administration validée ensuite par le juge administratif, et dont les contours ont été dessinés au gré des évolutions qui ont touché la domanialité publique. Pour ainsi dire, l'administration détiendrait « un pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation de la valeur des motifs »²⁵⁴¹.

L'autorité gestionnaire peut aussi invoquer d'autres motifs, distincts de l'intérêt général. Mais si le pouvoir de gestion vise d'abord l'intérêt du domaine, il apparaît difficile de

²⁵³⁶ J. DUFAU, *Le domaine public*, t. II, 3^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 495-496.

²⁵³⁷ C. CHAMARD-HEIM, comm. sur CE, 2 mai 1969, Société Affichage Giraudy : *GDDAB*, n°49, p. 434.

²⁵³⁸ C. TEITGEN-Colly, *La Légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 223 et s.

²⁵³⁹ CE, 2 mai 1969, Société Affichage Giraudy : *Rec.*, p. 238 ; *AJDA*, 1970, II, p.110, note A. de Laubadère. Sur ce point, v. P. LAFAGE, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, *op. cit.*, p. 234.

²⁵⁴⁰ V. sur le contrôle des motifs dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration, E. SAUVIGNON, « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », *AJDA*, 1971, p. 200.

²⁵⁴¹ R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1922, p. 389.

caractériser une autonomie de cet intérêt vis-à-vis de l'intérêt général, tant les deux notions apparaissent proches et entremêlées dans l'usage du juge administratif. Il existe ensuite une forme d'interchangeabilité entre les motifs de police et ceux de gestion, du moins le pouvoir de gestion peut poursuivre des motifs d'ordre public pour justifier un refus²⁵⁴².

476. *Les effets de l'acte de gestion.* Le pouvoir de gestion est une prérogative qui rentre en interaction avec d'autres sphères juridiques. À l'évidence, il ne peut y avoir de droit au domaine public en raison de la marge de discrétionnalité du pouvoir de gestion, néanmoins ce pouvoir reste conditionné. En effet, le principe d'opposabilité intervient dans plusieurs domaines. Les plans de déplacements urbains sont par exemple opposables aux actes de gestion²⁵⁴³, mais l'opposabilité des règles de droit économique constitue le principal champ d'investigation du juge administratif. C'est ce qui ressort notamment de la jurisprudence *RATP* au sujet des intérêts économiques des usagers. L'autorité gestionnaire est libre d'octroyer une autorisation domaniale en fonction de considérations tirées de l'intérêt général et de l'intérêt du domaine public, « l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine »²⁵⁴⁴. La prise en compte directe des éventuelles atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de la concurrence, au profit de l'administré, est appréhendée différemment dans la jurisprudence *RATP* : « la décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ». La jurisprudence *RATP* a en effet clarifié les rôles respectifs de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence. Cette clarification des rôles s'imposait en raison d'une tendance jurisprudentielle qui plaçait sur le même plan le respect de la liberté du commerce et de

²⁵⁴² CE, 11 févr. 1998, *Ville de Paris c/ Association pour la défense des droits des artistes peintres sur la place du Tertre*, préc. Sur ce point, v. É. FATÔME, « Domaine public et ordre public », préc. ; du même auteur, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 159 et s. ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 8^e éd., *op. cit.*, 1995, p. 451.

²⁵⁴³ CE 16 avr. 2010, *Association Alcaly* : *Rec.*, p. 810 ; *RDI*, 2010, p. 370, obs. Hostiou ; *Constitutions*, 2010, p. 433, obs. Aguila ; *Nouv. Cab. Cons. const.*, 2010, p. 268, obs. Vidal-Naquet : « Considérant que les articles 28 et 28-1 de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982 ne prévoient l'opposabilité des prescriptions de plans de déplacements urbains qu'en matière de police du stationnement ou de gestion du domaine public routier ; que l'article 28-3 de la même loi ne requiert la compatibilité avec le plan de déplacements urbains que des seules décisions des autorités chargées de la voirie et de la police de la circulation ayant des effets sur les déplacements dans le périmètre des transports urbains ; que les requérants ne peuvent dès lors utilement soutenir que le décret litigieux méconnaît le plan de déplacements urbains de l'agglomération lyonnaise ».

²⁵⁴⁴ CE, 23 mai 2012, *RATP*, préc.

l'industrie et celui du droit de la concurrence²⁵⁴⁵, mais elle s'est opérée au prix d'un appauvrissement de la signification de la liberté du commerce et de l'industrie, dans une perspective clairement favorable à l'administration gestionnaire du domaine public. En effet, la prise en compte accrue de la liberté du commerce et de l'industrie, entrevue dans la jurisprudence *Sté EDA*, n'est plus de mise dans la jurisprudence *RATP*, ni dans dans la jurisprudence *Commune de Tours*²⁵⁴⁶. D'une part, à l'image de ce qui a déjà été déclaré par le juge des référés²⁵⁴⁷, la décision de refus d'accorder une autorisation d'occupation du domaine public n'est pas susceptible, « par elle-même », de porter une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. D'autre part, la liberté du commerce et de l'industrie ne peut pas soutenir une demande d'occupation du domaine public et s'efface devant la discrétionnalité du pouvoir de gestion²⁵⁴⁸. L'administré ne peut rien exiger de la part de l'administration gestionnaire, celle-ci peut refuser l'accès au domaine public sans que « puisse utilement être opposé à ce refus aucun droit, fondé sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, à exercer une activité économique sur ce domaine public »²⁵⁴⁹. C'est dire que la liberté du commerce et de l'industrie est invocable à l'égard d'un acte de gestion mais n'est pas constitutive d'une obligation juridique de faire qui s'imposerait au pouvoir de gestion et qui nécessiterait d'ouvrir l'accès au domaine public à son bénéficiaire.

477. Néanmoins, la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas totalement dépourvue de portée dans l'arrêt *RATP*, mais sa portée est négative et non positive, dans la mesure où elle ne fonde aucun droit d'accès au domaine public²⁵⁵⁰. Le juge administratif circonscrit son

²⁵⁴⁵ Sur ce point, v. S. BRACONNIER, « Domaine public : la liberté du commerce et de l'industrie réhabilitée, mais bridée.. », *AJDA*, 2012, p. 1129 ; S. NICINSKI, « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives », préc.

²⁵⁴⁶ V. aussi dans le même sens, CE, 29 oct. 2012, *Commune de Tours* : *AJDA*, 2012, p. 2031 : « qu'il est toutefois loisible à la collectivité publique affectataire d'œuvres relevant de la catégorie des biens mentionnés au 8° de l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques, dans le respect du principe d'égalité, de ne pas autoriser un usage privatif de ce domaine public mobilier sans que [...] puisse utilement être opposé à ce refus *aucun droit* [on souligne], fondé sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, à exercer une activité économique sur ce domaine public ».

²⁵⁴⁷ Au sujet de la liberté d'entreprendre, v. CE, ord., 2 juill. 2003, *Commune de Collioure* : *AJDA* 2003, p. 2218, note J.-P. Markus ; CE, 16 sept. 2002, *Sté La Cour des Miracles* : *JCP*, 2003. II. 10037, note Soulié ; CE, 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer* : *RFD*, 2003, p. 837

²⁵⁴⁸ N. FOULQUIER, « Gestion du domaine public et droit de la concurrence : acte 2, 14 ans après », *RDI*, 2012, p. 566.

²⁵⁴⁹ CE, 23 mai 2012, *RATP*, préc.

²⁵⁵⁰ CE, 29 oct. 2012, *Commune de Tours*, préc. : « il est toutefois loisible à la collectivité publique affectataire d'œuvres relevant de la catégorie des biens mentionnés au 8° de l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques, dans le respect du principe d'égalité, de ne pas autoriser un usage privatif de ce domaine public mobilier sans que [...] puisse utilement être opposé à ce refus aucun droit, fondé sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, à exercer une activité économique sur ce domaine public ». V. aussi, CAA Paris, 12 octobre 2004, *Société Le Retro*, n° 02PA03683 : « considérant, en quatrième lieu, que la liberté du commerce et de l'industrie n'implique pas le droit d'être autorisé à occuper des emplacements du domaine public

rôle aux principes de non-restriction²⁵⁵¹ et de non-concurrence, qui ont vocation à protéger l'initiative privée²⁵⁵². S'agissant en premier lieu du principe de non-restriction, le juge s'inspire de la formulation de la jurisprudence *Société Compagnie des bateaux-mouches*²⁵⁵³ : l'acte de gestion peut être légal si la restriction qu'il apporte est justifiée par un motif d'intérêt général et proportionnée à l'objectif poursuivi. S'agissant en second lieu du principe de non-concurrence, les personnes publiques ne peuvent pas « prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public », selon la casuistique de la jurisprudence *Ordre des avocats*²⁵⁵⁴. En effet, cette dernière jurisprudence relativise la correspondance entre l'intérêt public et la carence d'initiative privée, à travers la nuance apportée par l'adverbe « notamment » : « pour intervenir sur le marché, [les personnes publiques] doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée »²⁵⁵⁵. D'autres motifs sont désormais susceptibles de caractériser l'intérêt public²⁵⁵⁶.

Dans la jurisprudence *RATP*, le juge soumet également le pouvoir de gestion au droit de la concurrence, mais il s'éloigne de la jurisprudence *Société EDA* en s'inscrivant exclusivement dans la continuité de la jurisprudence *Société Million et Marais*²⁵⁵⁷ : il n'appréhende en effet l'acte de gestion qu'au regard de ses *effets* sur le jeu concurrentiel. Ainsi, « la personne publique ne peut toutefois délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce »²⁵⁵⁸.

478. Dès lors, même lorsque le pouvoir de gestion se comprend comme un pouvoir discrétionnaire, un *vinculum juris* n'est pas exclu. La discrétionnalité du pouvoir de gestion

pour y exercer une activité commerciale ou industrielle » ; CAA Paris, 16 novembre 2004, Sarl MVL c/ Ville de Paris, n° 03PA00604 ; CAA Paris, 31 décembre 2004, Mme Véronique Lapere, n° 01PA00612.

²⁵⁵¹ CE, ass., 22 juin 1951, Fédération nationale des photographes-filmeurs : *Rec.*, p. 362 ; *D.*, 1951, p. 589, concl. Gazier.

²⁵⁵² Sur les différentes acceptions de la liberté du commerce et de l'industrie, v. de manière générale F. DREYFUS, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Paris, Berger, 1973.

²⁵⁵³ CE, 15 mai 2009, Compagnie des bateaux mouches : *Rec.*, p. 209, *AJDA*, 2009, p. 1015 ; *ibid.*, p. 1812, chron. S. Nicinski et P.-A. Jeanneney.

²⁵⁵⁴ CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris : *Rec.*, p. 272 ; *AJDA*, 2006, p. 1592, chron. Landais et F. Lenica ; *RFDA*, 2006, p. 1048, concl. D. Casas ; *ACCP*, n° 59, oct. 2006, p. 78, note L. Renouard ; *DA*, 2006, comm. 129, note M. Bazex ; *Contrats-Marchés publ.*, 2006, comm. 202, note G. Ecker.

²⁵⁵⁵ CE, Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, préc.

²⁵⁵⁶ Pour un exemple de relativisation du lien entre l'intérêt public et la carence d'initiative privée, v. CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze : *Rec.*, T. p. 652 ; *AJDA*, 2010, p. 469 ; *ibid.*, p. 957, concl. N. Boulouis ; *ibid.*, p. 1246, étude S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; *RDSS*, 2010, p. 341, note G. Koubi et G. J. Guglielmi.

²⁵⁵⁷ CE, Sect., 3 nov. 1997, Sté Million et Marais, préc.

²⁵⁵⁸ CE, 23 mai 2012, RATP, préc. V. aussi CAA, Bordeaux, 2002, n° 01BX00654, Commune Fouras, SARL Le Cadoret : *AJDA*, 2002, p. 924.

s'oppose à l'existence d'un droit subjectif à l'accès au domaine public, mais l'administration peut se heurter à d'autres droits publics subjectifs, qui tiennent à la préservation de la sphère d'activité de l'administré. En référence à la typologie de Jellinek, l'administré jouit d'un *statut négatif* vis-à-vis de l'administration, il dispose de « droits *défensifs*, [de] droits à l'abstention »²⁵⁵⁹ de la personne publique. La jurisprudence *Cadet*²⁵⁶⁰, selon laquelle l'administration est tenue de retirer toute occupation illégale, acquiert une nouvelle dimension avec l'introduction du droit de la concurrence et de la liberté du commerce et de l'industrie dans le contrôle de légalité des actes de gestion. Le pouvoir de gestion est certes discrétionnaire pour ce qui concerne la délivrance d'une occupation domaniale, mais il fait l'objet d'une liaison juridique s'agissant des conditions entourant l'octroi d'un titre. Par exemple, le fait que les actes de gestion soient saisis par la règle de la prohibition des ententes, prévue par l'article L. 420-1 du Code du commerce et l'article 102 TFUE, permet de protéger l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence, en conséquence de quoi l'acte de gestion est annulé s'il ratifie des conventions ou accords, conclus entre opérateurs privés, constitutifs d'ententes interdites²⁵⁶¹. Dans le même ordre d'idée, la libre concurrence peut s'opposer à l'obtention d'un titre, notamment si cette obtention équivaut à l'octroi d'un droit exclusif. Ce droit est cependant légal s'il répond à un motif d'intérêt général²⁵⁶². La Cour administrative d'appel a jugé que le droit exclusif accordé par le gestionnaire à la Congrégation de l'immaculée Conception, pour la desserte de l'Île de Saint Honorat, est légal puisqu'il assure la préservation de l'ordre public et la protection des propriétés privées²⁵⁶³.

479. Ainsi, quelle portée doit être conférée à la jurisprudence *RATP* ? Faut-il considérer que cette jurisprudence supplante la jurisprudence *Société EDA* dans l'appréciation des interactions entre le pouvoir de gestion et les libertés économiques ? L'énoncé de la jurisprudence *RATP* abonde explicitement dans ce sens, du moins en ce qui concerne le rôle de la liberté du commerce et de l'industrie ; néanmoins une première nuance doit être apportée pour ce qui concerne le droit de la concurrence. Il est possible de considérer que la jurisprudence *RATP* limite moins le rôle du droit de la concurrence que celui de la liberté du commerce et de l'industrie, dans la mesure où elle ne le vise que de manière accessoire. La logique

²⁵⁵⁹ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 334 (souligné par l'auteur).

²⁵⁶⁰ CE, 29 juin 1979, *Cadet* : *Rec.*, p. 290.

²⁵⁶¹ S'agissant du juge européen, CJCE, 30 janv. 1985, *BNIC*, aff. C-123/83 : *Rec.*, p. 391. S'agissant du juge administratif, CE, 7 déc. 2005, *Sté Ryanair* ; CE, 21 mai 2008, *Sté nouvelle remorquage du Havre (SNRH)* et *Sté de remorquage maritime de Rouen (SORMAR)* ; CAA Paris, 3 juin 2010, *Sté Amelot Roissy Hôtel*.

²⁵⁶² De manière générale pour l'octroi de droit exclusif, CE, 26 janv. 2007, *Synd. prof. de la géomatique* : *Rec.*, p. 20 ; *AJDA*, 2007, p. 744, note S. Nicinski.

²⁵⁶³ CAA Marseille, 28 mai 2006, n° 03MA01196, *Congrégation des cisterciens de l'Immaculée*. V. aussi, CE, 27 oct. 2009, *Sté Trans Côté d'Azur*.

d'applicabilité directe des règles de concurrence aux actes de gestion, inaugurée par l'arrêt *Société EDA*, n'est pas explicitement évacuée par l'arrêt *RATP*²⁵⁶⁴. D'autre part, une frontière peut être tracée entre les usages conformes et les usages compatibles : dans la mesure où seuls ces derniers sont touchés par le pouvoir discrétionnaire de l'administration, seuls ces derniers relèveraient de la jurisprudence *RATP*, malgré la généralité de son énoncé.

480. *Conclusion §1.* Le pouvoir de gestion n'est pas un pouvoir totalement discrétionnaire, et n'est pas un pouvoir totalement lié. Les obligations juridiques qui pèsent sur le pouvoir de gestion varient en fonction de la nature de l'usage et en fonction du lien avec l'affectation. Le champ des droits publics subjectifs repose en premier lieu sur des obligations de ne pas faire qui pèsent sur l'administration gestionnaire : l'obligation de ne pas entraver l'accès au domaine public dans le cas des usages conformes collectifs et l'obligation de ne pas entraver l'activité des administrés. Le droit public subjectif au domaine public repose de manière plus résiduelle sur des obligations de faire, imposées à l'administration gestionnaire essentiellement dans le cas des usages conformes privatifs. Il existe néanmoins, en dehors du cadre *stricto sensu* de l'affectation, des champs de liaison juridique qui imposent à certaines autorités gestionnaires des obligations de faire, qui appuient la revendication par l'administré d'un droit d'accès au domaine public.

§2. LA MULTIPLICATION DES HYPOTHÈSES DE LIAISON JURIDIQUE DU POUVOIR DE GESTION

481. Caractériser les différentes obligations qui s'imposent au pouvoir de gestion en se fondant uniquement sur la fonction normative de l'affectation est une approche restreinte. À côté du cadre habituel de l'affectation, il est possible de retenir trois principaux champs de liaison juridique du pouvoir de gestion. Le premier champ est celui des mesures de police qui prescrivent certaines obligations ouvrant la possibilité pour les administrés de revendiquer l'accès au domaine public **(I)**. Le second champ est celui des nouvelles réglementations ayant pour objet l'accès des opérateurs économiques aux infrastructures **(II)**. Le troisième champ concerne l'hypothèse de droits initiés par des obligations légales, au profit de certains usagers **(III)**.

²⁵⁶⁴ Sur les champs respectifs de la jurisprudence *Sté EDA* et de la jurisprudence *RATP*, v. R. Noguellou, comm. sous CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA : GDDAB*, n° 52, p. 462-463 ; F. BRENET, « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public », *DA*, 2012, comm. n° 89. *Contra* N. FOULQUIER, « Gestion du domaine public et droit de la concurrence : acte 2, 14 ans après », préc.

I. Le pouvoir de gestion soumis aux prescriptions de police

482. « La police est toujours juxtaposée à la gestion, et toujours la domine, même dans les opérations qui paraissent principalement domaniales ou financières »²⁵⁶⁵. En cas de dédoublement organique de l'autorité de police et de l'administration gestionnaire, « celle-ci se doit [...] de respecter les limites externes résultant des normes édictées par les autorités de police ; normes qui restent, de ce point de vue, prioritaires »²⁵⁶⁶. Cette hiérarchie entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de police tient en grande partie à leurs positions respectives vis-à-vis de l'affectation. Ces deux pouvoirs obéissent effectivement à deux sphères juridiques distinctes : la police est le garant de l'affectation à laquelle le pouvoir de gestion est soumis. De ce fait, le pouvoir de police peut imposer des obligations au pouvoir de gestion. Le respect des prescriptions de police par les actes de gestion est un élément que le juge administratif intègre dans son contrôle de légalité. C'est ce que met en exergue le Professeur É. Fatôme, au sujet de la jurisprudence *Sté Affichage Girandy*²⁵⁶⁷ : « avant de déclarer légales les mesures d'ordre esthétique édictées par le maire au titre de son pouvoir de gestion, [le juge] précise que “le maire de Valenciennes n'a enfreint aucune réglementation prise en la matière par le préfet” »²⁵⁶⁸. Mais toutes les mesures de police ne sont pas constitutives d'une obligation liant le pouvoir de gestion et ouvrant le bénéfice de l'accès à un administré. Il faut que la prescription de police vise un ou plusieurs intérêts, généraux ou particuliers, au profit des administrés, sur lesquels ils peuvent se fonder afin de revendiquer l'accès au domaine public. C'est le cas lorsque l'autorité de police intervient directement dans les conditions de l'accès au domaine public et détermine des conditions particulières aiguillant l'exercice du pouvoir de gestion.

L'arrêt *SARL Somatour* est un exemple topique de subordination d'un acte de gestion à une prescription de police, et révèle la dimension proactive de la puissance publique. La police agit en effet dans une optique de préservation des structures concurrentielles²⁵⁶⁹ ; dans l'arrêt *SARL Somatour*, « la mesure décidée par le préfet était justifiée par la nécessité de prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence dans l'intérêt d'une meilleure utilisation des ouvrages publics du port de la Pointe-du-Bout et poursuivait ainsi un but d'intérêt général »²⁵⁷⁰. L'autorité de police a donc pris une nouvelle réglementation de l'utilisation qui a élargi les conditions de l'accès à la dépendance et qui a eu pour effet de

²⁵⁶⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, 1900, p. 530.

²⁵⁶⁶ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 258.

²⁵⁶⁷ CE, 21 fév. 1969, *Sté Affichage Giraudy*, préc.

²⁵⁶⁸ É. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 165-166.

²⁵⁶⁹ G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 562.

²⁵⁷⁰ CE, 10 avril 2002, *SARL Somatour*, préc.

rendre caduc, sur le fondement de la théorie du fait du prince²⁵⁷¹, le contrat d'amodiation attribuant l'exclusivité de l'utilisation à la société SARL Somatour. Bien que ce ne soit pas directement l'objet de l'arrêt, il est possible de considérer, dans sa continuité, que les mesures de police complètent la fonction normative de l'affectation : elles ne procurent pas seulement des effets-réflexes qui bénéficieraient indirectement aux administrés, mais elles précisent et consolident les obligations impératives encadrant le pouvoir de gestion, en l'occurrence dans une perspective d'élargissement de l'accès à la dépendance domaniale. Autrement dit, les mesures de police attribuent une nouvelle signification à l'affectation domaniale, elles définissent de nouvelles conditions de l'accès au domaine public et sont donc constitutives de liaisons juridiques du pouvoir de gestion, qui sont favorables à la théorie des droits publics subjectifs au domaine public, au même titre que les réglementations relatives à l'accès aux infrastructures publiques.

II. La soumission du pouvoir de gestion à des réglementations spécifiques

483. En gardant, dans le prolongement de l'œuvre de Bonnard, l'idée que la liaison juridique d'un pouvoir provient en grande partie de la prédétermination des motifs en amont de la production d'un acte administratif, il est à noter une tendance à l'objectivisation plus poussée des « causes »²⁵⁷² justifiant la production des actes de gestion. La multiplication des règles exogènes, issues notamment de la réglementation des infrastructures en réseau, apporte un encadrement supplémentaire, opérant un processus de définition *a priori* des critères de l'accès, et déterminant en amont les conditions de la prise de décision de l'autorité gestionnaire. Le processus est initié par l'intégration du concept d'infrastructure (ou facilité) essentielle dans le cadre juridique du pouvoir de gestion **(A)** et se prolonge à travers les réglementations spécifiques qui touchent certaines infrastructures domaniales **(B)**. Ce mouvement abonde dans le sens d'un approfondissement des interactions entre le pouvoir de gestion et la sphère juridique des particuliers.

²⁵⁷¹ Sur la théorie du fait du prince, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^e éd., 2010, *op. cit.*, p. 284 et s.

²⁵⁷² G. VEDEL, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, 1934, p. 361, cité par J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. I, 3^e éd., 1984, *op. cit.*, p. 475 : « La cause d'un acte administratif est la situation objective de fait ou de droit qui est à la base de cet acte. Lorsqu'elle est prévue et définie par la loi, la coutume ou la jurisprudence, elle a pour effet de déterminer soit l'acte dans sa totalité, soit catégorie juridique de cet acte ».

A. L'appréhension de la gestion domaniale par la théorie des infrastructures essentielles

484. Largement décrite, commentée²⁵⁷³, parfois critiquée²⁵⁷⁴ pour les restrictions qu'elle apporte au droit de propriété et à la liberté contractuelle²⁵⁷⁵, la théorie de l'infrastructure essentielle est un mécanisme de collectivisation d'une ressource rare²⁵⁷⁶, elle est aussi porteuse d'une lecture économique de la gestion domaniale²⁵⁷⁷, elle est enfin un concept juridique dont la portée normative implique un régime articulé autour d'une « obligation de libre accès »²⁵⁷⁸ à l'infrastructure. En raison de la largesse de sa définition, la théorie de l'infrastructure essentielle a vocation à saisir un ensemble de situations qui transcende la frontière entre les biens privés et les biens publics²⁵⁷⁹, et qui inclut ainsi le domaine public. Le raisonnement déployé par les instances décisionnelles et juridictionnelles est d'ailleurs relativement similaire, suivant lequel le processus d'appréhension d'une dépendance domaniale par le mécanisme concurrentiel suppose deux étapes : la détermination des critères d'identification de l'essentialité de la dépendance (1) et la détermination des conditions d'accès à l'infrastructure (2).

1. L'appréhension du domaine public facilitée au regard des critères d'identification

485. Dans quelle mesure une dépendance du domaine public peut-elle être considérée comme une infrastructure essentielle ? Une telle question suppose de se pencher sur les éléments qui caractérisent l'infrastructure essentielle. D'origine américaine²⁵⁸⁰, la théorie des infrastructures essentielles a d'abord été intégrée par le droit de l'Union européenne, puis par les instances françaises. Les instances européennes, et surtout la Commission européenne, ont particulièrement sollicité les dispositions de l'article 82 TCE (devenu 102 TFUE) pour

²⁵⁷³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Libre propos sur le service public marchand dans la perspective de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle », *RJDA*, 1995, p. 847 ; F. WEINGARTEN, « La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire », *CJEG*, 1998, p. 461 ; S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », *JCP A.*, 29 octobre 2007, p. 57.

²⁵⁷⁴ L. RICHER, « Le droit à la paresse ? "Essential facilities", version française », *D.*, 1999, p. 523.

²⁵⁷⁵ A. de STREEL, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Kluwer, 2004, p. 251.

²⁵⁷⁶ Sur les ressources rares, J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2004, P.-A. JEANNENEY et M. CHICHPORTICH, « Les ressources rares », *RJEP*, Janvier 2010, étude n° 1.

²⁵⁷⁷ M. GLAIS, « Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence », in Rapport public 2002 du Conseil d'État, *Collectivités publiques et concurrence*, *op. cit.*, p. 403 ; S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », *préc.*

²⁵⁷⁸ C. LE BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 472.

²⁵⁷⁹ G. CANIVET, « Le droit de propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles », *Rev. Lamy droit des aff.*, 2006, p.79

²⁵⁸⁰ Sur ce point, J.-F CALMETTE, *La rareté en droit public*, *op. cit.*, p. 128 et s.

apprivoiser le concept d'infrastructure essentielle, instrument de la libéralisation de l'accès aux infrastructures nécessaires au libre jeu concurrentiel²⁵⁸¹. Le droit européen a posé les jalons de l'identification du concept. Les différents critères qui en sont les éléments constitutifs convergent vers la caractérisation de l'essentialité²⁵⁸² d'un bien vis-à-vis d'un marché connexe, en amont ou en aval de l'infrastructure. Accolée le plus souvent à la sanction d'abus de position dominante ou à celle d'abus de dépendance économique, la théorie vise les comportements d'une entreprise (au sens du droit de la concurrence) en position dominante sur le marché de l'infrastructure dont l'accès est indispensable à des tiers pour l'exploitation de leurs activités économiques. Dans le considérant n° 66 de la décision *Sea Containers c. Stena Sealink*, la Commission européenne appréhende au départ l'essentialité comme étant celle « des installations ou des équipements sans l'utilisation desquels les concurrents ne peuvent servir leur clientèle »²⁵⁸³. Ensuite, dans un souci de simplification, la Commission élargit les contours de l'essentialité, qui vise alors « les installations ou équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'assurer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables »²⁵⁸⁴. Le Tribunal de Première Instance s'inscrit dans la pratique décisionnelle de la Commission européenne et considère qu'une entreprise est détentrice d'une facilité essentielle lorsqu'elle est « en possession d'infrastructures, de produits ou de services indispensables ou essentiels pour l'accès au marché pertinent [et] si ces infrastructures, produits ou services ne sont pas interchangeables et que, en raison de leurs caractéristiques particulières, et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels de l'entreprise commune, qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché »²⁵⁸⁵. Comme pour la définition de l'activité économique, le droit communautaire fut une source d'inspiration pour les instances française, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ne modifient guère la définition élaborée par les instances européennes : « les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il

²⁵⁸¹ M. BAZEX, « Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics », *Revue des affaires européennes*, 1994/2, p. 103.

²⁵⁸² De manière générale, v. G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles. Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, « Bibliothèque de droit international et communautaire », t. 124, 2009.

²⁵⁸³ Comm., Déc. 94/19/CE du 21 déc. 1993, *Sea Containers c. Stena Sealink*, *JOCE*, n° L 15 du 18 janvier 1994, p. 8.

²⁵⁸⁴ CA Paris, 9 sept. 1997 : *BOCCRF*, 7 oct. 1997, p. 691, cité par F. WEINGARTEN, « La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire », préc.

²⁵⁸⁵ TPICE, 15 sept. 1998, *ENS c. Commission*, aff. jointes T-374 et 375/94, T-384 et 388/94 : *Rec.*, p. II-3141 (pt. 209).

serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables»²⁵⁸⁶. De la lecture de ces décisions et jurisprudences, deux critères ressortent permettant de qualifier un bien d'essentiel : le caractère non interchangeable ou indispensable de la ressource pour des opérateurs économiques et l'impossibilité de dupliquer la ressource à un coût raisonnable²⁵⁸⁷. Ces deux standards sont suffisamment souples pour appréhender un ensemble de situations et c'est par leur biais que le domaine public tombe indirectement dans l'escarcelle de la théorie de l'infrastructure essentielle ; indirectement parce que, dans l'affaire *Héli-Inter Assistance*, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris n'appréhendent pas le comportement de la personne publique mais celui de la personne privée investie de la gestion de la dépendance domaniale.

486. Les instances françaises ont par la suite précisé les éléments constitutifs de l'infrastructure essentielle, synthétisés par le Professeur S. Nicinski : « [...] la qualification d'infrastructure essentielle suppose que l'infrastructure soit possédée par une entreprise qui en détient le monopole ou une position dominante ; l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire pour exercer une activité concurrente sur un marché annexe ; l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise ; l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ; l'accès à l'infrastructure est possible »²⁵⁸⁸. Ces précisions apportées par les instances françaises n'ont pas eu pour effet de restreindre l'attractivité définitoire du concept d'infrastructure essentielle. Elles ont même facilité l'extension du concept d'essentialité au domaine public, puisque la condition de l'intervention du détenteur de l'infrastructure sur un marché connexe n'est plus nécessaire. Contrairement à la Commission européenne²⁵⁸⁹, le Conseil de la concurrence estime que « la circonstance que France Télécom ne serait pas concurrente de NC NumeriCâble sur le marché de l'exploitation commerciale des sites concernés n'a pas à être prise en considération pour déterminer si l'accès à l'infrastructure possédée par France Télécom sur ces sites est essentiel pour que NC NumeriCâble puisse les

²⁵⁸⁶ Cons. conc. Déc. n° 96-D-51 du 3 sept. 1996, pratiques de la Héli-Inter Assistance : *BOCCRF* du 8 janvier 1997, p. 3 ; CA Paris, 9 sept. 1997, Héli-Inter Assistance : *BOCCRF* du 7 oct. 1997, p. 692.

²⁵⁸⁷ M. GLAIS, « Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence », préc.

²⁵⁸⁸ S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », préc. Pour l'ensemble des critères, v. C. Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-17. 852, F-D, France Télécom : *CCC*, décembre 2007, comm. n° 308.

²⁵⁸⁹ Comm., déc. 94/19/CE du 21 déc. 1993, *Sea Containers c. Stena Sealink*, préc. : « le propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services ».

exploiter »²⁵⁹⁰. L'essentialité s'extrait de l'hypothèse de la pratique restrictive d'un opérateur économique sur un marché connexe et concerne plus largement tout bien ou service en lien étroit avec le fonctionnement des structures concurrentielles. L'élément central pris en compte pour reconnaître l'essentialité d'une dépendance domaniale est donc son caractère indispensable à une activité économique. Le critère de la duplication à un coût raisonnable est parfois mis de côté ou simplement présumé au sujet de certaines dépendances du domaine public. D'après ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, le juge apprécie l'essentialité uniquement à l'aune du caractère indispensable de la dépendance. Le non-renouvellement par la SNCF de la concession d'un occupant d'un local commercial dans une gare ne saurait constituer un abus de dépendance économique dans la mesure où il est loisible à l'occupant de poursuivre la même activité dans tout autre local approprié et disponible sur le marché de la location d'immeubles à usage commercial²⁵⁹¹. En définitive, de nombreuses dépendances domaniales peuvent paraître essentielles pour le marché : les ports, les aéroports, les infrastructures en réseau, les gares, la voirie publique. La théorie des facilités essentielles n'a toutefois pas livré toutes ses potentialités, puisque d'autres dépendances sont peut-être à même de recevoir cette qualification. Aussi, de manière prospective, il s'agit de se savoir si le champ de l'essentialité couvre l'ensemble des utilisations domaniales. Le lieu de prédilection de l'essentialité semble être celui des usages conformes. La conformité suppose en effet un lien direct entre une activité économique et la destination d'une dépendance, tout comme l'essentialité. Les usages compatibles sont plus éloignés de l'affectation et donc de la destination principale de la dépendance, néanmoins rien ne s'oppose en principe à ce que l'essentialité touche ce type d'usage, bien que les conditions soient plus difficile à remplir en pareil cas. La théorie des infrastructures essentielles permettrait alors de révéler la richesse fonctionnelle du domaine public.

2. L'organisation de l'accès des tiers à l'infrastructure essentielle

487. L'essentialité est une notion juridique qui implique un régime particulier : Les qualifications ne manquent pas en la matière. Les auteurs s'accordent pour considérer que la qualification d'un bien en facilité essentielle institue un « droit d'accès »²⁵⁹² au bénéfice des tiers. Le Professeur L. Richer considère aussi qu'elle met en place un mécanisme

²⁵⁹⁰ Cons. conc., Décision n° 99-MC-01, 12 janv. 1999 : *BOCCRF*, 27 janv. 1999, cité par L. RICHER, « Le droit à la paresse ? "Essential facilities", version française », préc.. V. aussi, M. THILL-TAYARA et C. COUADOU, « Le droit d'accès à l'épreuve des installations essentielles », *CCC*, 1999, chron n° 6, p. 4.

²⁵⁹¹ CA Paris, 31 oct. 1991, Parouty : *D.* 1992, jurispr. p. 312, note V. Sélinsky.

²⁵⁹² M. BAZEX, « Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics », préc.

d'affectation²⁵⁹³. L'atteinte au droit de propriété est aussi souvent soulignée par la doctrine dans la mesure où le droit d'accès rompt le rapport d'exclusivité entre le propriétaire et le bien. La vivacité des réactions doctrinales serait légitime au sujet d'une propriété privée, mais n'a pas lieu d'être en ce qui concerne la propriété publique, encore moins s'agissant du domaine public. En effet, l'affectation ouvre déjà le bien public à l'usage des tiers selon une logique compatible avec la propriété publique. Il est d'ailleurs possible de pousser plus loin le raisonnement en estimant que la domanialité publique se trouve renforcée par la confrontation avec la théorie des facilités essentielles. En gardant le principe de la dualité entre la domanialité publique et la propriété publique, l'affectation pèse plus lourdement sur le pouvoir de gestion dans le cadre de cette théorie. Au surplus, la théorie des facilités essentielles ne se comprend qu'en raison du droit de propriété du détenteur de la facilité essentielle. C'est parce qu'il existe un rapport d'exclusivité entre le bien et le propriétaire qu'il est demandé à ce dernier d'ouvrir l'accès du bien.

Un point doit être précisé. Suivant une approche structurelle, le droit d'accès, lorsqu'il est institué, ne touche qu'indirectement le droit de propriété, il n'en est pas une émanation ou un démembrement, son objet est avant tout une prestation de la personne propriétaire à qui l'on impose d'ouvrir l'accès du bien. Pour cette raison, la définition du droit public subjectif de type personnel, préalablement évoquée, constitue un réceptacle adapté pour définir le droit d'accès. La structure du droit reste identique : il s'agit de la revendication de l'accès d'un bien correspondant à une obligation juridique. Mais la théorie des facilités essentielles approfondit la liaison juridique du pouvoir de gestion en instaurant une prédétermination plus stricte des motifs de la prise de décision de l'autorité gestionnaire. La théorie des infrastructures essentielles suppose en effet des motifs objectifs de refus de l'accès²⁵⁹⁴. Dans un avis, le Conseil de la concurrence précise les conditions de l'accès à une facilité essentielle : le détenteur de la facilité doit offrir un accès aux tiers sans pouvoir opposer un refus, et il doit offrir cet accès dans des conditions équitables et non discriminatoires²⁵⁹⁵. La Commission européenne admet néanmoins comme motif de refus la préservation d'un service d'intérêt économique général²⁵⁹⁶. Les conditions de l'accès supposent aussi une condition financière non discriminatoire. Dans la décision *Héli-Inter Assistance*, le Conseil de la concurrence indique que les conditions financières de l'accès à la structure doivent reposer sur des critères objectifs,

²⁵⁹³ L. RICHER, « Le droit à la paresse ? “Essential facilities”, version française », préc. : « L'intérêt supérieur de la concurrence fait donc peser sur la propriété une obligation d'affectation et, sur la libre volonté, une obligation de contracter. Ce type de restriction apportée aux libertés économiques n'émeut guère, mais il est permis de s'inquiéter d'éventuelles conséquences négatives pour l'investissement ».

²⁵⁹⁴ G. CANIVET, « Le droit de propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles », préc..

²⁵⁹⁵ Cons. conc., avis n° 02-A-08, 22 mai 2002.

²⁵⁹⁶ Comm., déc. 14 janv. 1998, Aéroport de Francfort : *JOCE* n° L 72, 11 mars 1998, p. 30.

proportionnés, orientés vers les coûts, transparents et non discriminatoires²⁵⁹⁷. Le juge administratif s'est saisi du concept d'essentialité dans la jurisprudence *Sté Cegedim*²⁵⁹⁸, au sujet de la tarification des données publiques ; et il semble, selon la doctrine, que la jurisprudence *Département de la Vendée*²⁵⁹⁹ a été l'occasion d'adapter le concept d'essentialité au cadre spécifique du domaine public, au prix d'un assouplissement des règles de concurrence²⁶⁰⁰.

488. La théorie des facilités essentielles suppose donc une prédétermination des motifs et une obligation d'édiction d'un acte de gestion. Par exemple, conformément au principe qui gouverne les occupations privatives du domaine public, selon lequel nul ne peut occuper le domaine public sans titre, le pouvoir de gestion est soumis à l'obligation d'édicter un acte de gestion si les conditions de l'essentialité sont remplies. La doctrine du Président LABETOULLE, et particulièrement sa distinction entre pouvoir conditionné et pouvoir lié, est une grille de lecture intéressante²⁶⁰¹. Si le refus d'édiction d'un acte répond à des motifs objectifs préalablement établis, le pouvoir de gestion est un pouvoir conditionné, et l'administration gestionnaire n'est pas soumise à l'obligation d'ouvrir l'accès à un tiers, « elle est libre d'agir ou de ne pas agir »²⁶⁰². Mais l'administration gestionnaire est liée si les conditions de l'essentialité sont remplies, elle est alors obligée d'ouvrir l'accès. La variation de la liaison juridique dépend des motifs admis pour refuser l'accès à la dépendance. À cet égard, les instances européennes se montrent plus strictes que les instances françaises. Elles insistent sur le caractère non-discriminatoire de l'accès à l'infrastructure : les motifs de refus doivent être objectifs, et concerner la conservation et l'intégrité du bien, ils peuvent éventuellement tenir aussi à la limitation des phénomènes de saturation de la facilité. Dans l'esprit des instances européennes, « l'absence de justification objective [...] exclut "l'égoïsme" de l'opérateur détenteur de la facilité mais prend en compte des données pratiques concrètes inspirées par des considérations d'efficience »²⁶⁰³. Les enjeux de la politique jurisprudentielle qui guident le juge administratif sont quelque peu différents. Sans doute pour éviter une confrontation trop brutale entre la théorie des infrastructures essentielles et la domanialité publique, le juge

²⁵⁹⁷ Cons. conc. déc. n° 96-D-51 du 3 sept. 1996, pratiques de la Héli-Inter Assistance, préc.

²⁵⁹⁸ CE, 29 juill. 2002, *Sté Cegedim* : *CJEG/RJEP*, 2003, p. 16, concl. Maugüé ; *AJDA* 2002, p. 1072, note S. Nicinski ; Dr. adm. 2002, comm. 173, note M. Bazex et S. Blazy ; Dr. adm. 2002, comm. 193, note C.M. ; *JCP*, E 2003, p. 179, note J.-M. Bruguière.

²⁵⁹⁹ CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée*, préc.

²⁶⁰⁰ S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », préc. ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence*, *op. cit.*, p. 570 : « l'arrêt Département de la Vendée considère les installations portuaires du domaine public comme des infrastructures essentielles qu'il convient, dans un souci de concurrence, de rendre accessibles à l'ensemble des acteurs du marché ».

²⁶⁰¹ M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC et D. LABETOULLE, *Leçon de droit administratif*, 1989, *op. cit.*, p. 458.

²⁶⁰² *Ibid.*, p. 459.

²⁶⁰³ G. CANIVET, « Le droit de propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles », préc.

administratif s'est porté garant d'un équilibre entre l'élargissement de l'accès à la dépendance et les exigences de la gestion domaniale, qui touchent notamment à la préservation de l'intérêt général ou à la protection d'un service public²⁶⁰⁴.

B. Des réglementations spécifiques pour certaines dépendances domaniales

489. « Certaines législations spécifiques s'apparentent déjà à une réglementation particulière de l'utilisation de ressources essentielles »²⁶⁰⁵. Deux dépendances domaniales sont principalement concernées par des réglementations spécifiques qui organisent leur accès : le domaine public hertzien (1) et le domaine public ferroviaire (2). Dans un cas comme dans l'autre, le droit d'accès au domaine public est consacré. Il s'agit alors de l'appréhender à travers le prisme du droit public subjectif.

1. La réglementation de l'accès au domaine public hertzien

490. La gestion du domaine public hertzien a la particularité d'être un objet de réglementation sectorielle et de régulation concurrentielle²⁶⁰⁶, en raison de son lien profond avec les secteurs de la radiodiffusion et des communications électroniques. Les deux autorités investies de la gestion du domaine public hertzien, le CSA et l'ARCEP, ont des missions respectives bien définies. Le CSA est compétent pour l'attribution des bandes de fréquences hertziennes destinées à la radiodiffusion (sonore et télévisuelle), l'ARCEP (anciennement Autorité de régulation des télécommunications²⁶⁰⁷) est compétente pour assigner les fréquences radioélectriques destinées aux usages des communications électroniques²⁶⁰⁸. Leurs missions répondent à des préoccupations différentes, mais sont guidées par une logique similaire. La gestion dépend donc autant des règles de la domanialité publique que de celles issues du droit des communications électroniques²⁶⁰⁹. En conséquence de quoi, la liaison juridique du pouvoir de gestion s'explique d'une part par le rapport de conformité entre la destination du domaine public et l'attribution des fréquences hertziennes – apparentées à des occupations privatives du domaine public – et, d'autre part, par les différentes règles

²⁶⁰⁴ CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée, préc. Sur ce point, v. S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », préc..

²⁶⁰⁵ S. NICINSKI, « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », préc..

²⁶⁰⁶ L. RAPP, « Le droit des communications entre réglementations et régulation », *AJDA*, 2004, p. 2047.

²⁶⁰⁷ L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a été remplacée par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) depuis la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales : JO 21 Mai 2005.

²⁶⁰⁸ Sur ce point, T. PEZ, *Le domaine public hertzien, op. cit.*, p. 49 et s. (pour l'ARCEP) et p. 86 et s. (pour le CSA).

²⁶⁰⁹ J.-P. BROUANT, « L'usage des fréquences de communication audiovisuelle et la domanialité publique », *AJDA*, 1997, p. 115.

sectorielles qui tendent à une objectivisation des motifs et critères poursuivis par les différents affectataires.

491. Concernant l'attribution des bandes de fréquences de radiodiffusion, le droit d'accès s'exprime dans des conditions particulières, au regard de la spécificité du domaine public hertzien, dominé par la liberté de communication et le principe d'égalité. Dans sa décision du 31 octobre 1981, le Conseil constitutionnel a rappelé l'absence de pouvoir discrétionnaire du CSA pour l'attribution des fréquences. L'autorité affectataire est soumise à l'obligation « d'assurer l'expression libre et pluraliste des idées et des courants d'opinion » et « cette obligation a pour objet et doit avoir pour effet, sous le contrôle du juge compétent, de garantir le respect des principes constitutionnels de liberté et d'égalité »²⁶¹⁰. L'absence de discrétionnalité du pouvoir de gestion s'explique par une logique de prédétermination des motifs, confortée par le contrôle du juge administratif²⁶¹¹. Au sujet du rôle du CSA, l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986 mentionne les motifs encadrant l'attribution de la fréquence, entremêlant des préoccupations liées à la liberté de communication et au droit de la concurrence. L'autorité doit apprécier « l'intérêt de chaque projet pour le public, au regard des impératifs prioritaires que sont la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socioculturels, la diversification des opérateurs, et la nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence ». Le pluralisme des courants d'expression et l'exigence d'une concurrence effective doivent en principe se conjuguer avec une ouverture élargie du domaine public. Si les conditions sont remplies, l'autorité gestionnaire est en principe obligée d'attribuer une fréquence²⁶¹². Le principe d'égalité confère un titre *ut singuli*, en amont d'un droit d'accès, à tout administré qui répond aux conditions légales, et s'oppose à un traitement différencié s'il n'est pas fondé sur des différences techniques ou sur une différence de nature ou d'objet des projets. Cela étant, sur d'autres points, le Conseil d'État livre une jurisprudence favorable à l'autorité gestionnaire. Faisant une application classique du principe d'égalité, le juge administratif estime qu'un motif

²⁶¹⁰ Conseil constitutionnel, Déc. n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, *loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion*. Sur cette décision, C. DEBBASCH, *Les grands Arrêts de l'audiovisuel*, Sirey, 1991, p. 86.

²⁶¹¹ Le juge administratif sollicite l'argument textuel en se fondant uniquement sur les critères prévus par l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986. Par exemple, CE, 28 sept. 1994, req. n° 136554, Sarl Contact Distribution et autres. Le Conseil d'État se montre très exigeant à l'égard des garanties financières de l'opérateur, il a considéré que le CSA avait accordé une autorisation à une société qui n'offrait pas de garantie quant à sa capacité d'assurer une exploitation effective et durable du service et que, en procédant ainsi, il avait méconnu les dispositions de l'article 29 de la loi du 30 septembre 1986. Sur ce point, v. J.-P. BROUANT, « L'usage des fréquences de communication audiovisuelle et la domanialité publique », préc..

²⁶¹² CE, 13 fév. 1991, SARL Gilda : *DA*, 1991, n° 175.

d'intérêt général peut justifier une discrimination²⁶¹³. De plus, l'autorité affectataire n'est pas tenue d'inscrire sur la liste des fréquences proposées « la totalité des fréquences inutilisées, dès lors que cette abstention trouve sa justification dans les limites que fixent à la liberté de communication les dispositions précitées, ou résulte de la nécessité de concilier les différents éléments techniques qui concourent à la diffusion de services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre »²⁶¹⁴. Les problématiques restent identiques, le gestionnaire peut – et même doit – concilier les différents droits d'accès. Il peut ainsi favoriser un usager afin de garantir la diffusion du service public, possibilité qui correspond à la prise en compte de l'intérêt du projet pour le public. Aussi, le pouvoir de gestion du domaine public hertzien rappelle à plus d'un titre celui des halles et marchés, tant il est lui aussi confronté au problème de la saturation et de la limite des places disponibles, dans la mesure où le droit appréhende, peut-être à tort²⁶¹⁵, les fréquences hertziennes comme une ressource rare. La limite des places permet à l'affectataire de s'extraire de l'obligation d'ouverture de l'accès : le pouvoir de gestion est alors un pouvoir « conditionné ». En effet, bien que le candidat réponde aux critères, « il n'en résulte pas qu'en refusant les autorisations demandées, la commission ait méconnu les dispositions de la loi, dès lors que le nombre des candidats à l'exploitation de services de radiodiffusion sonore était, dans les zones concernées, supérieur au nombre des fréquences susceptibles d'être attribuées et que la candidature de la société requérante ne satisfait pas aux critères susmentionnés dans des conditions égales ou supérieures aux projets des organismes dont la candidature a été agréée ; [...] le principe d'égalité n'a pas ainsi été méconnu »²⁶¹⁶.

492. L'ARCEP est, quant à elle, compétente pour régler les conditions d'utilisation des fréquences et pour attribuer les autorisations d'utilisation des fréquences²⁶¹⁷ en matière de communications électroniques. Les directives européennes du paquet télécom du 7 mars 2002²⁶¹⁸, transposées par les dispositions des articles L. 41 et suivants du Code des postes et des communications électroniques²⁶¹⁹, ont modifié le cadre juridique de l'utilisation des fréquences radioélectriques. L'ARCEP peut attribuer soit une autorisation à portée générale, qui concerne des systèmes spécifiques émettant à faible puissance, soit des autorisations individuelles, selon trois procédures distinctes. Selon la première procédure de droit commun

²⁶¹³ CE, 19 fév. 1993, SARL Gilda : DA, 1993, n° 158.

²⁶¹⁴ CE, 13 fév. 1991, Association Services informations sports : DA, 1991, n° 174.

²⁶¹⁵ V. de manière générale J. CATTAN, *Le droit et les communications électroniques*, thèse Aix-Marseille III, 2012.

²⁶¹⁶ CE, 13 fév. 1991, SARL Gilda : DA, 1991, n° 175

²⁶¹⁷ T. PEZ, *Le domaine public hertzien*, *op. cit.*, p. 50.

²⁶¹⁸ Particulièrement la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 : JOCE, n° L 108, 24 avr. 2002, p. 33 à 50.

²⁶¹⁹ Particulièrement aux articles L. 42-1, L. 42-2 et L. 42-3 du Code des postes et des communications électroniques.

en vertu de l'article L. 42-1 (anciennement article L 36-7, 6) du Code des postes et des communications électroniques, précisé par l'article D. 406-15 du même Code, un opérateur de communications électroniques peut solliciter une attribution auprès de l'ARCEP. Cette procédure dite « au fil de l'eau » est le premier biais de la réalisation du droit d'accès. L'affectataire est en principe tenu de délivrer l'autorisation si l'exigence de l'intéressé respecte les conditions prévues par l'article L. 42-1 et dans les limites des places disponibles. Sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, la réglementation du domaine public hertzien s'apparente à la réglementation d'une facilité essentielle²⁶²⁰, l'ARCEP doit attribuer les fréquences radioélectriques dans « des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires ». Le gestionnaire est soumis à une obligation de libre accès, à laquelle il peut échapper en fonction de motifs limitativement définis par la loi : « la sauvegarde de l'ordre public », « les besoins de la défense nationale » ou « de la sécurité publique », la « bonne utilisation des fréquences » et « l'incapacité technique ou financière du demandeur à faire face durablement aux obligations résultant des conditions d'exercice de son activité ».

493. Signe du caractère proactif de la gestion domaniale, l'ARCEP peut aussi mettre en place une procédure d'appel à candidatures, sur le fondement de l'article L. 42-2 du Code des postes et des communications électroniques, pour organiser l'accès au domaine public hertzien²⁶²¹. L'affectataire a le choix entre deux procédures : l'appel à candidatures à proprement parler et la procédure d'enchères. La raison d'être de la procédure d'appel à candidatures est la recherche d'un équilibre entre le droit d'accès, en relation avec les préoccupations concurrentielles, et l'exigence de « bonne utilisation des fréquences »²⁶²², précisément « dans les cas où une situation de rareté est constatée en raison des contraintes techniques de disponibilité des fréquences »²⁶²³. L'appel à candidatures est une réponse à l'exigence d'un accès objectif, transparent et non-discriminatoire. Mais, envisagée dans la perspective d'une analyse subjectiviste, la procédure d'appel à candidatures change la signification du *vinculum juris* entre le gestionnaire et les administrés. D'une part, le principe d'égalité qui gouverne l'accès est plus proche d'une logique de justice distributive que d'une logique de justice commutative. L'optimisation de l'utilisation des fréquences implique en effet

²⁶²⁰ P.-A. JEANNENEY et M. CHICHPORTICH, « Les ressources rares », préc..

²⁶²¹ Sans entrer dans les détails, l'ARCEP a opté pour cette procédure en 2006 pour le déploiement des boucles locales dans la bande 3,5 GHz, pour les licences UMTS (licence 3G et licence 4G).

²⁶²² Art. L. 42-2 CPCE : « lorsque la bonne utilisation des fréquences l'exige, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut, après consultation publique, limiter, dans une mesure permettant d'assurer des conditions de concurrence effective, le nombre d'autorisations de les utiliser ».

²⁶²³ AGENCE NATIONALE DES FRÉQUENCES, *Organisation et évolution de la gestion du spectre*, Rapport du groupe de travail du conseil d'administration de l'ANFR, mars 2008, p. 8, cité par T. PEZ, *Le domaine public hertzien, op. cit.*, p. 59.

que le gestionnaire choisisse l'opérateur en fonction des critères définis dans l'article L. 42-1 du Code des postes et des communications électroniques et de la réalisation des objectifs d'intérêt général mentionnés à l'article L. 32-1 du même Code : « la sélection se fait [donc] au mérite »²⁶²⁴. D'autre part, le droit d'accès change d'objet, il n'est plus porteur d'un pouvoir d'exiger l'accès au domaine public lorsque le pétitionnaire satisfait aux conditions, sa portée est moindre : il suppose seulement la faculté de participer à l'appel à candidatures pour obtenir une fréquence, selon un cadre juridique défini par l'État. S'agissant de l'appel à candidatures, les conditions de la procédure sont déterminées par le Ministre chargé des communications électroniques, sur proposition de l'ARCEP. Suivant une logique similaire à la procédure d'appel d'offres, les critères de sélection sont définis *a priori* – leur appréciation ne fait l'objet que d'un contrôle restreint de la part du juge administratif²⁶²⁵ – et le choix s'effectue à la suite d'une évaluation comparative. L'appel à candidatures a fait l'objet d'un important contentieux dont les points d'orgue sont les deux arrêts du Conseil d'État *Société Bouygues Télécom*, du 27 avril 2009²⁶²⁶ et du 12 octobre 2010²⁶²⁷, dans lesquels il est principalement question des conditions d'attribution des fréquences au regard du principe d'égalité.

Pour un résumé des faits, le gouvernement annonce à l'été 2000 son intention de délivrer quatre licences UMTS à partir d'une procédure de soumission comparative²⁶²⁸. Seulement deux opérateurs répondent à l'appel à candidatures et, faute de candidats suffisants, un second appel est formulé aux fins d'une concurrence effective dans le secteur des communications électroniques. Seule candidate, la Société Bouygues Télécom obtient, le 3 décembre 2002, une licence UMTS. Le 4 décembre 2007, l'ARCEP prend une décision obligeant ladite société à réutiliser ses fréquences pour développer son réseau UMTS, et à restituer les fréquences restantes. L'opérateur conteste devant le Conseil d'État la décision de l'Autorité, estimant qu'elle méconnaît le principe d'égalité en ce qu'elle institue un traitement discriminatoire. Selon la société requérante, la restitution lui est imposée dans un délai plus court que celui imposé à ses concurrents²⁶²⁹. Le Conseil d'État a jugé légale la décision de l'ARCEP, en ce qu'elle a pour objet et pour effet d'aligner les conditions d'utilisations

²⁶²⁴ T. PEZ, *Le domaine public hertzien*, *op. cit.*, p. 59. V. aussi de manière générale, E. COHEN et E. MONGEOT, « Enchères et gestion publique », in *Conseil d'analyse économique et monétaire*, Doc. fr, 2001.

²⁶²⁵ CE, 12 oct. 2010, n° 332393, *Sté Bouygues Télécom : Contrats et Marchés publics*, n° 12, déc. 2010, comm. G. Eckert, n° 425

²⁶²⁶ CE, 27 avr. 2009, n° 312741, *Bouygues Télécom : AJDA*, 2009, p. 1248, note B. Delaunay ; *RJEP*, 2009, comm. 34, concl. Lenica.

²⁶²⁷ CE, 12 oct. 2010, n° 332393, *Sté Bouygues Télécom*, préc.

²⁶²⁸ Sur ce point, J.-F. CALMETTE, « Brèves remarques juridiques sur la mise aux enchères des licences UMTS », *CJEG*, 2003, p. 67 ; E. GUILLAUME, « Les principes d'égalité et de proportionnalité à l'épreuve des licences U.M.T.S », *Les petites affiches*, 12 oct. 2001, n° 204, p. 4.

²⁶²⁹ Sur ce point v. la note du Professeur B. DELAUNAY, in « L'attribution d'une quatrième licence de téléphonie mobile n'est pas discriminatoire », *AJDA*, 2009, p. 1248.

auxquelles est soumise la Société Bouygues Télécom sur celles des autres opérateurs : chaque société est titulaire d'une licence identique attribuée pour une durée de vingt ans et pour un même montant de redevance, alors même que, comme le remarque le Conseil d'État, la société Bouygues Télécom a moins de clients et donc moins de trafic. En définitive, la décision de l'ARCEP poursuit un motif d'intérêt général, elle est motivée « par la nécessité de fournir au futur attributaire de la quatrième licence de téléphonie mobile un accès aux fréquences de la bande 900 MHz dans un délai au-delà duquel il ne serait pas en mesure de déployer son réseau dans des conditions de concurrence loyale et efficace »²⁶³⁰ : cet arrêt constitue un autre exemple de l'enchevêtrement de l'intérêt général, de la bonne utilisation du domaine public et de la préservation d'une concurrence effective.

Par cette décision, l'ARCEP anticipe l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché. Ce n'est donc pas un hasard si elle lance, au début de l'année 2007, une nouvelle procédure d'appel à candidatures. Cette procédure n'a pas eu l'effet escompté²⁶³¹. Pour cette raison, sur le fondement d'une consultation publique lancée en 2008 par l'ARCEP, le gouvernement élabore un nouveau schéma d'attribution des fréquences, repris par un décret en date du 29 juillet 2009²⁶³². De nouvelles conditions financières sont fixées, exclusivement pour le nouvel entrant, et une nouvelle procédure est engagée, à la suite de laquelle est retenue la candidature de la société Free. Non satisfaits par les conditions d'attribution de la quatrième licence, les trois premiers opérateurs exercent un recours pour excès de pouvoir. Ce contentieux est plus intéressant dans notre perspective puisqu'il vise directement les conditions de l'accès au domaine public hertzien. Les requérants prônent une vision quelque peu originale du principe d'égalité. Alors que le principe d'égalité intervient traditionnellement à l'encontre d'un refus d'accès discriminatoire, ils invitent la Haute juridiction à exercer une appréciation *rationae temporis*, c'est-à-dire tenant compte de leur propre situation. Enrichi par le droit de la concurrence, le principe d'égalité recouvre la question de la possibilité de l'accès et concerne aussi les conditions de l'accès. La discrimination invoquée ne se situe donc pas entre les différents candidats – ce qui n'aurait de toute façon pas de sens dans la mesure où la société Free était la seule candidate – mais entre le nouvel entrant et les opérateurs bénéficiant déjà d'une licence. Concrètement, la société Free aurait bénéficié de conditions avantageuses, notamment financières, en raison du décret du 29 juillet 2009. La question est inédite, mais la réponse du Conseil d'État est assez classique. La différence de traitement est justifiée par une différence de situation objective, la nécessité pour la société Free « de déployer très

²⁶³⁰ CE, 27 avr. 2009, n° 312741, Bouygues Télécom, préc.

²⁶³¹ CE, Ord., 11 mai 2007, n° 304717, Sté Free SAS et CE, 11 juil. 2007, n° 304716, Sté Free SAS : CCC, 2008, chron. n° 5.

²⁶³² Décret n° 2009-948, 29 juil. 2009 : JO, 1^{er} août 2009.

rapidement son réseau sur un marché proche de la maturité et peu fluide », et par un intérêt général concurrentiel visant la recherche d'« une amélioration de la situation concurrentielle sur le marché français de la téléphonie mobile »²⁶³³. Ainsi, le droit d'accès ne rentre pas nécessairement en confrontation avec la gestion domaniale, il peut aussi relever d'un choix de l'administration qui a vocation à faciliter l'accès au domaine public et donc au marché des communications électroniques.

2. La réglementation de l'accès au domaine public ferroviaire

494. Engagé dans un mouvement de libéralisation, le domaine public ferroviaire et sa gestion ont connu de grandes transformations. Le pouvoir de gestion n'est plus une composante interne du service public ferroviaire, exclusivement entre les mains de la SNCF, dans un cadre monopolistique. Il a acquis une autonomie juridique en se distinguant du service public, et il est entré en relation avec les tiers. L'ouverture du secteur ferroviaire à la concurrence²⁶³⁴, la séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'exploitation du service public, la création d'un établissement public *Réseau ferré de France*²⁶³⁵ (RFF) investie de la gestion de l'infrastructure, la mise en place d'un droit d'accès pour les tiers au réseau ferroviaire, accompagnée de nouvelles réglementations²⁶³⁶, et la création d'une autorité de régulation – Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) – relèvent d'un mouvement général de profonde mutation de la gestion du domaine public ferroviaire.

495. Ce mouvement fut initié par la directive 91/440 du Conseil des Communautés européennes du 29 juillet 1991 qui institue un principe de séparation entre la gestion de l'infrastructure et l'exploitation du service de transport²⁶³⁷. Par la loi du 13 février 1997, le législateur fait le choix, au-delà de la lettre de la directive, d'opérer une distinction organique entre deux établissements publics industriels et commerciaux. Chargé de la gestion du réseau ferroviaire, RFF reçoit de la loi d'importants transferts domaniaux, qui constituent un apport

²⁶³³ CE, 12 oct. 2010, n° 332393, Sté Bouygues Télécom, préc.

²⁶³⁴ L. IDOT, « L'ouverture des transports ferroviaires à la concurrence », *Cab. dr. eur.*, 1995, n° 3-4, p. 263 ; S. NICINSKI, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 1027 ; P. VIEU, « Entre libération et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », *RFDA*, 2010, p. 35.

²⁶³⁵ Ch. LAVIALLE, « La loi du 13 février 1997 créant “Réseau ferré de France” et le nouveau régime des domaines et transports ferroviaires », *RFDA*, 1997, p. 768 ; D. BROUSSOLLE, « Commentaire de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau ferré de France », *AJDA*, 1997, p. 456.

²⁶³⁶ L. GAUTHIER, « L'accès des tiers au réseau ferroviaire français », *AJDA*, 2003, p. 1441 ; L. RICHER, « Droit d'accès et service public », *AJDA*, 2006, p. 73.

²⁶³⁷ Cette directive est complétée par deux directives 95/18 et 95/19 du 19 juin 1995. La première concerne les licences accordées aux entreprises ferroviaires, la seconde porte sur la répartition des capacités d'infrastructures ferroviaires et la perception de redevances d'utilisation de l'infrastructure.

en pleine propriété d'une grande partie du domaine public ferroviaire alors détenu par la SNCF²⁶³⁸. L'appartenance du réseau ferroviaire à la domanialité publique ne fait pas débat et a résisté à l'épreuve des exigences européennes. Pourtant, la séparation organique ainsi organisée n'a pas eu comme seule conséquence de modifier la personne propriétaire du domaine public ferroviaire, elle modifie également l'affectation, qui n'est plus exclusivement dirigée vers le service public des transports. Le lien s'est distendu dans la mesure où la séparation organique signifie aussi de séparer la gestion du domaine public de son utilisation. Selon l'article 11 de la loi du 13 février 1997, les biens du domaine public ferroviaire sont « affectés au transport ferroviaire »²⁶³⁹. L'affectation devient synonyme d'usages collectifs ou privatifs des entreprises de transports. Miroir de l'ouverture à la concurrence, la nouvelle appréhension de l'affectation garantit un accès élargi à l'infrastructure ferroviaire.

496. Sans aborder dans l'immédiat tous les détails des différentes réglementations européennes, trois “paquets” ferroviaires, en date de 2001, 2004 et 2007, consolident le processus d'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence²⁶⁴⁰. Du côté français, la première étape de transposition est le décret n° 2003-194 du 7 mars 2003²⁶⁴¹. Interprétant *a minima* les exigences européennes, l'article 2 ouvre la possibilité pour les entreprises ferroviaires de marchandises et les regroupements internationaux d'entreprises ferroviaires de marchandises d'accéder au réseau français²⁶⁴², et selon les articles 18 et 19 du décret, RFF est investi de la mission de répartir les capacités d'infrastructure et d'attribuer les sillons ferroviaires correspondant à ces capacités de manière non discriminatoire, sauf en cas de saturation de l'infrastructure²⁶⁴³. Par contre, la transposition s'est faite dans une perspective protectionniste de l'opérateur historique. Pour preuve, l'alinéa 3 de l'article 21 du décret confie à la SNCF la mission d'instruire des études techniques nécessaires à l'appréciation des demandes des opérateurs tiers d'accéder au réseau. Et surtout, est maintenue l'obligation, prévue par la loi du 13 février 1997, pour RFF de déléguer ces fonctions à la SNCF²⁶⁴⁴, dénommée par la loi de « gestionnaire d'infrastructure délégué » (loi codifiée à l'article L. 2111-1 du code des transports par l'ordonnance de codification du 28 octobre 2010²⁶⁴⁵). La gestion du domaine

²⁶³⁸ Ch. LAVIALLE, « La loi du 13 février 1997 créant “Réseau ferré de France” et le nouveau régime des domaines et transports ferroviaires », préc.

²⁶³⁹ *Ibid.*

²⁶⁴⁰ Sur ce point, v. S. NICINSKI, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », préc.

²⁶⁴¹ Décret n° 2003-194 du 7 mars 2003 relatif à l'utilisation du réseau ferré national : JO 8 mars 2003, p. 4063.

²⁶⁴² L. GAUTHIER, « L'accès des tiers au réseau ferroviaire français », préc.

²⁶⁴³ D. BROUSSOLLE, « Transports terrestres (Ferroviaires, fluviaux, postaux, routiers) », *Rép. droit comm.*, n° 139.

²⁶⁴⁴ S. NICINSKI, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », préc.

²⁶⁴⁵ Selon l'article 2111-1 du code des transports, « la gestion du trafic et des circulations sur le réseau ferré national ainsi que le fonctionnement et l'entretien des installations techniques et de sécurité de ce réseau sont

public ferroviaire reste donc en pratique une prérogative entre les mains de la SNCF, la gestion ne perd pas son essence propriétaire mais subit un mécanisme d'externalisation. À ce stade du processus d'ouverture, la mission de régulation est attribuée au Ministre des transports²⁶⁴⁶, les opérateurs non satisfaits de la répartition des sillons peuvent porter leur réclamation devant ce Ministre qui dispose d'un délai de deux mois pour statuer, ses décisions pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État.

497. Par la suite, la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 met fin au monopole de la SNCF en matière de transport de marchandise, et le paquet ferroviaire de 2007²⁶⁴⁷ renforce le droit d'accès en l'ouvrant à l'ensemble des entreprises de transports avec la possibilité de cabotage et en incluant les gares²⁶⁴⁸. L'Autorité de la concurrence s'est saisie de la question en qualifiant les gares d'infrastructures essentielles²⁶⁴⁹. D'une manière générale, les choix du gouvernement français sont mis en exergue par les instances européennes. Les mécanismes de tarification de l'utilisation de l'infrastructure ne répondent pas au principe d'indépendance exigé par la directive 2001/14/CE, la décision revient en définitive au Ministre des transports, sur proposition de RFF. Aussi, l'obligation de déléguer la gestion du domaine public ferroviaire à la SNCF est en-deçà des exigences de séparation entre le gestionnaire de l'infrastructure et les exploitants du service de transport. Enfin, le fait que la régulation du secteur soit confiée au Ministre des transports est incompatible avec les exigences européennes²⁶⁵⁰. La loi du 8 décembre 2009²⁶⁵¹ a vocation à répondre à ces différentes exigences mais elle ne remet pas en cause l'économie générale de la loi du 13 février 1997. Le législateur acte l'ouverture de l'accès au réseau ferroviaire à la concurrence, y compris pour le transport ferroviaire des voyageurs (ouverture engagée depuis le 1^{er} janvier 2010). Le droit d'accès est consolidé, il inclut les infrastructures de service ainsi que les gares. Il répond à l'exigence d'indépendance en instituant une nouvelle autorité de régulation : l'ARAF. Et il modifie le régime de fixation des redevances de l'utilisation du réseau : la décision du Ministre des transports est soumise à un avis conforme de la nouvelle autorité de régulation. Néanmoins, la législateur a maintenu la

assurés par la SNCF pour le compte et selon les objectifs et principes de gestion définis par Réseau ferré de France ».

²⁶⁴⁶ Art. 28 du décret n° 2003-194 du 7 mars 2003.

²⁶⁴⁷ D. BROUSSOLLE, « Les services de transports rail et route dans le “paquet” normatif européen du 23 octobre 2007 », *AJDA*, 2008, p. 393.

²⁶⁴⁸ Le projet européen avait pour finalité d'ouvrir au plus tard en 2010 pour le transport de passagers international

²⁶⁴⁹ Aut. conc., avis n°09-A-55 du 4 nov. 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs. Sur ce point, v. P. VIEU, « Entre libération et nouvelle régulation : les mutations du paysage ferroviaire français », préc.

²⁶⁵⁰ V. pour plus de précisions, S. NICINSKI, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », préc..

²⁶⁵¹ Loi n° 2009-1503, 8 déc. 2009 relative à l'organisation et la régulation des transports ferroviaire : JO 9 déc. 2009. Sur ce point, v. S. BOISSARD, « La libération du transport ferroviaire de voyageurs en France et le régime des gares », *RJEP*, 2010, étude n° 6.

délégation de la gestion de l'accès au bénéfice de l'opérateur historique, et la gestion des gares reste globalement dans le giron de la SNCF²⁶⁵². Cette dernière gère les espaces de la gare qui ne sont pas directement reliés au réseau ferré ; bien que, depuis la loi du 13 février 1997, les quais longitudinaux, les souterrains et les passerelles relèvent de la propriété de RFF, la SNCF assure la gestion en son nom en vertu de l'article L. 2111-10 du Code des transports.

L'heure est alors encore à la confrontation entre les choix du législateur et les exigences du droit de la concurrence. Les préceptes européens sont relayés par l'Autorité de la concurrence. Saisie d'une demande d'avis sur le projet de décret relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de service du réseau ferroviaire, l'Autorité de la concurrence exprime une réelle opposition. De son point de vue, l'organisation de la gestion des différentes infrastructures ferroviaires « laisse trop de latitude à l'opérateur historique, trop peu au gestionnaire des gares [c'est-à-dire RFF] et vraiment trop peu au régulateur sectoriel »²⁶⁵³. En fin de compte, « le modèle défini en matière de gestion des infrastructures de service du réseau ferré national par le Code des transports [...] n'est pas à la hauteur des enjeux de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire »²⁶⁵⁴. En s'inspirant du secteur de l'électricité, l'Autorité de la concurrence prône notamment, au sujet de la gestion des gares, une véritable séparation juridique entre la SNCF et Gares et Connexions (filiale créée depuis le 1^{er} janvier 2010 par la SNCF pour gérer l'accès aux gares²⁶⁵⁵). Les recommandations de l'Autorité de la concurrence n'ont pas été entendues par le gouvernement français, le décret du 20 janvier 2012²⁶⁵⁶ entérine l'existence de Gares et Connexions²⁶⁵⁷, autour d'une séparation fonctionnelle et comptable en vertu de l'article L. 2123-1 du Code des transports²⁶⁵⁸. Il s'agit sans doute d'un choix provisoire qui préfigure une autonomie juridique plus accrue. Comme le suggère l'Autorité de la concurrence, « le souhait du Gouvernement [est] de procéder par étapes dans ce qu'il convient d'appeler une phase d'apprentissage intervenant elle-même dans un secteur caractérisé par des

²⁶⁵² *Ibid.* V. aussi, P. IDOUX et R. ROMI, « Sur la "propriété" des gares », *JCP A.*, 18 avril 2011, p. 2160.

²⁶⁵³ Aut. conc., avis n° 11-A-15, 29 sept. 2011 sur le projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire. Sur ce point, M. BAZEX, « Accès des concurrents de la SNCF aux gares de voyageur », *DA*, déc. 2011, comm. 103.

²⁶⁵⁴ *Ibid.* (pt. 50).

²⁶⁵⁵ Aut. conc., avis n° 11-A-15, 29 sept. 2011, préc. (pt. 178).

²⁶⁵⁶ Sur l'ensemble du décret n° 2012-70 du 20 janv. 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, v. P. IDOUX et R. ROMI, « À la recherche d'une gestion impartiale et équitable des gares », *JCP A.*, 2012, p. 2267.

²⁶⁵⁷ Selon l'article 11 du décret, « les missions de gestion des gares de voyageurs [...] et en particulier les prestations correspondantes définies à l'article 4 du décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 sont assurées au sein de la SNCF par une direction autonome, dotée de comptes distincts des autres activités de l'établissement ».

²⁶⁵⁸ Selon l'article L. 2123-1 du Code des transports, « la gestion des gares, lorsqu'elle est effectuée par la SNCF, fait l'objet d'une comptabilité séparée de celle de l'exploitation des services de transport. Aucune aide publique versée à l'une de ces activités ne peut être affectée à l'autre ».

rigidités multiples»²⁶⁵⁹. Il reste que le choix actuel n'est pas à la hauteur des nécessités d'impartialité qui doivent guider la gestion de l'accès aux gares²⁶⁶⁰.

498. Dans le cadre du réseau ferroviaire, l'ouverture de l'accès au domaine public s'inspire grandement de la théorie des infrastructures essentielles. La réglementation de la gestion du domaine public ferroviaire est source de liaisons juridiques. Quel que soit le titulaire de la gestion, pèse sur lui une obligation d'ouverture de l'accès, corollaire du droit d'accès qu'il est possible d'assimiler théoriquement à un droit public subjectif au domaine public. L'article L. 2122-9 du Code des transports dispose que « les entreprises ferroviaires autorisées à exploiter des services de transport ont, dans des conditions équitables et sans discrimination, un droit d'accès à l'ensemble du réseau ferroviaire, y compris pour l'accès par le réseau aux infrastructures de services ». Le législateur a choisi le principe d'un droit *ut singuli* attribué aux entreprises ferroviaires. La règle générale est que l'allocation de l'infrastructure doit s'effectuer de manière optimale, transparente et non discriminatoire. Le droit d'accès bénéficie d'une forme opposabilité qui réside dans le principe d'égalité et de non-discrimination. L'octroi d'une capacité d'infrastructure et des sillons ferroviaire ne peut s'effectuer au détriment des autres entreprises ferroviaires.

La situation des gares répond aux mêmes conditions d'accès et appelle en conséquence des remarques similaires. L'Autorité de la concurrence a appuyé l'obligation de libre accès en qualifiant les gares de facilités essentielles, en conséquence de quoi la gestion du domaine public doit satisfaire plusieurs objectifs : « utiliser au mieux l'infrastructure existante, et l'allouer entre les utilisateurs potentiels de sorte que les plus efficaces d'entre eux puissent émerger du processus d'allocation de cette infrastructure ; inciter le gestionnaire à correctement maintenir et gérer les infrastructures existantes, et à en développer le cas échéant de nouvelles de manière efficace »²⁶⁶¹. La gestion du domaine public est donc guidée par des principes de transparence, de non-discrimination et d'impartialité²⁶⁶².

²⁶⁵⁹ Aut. conc., communiqué de presse, 3 oct. 2011, relatif à l'ouverture à la concurrence des transports ferroviaires.

²⁶⁶⁰ ARAF, délibération n° 2012-017 du 18 juillet 2012 portant communication sur les règles de séparation comptable de l'activité de gestion des gares de voyageurs attendues de la SNCF.

²⁶⁶¹ Aut. conc., avis n° 11-A-15, 29 sept. 2011, préc. (pt. 84).

²⁶⁶² Sur ce point, J. ARLETTAZ, « L'exigence d'impartialité dans la gestion des infrastructures de réseaux, *JCP A.*, p. 2307.

III. La création législative d'un droit d'accès au le domaine public

499. Le domaine public est un espace en interaction avec d'autres secteurs ou d'autres infrastructures²⁶⁶³. Le domaine public est parfois pensé dans un réseau plus général et le législateur est intervenu pour instituer des droits d'accès à destination de certains administrés, pour certaines activités et pour certaines utilisations domaniales. Il convient de noter dans un premier temps que le droit d'accès d'origine législative ne correspond pas de prime abord au cadre classique de celui existant en matière d'usages conformes, puisqu'il touche essentiellement des usages en apparence compatibles. En particulier, les entreprises investies, en vertu de l'article L. 555 du Code de l'environnement, d'installer des canalisations de transport de gaz, d'hydrocarbures et de produits chimiques déclarées d'utilité publique, bénéficient d'un droit au domaine public, national et local, afin de construire les canalisations en question, selon l'article L. 555-25 du Code de l'environnement. Non seulement c'est le législateur qui crée une obligation d'ouverture de l'accès au domaine public, mais l'appréciation de la compatibilité entre l'occupation et l'affectation domaniale échappe aussi à l'autorité gestionnaire. L'appréciation est décidée au moment de la déclaration d'utilité publique des canalisations.

L'autre exemple de création législative d'un droit d'accès au domaine public concerne le droit de passage sur le domaine public routier, au bénéfice des exploitants de réseaux en matière de communications électroniques²⁶⁶⁴. Tirant les conséquences de l'ouverture du secteur des télécommunications résultant de la directive du 13 mars 1996²⁶⁶⁵, la loi du 26 juillet 1996 modifie le cadre de l'accès au domaine public routier, jusqu'alors dominé par France Telecom qui bénéficiait d'un privilège lui offrant la possibilité d'implanter ses réseaux à titre gratuit²⁶⁶⁶. Selon l'article L. 45-1 du Code des postes et des communications électroniques, les opérateurs jouissent d'un droit de passage, et aux termes de l'article L. 47 du même code, modifié par la loi du 17 février 2009, « l'occupation du domaine public routier fait l'objet d'une permission de voirie, délivrée par l'autorité compétente, suivant la nature de la voie empruntée, dans les conditions fixées par le code de la voirie routière [...]. Elle ne peut faire obstacle au droit de passage des exploitants de réseaux ouverts au public qu'en vue d'assurer, dans les limites de ses compétences, le respect des exigences essentielles, la protection de

²⁶⁶³ J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, *op. cit.*, p. 108 et s.

²⁶⁶⁴ Le droit de passage n'existe pas par contre pour le domaine public non routier. Seulement, l'occupation privative doit être octroyée de manière non discriminatoire et transparente dans le cadre de « conventions » (art. L. 45-1, §2).

²⁶⁶⁵ Directive n° 96-19 du 13 mars 1996 : *JOCE* L 74, 22 mars 1996.

²⁶⁶⁶ P. SUBRA DE BIEUSSES, « La double illégalité des règles d'implantation des infrastructures de télécommunications sur le domaine public routier et autoroutier », *AJDA*, 2003, p. 1935.

l'environnement et le respect des règles d'urbanisme [...] ». La principale condition du droit d'accès est, selon l'article 46 du même Code, le respect de la compatibilité de l'occupation avec l'affectation principale du domaine public routier²⁶⁶⁷. Néanmoins, le mécanisme du droit de passage institué ne peut pas aller à l'encontre de la règle de l'octroi d'un titre explicite pour toute occupation domaniale. Le décret du 30 mai 1997, pris en application des dispositions du Code des postes des communications électroniques, prévoyait une procédure d'autorisation tacite. D'après l'article R. 20-47 du même Code, la permission de voirie était présumée acquise à défaut de réponse explicite de l'autorité gestionnaire à la suite d'un délai de deux mois. En dépit de l'argumentaire du Commissaire du gouvernement appuyant la procédure d'autorisation tacite, le Conseil d'État estime que le régime de délivrance tacite porte atteinte à la protection constitutionnelle, issue de la l'article 17 de la DDHC, de la propriété publique²⁶⁶⁸. Le rôle de médiation du pouvoir de gestion entre la dépendance et les tiers s'en trouve renforcé : la règle de l'octroi d'un titre explicite permet à l'autorité gestionnaire de contrôler l'accès et de s'assurer de la protection de la dépendance domaniale²⁶⁶⁹ ; en effet, la permission de voirie doit « préciser les prescriptions d'implantation et d'exploitation nécessaires à la circulation publique et à la conservation de la voirie »²⁶⁷⁰.

L'intervention du législateur est à ranger dans l'hypothèse où « la loi ou le règlement ont fixé les motifs de l'acte administratif qui est envisagé »²⁶⁷¹. L'ouverture d'un droit de passage est la règle, le refus de l'autorité gestionnaire en est l'exception. L'administration peut refuser l'installation de réseaux en fonction de motifs prédéterminés, ce qui suppose que la largesse de l'intérêt général, gage de la discrétionnalité du pouvoir de gestion, ne soit pas de mise. L'administration doit justifier son refus d'accorder une permission de voirie et elle ne peut se fonder que sur les motifs prévus par la loi. Le juge administratif invoque l'argument textuel pour circonscrire la marge de manœuvre de l'autorité gestionnaire. Par exemple, il résulte de l'article L. 47 du Code des postes et des communications électroniques « que, si le maire d'une commune peut légalement refuser à un opérateur de télécommunications une permission de voirie pour le seul motif tiré de la protection de l'environnement, sans qu'il ait besoin de se référer à des dispositions d'une réglementation d'urbanisme locale ou nationale, ce motif d'une atteinte à l'environnement ne peut toutefois être appliqué uniformément sur tout le territoire

²⁶⁶⁷ Sur ce point, J. CHEVALLIER, « La nouvelle réforme des télécommunications : rupture et continuités », *RFDA*, 1996, p. 909.

²⁶⁶⁸ CE, 23 mars 2003, SIPPÉREC, préc.

²⁶⁶⁹ Sur ce point, v. P. SUBRA DE BIEUSSES, « La double illégalité des règles d'implantation des infrastructures de télécommunications sur le domaine public routier et autoroutier », préc..

²⁶⁷⁰ Art. L. 47 CPCE.

²⁶⁷¹ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 61.

de la commune, mais doit être justifié dans le secteur géographique concerné par la permission sollicitée, au regard notamment des politiques d'enfouissement existant dans ce secteur »²⁶⁷².

500. En somme, les mécanismes de droit d'accès prévus par le législateur peuvent faire l'objet de plusieurs qualifications. La première consiste à penser le mécanisme comme la constitution d'un droit d'accès pour un usage compatible, en dérogation au principe de l'absence de droit à l'obtention d'un titre d'occupation pour ce type d'usage. La seconde est d'envisager le mécanisme comme la création d'un système d'affectations multiples. Le droit d'accès relève d'une affectation légale secondaire qui doit rester compatible avec l'affectation principale de la dépendance domaniale. Dans ce cas, le droit d'accès s'inscrit dans une logique de conformité. Ces distinctions théoriques ont néanmoins peu d'incidences en pratique, il s'agit, dans tous les cas, d'ouvrir l'accès au domaine public en raison d'une obligation légale qui s'impose au gestionnaire public.

501. *Conclusion* §2. Les différents rapports de droit existant au stade de l'accès au domaine public forment un rapport bilatéral selon lequel les usagers revendiquent l'accès en raison d'une obligation qui pèse sur le gestionnaire public, que ce soit en fonction de l'affectation ou d'un corpus normatif spécifique, qui renforce l'obligation de faire imposée à l'administration gestionnaire. Néanmoins, la relation juridique n'intéresse pas seulement le sujet de droit dans son rapport à la dépendance domaniale. La faculté du sujet de droit d'accéder au domaine public s'apprécie aussi à la lumière des droits des tiers. En particulier, le principe d'égalité, la liberté du commerce et de l'industrie et la libre concurrence ont vocation à saisir les relations entre les administrés : ces différentes règles sont les arbitres de la « concurrence » pour l'accès au domaine public. La dernière pierre de l'édification du cadre juridique de l'accès au domaine public pourrait donc être apportée par la consécration d'une obligation de publicité et de mise en concurrence en amont de la délivrance d'autorisations d'occupation domaniale, ce qui constituerait le creuset d'un espace organisé (et rationalisé) de confrontation entre le gestionnaire public et les administrés, ainsi qu'entre les administrés eux-mêmes.

§3. LA QUESTION DE L'ENCADREMENT PROCÉDURAL DE LA DÉLIVRANCE DES OCCUPATIONS DU DOMAINE PUBLIC

502. Le thème de l'obligation de publicité et de mise en concurrence des occupations domaniales tient actuellement le haut du pavé dans les analyses doctrinales²⁶⁷³. Un tel intérêt

²⁶⁷² CAA Bordeaux, 27 oct. 2009, n° 09BX00027, Société France Telecom : *AJDA*, 2010, p. 518.

s'explique sans doute par l'absence de solution claire en droit positif. De nombreuses questions n'ont pas encore reçu de réponse définitive : quelle est la portée de l'obligation de mise en concurrence ? Quel est son fondement ? Concerne-t-elle l'ensemble des usages, conformes et compatibles ? Touche-t-elle l'ensemble des occupations privatives, contractuelles ou unilatérales ? Ce qui frappe en premier lieu, c'est l'hétérogénéité des fondements imputés à l'obligation de publicité et de mise en concurrence (I), que ce soit dans les discours doctrinaux ou dans la production normative énoncée par les acteurs du droit. En dépit de l'absence de consécration dans le Code général de la propriété des personnes publiques²⁶⁷⁴, l'obligation existe, elle est sinon « en germe »²⁶⁷⁵, mais elle n'a pas encore de portée générale. Elle ne peut pas, de toute façon, en avoir : la diversité des occupations privatives en fonction de leur objet et de leur forme juridique freine toute tentative de théorie générale. Une classification s'impose, dont le point d'articulation serait de différencier l'existence et la portée de l'obligation de publicité et de mise en concurrence en fonction de l'usage domanial et de son support juridique (II).

I. L'hétérogénéité des fondements imputés à l'obligation de publicité et de mise en concurrence

503. L'obligation de publicité et de mise en concurrence est « à la croisée des chemins »²⁶⁷⁶, tant des fondements divers lui sont imputés. Avant d'aborder la possible qualification en marché public ou en délégation de service public d'une autorisation domaniale²⁶⁷⁷, il s'agit d'abord de savoir si un acte juridique de gestion, contrat ou acte unilatéral, ayant pour seul

²⁶⁷³ Sur la mise en concurrence des autorisations d'occupations du domaine public, Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA*, 2009, p. 568 ; G. BERTHON, « Le régime des passations des concessions domaniales à la croisée des chemins », *RFDA*, 2009, p. 483 ; Ph. HANSEN, « L'instabilité jurisprudentielle en matière d'occupation privative du domaine public », *AJDA*, 2009, p. 1079 ; S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », in *Bien public, bien commun, Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 373 ; O. FÉVROT, « Les contrats d'occupation du domaine public des collectivités territoriales face au droit communautaire », *RLCT*, 2008, n° 37, p. 80 ; A. LE MIERE et D. HASDAY, « Attribution des autorisations d'occupation du domaine public : cadre juridique et conditions de mise en concurrence », *CP-ACCP*, mai 2005, n° 44, p. 53 ; G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in G. CLAMOUR (dir.), *Contrats et propriété publics*, LexisNexis, « Colloques & débats », 2011, p. 53.

²⁶⁷⁴ Ch. MAUGÛE et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1073.

²⁶⁷⁵ Sur ce point, S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », préc.

²⁶⁷⁶ G. BERTHON, « Le régime de passation des concessions domaniales à la croisée des chemins », préc.

²⁶⁷⁷ Au regard des catégories communautaires de marché et concessions, v. CE, ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg : *Rec.*, p. 301 ; *AJDA*, 1994, p. 502 ; TA Paris ord., 3 fév. 2009, req n° 0900393, Société Ken Club. Au regard des catégories de droit interne de marché public et de délégation de service public, cf. CE ass., 4 nov. 2005, Société JC Decaux : *Rec.*, p. 476 ; *AJDA*, 2006, p. 120 ; CE, 12 mars 1999, Ville de Paris c/ Société de l'Orée du bois : *Rec.*, p. 778 ; CE, 21 juin 2000, SARL La plage Chez Joseph : *RFDA*, 2000, p. 797 ; CE, 11 déc. 2000, Mme Agofroy : *AJDA*, 2001, p. 193.

objet l'occupation du domaine public, doit être précédé d'une procédure de mise en concurrence et de publicité. Un premier mouvement doctrinal et jurisprudentiel argumente pour une intégration des contrats domaniaux dans la catégorie de la commande publique et pour que ces contrats soient soumis en conséquence à une obligation de publicité et de mise en concurrence (A). Un autre mouvement insiste sur le lien entre la mise en concurrence et le droit de la concurrence (B). L'un comme l'autre fournissent des justifications à l'obligation de publicité et de mise en concurrence, mais l'ensemble de leurs justifications ne fournissent pas un fondement explicatif suffisant.

A. L'intégration des contrats domaniaux dans la catégorie des contrats de la commande publique.

504. Un courant doctrinal et jurisprudentiel voit dans le contrat d'occupation du domaine public une composante des contrats de la commande publique²⁶⁷⁸. Le propos dépasse la simple hypothèse de la requalification²⁶⁷⁹, il consiste à dire que le contrat d'occupation est en soi un contrat de la commande publique, catégorie alors principalement réservée aux marchés publics et aux délégations de service public. Différents éléments abondent dans ce sens : la largesse des catégories européennes permet de soumettre certains contrats portant sur le domaine public à une obligation de mise en concurrence²⁶⁸⁰, et de nouveaux contrats d'origine législative portant notamment sur l'occupation du domaine public sont soumis à une procédure de mise en concurrence²⁶⁸¹. La jurisprudence *Port autonome de Marseille* est aussi symptomatique du rapprochement entre les contrats de la commande publique et les contrats domaniaux. Le Conseil d'État estime que la possibilité pour le port autonome de conclure une simple convention domaniale à l'issue de l'appel à projet n'exclut pas la compétence du juge du référé précontractuel, dans la mesure où le recours à d'autres contrats relevant du champ de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative est également envisageable²⁶⁸². Mais la véritable clef de voûte de la démonstration est de tirer des conséquences de la jurisprudence

²⁶⁷⁸ Par des exemples, A. LE MIÈRE et D. HASDAY, « Attribution des autorisations d'occupation du domaine public : cadre juridique et conditions de mise en concurrence », préc. ; F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats Marchés publ.*, 2005, étude n° 7, p. 12.

²⁶⁷⁹ Sur ce point, CE, avis, 16 juin 1994, Rapport public 1994 : EDCE, n° 46, p. 367 ; *RDI*, 1995, p. 753, chron. J.-B. Auby. *Adde* O. ROUSSET, « Concessions domaniales : quels risques de requalification en convention de délégation de service public ? », *RFDA*, 2002, p. 1059.

²⁶⁸⁰ Sur ce point, G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », préc.

²⁶⁸¹ Sur ce point, P. DELVOLVÉ, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, 2003, p. 481.

²⁶⁸² CE, 10 juin 2009, req n° 317671, *Port autonome Marseille* : *RJEP*, 2010, comm. n° 7, note C Chamard-Hein. V. aussi s'agissant des pouvoirs du juge des référés, CE, 19 janv. 2011, n° 343435, *Grand port maritime Havre* : *JCP G* 2011, 80, note V. Corneloup ; *JCP A.*, 2011, act. 80, obs. L. Erstein ; *JCP A.*, 2011, p. 2095, note F. Linditch.

européenne *Telaustria* selon laquelle « le principe de non-discrimination en raison de la nationalité [...] implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté »²⁶⁸³. Amplifiée par la Section des rapports et des études du Conseil d'État²⁶⁸⁴ et par la doctrine, l'idée est intégrée dans le raisonnement du Conseil de la concurrence et des juges du fond. Le Conseil de la concurrence est le premier à franchir le pas, dans son avis relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution des journaux gratuits²⁶⁸⁵. L'autorité vise directement la jurisprudence *Telaustria* pour en déduire que le respect de l'égalité de traitement des candidats suppose le respect de l'obligation de mise en concurrence et de publicité²⁶⁸⁶. Certains juges du fond se sont engouffrés dans la brèche. Les décisions les plus notables sont celle du Tribunal de Marseille en date du 11 juin 2008, *Société Nigel Burgess LTD*, et celle du Tribunal de Nîmes en date du 24 janvier 2008, *Société des trains touristiques G. Eisenreich*. Dans cette dernière décision, le juge administratif affirme qu'« une convention d'occupation du domaine public n'est pas exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats ; qu'elle ne peut être conclue sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence »²⁶⁸⁷

505. La recherche, dans le droit de la commande publique, d'un fondement à l'obligation de mise en concurrence et de publicité s'avère malgré tout infructueuse. Elle repose sur une confusion, déjà largement dénoncée²⁶⁸⁸, entre la commande publique et l'offre publique. La référence à la jurisprudence *Telaustria* est d'ailleurs évacuée par la Cour d'appel de Bordeaux qui distingue les contrats domaniaux de la commande publique : « eu égard à la nature de ces conventions, pour la conclusion desquelles la commune de Brantôme a d'ailleurs répondu à une sollicitation [...], et à leur portée, aucune règle de publicité ou de mise en concurrence ne s'imposait »²⁶⁸⁹. Aussi, le droit de la commande publique ne peut justifier une obligation de

²⁶⁸³ CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria* : *AJDA*, 2001, p. 106, note L. Richer.

²⁶⁸⁴ CE, Rapport public, *Collectivités publiques et concurrence*, *EDCE*, 2002, p. 380.

²⁶⁸⁵ Conseil de la concurrence, avis n° 04-A-19, 21 octobre 2004, relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits : *RJEP/CJEG*, 2005, p. 144 ; *RLC*, 2/2005, comm. n° 145, obs. Bazex et Blazy ; *ACCP*, 44/2005, p. 53, note A. Le Miere et D. Hasday. Sur ce point v. aussi, S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, *op. cit.*, p. 70.

²⁶⁸⁶ Sur ce point, Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », préc.

²⁶⁸⁷ TA Nîmes, 24 janv. 2008, *Société des trains touristiques G. Eisenreich* : *AJDA*, 2008, p. 2172, note J.-D. Dreyfus.

²⁶⁸⁸ *Ibid.* ; G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », préc.

²⁶⁸⁹ CAA Bordeaux, 29 nov. 2007, Dumoulin de Laplante : *RLC*, 2008, n° 15, p. 69.

publicité et de mise en concurrence qu'à la condition que le contrat domanial réponde à un besoin de la personne publique, de services, de fournitures ou de travaux. Mais, selon les critères de la directive du 31 mars 2004²⁶⁹⁰ et de l'article 3 du Code des marchés publics, les contrats domaniaux ayant pour seul objet l'occupation domaniale ne rentrent pas dans le champ de la commande publique et ne peuvent donc être soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence. À l'évidence, la conclusion des concessions de plage ou des contrats de partenariat public-privé est précédée d'une procédure réglementée parce que leur objet n'est pas seulement de permettre au cocontractant d'occuper le domaine public, mais aussi de satisfaire un besoin de la personne publique.

Une règle juridique peut être étendue à d'autres cas que celui pour laquelle elle a été créée, mais se servir de la jurisprudence *Telaustria* comme une ressource argumentative à l'appui de l'exigence d'une obligation de mise en concurrence et de publicité pour les contrats domaniaux serait nier la logique qui sous-tend cette jurisprudence. Le juge européen ne visait pas les contrats domaniaux et la jurisprudence *Telaustria* portait sur les contrats de la commande publique dont le montant était en-dessous des seuils et pour lesquels le juge européen exigeait un minimum de publicité. Mais la critique la plus décisive est que les préceptes de la jurisprudence *Telaustria* ne concernent que les relations qui prennent une forme contractuelle. *Quid* des autorisations d'occupation unilatérale ? Elles ne sont ni des marchés publics, ni des délégations de service public, ni des concessions de service au sens du droit de l'Union européenne, sans compter, encore une fois, que leur objet est bien différent. Quelles que soient leur formes, les occupations domaniales sont le support d'une offre de la personne publique rémunérée par le prix versé par l'occupant.

B. La promotion d'un lien entre le droit de la concurrence et l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

506. En raison de la fragilité du lien entre le droit de la commande publique et l'obligation de mise en concurrence et de publicité des autorisations domaniales, un discours doctrinal milite pour un autre fondement en opérant une jonction entre le droit de la concurrence et le droit de la mise en concurrence²⁶⁹¹. Il s'agit de tirer toutes les conséquences de l'intégration de

²⁶⁹⁰ Art. 16 point a de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. Les contrats « qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concerne d'autres droits sur ces biens », ne rentrent pas dans le champ de la directive et ne sont pas soumis à une obligation de mise en concurrence. V. aussi G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », préc.

²⁶⁹¹ Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », préc.

la libre concurrence dans le contrôle des actes de gestion²⁶⁹². Les articles 410-2 du Code du commerce et 102 TFUE fourniraient des fondements textuels aptes à justifier l'obligation de publicité et de mise en concurrence des autorisations d'occupation du domaine public, en dehors de l'hypothèse de la commande publique. À l'évidence, les potentialités juridiques de ces énoncés sont largement sollicitées par la doctrine, mais la démonstration n'est pas dénuée de toute pertinence, bien au contraire. Elle vise la réglementation de l'octroi des droits exclusifs ou spéciaux et celle des infrastructures essentielles. L'obligation de publicité et de mise en concurrence n'est donc qu'une « obligation conditionnée »²⁶⁹³, elle n'est exigée qu'à la condition que l'occupation soit délivrée en vue de l'exercice d'une activité économique et qu'à la condition qu'il existe un risque d'atteinte au droit de la concurrence. L'obligation de publicité et de mise en concurrence se comprend comme palliant – *ex ante* – toute atteinte potentielle au droit de la concurrence. Il est en effet question de réglementer « l'accès à [une] situation privilégiée »²⁶⁹⁴ : l'octroi d'une occupation domaniale s'analyse comme l'octroi d'un droit exclusif ou spécial²⁶⁹⁵, l'occupation domaniale peut conférer un avantage concurrentiel à son titulaire, susceptible de le placer dans une position dominante²⁶⁹⁶, voire dans une situation d'abus de position dominante, sur le marché de l'infrastructure ou sur un marché connexe. L'idée puise dans la théorie économique et dans la jurisprudence européenne²⁶⁹⁷ ses principaux arguments. Si la concurrence ne peut pas s'effectuer au sein du marché, elle s'effectue pour le marché²⁶⁹⁸, dès lors que les postulants sont supérieurs au nombre des places disponibles.

507. Le lien entre le droit de la concurrence et la mise en concurrence présente plusieurs avantages. Alors que la référence à la commande publique pêche par son approche trop restrictive, le lien avec le droit de la concurrence transcende la distinction entre les autorisations unilatérales et contractuelles²⁶⁹⁹. À l'instar de la réglementation de l'octroi des droits exclusifs et spéciaux, la procédure de publicité et de mise en concurrence est exigée

²⁶⁹² S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », préc., spéc. p. 386.

²⁶⁹³ Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », préc.

²⁶⁹⁴ F. BATAILLER, « Les “Beati possidentes” du droit administratif (Les actes administratifs créateurs de privilèges) », préc.

²⁶⁹⁵ Sur ces notions, S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, *op. cit.*, p. 88.

²⁶⁹⁶ Par exemple, Cons. cons., déc. n° 99-D-51, 20 juil. 1999, Climespace. Selon cette décision, le titulaire d'une autorisation bénéficie d'une position dominante sur le marché en lien avec le droit exclusif ou spécial.

²⁶⁹⁷ CJUE, 3 juin 2010, The Sporting Exchange Ltd, aff. C-203/08 : *Rec. p.* I-9777 ; *Contrats Marchés publ.*, 2008, comm. n° 422, obs. F. Llorens. Sur ce point, G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », préc. ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, 2008, p. 247.

²⁶⁹⁸ Sur ce point, B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz et Presse de Sciences Pô, coll. « Amphi », 2004, p. 371 et s.

²⁶⁹⁹ *Contra* A. CABANES, « Faut-il soumettre l'occupation privative du domaine public à une procédure spécifique ? », préc.

pour tout mécanisme juridique de dévolution. En outre, le prisme concurrentiel épouse mieux l'objet des occupations domaniales, il s'accorde avec la figure économique de la personne publique offreuse sur un marché concurrentiel. En dépit de la pertinence certaine de cette approche, elle n'a pas été entendue par le Conseil d'État. La jurisprudence *Stade Jean Bouin* a été l'occasion pour le Conseil d'État de clarifier le cadre juridique de l'octroi des occupations domaniales, et de désavouer cette approche : « aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance [...] même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel »²⁷⁰⁰. Non seulement la Haute juridiction retient l'absence d'obligation de publicité et de mise en concurrence, mais elle n'opère pas non plus de jonction entre le droit de la concurrence et le droit de la mise en concurrence. Cependant, ce considérant ne signifie pas que les occupations domaniales soient exclues du champ de l'obligation de mise en concurrence et de publicité. L'absence d'obligation ne touche que l'autorisation ou les contrats d'occupation du domaine public qui ont « pour seul objet l'occupation » du domaine public. Le Conseil d'État n'a pas non plus fermé totalement la porte à l'obligation de mise en concurrence et de publicité, du moins son affirmation ne traduit pas une opposition profonde vis-à-vis de ce principe. Une lecture en creux, éclairée par les conclusions de N. Escaut, nous conduit plutôt à penser que ce considérant doit être perçu comme une invitation à destination du législateur : « la question de la transparence de l'attribution des conventions d'occupation du domaine public nous paraît en réalité relever de la responsabilité du seul législateur : elle a besoin à la fois d'une décision politique et d'une organisation textuelle précise »²⁷⁰¹.

II. La classification des obligations de publicité et de mise en concurrence

508. La jurisprudence *Stade Jean Bouin* modifie les termes du débat, mais sans pour autant que la nécessité d'instituer un encadrement procédural de la délivrance des occupations domaniales ne soit plus de mise. D'autres voies sont explorées pour justifier l'obligation de mise en concurrence et de publicité et systématiser une cohérence d'ensemble du droit positif,

²⁷⁰⁰ CE, sect., 3 déc. 2010, *Ville Paris et Assoc. Jean Bouin* : *BJCP* 2011, p. 36, concl. N. Escaut ; *CCC.*, 2011, comm. 43, note C. Prebissy-Schnall ; *DA.*, 2011, comm. 17, F. Brenet et F. Melleray ; *JCP A.*, 2011, 2043, note C. Devès ; *RJEP* 2011, comm. 20, note C. Maugüé ; *BJCL* 2011, p. 315, note F. Hoffman ; *AJDA* 2011, p. 18, note S. Nicinski et E. Glaser ; *Dr. voirie et domaine public*, 2011, n° 151, p. 51, note E. Coccolini

²⁷⁰¹ N. ESCAUT concl. sur CE, sect., 3 déc. 2010, *Ville Paris et Assoc. Jean Bouin* : *BJCP*, 74/2011, p. 47.

cohérence qui de toute évidence manque cruellement à l'heure actuelle. Le droit positif ne fournit que des solutions éparses, à partir desquelles il est impossible d'ériger une obligation générale (A). Le législateur est donc appelé à intervenir, dans la continuité des conclusions de N. Escaut, et la doctrine livre des pistes d'analyse²⁷⁰². Le moment est encore à la prospection. L'enjeu est donc de déterminer le champ de l'obligation de mise en concurrence et de publicité en déplaçant quelque peu le débat dans le cadre juridique de l'accès au domaine public (B).

A. Le champ de l'obligation de publicité et de mise en concurrence en droit positif.

509. La première étape de la cartographie de l'obligation de publicité et de mise en concurrence est d'envisager les différentes hypothèses de contrats soumis à une telle procédure, en référence au droit de la commande publique. Le législateur ou le pouvoir réglementaire sont intervenus par petites touches. Les contrats dont il est question ne sont pas des contrats domaniaux à proprement parler, mais ils impliquent parfois une occupation du domaine public. L'exemple le plus topique est sans doute celui des contrats de partenariat public-privé²⁷⁰³, qui constituent une forme particulière de contrats globaux portant sur un projet immobilier, déléguant une mission de service public et incluant une occupation du domaine public. Leur usage a été dessiné à la lumière des principes constitutionnels – protection de la propriété publique, protection des deniers publics, principe d'égalité²⁷⁰⁴ –, et au gré des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel²⁷⁰⁵, en conséquence de quoi ces contrats relèvent des principes de la commande publique²⁷⁰⁶. Il en résulte que « la passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité et d'objectivité des procédures »²⁷⁰⁷. En raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, les contrats de partenariat ne peuvent être conclus qu'en cas de complexité de l'opération et en cas d'urgence. Deux procédures sont dès lors prévues : « à la complexité

²⁷⁰² Particulièrement, S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », préc. ; G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », préc.

²⁷⁰³ Ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004 ratifiée par la L. n° 2004-1143 du 9 déc. 2004 mod. par les L. n° 2008-735 du 28 juill. 2008 et n° 2009-179 du 17 févr. 2009.

²⁷⁰⁴ J.-B. AUBY, « Les partenariats public-privé et la Constitution », *DA*, oct. 2003 ; P. DELVOLVÉ, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 468 ; M. VERPEAUX, « La codification devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2004, p. 1849.

²⁷⁰⁵ CC, décision n° 2003-473 DC : *Rec.*, p. 383 ; *AJDA*, 2003, p. 1391, note E. Schoettl, *ibid.*, p. 2348, note É. Fatôme et L. Richer ; *CMP*, oct. 2003, art. F. Linditch ; *DA*, 2003, note A. Ménémémis ; *JCP A.*, 2003, p. 1289, note F. Linditch ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. Lichère ; *RFDC*, 2003, p. 772, note É. Fatôme et L. Richer.

²⁷⁰⁶ P. DELVOLVÉ, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, 2003, p. 481.

²⁷⁰⁷ Art. 3 de l'ordonnance du 17 juin 2004, art. L. 1414-3 CGCT et art. L. 6148-4 du code de la santé publique (pour les baux emphytéotiques hospitaliers).

de l'objet du contrat, correspond le dialogue compétitif, à l'urgence l'appel d'offres »²⁷⁰⁸. La réforme de la loi du 28 juillet 2008²⁷⁰⁹ introduit une nouvelle procédure : la procédure négociée (article 6 et 22 de la loi) pour les contrats de partenariat inférieurs à un seuil fixé par décret, mais qui correspondent au seuil communautaire d'application de la directive 2004-18 du 31 mars 2004.

L'autre hypothèse – déjà évoquée – est celle que la (re)qualification des contrats domaniaux en contrats de la commande publique : marché public ou délégation de service public. Le contrat domanial forme avec ces contrats « un ensemble contractuel indissociable ». Certains marchés publics incluent une occupation du domaine public. Par exemple, le contrat par lequel une personne privée est autorisée à installer sur la dépendance « des ouvrages d'intérêt collectif [...] en échange de quoi la [personne publique] l'autorise à commercialiser les espaces publicitaires disponibles sur ces ouvrages » est qualifié de marché public. Dans l'affaire *Decaux*²⁷¹⁰, le Conseil d'État joue sur la notion d'onérosité des marchés publics et favorise le critère de l'objet du contrat pour inclure dans cette catégorie les contrats relatifs aux mobiliers urbains²⁷¹¹. Dans le même ordre d'idée, l'association entre un contrat domanial et un contrat de délégation de service public est monnaie courante. La question est bien connue. Si le contrat délègue une mission de service public en plus d'autoriser l'occupation du domaine public, le contrat est une délégation de service public²⁷¹², tel est le cas par exemple des concessions de plage²⁷¹³. À l'inverse, le contrat n'est qu'un contrat d'occupation du domaine public, à défaut d'obligation de service public, à défaut de prérogatives de puissance publique confiées à la personne privée ou à défaut de véritable contrôle de la personne publique²⁷¹⁴.

Selon une dernière hypothèse, la requalification peut s'effectuer à la lumière des catégories européennes de la commande publique. Un bail emphytéotique administratif peut être requalifié en concession de travaux²⁷¹⁵ au sens de la « directive travaux »²⁷¹⁶, en marchés

²⁷⁰⁸ P. DELVOLVÉ, « Les contrats globaux », *RFDA*, 2004, p. 1079.

²⁷⁰⁹ La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative au développement des partenariats public-privé. Sur ce point v. O. DEBOUZY et R. APELBAUM, « Contrats de partenariat public-privé : le réchauffement de la planète juridique ? », *D.*, 2008, p. 2356.

²⁷¹⁰ CE, ass., 4 nov. 2005, Société Jean-Claude Decaux, *Rec.*, p. 478 ; *RFDA* 2005. 1083, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 120, note A. Menemenis ; *JCP*, 2006, n° 10007.

²⁷¹¹ A. MÉNÉMÉNIS, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA* 2006, p. 120.

²⁷¹² O. ROUSSET, « Concessions domaniales des collectivités locales : quels risques de requalification en convention de délégation de service public ? », préc. V. par exemple, CAA Lyon, 5 nov. 2009, Sté Véolia Propreté.

²⁷¹³ CE, 21 juin 2000, SARL Plage « Chez Joseph » : *RFDA*, 2000, p. 797, concl. C. Bergeal ; CE, 11 déc. 2000, Agofroy : *Rec.*, p. 607 ; *RFDA*, 2001, p. 1277, concl. S. Austruy ; *AJDA*, 2001, p. 193, note M. Raunet et O. Rousset.

²⁷¹⁴ CE, sect., 3 déc. 2010, Ville Paris et Assoc. Jean Bouin, préc.

²⁷¹⁵ CE, ass., 10 juin 1994, cne Cabourg : *Rec.*, p. 1994, p. 300, concl. S. Lasvignes ; *RFDA*, 1994, p. 728, concl. S. Lasvignes ; *AJDA*, 1994, p. 560 chron. C. Maugué et L. Touvet ; *D.*, 1995, p. 121, obs. Ph. Terneyre.

publics de travaux si l'emphytéote est chargé de réaliser un ouvrage répondant aux besoins du gestionnaire, pouvoir adjudicateur²⁷¹⁷, et en marché de service²⁷¹⁸.

510. La seconde étape de cette cartographie est de savoir si des contrats domaniaux ayant pour seul objet l'occupation du domaine public sont soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence. De prime abord, le législateur a, semble-t-il, répondu à l'invitation en organisant une mise en concurrence et une publicité des baux emphytéotiques administratifs. L'article 96 de la LOPPSI II²⁷¹⁹ modifie l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales. Dans sa nouvelle rédaction, cette disposition énonce désormais que « les conclusions de baux mentionnées aux alinéas précédents sont précédées, le cas échéant, d'une mise en concurrence et de mesures de publicité, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État ». Cependant, les choix rédactionnels, en l'occurrence la présence de la locution « le cas échéant », suscitent de nombreuses interrogations²⁷²⁰. À partir de là, des doutes s'insinuent quant à la véritable portée du nouvel article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales. De deux choses l'une, soit le législateur n'a fait qu'acter l'état du droit actuel, d'où le terme « le cas échéant », ce qui signifierait que seuls les baux emphytéotiques administratifs pouvant être requalifiés en contrats de la commande publique (délégation de service, marché public, concession de travaux) sont soumis à une procédure de mise en concurrence et de publicité. En quelque sorte, le législateur aurait distingué, en fonction de l'objet du contrat, les baux emphytéotiques administratifs ordinaires des autres, qui sont inclus dans des opérations plus globales, adossés par exemple à des opérations immobilières et de travaux pour le compte de la personne publique²⁷²¹, ce qui abonderait dans le sens du Conseil d'État qui, pour rappel, avait exclu l'obligation de mise en concurrence et de publicité pour les contrats « ayant pour seul objet » l'occupation du domaine public. Soit, au contraire, le législateur a élargi le champ de l'obligation de mise en concurrence et de publicité à l'ensemble des baux emphytéotiques administratifs²⁷²². Le législateur se serait fait alors le porte-parole de certains juges du fond qui ont exigé que la conclusion d'un bail emphytéotique administratif

²⁷¹⁶ Art. 1^{er}, point 2 a de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. V. par exemple, CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, Jean Auroux c/ cne Roanne : CCC., 2007, comm. 38, obs. W. Zimmer.

²⁷¹⁷ TA Bordeaux, ord., 26 nov. 2007, n° 0704671, Sté Norbail-Immobilier : CP-ACCP, 2008, p. 60, note M. Richer et V. Touchard. – V. également TA Nice, ord., 6 déc. 2006, n° 0605880, sté CIRMAD Grand-Sud.

²⁷¹⁸ CAA Paris, 2 juill. 2010, SA de Gestion Immobilière : *Contrats-Marchés publ.*, 2010, comm. 325, obs. F. Llorens.

²⁷¹⁹ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011

²⁷²⁰ Sur ce point, Ph. YOLKA, « L'impact de la LOPPSI sur le régime du bail emphytéotique administratif », *JCP A.*, n° 15, 11 avril 2011, p. 2143 ; R. NOGUELLOU, « Le bail emphytéotique administratif », *DA*, 2011, Alerte 40.

²⁷²¹ Sur ce point, É. FATÔME et P. TERNEYRE, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux. Retour sur l'arrêt Jean Auroux », *AJDA*, 2009, p. 1868.

²⁷²² Sur cette interprétation, E. GLASER, M. LOMBARD et S. NICINSKI, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2011, p. 1302

soit précédée d'un minimum de publicité et de mise en concurrence, au nom du respect des règles fondamentales du droit de l'Union européenne²⁷²³. Dans ce cas, le terme « le cas échéant » doit être compris, selon le Professeur Ph. Yolka²⁷²⁴, comme un renvoi au pouvoir réglementaire de déterminer le champ et les modalités de l'obligation qui pèse sur les baux emphytéotiques administratifs. En admettant une telle interprétation de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, le champ de l'obligation de mise en concurrence et de publicité apparaît néanmoins réduit puisque l'obligation ne concerne véritablement que les baux emphytéotiques administratifs ordinaires. Quelle que soit la procédure choisie, celle-ci s'inclinera devant celles existant actuellement en matière de commande publique, notamment dans l'hypothèse d'une requalification par le juge administratif.

En définitive, la précision apportée par le pouvoir réglementaire donne raison à la première interprétation. L'attribution d'un BEA n'est pas précédée d'une procédure de mise en concurrence et de publicité s'il s'agit d'un BEA « sec »²⁷²⁵. La concrétisation réglementaire de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales est donc restrictive et reste conforme à une lecture stricte de la jurisprudence *Stade Jean Bouin*. Aussi, l'expression « le cas échéant » ne vise que les catégories de droit interne – marché public et délégation de service public –, sans référence aux catégories européennes, alors qu'à l'évidence certains baux emphytéotiques administratifs, dits de service, peuvent être considérés comme un marché public de service ou comme une concession de service²⁷²⁶, au sens du droit de l'Union européenne. En fin de compte, l'état du droit positif est figé depuis la jurisprudence *Stade Jean Bouin*. Mais peut-il le rester longtemps ? La prégnance des exigences européennes devrait conduire à une évolution et d'autres pistes sont encore à explorer.

B. Une autre lecture de l'obligation de publicité et de mise en concurrence

511. La jurisprudence *Stade Jean Bouin* et la dimension trop étroite de la notion de commande publique ont conduit le Professeur S. Nicinski à revisiter les relations entre le gestionnaire public et les usagers à travers la notion de « collaboration économique ». Celle-ci inclut « tout acte par lequel l'administration procure un avantage économique à un opérateur, en procédant à la dévolution d'une activité économique, en lui adressant une commande ou

²⁷²³ TA Versailles, 5 janvier 2010, Guyard, *AJDA*, 2010, p. 1196, concl. J. Sorin.

²⁷²⁴ Ph. YOLKA, « L'impact de la LOPPSI sur le régime du bail emphytéotique administratif », préc.

²⁷²⁵ N. FOULQUIER, « La passation des BEA locaux : le décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 », *RDI*, 2012, p. 440. Pour un exemple, CAA Versailles, 21 juill. 2011, n° 10VE00774, *Cne de Verrières-le-Buisson : Contrats Marchés publ.*, 2011. Comm. n° 354, note G. Eckert, *AJDA*, 2011, p. 2105.

²⁷²⁶ G. CLAMOUR, « Règles de passation des baux emphytéotiques administratifs », *Contrats Marchés publ.*, 2012, comm. n° 35.

plus simplement en l'habilitant à exercer une activité économique »²⁷²⁷. Mais l'auteur consent que la jurisprudence *Stade Jean Bouin* restreint le champ de la « collaboration économique » en y incluant seulement les dévolutions d'activités économiques et les commandes de prestation. « Les simples habilitations, les simples autorisations d'exploitation d'un bien administratif (ou à partir d'un bien administratif) sortent du champ de la collaboration »²⁷²⁸. Il y a donc plusieurs fondements pour l'obligation de mise en concurrence et de publicité. Le droit de la concurrence serait, en définitive, selon le Professeur S. Nicinski, plus apte à justifier l'obligation de mise en concurrence des autorisations domaniales en dehors des mécanismes de collaboration économique au sens strict.

512. L'obligation de mise en concurrence et de publicité oscille toujours entre ces deux fondements : le droit de la concurrence et le droit de la commande publique associé aux mécanismes de collaboration. Dans tous les cas, la commande publique ne saurait fonder une telle obligation parce que l'objet d'une autorisation, qu'elle soit contractuelle ou unilatérale, ne répond pas toujours à un besoin de la personne publique. Malgré le désaveu de la jurisprudence *Stade Jean Bouin*, le droit de la concurrence, en lien avec la « directive service » du 12 décembre 2006²⁷²⁹, offre incontestablement un fondement plus solide à l'obligation de mise en concurrence et de publicité, ainsi que le défend le Professeur S. Nicinski. Néanmoins, ce dernier fondement dépasse le cadre spécifique de la domanialité publique, au sein laquelle l'obligation de mise en concurrence et de publicité doit être appréhendée en fonction de la typologie des usages domaniaux. La distinction entre les usages conformes et les usages compatibles est effectivement une piste permettant de décliner la portée de l'obligation de mise en concurrence. En effet, en matière d'usages conformes, il existe un droit d'accès au domaine public sur lequel la mise en concurrence pourrait intervenir afin de pallier les atteintes potentielles au jeu concurrentiel, mais aussi afin de réguler les phénomènes de saturation de l'accès, spécifiques au cadre domanial, comme c'est le cas pour le domaine public hertzien²⁷³⁰. L'obligation de mise en concurrence répondrait alors à l'exigence de l'article 12-1 de la « directive service »²⁷³¹. Dans le cas des usages compatibles, l'absence de droit au domaine

²⁷²⁷ S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », préc.

²⁷²⁸ *Ibid.*

²⁷²⁹ Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur

²⁷³⁰ Conseil d'État, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, La Doc. Fr., « Droits et Débats », 2012, p. 56.

²⁷³¹ Art. 12-1 de la Directive n° 2006/123/CE, préc. : « lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables,

public nie logiquement toute obligation de mise en concurrence et de publicité, dans la mesure où l'autorité « n'est jamais tenue d'accorder » une autorisation d'occupation du domaine public²⁷³². La mise en concurrence n'est à l'heure actuelle qu'une faculté de la personne publique, qui est libre d'y recourir ou non. Or, l'édification d'une obligation de mise en concurrence et de publicité permettrait non pas de réguler l'accès, mais de prévenir les éventuelles atteintes au jeu concurrentiel.

La consécration d'une obligation de mise en concurrence et de publicité modifierait le cadre des relations entre le gestionnaire et les candidats-usagers. Elle induirait alors la généralisation d'un droit spécifique au profit de l'administré. Il s'agit de penser, en dépit du caractère épars des dispositions législatives, un droit de l'administré en deça du droit d'accès, autrement dit un droit de participation à l'accès qui ne préjuge en rien de son obtention. L'intérêt de l'obligation de mise en concurrence et de publicité, appréhendée comme un outil subjectiviste, réside en ce qu'elle institue un rapport de droit(s) triangulaire, liant à la fois le sujet de droit avec l'administration gestionnaire et avec les autres sujets de droits.

CONCLUSION CHAPITRE II

513. La constitutionnalisation de certains éléments domaniaux, tels que les « droits et libertés des personnes à l'usage desquelles [le domaine] est affecté », consolide le lien entre le domaine public et l'exercice des libertés individuelles, dont les déclinaisons sont multiples. Parallèlement, la prise en compte des libertés économiques dans le contrôle des actes de gestion, opéré par le juge administratif, forme le support de la reconnaissance des intérêts économiques des administrés. Globalement, la prise en compte plus approfondie des intérêts des administrés, confortée par la multiplication des recours contentieux, forme un terrain propice à une lecture subjectiviste du rapport entre les administrés et le pouvoir de gestion du domaine public. Dès lors, peut-on penser un droit subjectif *au* domaine public ? L'intensité de la liaison du pouvoir de gestion est la variable d'existence d'un tel droit. Plus le pouvoir de gestion est lié juridiquement, plus il est possible de penser un pouvoir d'exiger de l'administré, autrement dit un droit subjectif au domaine public. Force est de constater que le juge administratif reste très attaché à la distinction entre les usages compatibles et les usages conformes. L'administré a la possibilité d'exiger l'accès au domaine public si sa revendication correspond à l'affectation. Face à cette demande, le pouvoir de gestion est lié par une

les Etats membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence ».

²⁷³² CE, 23 mai 2012, RATP, préc.

obligation de faire, dans le cas des usages privés, ou de ne pas faire, dans celui des usages collectifs. Les réglementations spécifiques liées à certaines dépendances, telles que le domaine public ferroviaire, reconnaissent aussi un droit d'accès au domaine public, qu'il est possible d'analyser au moyen des outils subjectivistes. Néanmoins, dans le cas d'un usage simplement compatible, toute possibilité d'exiger l'accès au domaine public est niée en raison de la discrétionnalité du pouvoir de gestion. La jurisprudence *Société EDA* qui permettait de transcender cette distinction entre les usages conformes et les usages compatibles, et qui ouvrait la perspective d'un approfondissement du droit subjectif au domaine public sur le fondement des libertés économiques, a été remise en question par la jurisprudence récente *RATP* selon laquelle l'autorité gestionnaire peut refuser d'accorder une autorisation d'occupation du domaine public, dans le cas d'un usage compatible avec l'affectation.

CONCLUSION TITRE I

514. Le pouvoir de gestion du domaine public est une puissance publique propriétaire qui se définit aussi à travers ses interactions avec les administrés, tout d'abord au moment de l'accès à la dépendance, accès qui fait l'objet d'un important contentieux, encore enrichi par l'introduction des libertés économiques. Le contentieux relatif à l'accès au domaine public est essentiellement structuré autour de la problématique suivante : un administré revendique ou réclame un accès au domaine public face aux prérogatives de l'autorité gestionnaire. Dans quels cas cette revendication trouve-t-elle un fondement juridique ? Afin d'appréhender ce contentieux et le fourmillement des possibilités contenues dans le droit positif, il fallait préalablement trouver une grille de lecture, un outil conceptuel à travers le prisme duquel il est possible d'interroger le droit positif, d'analyser le champ du pouvoir d'exiger de l'administré et de saisir les interactions entre le gestionnaire et les usagers, en amont de l'accès au domaine public. Le recours aux théories des droits publics subjectifs permet une appréhension dynamique de ces relations. La conceptualisation du droit public subjectif au domaine public est une manière de penser une exigence de l'administré face à une personne publique, autrement dit de penser un vouloir qui aurait les qualités d'un pouvoir. De la généalogie des théorisations du droit public subjectif à la levée des obstacles théoriques qui freinaient la conceptualisation d'un droit subjectif en amont de l'accès au domaine public – comment, notamment, parvenir à penser un droit public subjectif à partir d'une norme générale en lien avec l'affectation ? –, il s'agissait de proposer préalablement une définition du droit public subjectif au domaine public susceptible de constituer un outil d'analyse à même d'appréhender les déclinaisons du droit positif. Le droit public subjectif, tel que conceptualisé par Bonnard

ou Maroger appelait certains ajustements théoriques concernant notamment son objet et sa portée.

Le concept de droit public subjectif au domaine public permet de saisir les deux extrémités du *vinculum juris* : il permet d'identifier d'une part le rôle de *médiation* du pouvoir de gestion entre l'administré et le bien ; il permet aussi d'envisager les différentes hypothèses dans lesquelles est admise la possibilité pour un candidat-usager de revendiquer l'accès, ainsi que celles où cette revendication s'avère impossible, en raison de la marge de discrétionnalité du pouvoir de gestion. Les interactions avec les administrés, qu'implique le pouvoir de gestion, doivent être appréhendées selon deux temps : à l'accès au domaine public, succède l'utilisation du domaine public ; en somme, au droit à la chose, succède un droit sur la chose. Si le droit subjectif au domaine public s'inscrit le plus souvent dans une confrontation avec le pouvoir de gestion, le droit sur le domaine public est le produit du pouvoir de gestion.

TITRE II. LES INTERACTIONS AU STADE DE L'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC

515. Pour qualifier les nouveaux mécanismes d'utilisation du domaine public, les notions doctrinales d'exploitation et de valorisation sont souvent utilisées. La littérature juridique est abondante sur le sujet et elle converge vers cette idée que le domaine public constitue un espace valorisable procurant une multitude d'utilités. La notion de valorisation mérite des précisions car son emploi est parfois galvaudé. Dans son sens commun, la valorisation est « la mise en valeur de quelque chose pour en tirer davantage de ressources »²⁷³³. De prime abord, la doctrine reste globalement fidèle à cette définition, mais la valorisation se présente aussi comme une notion descriptive qui tend à expliquer que la personne publique cherche désormais à tirer profit de sa gestion. La valorisation est donc adossée à la notion d'exploitation et véhicule une dimension essentiellement marchande et économique du domaine public, autrement dit une vision utilitariste dans laquelle le commerce administratif et le commerce marchand sont associés et entremêlés.

Cependant, l'usage de la notion de valorisation est parfois limité dans la mesure où il ne prend que le point de vue de l'administration gestionnaire, alors que le domaine public est source de valeurs autant pour la personne publique que pour les particuliers. L'utilisation domaniale profite au particulier qui est à la fois un acteur de l'exploitation du domaine public. En outre, en mettant en avant les processus de création de valeur, la notion de valorisation insiste moins sur les mécanismes relationnels, elle doit donc être enrichie par une appréhension en termes de collaboration ou de partenariat entre la personne publique et les particuliers. C'est pourquoi la méthodologie subjectiviste, par le biais du concept de *vinculum juris*, offre une clef de lecture des rapports de droit existant au moment de l'utilisation du domaine public, c'est-à-dire des rapports de droits subjectifs distincts sur la dépendance domaniale.

516. Aussi, au temps de l'accès succède le temps de l'utilisation du domaine public. Il y a une séparation entre les rapports de droit existant au moment de la revendication de l'accès au domaine public et ceux existant au moment de l'utilisation de la dépendance. L'utilisation domaniale fait naître de nouveaux rapports, indépendamment d'un droit *au* domaine public. Les rapports de droit n'ont pas la même structure, ni le même objet : le droit des personnes publiques est en interaction avec les droits des particuliers *sur* le domaine public, et non plus

²⁷³³ « Valorisation », *Trésor de la Langue Française informatisé*, <http://atilf.atilf.fr>.

au domaine public. Autrement dit, les rapports de droit sont des rapports de droits concurrents et/ou complémentaires sur la chose publique au centre desquels se trouve la notion de droit réel, signe du changement fonctionnel du domaine public et de la montée en puissance de la logique propriétaire. D'ailleurs, la possibilité de constituer des droits réels sur le domaine public doit être comprise comme l'émanation de la propriété publique. Le droit réel est le parent de la théorie de la gestion domaniale. C'est parce que la personne publique possède la maîtrise de la dépendance qu'elle peut attribuer une ou des utilités à un tiers (**Chapitre I**). Le pouvoir de gestion, synonyme de puissance publique propriétaire structurée autour du principe d'exclusion, induit aussi des rapports particuliers entre l'administration et les administrés. Le *domaine* de la propriété publique prédomine sur les utilisations du domaine public (**Chapitre II**).

CHAPITRE I. LES DROITS RÉELS : UNE RELECTURE DES INTERACTIONS ENTRE LE POUVOIR DE GESTION ET LES OCCUPANTS

517. Il est envisageable de distinguer la théorie de la gestion de celle de la constitution des droits réels sur le domaine public, ce sont deux focalisations différenciées de l'exploitation domaniale : « la théorie de la gestion domaniale [...] permet de rattacher les interventions économiques du propriétaire [...] ; la théorie des droits réels administratifs [...] fournit une explication du statut des occupants privatifs »²⁷³⁴. Le lien peut être établi sans difficulté, en les appréhendant, à l'instar du Professeur Ph. Yolka, comme les deux « appendices »²⁷³⁵ de la théorie de la propriété publique²⁷³⁶.

518. L'inclusion de la théorie des droits réels dans celle de la propriété administrative met à profit les travaux de l'école civiliste du début du XIX^e siècle. Les droits réels sont considérés comme ayant une structure identique à celle de la propriété, ils sont un droit direct sur une chose, et bénéficient d'un même rayonnement, une opposabilité *erga omnes*. La confusion est totale puisque le droit de propriété est perçu comme le type le plus abouti des droits réels²⁷³⁷. Alors que s'amorce une différenciation à la fin de l'Ancien Régime entre les *jura in re* et la propriété, sous l'initiative notamment de Pothier – en ressuscitant la distinction du droit romain, le *jus in re* est un droit, la propriété est une puissance –, l'école de l'Exégèse reproduit les schèmes issus des postglossateurs et prolonge « l'identification de la propriété et du droit réel »²⁷³⁸. La propriété et le droit réel partagent, selon les partisans de l'École de l'exégèse, une ontologie commune, ils sont l'un et l'autre des *jura in re* (et non un *jus ad rem*²⁷³⁹). Seulement, la propriété est le *jus in re* le plus parfait puisqu'il est le seul droit autonome qui porte sur une

²⁷³⁴ P. YOLKA, *La propriété publique, op.cit.*, p. 211.

²⁷³⁵ *Ibid.*

²⁷³⁶ *Ibid.*, p. 308 : « pour rendre compte des conséquences de la propriété publique, les envisager non seulement au point de vue du titulaire de ce droit (avec la théorie de la gestion domaniale), mais encore dans l'optique de l'occupant du domaine public, à travers la théorie des droits réels administratifs ».

²⁷³⁷ Ch. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Durand, 1870, n° 471, p. 352. La formulation est célèbre : « La propriété est évidemment le premier et le plus complet de tous les droits réels ; c'est le droit réel par excellence ! ». Et plus tard, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Introduction générale, Traité de droit civil, op.cit.*, 1977, p. 179 : « Le droit réel par excellence est la propriété ».

²⁷³⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 469-470 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, « Bibliothèque de droit privé », 2012, p. 82-83.

²⁷³⁹ Sur la distinction entre le *jus in re* et le *jus ad rem*, POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété, op. cit.*, rééd. 1847, t. IX, p. 101 : « On considère à l'égard des choses qui sont dans le commerce, deux espèces de droits : le droit que nous avons dans une chose, qu'on appelle *jus in re* ; et le droit que nous avons par rapport à une chose, qu'on appelle *jus ad rem*. Le *jus in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient elle nous appartient, au moins à certains égards. Le *jus ad rem* est le droit que nous avons, non dans une chose, mais seulement par rapport à une chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner ». V. aussi, M. VILLEY, « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », in *Mélanges Fernand De Visser*, 1949, t. II, p. 417.

chose, quelle qu'elle soit, alors que le droit réel ne porte que sur la *chose d'autrui* et n'est donc qu'un *jus in re aliena*²⁷⁴⁰. Le droit réel grève la propriété et limite ses effets et la possibilité pour le propriétaire de s'accaparer toutes les utilités de la chose. Ainsi, les auteurs de l'École de l'exégèse distinguent la propriété parfaite et la propriété imparfaite. Selon Delvincourt, « la propriété est parfaite quand l'exercice du droit du propriétaire ne peut être gêné par l'effet d'aucun droit appartenant à un particulier [...]. La propriété est imparfaite, lorsque l'exercice du droit du propriétaire peut être gêné par l'effet d'un droit appartenant à un autre particulier »²⁷⁴¹. Le droit réel est donc associé à l'idée d'aliénation d'une chose et, par extension, à l'idée d'un démembrement du droit de propriété. En amont, la conceptualisation dite « classique »²⁷⁴² du droit réel repose sur la *summa divisio* entre les personnes et les choses²⁷⁴³, qui se traduit par sa différenciation avec le droit personnel²⁷⁴⁴. Le droit réel est un mode d'aliénation (sa cause) qui porte sur une chose (son objet) ; le droit personnel est un mécanisme d'obligation (sa cause) qui porte sur une prestation personnelle (son objet)²⁷⁴⁵.

Pourtant, au fur et à mesure de la conceptualisation, les difficultés se multiplient. Le droit réel ne peut pas être pensé comme un rapport immédiat et direct sur une chose sans référence à un mécanisme d'obligation. L'école civiliste répond que le droit réel bénéficie d'une opposabilité *erga omnes*, contrairement au droit personnel qui jouit seulement d'une opposabilité relative²⁷⁴⁶. Mais l'obligation est alors aussi la cause du droit réel, et l'opposabilité du droit personnel n'est pas non plus strictement relative²⁷⁴⁷. Surtout, l'autre principale difficulté pour l'École de l'exégèse est de concilier la maîtrise souveraine incarnée par la propriété et sa possible divisibilité en cas de constitution d'un droit réel. Comment la propriété peut-elle être considérée comme un droit unitaire alors qu'elle peut être démembrée par des droits réels ? Connaissant les présupposés qui guident la doctrine civiliste – c'est-à-dire la remise en cause du domaine divisé –, la théorie du droit réel peut surprendre²⁷⁴⁸.

²⁷⁴⁰ M. VIDAL, « La propriété dans l'école de l'exégèse en France », *Quaderni Fiorentini*, n° 5-6, 1976-1977, p. 21.

²⁷⁴¹ C. E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. I. Paris, Gueffier, 1813, p. 148-149.

²⁷⁴² S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, p. 1.

²⁷⁴³ Sur ce point, M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 25 et s.

²⁷⁴⁴ Ch. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *op. cit.*, p. 352 ; J.-J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. II, *op. cit.*, 2004, p. 1580.

²⁷⁴⁵ Sur cette présentation, M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 31.

²⁷⁴⁶ Ch. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, in *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *op. cit.*, n° 464, p. 339-340. Et plus tard, l'opposabilité *erga omnes* est présentée comme le critère premier du droit réel, v. H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 114 : « Le droit réel est un droit absolu, opposable à tout le monde ; chacun est tenu de s'abstenir de tout acte qui pourrait en entraver l'exercice ».

²⁷⁴⁷ Sur ce point, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 247 et s.

²⁷⁴⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 230 : « alors que la propriété est la forme normale que revêtent les relations entre les personnes et les choses, les droits réels apparaissent comme une anomalie à l'égard tant du régime des biens que du régime des obligations. D'une part, leur existence apporte une

519. Ce détour par la doctrine civiliste du XIX^e siècle est nécessaire puisque ce sont sur ces fondements mêmes que se sont élaborés les premiers jalons de la théorie du droit réel administratif. Lorsque la doctrine publiciste intègre ce concept pour le transposer dans la domanialité publique, elle se réfère principalement aux conceptualisations de l'école civiliste. Elle fait alors face aux mêmes difficultés de conceptualisation tout en étant confrontée à de nouvelles problématiques liées à la spécificité des rapports entre l'administration et les usagers. La théorie des droits réels administratifs a pour principale visée d'échafauder un système qui prenne en compte l'affectation, l'inaliénabilité et la propriété administrative, à tel point que l'adaptation du concept de droit réel s'effectue, pour les opposants à la théorie des droits réels administratifs, au prix de sa dénaturation. Le droit réel administratif s'oppose à l'exercice du droit de propriété et souffre de l'omnipotence du pouvoir de gestion sur les usages domaniaux, essentiellement en raison de la règle de précarité des occupations privatives (**SECTION I**).

Après les hésitations de la jurisprudence, le droit positif a relayé la doctrine et « réactivé »²⁷⁴⁹ la théorie des droits réels administratifs, mais les difficultés restent intactes. L'idée de démembrement accolée au droit réel rentre en conflit avec l'exercice de la propriété publique et, par extension, avec le pouvoir de gestion. Des questions sont encore en suspens, s'agissant de la structure du droit réel, de son objet ou encore de son opposabilité. L'enjeu est donc de dépasser l'opposition entre la constitution de droits réels et l'exercice de la propriété, dépassement qui ne peut s'effectuer que par la séparation catégorielle entre la propriété et les *jura in re*. Le droit réel est une dérivation de la propriété publique (et du pouvoir de gestion) mais il ne peut être confondu avec elle (**SECTION II**).

SECTION I. L'ABSENCE DE LIEN ENTRE LE POUVOIR DE GESTION ET LA CONSTITUTION DE DROITS RÉELS SUR LE DOMAINE PUBLIC

520. À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, une partie de la doctrine administrativiste s'approprie ce fleuron conceptuel de la doctrine civiliste : le droit réel. Le processus intellectuel est identique à celui agissant dans la théorie de la propriété administrative, la science juridique cherche à transposer un concept civiliste dans le monde des relations administratives au prix, bien évidemment, de quelques modifications. Il n'est pas étonnant que ce soient les partisans de la propriété administrative qui aient défendu la

entrevue à l'exercice des pouvoirs résultant de la propriété. D'autre part, ils ont pour effet de mettre à la charge d'une personne un engagement qu'elle n'a pas souscrit ».

²⁷⁴⁹ Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 309.

possibilité de droits réels sur le domaine public. Au regard de leurs présupposés subjectivistes, le droit réel administratif permet d'expliquer le statut juridique des occupants privatifs tout en l'inscrivant dans un *vinculum juris* avec l'administration domaniale (§1). Mais le principe même de la transposition du droit réel dans le monde de la domanialité publique est discuté et combattu, non seulement par les tenants de l'école objectiviste, mais aussi par certains promoteurs de la propriété administrative. L'attachement à la pureté du concept de droit réel, issu de la glose civiliste, son inadaptabilité présumée aux relations administratives ou son incompatibilité avec la règle d'inaliénabilité sont des arguments en faveur de son rejet. Les controverses qui entourent le droit réel administratif expliquent en grande partie sa difficile réception en droit administratif (§2).

§1. LA CONSTRUCTION THÉORIQUE DES DROITS RÉELS ADMINISTRATIFS

521. Le recours au concept de droit réel ne relève pas que de la technique juridique, il répond aussi à un choix idéologique²⁷⁵⁰ : la volonté de renforcer la situation juridique des occupants privatifs. L'utilisation de ce concept véhicule une représentation des utilisations domaniales où l'enjeu est l'équilibrage des relations entre l'administration et les administrés. Le droit réel est « susceptible de produire un certain nombre d'utilités, de fournir un certain nombre de garanties »²⁷⁵¹. À contre-courant des positions jurisprudentielles majoritaires²⁷⁵², il revient à Hauriou de poser les premières pierres de la théorie des droits réels sur le domaine public. Ses partisans, Rigaud, Jansse, Mestre ou Renard, prolongent la pensée du maître de Toulouse. La doctrine allemande, par l'intermédiaire de Mayer, appréhende aussi les utilisations privatives à la lumière d'un droit *sur* la chose opposable *erga omnes*. Même certains auteurs civilistes, comme Planiol, qui se sont aventurés dans l'analyse des concessions sur le domaine public, opèrent une assimilation entre le droit du concessionnaire et le droit réel (I). L'heure est donc à une autre vision des relations entre les usagers et l'administration, l'heuristique juridique n'est pas dominée par des catégories strictement objectivistes – par exemple par la notion de situation juridique légale et réglementaire –, il ne s'agit pas non plus d'ériger des relations strictement personnelles, mais de bâtir des liens juridiques à partir d'un rapport de droit réel. La logique propriétaire gagne ainsi le statut des occupants privatifs, et l'administrativité de la propriété induit celle des droits réels (II).

²⁷⁵⁰ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 569.

²⁷⁵¹ M. HAURIOU, note sous CE, 25 mai 1906, *Ministre du commerce c/ Chemins de fer d'Orléans : S.*, 1908, III, p. 65.

²⁷⁵² Sur l'opposition du Conseil d'État à l'égard de la constitution des droits réels sur le domaine public, v. L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées*, t. III, *op. cit.*, p. 420.

I. La théorie des droits réels administratifs : la volonté d'adapter la notion de droit réel à la domanialité publique

522. Au moment de l'élaboration du droit réel administratif par Hauriou, le climat doctrinal et jurisprudentiel²⁷⁵³ est globalement hostile. Les pourfendeurs de la propriété administrative, tels que Laferrière²⁷⁵⁴ Berthélemy²⁷⁵⁵, Ducrocq²⁷⁵⁶, Aucoc²⁷⁵⁷ et de Recy²⁷⁵⁸, s'opposent avec vigueur à tout projet de transposition du droit réel dans la domanialité publique. Tous s'accordent sur le fait que le principe d'inaliénabilité traduit une conception du domaine public hors du commerce juridique²⁷⁵⁹. Les titulaires d'une concession ou d'une permission n'ont qu'un droit de possession précaire qui ne peut pas être assimilé à un droit réel. Cependant, Hauriou pense déceler dans le droit positif l'amorce de la reconnaissance des droits réels administratifs. Certains éléments sont probants. Le droit des riverains est qualifié de droit *sui generis*, il ouvre droit à indemnité en cas d'atteinte par l'administration²⁷⁶⁰, le droit des concessionnaires de chemins de fer est aussi qualifié de « droit exclusif de jouissance »²⁷⁶¹, les concessions de sépulture sont des concessions perpétuelles²⁷⁶². La théorie de Hauriou décrit et explique l'état du droit, en organisant le statut des occupants privatifs autour de la notion de droit réel. Elle est aussi prescriptive dans la mesure où elle argumente pour un renforcement et un changement du statut de l'occupant²⁷⁶³, avec en ligne de mire une recherche de compatibilité avec la domanialité publique (A). L'œuvre de Hauriou amorce un mouvement de reconnaissance des droits réels administratifs, que d'autres auteurs complètent et précisent sans véritablement le parachever (B).

²⁷⁵³ Par exemple, C. Cass., 15 mai 1861, Mancel : *S.*, 1861, I, p. 888 : « il résulte [...] que la jouissance des Compagnies, quelle qu'en soit l'importance et la durée, n'a jamais le caractère d'un usufruit, d'une emphytéose ou de tout autre droit analogue comportant un démembrement de la propriété publique contraire aux principes qui en assurent la conservation et l'intégrité ».

²⁷⁵⁴ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, *op. cit.*, p. 553.

²⁷⁵⁵ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4^e éd., 1906, *op. cit.*, p. 489.

²⁷⁵⁶ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation financière*, t. IV, *op. cit.*, p. 314 et s.

²⁷⁵⁷ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées*, t. III, 2^e éd., *op. cit.*, n° 1310 et s.

²⁷⁵⁸ R. DE RÉCY, *Traité du domaine public*, t. I, *op. cit.*, 1893, p. 466 et s.

²⁷⁵⁹ Pour un autre exemple, G. LECHALAS, *Manuel de droit administratif, services des ponts et chaussées et des chemins vicinaux*, t. III, 1899, Baudry, p. 170-171.

²⁷⁶⁰ CE, 28 janv. 1887, Commune de Maurigny-en-Haye : *S.*, 1888, III, p. 56.

²⁷⁶¹ CE, 25 mai 1906, Ministre du Commerce c/ Chemin de fer d'Orléans : *S.*, 1908, III, p. 65.

²⁷⁶² CE, 19 avril 1907, Dame de Suremain : *S.*, 1909, III, p. 101.

²⁷⁶³ Pour un exemple où Hauriou affirme clairement que la doctrine des droits réels administratifs permet d'interpréter le droit positif, M. HAURIOU note sous CE, 7 fév. 1913, Mure : *S.*, 1913, III, p. 81.

A. Les premières tentatives de théorisation des droits réels administratifs

523. Hauriou est le premier nom auquel est associée la théorie des droits réels administratifs. Elle apparaît dans la sixième édition de son *Précis de droit administratif*²⁷⁶⁴, elle est développée dans la septième édition²⁷⁶⁵ et approfondie dans la huitième édition. Sa note sous l'arrêt *Chemin de fer d'Orléans* a aussi été l'occasion d'affirmer sa position, dans le sens la qualification, par le juge administratif, du droit des compagnies concessionnaires de chemins de fer comme « droit exclusif de jouissance »²⁷⁶⁶. Mais on s'en tiendra à la version consolidée de sa définition des droits réels, issue de la onzième édition, selon laquelle « le caractère spécialement administratif des droits réels qui peuvent être constitués ou des aliénations qui peuvent être consenties sur les dépendances du domaine public, dans le commerce de la vie administrative, consiste essentiellement dans la *précarité*, c'est-à-dire dans la nature temporaire, révocable ou rachetable de ces droits réels ou de ces aliénations ; c'est par cette nature temporaire et révocable que les opérations du commerce de la vie administrative se concilient avec l'inaliénabilité du domaine public »²⁷⁶⁷. La première partie de cette définition illustre la volonté d'adapter le droit réel à la domanialité publique. Hauriou reste focalisé sur la protection de l'affectation et sur la règle d'inaliénabilité²⁷⁶⁸. L'insistance portée sur la règle de précarité permet de lever les verrous théoriques qui tendaient à circonscrire le droit réel à une accapuration définitive d'une utilité²⁷⁶⁹. Ce faisant, Hauriou prône un changement de signification de la règle de l'inaliénabilité, dans une perspective compatible avec la constitution de droits réels. Ceux-ci seraient donc possibles tant qu'ils n'entravent pas l'affectation.

524. De l'autre côté du Rhin, Otto Mayer porte également la théorie des droits réels administratifs. Certes, la règle d'inaliénabilité ou la protection de l'affectation ne sont pas présentes dans son argumentation. L'auteur préfère parler de primauté de l'intérêt public sur l'intérêt de l'administré. Le résultat reste cependant sensiblement similaire. L'économie de son système de pensée repose également sur la nécessaire compatibilité avec le but de la chose

²⁷⁶⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, 1907, p. 582.

²⁷⁶⁵ *Ibid.*, 7^e éd., p. 739 et s.

²⁷⁶⁶ M. HAURIOU note sous CE, 25 mai 1906, *Ministre du Commerce c/ Chemin de fer d'Orléans*, in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, t. III, *op. cit.*, p. 26.

²⁷⁶⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 863.

²⁷⁶⁸ V. également, M. HAURIOU, note sous CE, 7 fév. 1913, *Mure*, préc. : « il faut [...] qu'on trouve un moyen de les accommoder avec le principe de l'inaliénabilité, et l'accommodement est très simple : il suffit de remarquer qu'elles sont résolubles, sauf indemnité, pour les besoins du service ».

²⁷⁶⁹ V. aussi, R. DIEUDÉ, *Étude juridique des servitudes administratives*, Thèse Montpellier, Imprimerie du Sud, 1942, p. 74 : « Dans la conception nouvelle du principe traditionnel de l'inaliénabilité, dont l'incidence est réduite aux droits irrévocables ou non rachetables, rien ne s'oppose plus à l'existence de servitudes administratives sur le domaine public ».

publique²⁷⁷⁰. Le droit réel est frappé par la règle de la précarité, même si le terme n'est pas utilisé. Il est en effet rappelé que l'autorité administrative peut éteindre le droit réel à la suite d'un changement d'affectation ou en cas d'atteinte à un intérêt public²⁷⁷¹.

B. L'héritage de la théorie des droits réels administratifs

525. La théorie du droit réel administratif de Hauriou reste au stade de l'ébauche. Son œuvre doctrinale sera complétée sans pour autant qu'en soient remis en cause les principes fondamentaux. L'équilibre entre la réalité du droit et sa précarité est en effet maintenu. Renard profite de son *Cours élémentaire de droit public* pour appuyer la théorie des droits réels administratifs²⁷⁷². La démonstration n'a rien d'original et l'auteur apporte peu d'indications sur l'objet du droit réel administratif. Dans le prolongement de Hauriou, l'accent est mis sur l'opposabilité du droit réel et ses conséquences contentieuses. Mestre est également de ceux qui ont porté la théorie des droits réels administratifs. Ses différentes notes au sujet des concessions (hydrauliques ou de canaux) font appel à la notion de droit réel administratif²⁷⁷³ qui lui permet de rendre compte de la stabilité de l'usager et de la protection contentieuse. Par exemple, concernant les servitudes administratives, Mestre estime que tant que subsiste la compatibilité des droits réels et de l'affectation, les règles « de l'inaliénabilité et de la libre disposition du domaine aux mains de l'Administration, ne seront nullement méconnues par la reconnaissance, au profit des riverains, de servitudes administratives, qui subsisteront tant que durera la voie publique, qui seront, sauf indemnité, supprimées ou modifiées avec elle »²⁷⁷⁴.

526. Mais c'est le nom de Rigaud qui vient tout de suite à l'esprit lorsqu'il s'agit de la postérité de la théorie des droits réels administratifs. Élève de Hauriou, Rigaud consacre à ce sujet sa seconde thèse de doctorat. Son propos respecte à la lettre les canons de la théorie de Hauriou. Sa thèse présente néanmoins l'intérêt d'y apporter certaines précisions et de décliner la théorie des droits réels administratifs à différentes situations. L'œuvre de transposition est aussi présente, ainsi que la volonté affichée d'adapter le droit réel à la domanialité publique. 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

²⁷⁷⁰ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 262 : « La chose publique a toujours son but principal auquel elle sert ; le droit d'usage spécial ne pouvait être admis, par principe, qu'autant qu'il était compatible avec ce but ».

²⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 262-264.

²⁷⁷² G. RENARD, *Cours élémentaire de droit public*, *op. cit.*, p. 167 et s.

²⁷⁷³ A. MESTRE, note sous C. Cass., 8 nov. 1909, Verdet : *S.*, 1912, I, p. 521.

²⁷⁷⁴ A. MESTRE, note sous CA, Toulouse, 26 nov. 1908, Augué c/ Roques : *Pandectes française*, 1911, t. II, p. 209.

constitue la représentation juridique et l'inaliénabilité la sauvegarde »²⁷⁷⁵. La précarité est donc le garant de la compatibilité entre l'inaliénabilité et les droits réels. La règle d'inaliénabilité « s'oppose à ce que des droits réels au sens civil, en principe irrévocables, soient constitués sur le domaine. Mais elle ne s'oppose pas à ce que l'Administration constitue sur ce domaine des droits révocables, résolubles ou rachetables qui ne voileront pas ainsi la règle d'inaliénabilité, qui seront précaires dans la mesure où l'affectation l'exige, en ce qu'ils se différencieront encore des droits réels *juris civilis*, en ce qu'ils disparaîtront, sauf exception, par la désaffectation de la dépendance sur laquelle ils portent »²⁷⁷⁶.

527. La théorie des droits réels administratifs oscille entre la recherche de garanties pour les occupants et la nécessaire compatibilité avec l'affectation. La propriété administrative *appelle* la constitution de droits réels et peut supporter des mécanismes de démembrement compatibles avec l'affectation. En d'autres termes, il faut, comme le suggère Denoyer, « admettre que cette propriété puisse être démembrée en des droits réels, eux aussi d'un type spécial, qui confèrent des garanties à l'occupant privatif, pourvu que ces garanties soient compatibles avec l'affectation »²⁷⁷⁷. Cependant, la visée idéologique de la théorie des droits réels administratifs ne peut se comprendre qu'en raison de ses soubassements méthodologiques : l'instauration d'un *vinculum juris* entre les occupants et l'administration domaniale.

II. L'instauration d'un *vinculum juris* entre l'administration propriétaire et les occupants privés

528. Appréhender les occupations domaniales à travers les droits réels administratifs constitue une refonte des rapports entre l'administration et les usagers, qui fait la part belle à l'approche subjectiviste. Renard résume parfaitement ce point : « la domanialité est une propriété, on conçoit qu'il s'établisse entre le pouvoir domanial et les administrés des rapports de droits subjectifs de nature administrative semblables, dans leur substance, aux droits réels de droit civil, et simplement aménagés, dans leur réglementation, d'après les convenances propres du droit administratif, c'est-à-dire affectés d'une moindre stabilité [...] et essentiellement subordonnés, quant à leur consistance et leur durée, à la destination publique

²⁷⁷⁵ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 294.

²⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 4.

²⁷⁷⁷ J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 104. V. aussi, Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 195 : Les droits réels administratifs « sont donc des situations de droit public. Ils n'ont leur unité que dans l'affectation [...]. Et c'est cette affectation qui commande aussi leurs régimes ».

de la parcelle domaniale envisagée »²⁷⁷⁸. Cette affirmation est dense, selon laquelle la constitution d'un droit réel est une dérivation de l'exercice de la propriété administrative, elle introduit un rapport de droit d'un type particulier, un commerce administratif dépendant de la spécificité de la domanialité publique²⁷⁷⁹. À l'instar de Hauriou²⁷⁸⁰, Renard déplace le débat afin de répondre à ceux qui affirment que le domaine public est hors du commerce. Le domaine public est effectivement hors du commerce civil mais il est dominé par le commerce administratif. L'assimilation du droit réel administratif à un droit subjectif est la première étape (A), l'établissement de rapports de droit qui organisent une forme de *communauté* en lien avec la dépendance domaniale est la seconde (B).

A. La perception du droit réel comme un droit subjectif

529. L'assimilation du droit réel administratif à un droit public subjectif repose sur deux caractéristiques : son fondement (1) et son domaine (2).

1. Le fondement individuel du droit réel administratif

530. Si le droit, ou la faculté d'accéder, au domaine public est parfois pensé en dehors du subjectivisme, la doctrine éprouve moins de difficulté à reconnaître la possibilité de constituer des droits subjectifs de type réel sur le domaine public. Pour rappel, hormis Bonnard et Maroger, la doctrine considère que le droit d'accès ne peut être un droit subjectif parce qu'il n'existe qu'en raison d'une norme générale et impersonnelle²⁷⁸¹. Au contraire, le droit réel est un droit subjectif puisqu'il naît d'un acte administratif particulier, qui sert d'interposition entre une norme générale et le statut de l'occupant, et qui contribue à attribuer un droit *ut singuli* à un particulier, sur une chose parfaitement identifiable²⁷⁸². La doctrine entremêle les

²⁷⁷⁸ G. RENARD, *Cours élémentaire de droit public*, op. cit., p. 167. V. aussi sur le caractère subjectif du droit réel, L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, op. cit., p. 189.

²⁷⁷⁹ V. aussi, L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, op. cit., p. 294 : « Ce commerce juridique est inspiré [...] par des préoccupations différentes de celles qui inspirent les simples particuliers ; il se met au service de l'intérêt public et 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 sauvegarde ».

²⁷⁸⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., op. cit., 1927, p. 862 : « La règle d'inaliénabilité ayant pour but de mettre le domaine public en dehors du *commerce de la vie privée* et, par conséquent, de le soustraire aux aliénations et aux constitutions de droits réels du droit civil, ne s'oppose point à un certain commerce de la vie administrative, ni à des aliénations ou à des constitutions de droits réels qui suivraient des principes administratifs ».

²⁷⁸¹ Supra [Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I].

²⁷⁸² Sur ce point, J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 177 ; L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., p. 577. V. aussi, concernant spécifiquement le domaine public, J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, op. cit., p. 104 : « Ne méritent [...] la qualification de droits réels que les droits qui ont un contenu positif, qui

présupposés issus du volontarisme juridique²⁷⁸³ et la règle de la nécessité d'un titre pour les occupations privatives. Aussi, toutes les questions liées à la titularité du droit et à l'identification du sujet de droit, qui entre en rapport avec la personne publique, ne se posent pas²⁷⁸⁴. Toujours sur le fondement du volontarisme juridique, un lien est établi entre le pouvoir de gestion et le caractère subjectif du droit réel, comme le présente Renard : « ces droits réels administratifs ne relèvent point du pouvoir de police, mais du *pouvoir domanial*; c'est l'administration-proprétaire qui entre en rapport avec les particuliers pour en consentir l'établissement ou en surveiller l'exercice »²⁷⁸⁵. En dehors des usages collectifs, l'attribution de droits publics subjectifs résulte d'un acte de volonté, expression de l'exercice du droit de propriété²⁷⁸⁶, constitutif d'un rapport de droits subjectifs. Il existe ainsi, selon ces auteurs, un lien quasi-ontologique entre l'exercice de la propriété administrative et l'octroi d'un droit réel.

531. Cependant, certains auteurs, tels que Mayer, limitent la constitution de droits réels aux actes concessifs : « L'effet de la concession est de créer un droit subjectif public. Ce droit a pour objet la possession de la portion de la chose publique déterminée par la concession, en vue d'en faire usage conformément à la concession »²⁷⁸⁷. La circonscription du droit réel à la concession s'inscrit dans la distinction originelle entre la permission (acte de police) et la concession (acte du propriétaire). Également, Trotabas confine le champ des droits réels aux actes contractuels. Il n'adhère pas pleinement à la théorie des droits réels administratifs, loin de là, mais il estime qu'elle « serait au besoin concevable au sujet de la concession »²⁷⁸⁸ parce que seul « le concessionnaire est titulaire d'un droit »²⁷⁸⁹. Planiol limite aussi les droits réels aux actes concessifs et il opère même une synonymie entre les notions de droit réel et de concession. Selon l'auteur, « il existe tout un groupe de droits spéciaux conférés aux particuliers par l'autorité administrative et partout sur le domaine public : nous leur donnerons le nom de concessions. Les concessions offrent la plus grande analogie avec les droits réels »²⁷⁹⁰. Mayer, Trotabas et Planiol confondent la stabilité supposée des relations contractuelles et celle imputée au droit réel. Dès lors, la référence au droit réel semble

permettent de recueillir directement des utilités concrètes et qui sont suffisamment individualisés au profit de personnes déterminées ».

²⁷⁸³ Sur la nécessité d'un titre juridique en amont d'un droit subjectif, v. M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., 1951, *op. cit.*, p. 109.

²⁷⁸⁴ Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 194 : « Le pouvoir du bénéficiaire peut toujours être regardé comme un intérêt juridiquement protégé, donc en ce sens, comme un "droit", et ce droit est administratif. Pour cela il faut qu'il y ait suffisante individualisation ».

²⁷⁸⁵ G. RENARD, *Cours élémentaire de droit public*, *op. cit.*, p. 167 (souligné par l'auteur).

²⁷⁸⁶ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 227.

²⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 255-256.

²⁷⁸⁸ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 123.

²⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 122.

²⁷⁹⁰ M. PLANIOL, *Traité de droit civil*, 1^{er} éd., *op. cit.*, 1900, n° 2078.

surabondante pour expliquer la situation particulière du concessionnaire et elle est insuffisante pour justifier à elle-seule la stabilité de l'occupant.

Les partisans français de la théorie des droits réels administratifs proposent une solution quelque peu différente et plus favorable au champ des droits réels. La constitution de droits réels ne se limite pas aux actes concessifs. Hauriou, le premier, inclut non seulement les concessions dans les actes portant attribution de droits réels, mais aussi les permissions de voirie²⁷⁹¹. Seuls les permis de stationnement, purs actes de police, sont exclus par l'auteur du champ des droits réels. Ce sont, selon cette perspective, les autorisations emportant emprise sur le sol (permissions de voirie et concessions) qui peuvent être le support de droits réels. Mais le rapport de causalité est troublé, il est difficile de savoir si c'est le droit réel qui traduit l'emprise sur le sol ou si l'emprise sur le sol n'est que le révélateur de l'attribution d'un droit réel. La logique juridique supposerait que ce soit le droit réel qui permette l'emprise sur le domaine public. Simplement, ces auteurs voient, dans la possibilité de constituer des emprises sur le domaine public, l'amorce de la théorie des droits réels administratifs.

532. Néanmoins, le critère de l'emprise n'est pas hasardeux, il fournit à cette heure le point de clivage entre la police et la gestion (ou, chez Hauriou, entre la police et l'exercice du droit de propriété administrative). La théorie des droits réels administratifs est bâtie sur un système où l'attribution des droits réels échappe à l'autorité de police et où seul le propriétaire public peut attribuer une autorisation qui a pour objet de modifier l'assiette du domaine public²⁷⁹². Bien que cette lecture du droit positif par le critère de l'emprise soit depuis longtemps désuète – puisque la logique gestionnaire inclut désormais l'ensemble des occupations domaniales –, la règle est restée, l'octroi d'un droit réel nécessite toujours un titre juridique.

2. Le *domaine* du droit réel administratif

533. L'assimilation du droit réel à un droit subjectif a aussi pour conséquence le fait de considérer que l'utilisateur bénéficie de certaines prérogatives à l'égard de la dépendance, et le contenu de ce droit « est déterminé par le titre qui le constitue ou par les usages »²⁷⁹³. Certes, le droit réel administratif n'est pas un droit parfait en comparaison à la propriété et aux droits réels privés, certes « il ne comporte que des pouvoirs partiels »²⁷⁹⁴ sur la dépendance, mais il

²⁷⁹¹ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 868. V. aussi, Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 197 et s.

²⁷⁹² A. GERVAIS, *Le retrait des autorisations d'utilisation privative du domaine public*, Thèse Montpellier, 1942, p. 27.

²⁷⁹³ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 305.

²⁷⁹⁴ Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 200.

attribue quand même des prérogatives sur la chose à l'occupant, sans intermédiation du propriétaire public.

Tout d'abord, Mayer restreint, on le répète, le champ des droits réels. Il affirme qu'une autorisation domaniale (nommée par l'auteur « permission d'usage spécial ») « ne consiste pas dans la création d'un droit subjectif sur la chose publique au profit de l'individu qui l'a obtenue ». [...] C'est seulement une déclaration de la volonté du propriétaire de la chose de *vouloir s'en servir au profit d'un tiers et de consentir à certains faits d'usage de la part de ce dernier* »²⁷⁹⁵. Par contre, s'agissant de l'acte constitutif de droit réel (la concession d'usage spécial) et « à l'opposé de la permission, on ne donne pas seulement libre cours à la liberté du permissionnaire en vue d'une activité de fait ; il est constitué un *pouvoir juridique* sur la chose qui, elle-même, n'est rien autre qu'une manifestation de l'administration publique »²⁷⁹⁶. Mais, concernant le contenu du droit réel, Mayer est très prolix : *domaine* du droit réel comprend d'abord le droit de disposer librement de la chose publique, c'est-à-dire d'effectuer certains changements et d'effectuer des travaux, en somme de modifier physiquement l'assiette de l'occupation. Surtout, sans la mentionner explicitement, l'auteur évoque l'institution romaine du droit de superficie²⁷⁹⁷. Ce droit est une potentialité de construire sur la chose d'autrui²⁷⁹⁸ et il fait obstacle, selon l'auteur, aux effets de la propriété publique en matière d'accession (*superficies solo cedit*)²⁷⁹⁹. En effet, le juriste allemand perçoit la règle de l'accession comme une règle supplétive, y déroger est possible lorsqu'un acte en dispose autrement. Mayer mentionne en outre une idée singulière, selon laquelle l'ouvrage construit est une propriété civile, et il envisage une hypothèse surprenante, celle de la libre circulation du bien selon les règles civiles²⁸⁰⁰. Hauriou écarte *manu militari* la constitution d'une propriété civile sur une propriété administrative. Son angle d'attaque est l'absence de caractère perpétuel de la propriété administrative, en écho à la conception civiliste de la propriété individuelle²⁸⁰¹, issue du XIX^e siècle. Que ce soit pour les concessions de chemin de fer ou les concessions de sépulture,

²⁷⁹⁵ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 238 (souligné par l'auteur).

²⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 256 (souligné par l'auteur).

²⁷⁹⁷ Sur cette notion, V. F. ZENATI, « Étendue de la propriété foncière », *RTD civ.*, 1999, p. 142.

²⁷⁹⁸ Sur cette notion, v. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 218-219.

²⁷⁹⁹ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 257 : « *Les choses* qui, de cette manière, seront *jointes* à la chose publique, sans s'y confondre complètement, alors même qu'elles seraient fixées dans le sol, enterrées et cimentées, restent la propriété du concessionnaire, et c'est une propriété du droit civil. Il n'y a pas de droit d'accession au profit de la chose publique ; conformément au principe général qui écarte l'application à ces choses de toutes les institutions du droit civil ».

²⁸⁰⁰ *Ibid.* : « les choses mobilières que le concessionnaire y a employées pour servir à son usage pourront être cédées librement selon les règles du droit civil ».

²⁸⁰¹ Par exemple, A.-Ch. RENOARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil, sur les personnes et sur les choses*, Guillaumin, 1860, p. 228 : « Ni l'homme, ni le monde n'ont été organisés pour se concentrer dans le présent (...) Le but de toute propriété n'est pas seulement leur usage immédiat et la consommation du moment ; c'est aussi leur application future à nos besoins, nos jouissances, nos vanités, nos affections, notre culture intérieure », cité par M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 127.

l'administration est tributaire du caractère précaire de l'occupation. Pour s'en tenir à l'exemple des concessions de sépultures, Hauriou affirme que « le droit du concessionnaire ne peut pas être un véritable droit de propriété civile, car malgré le nom de la concession, il n'est pas véritablement perpétuel *in eodem loco* ; en effet, en cas de translation du cimetière, le droit sur l'ancien terrain concédé disparaît et est remplacé par un droit sur un nouveau terrain d'égale superficie »²⁸⁰².

534. Concernant les attributions du droit réel, Hauriou estime que les occupants ont le « droit de faire, sur les dépendances du domaine public, des établissements entraînant emprise sur le sol et modifications de l'assiette ; ils ont, sur le terrain qu'ils occupent, un droit réel de jouissance de nature administrative analogue à l'emphytéose »²⁸⁰³. En se fondant sur cette définition, quels sont les éléments constitutifs du droit réel administratif ? Il semble *prima facie* que son objet soit identique à celui du droit réel civil : une aliénation de la chose. Le droit réel administratif fournit aussi des prérogatives, l'occupant peut effectuer des constructions entraînant emprise sur le sol et modifications de l'assiette de l'occupation, l'utilisation privative du domaine public ne comporte pas qu'un « droit d'usage *salva rerum substantia* »²⁸⁰⁴. En comparaison avec l'emphytéose, le droit réel administratif est donc un « droit réel de jouissance » et s'apparente ainsi à un droit de superficie : Hauriou semble en somme se rapprocher de la doctrine de O. Mayer. En réalité, Hauriou ne dit que peu de choses sur la structure du droit réel et sur son véritable objet. Il mentionne uniquement le fait que le droit réel de jouissance fournit la possibilité de construire. Mais l'ouvrage est-il la propriété de l'occupant ? Quelle est la nature de la propriété sur l'ouvrage ? Le droit réel fait-il obstacle à l'accession de la propriété administrative ? La spécificité du droit réel est plutôt à chercher dans son opposabilité. C'est pourquoi la référence à l'emphytéose n'est pas anodine²⁸⁰⁵, elle complète l'idée que l'occupant privatif bénéficie d'une plus grande stabilité²⁸⁰⁶. La cause du droit réel est donc moins l'aliénation que l'opposabilité *erga omnes*²⁸⁰⁷. Ainsi, la fonction

²⁸⁰² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 8^e éd., *op. cit.*, 1919, p. 747-748.

²⁸⁰³ *Ibid.* V. aussi, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., *op. cit.*, 1925, p. 388 : « Les permissionnaires occupant le domaine ont, sur le terrain qu'ils occupent, un droit réel de jouissance de nature administrative analogue à l'emphytéose ».

²⁸⁰⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 8^e éd., *op. cit.*, 1919, p. 732. Sur la définition du droit d'usage *salva rerum substantia*, v. H. HENNEQUIN, *Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du Code civil*, t. II, Librairie de Videcoq, 1838-1841, p. 68, note n° 1 : « Ces mots, *salva rerum substantia*, sont traduits par quelques jurisconsultes, tant que dure la substance ; et par d'autre, en conservant la substance. Nous adhérons à cette seconde interprétation ».

²⁸⁰⁵ V. aussi, sur la référence de l'emphytéose, L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 225.

²⁸⁰⁶ Sur la stabilité de l'emphytéote en droit civil, v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e éd., PUF, « Quadrige manuels », 2012, p. 124.

²⁸⁰⁷ M. HAURIOU, note sous CE, 25 mai 1906, *Ministre du commerce c/ Chemins de fer d'Orléans*, préc. : « Ce n'est pas non plus qu'il soit question de reconnaître au profit des concessionnaires du domaine public un droit analogue au droit d'usufruit ou à l'emphytéose, c'est-à-dire un droit du droit civil, qui soit un démembrement de

première du droit réel administratif est de rendre compte des rapports de droit d'une part avec l'administration, et d'autre part avec les tiers, dans un cadre dominé par le commerce administratif.

B. Le commerce administratif au fondement des droits réels administratifs

535. La tendance à traiter le droit réel administratif plutôt en raison de son opposabilité que de son objet se confirme dans les écrits de Renard. Fidèle à la théorie de la puissance publique, entre subjectivisme et objectivisme, et à la théorie de la gestion administrative, Renard envisage le droit réel comme un droit subjectif au fondement d'une protection contentieuse plus accrue. La théorie du commerce administratif précède et amorce celle des droits réels administratifs. Pensé par Hauriou dans son ouvrage sur *La gestion administrative*, le commerce administratif est une méta-notion à laquelle est rattachée *a posteriori* la théorie de la propriété administrative et celle des droits réels administratifs, de telle sorte que la spécificité du commerce administratif correspond à celle des droits réels administratifs. Le commerce administratif organise ainsi les relations entre les droits réels et la propriété administrative. La théorisation du droit réel administratif est identique à celle mise en œuvre dans la théorie de la propriété administrative. En amont de la démonstration, il y a une différenciation entre la jouissance d'un droit et son exercice. C'est dire que si le droit réel administratif est de même nature que le droit réel civil, il s'en distingue quant à son exercice.

536. L'opposabilité *erga omnes* du droit réel administratif est donc l'élément clef de la caractérisation des rapports de droit. L'occupant peut agir à l'encontre des tiers et, dans une certaine mesure, à l'encontre de l'administration. Le droit réel administratif produit d'abord des effets à l'égard des tiers, « l'occupant est traité comme s'il était dans une situation définitive de titulaire de droit réel, notamment il a l'exercice des actions possessoires » (actions réelles²⁸⁰⁸), son « droit réel est susceptible d'hypothèque »²⁸⁰⁹ et l'administré jouit d'un droit à indemnisation en cas d'atteinte par un tiers²⁸¹⁰. D'autres auteurs prolongent l'œuvre de Hauriou. Parfois, sans être démontré, le lien avec les actions réelles est rappelé. Renard estime que le droit réel bénéficie des actions possessoires, pétitoires et actions en indemnité à l'égard

la propriété immobilière, et qui soit susceptible d'hypothèque, mais on s'est aperçu qu'il existait des droits réels spécialement administratifs, parce qu'en principe, ils ne sont pas dans le commerce, du moins d'une façon séparée, mais qui produisent des utilités certaines, d'ailleurs variables, et qui, étant révocables ou résolubles en argent, sont compatibles avec la domanialité publique ».

²⁸⁰⁸ Sur cette notion, v. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 462.

²⁸⁰⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 863.

²⁸¹⁰ *Ibid.*, 8^e éd., 1919, p. 738.

des tiers, assimilées à des recours de plein contentieux en lien avec le commerce juridique. Passez est plus didactique. Il insiste sur le fait que l'occupant est un possesseur de bonne foi, ayant le *corpus* et l'*animus* de la parcelle qu'il occupe²⁸¹¹. La notion de possession est utile car elle assure « la publicité des relations qu'ont les personnes avec les biens. Toute personne possédant un bien apparaît à l'égard des tiers comme propriétaire de ce bien lui-même ou titulaire d'un droit sur lui, ce qui explique l'importance que revêt la possession en matière de droits réels »²⁸¹². Et par son biais, Passez reconstruit le lien entre le droit réel administratif et l'exercice des actions possessoires. Ainsi, dans les rapports entre l'occupant et les tiers, il y a donc une convergence des deux commerces juridiques, administratif et civil. Néanmoins, précise Passez, « le permissionnaire ne peut intenter la plainte qui est réservée au possesseur d'une chose susceptible de propriété privée. Il exerce la réintégration qui diffère de la première par les faits qui lui donnent naissance : elle suppose une dépossession violente »²⁸¹³. Mais une question reste encore en suspens. Comment une situation précaire peut-elle être à l'origine d'une possession qui organiserait l'opposabilité du droit réel ? La réponse est dans la thèse de Rigaud qui fait appel à la figure du *precarium* romain, au sein de laquelle on distingue une précarité absolue et une précarité relative. Or, selon Rigaud, le titulaire d'un droit réel administratif bénéficie d'une précarité relative : il bénéficie de l'*animus domini*²⁸¹⁴ à l'égard des tiers²⁸¹⁵.

537. Le véritable enjeu de la théorie des droits réels administratifs est autre part, la notion de droit réel est confrontée à l'épreuve des relations entre l'administration et l'occupant. Et c'est ici que réside la ligne de démarcation entre le commerce civil et le commerce administratif, elle est en effet incluse dans la règle de précarité qui frappe les occupations domaniales²⁸¹⁶. L'opposabilité est particulièrement diminuée, voire inexistante pour certains auteurs, en raison de cette règle dont l'inaliénabilité fournit la principale justification²⁸¹⁷. Malgré

²⁸¹¹ C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 107-108 : « Le permissionnaire a le corpus, puisque par définition il utilise la dépendance du domaine public sur laquelle porte l'autorisation ; si en effet il restait un an sans s'y installer, la permission tomberait et s'il s'y installait ensuite, il serait passible d'une contravention de grande voirie. Il a l'*animus*, puisqu'il se comporte comme un propriétaire (bien entendu à l'égard de toute autre personne que l'administration gardienne du domaine) ».

²⁸¹² F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 647-648.

²⁸¹³ C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 109.

²⁸¹⁴ L'*animus domini* signifie que le titulaire du droit réel se comporte comme un propriétaire.

²⁸¹⁵ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 134.

²⁸¹⁶ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 12^e éd., *op. cit.*, 1933, p. 796 : « Le commerce juridique de la vie administrative se distingue de celui de la vie privée en ce qu'il ne prétend pas comme lui au perpétuel et au définitif, il se plaint au contraire dans le provisoire, dans le temporaire, dans le viager ».

²⁸¹⁷ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 863 : « La précarité de l'occupation n'existe qu'au regard de l'administration et ne peut être invoquée que par elle ».

tout, Hauriou systématisait une opposabilité résiduelle en raison de plusieurs éléments²⁸¹⁸. D'abord, « la révocation de la permission d'occupation temporaire ne doit pas être arbitraire, elle doit être motivée par des raisons de bonne administration »²⁸¹⁹. Renard adhère à ce propos : la précarité est encadrée par le contrôle du juge administratif sur les motifs de la décision de retrait²⁸²⁰. Ensuite, « l'administration peut s'engager conventionnellement à ne pas révoquer ou à ne pas racheter pendant un certain nombre d'années »²⁸²¹. Lenoir approfondit : la situation de l'occupant serait opposable à l'administration lorsqu'elle naît d'un acte contractuel « dont le résultat est une concession »²⁸²². L'auteur élabore toute une typologie graduée de situations allant de la concession de voirie jusqu'à la concession de sépulture, et qui illustrent une opposabilité plus ou moins nuancée à l'égard de l'administration²⁸²³. Enfin, l'administration est tenue, dans une certaine mesure, de respecter le droit de l'occupant : « il n'est pas permis de procéder à des révocations indirectes, c'est-à-dire de restreindre indirectement les avantages du concessionnaire, en lui imposant des obligations ou en lui infligeant des dommages, parce que, tant que la concession n'est pas révoquée et tant qu'il ne peut pas être question de la révoquer dans l'intérêt du service, le concessionnaire a un droit réel opposable à l'Administration »²⁸²⁴.

538. Le système inauguré par la théorie des droits réels administratifs n'échappe pas à la critique. La limitation supposée des motifs n'enlève pas la possibilité pour l'administration de résilier l'occupation à tout moment, et l'opposabilité du droit réel apparaît bien faible face à l'administration. Comme l'affirme le Professeur B. Plessix, « comment soutenir que la théorie [des droits réels administratifs] soit destinée à offrir un certain nombre de garanties aux occupants privatifs du domaine public tout en faisant de la précarité à l'égard de l'Administration l'élément essentiel de la notion de droit réel administratif ? »²⁸²⁵. La question est sensible, d'autant plus que l'évolution du droit positif, qui tend vers un élargissement des

²⁸¹⁸ *Contra* C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 106 : le permissionnaire n'a « aucun droit à l'égard de l'administration qui a délivré la permission de voirie, et ne peut [...] en acquérir aucun, en raison de l'indisponibilité du domaine public ».

²⁸¹⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 864.

²⁸²⁰ G. RENARD, *Cours élémentaire de droit public*, *op. cit.*, p. 167.

²⁸²¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., *op. cit.*, 1927, p. 863. V. aussi, L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 123.

²⁸²² Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 198.

²⁸²³ Par exemple au sujet des concessions de sépulture qui constituent l'hypothèse d'opposabilité la plus forte, v. *ibid.* p. 199.

²⁸²⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 8^e éd., *op. cit.*, 1919, p. 744. Comparer avec O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. III, *op. cit.*, p. 239. Hauriou lie le caractère subjectif du droit réel avec la protection de l'administré : « La circonstance qu'il s'agit ici d'un droit subjectif public oblige le pouvoir exécutif, conformément à sa propre nature juridique, de la protéger et de la maintenir ».

²⁸²⁵ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 573.

motifs de résiliation ou de révocation des autorisations domaniales, ne donne pas raison à Hauriou. Concernant l'engagement de ne pas révoquer ou de ne pas racheter, Hauriou comme Lenoir confondent deux fondements : le fondement contractuel et le fondement issu du droit réel. Si l'administration peut s'engager à ne pas user de ses prérogatives, la limitation du pouvoir de gestion provient davantage d'un engagement contractuel que directement du droit réel de l'occupant.

539. *Conclusion §1.* Les partisans de la théorie des droits réels administratifs s'efforcent de proposer un système cohérent, dans la mesure où ils établissent un lien, en écho à la doctrine civiliste, entre la propriété administrative et les droits réels administratifs. Mais la théorie des droits réels administratifs est confrontée à des critiques prononcées par les tenants de l'école objectiviste ainsi que par certains partisans de la propriété administrative, critiques qui connaissent une très grande résonance dans la doctrine. Sur un plan théorique, le lien entre gestion et constitution de droits réels sur le domaine public est rompu. L'exercice de la propriété des personnes publiques, en d'autres termes le pouvoir de gestion, ne peut inclure la délivrance de droits réels sur le domaine public, notamment en raison de la règle d'inaliénabilité du domaine public largement invoquée par les opposants aux droits réels sur le domaine public.

§2. L'EXCLUSION DES DROITS RÉELS DE LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE

540. Pour les opposants à la théorie des droits réels administratifs, la transposition du concept de droit réel dans la domanialité publique est une entreprise vaine. Alors que l'œuvre de HAURIOU est guidée par l'unité de l'ordre juridique et l'unité matérielle du droit – la réception des concepts initialement civilistes est, dans cette perspective, possible à la condition d'une adaptation à la matière administrative –, les opposants soutiennent au contraire un processus d'autonomisation de la matière administrative dirigé vers un *isolierung* par rapport au droit privé, qui fait donc obstacle à toute logique de transposition. Selon leur avis, la domanialité publique se serait construite sur des fondations étrangères au droit civil, étrangères à la propriété et *in extenso* aux droits réels. L'école du service public est la principale investigatrice de cette lecture de la domanialité publique (I). Pour les autres, le propos doctrinal se résume à cette question : comment est-il possible de constituer des droits réels, qui se présentent comme des aliénations, sur une dépendance frappée par la règle d'inaliénabilité ? De leur point de vue, la réponse ne peut être que négative, et ce même pour

de Laubadère, pourtant partisan de la propriété administrative, parce que le domaine public ne peut souffrir de démembrements (II).

I. La critique de la théorie des droits réels administratifs par l'école du service public

541. Duguit (A) puis Jèze (B) ont livré un réquisitoire contre la théorie des droits réels administratifs. L'opposition à la théorie des droits réels administratifs est évidente pour ces auteurs qui prônent une représentation objectiviste de la domanialité publique. Le droit réel, archétype du droit subjectif en droit civil, ne peut donc pas avoir sa place dans la domanialité publique.

A. La critique de Duguit

542. Duguit est le principal héraut de la critique à l'encontre de la théorie des droits réels administratifs. Déjà, selon l'auteur, « tous les jugements qui statuent sur des questions de propriété et de droit réel appartiennent aussi à la juridiction objective. La propriété tend de plus en plus à la juridiction objective. La propriété tend de plus en plus à devenir une situation légale ; la conception de la propriété droit subjectif tend à disparaître »²⁸²⁶. Si l'évolution du droit privé tend vers une objectivisation, celle-ci est acquise, selon Duguit, pour la domanialité publique. Il énonce une définition différente de la règle d'inaliénabilité, dans une perspective objectiviste : « l'inaliénabilité du domaine public se résume dans les règles s'appliquant à la compétence des agents publics préposés à la gestion domaniale, compétence qui est [...] d'autant plus étroitement limitée que le degré de la domanialité est plus élevé, que le caractère du service public, le mode d'affectation et la nature de la chose exigent une protection plus rigoureuse, une conservation plus complète de sa structure et de son intégrité »²⁸²⁷. La règle d'inaliénabilité n'est plus une règle qui frappe l'exercice du droit de propriété mais se présente comme une règle de compétence générale structurée autour de la protection de l'affectation. Non seulement les actes pris par les agents préposés à la gestion du domaine public sont finalisés par l'affectation, mais aussi l'autorité administrative « est armée de pouvoirs énergiques pour réprimer toutes les atteintes qui pourraient être apportées par les particuliers au jeu même de l'affectation et à l'intégrité de l'ouvrage »²⁸²⁸. Aussi, les aliénations sont exclues

²⁸²⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 2^e éd., *op. cit.*, 1921, p. 396. V. aussi du même auteur, *La transformation générale du droit privé*, 3^e éd., 1920, p. 147 et s. La science du droit doit se débarrasser du concept de droit subjectif car il repose sur des présupposés jusnaturalistes, v. *L'Etat, le droit positif et la loi positive*, *op.cit.*, p. 105 et s.

²⁸²⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 2^e éd., 1921, *op. cit.*, p. 343.

²⁸²⁸ *Ibid.*, p. 344.

du champ de la domanialité publique non parce qu'elles sont un démembrement d'une propriété – de toute manière inexistante –, mais en raison des restrictions qu'elles apportent à la destination de la chose publique.

L'auteur reconnaît cependant que l'affectation n'agrège pas toutes les utilités de la dépendance et que la possibilité d'attribuer des occupations domaniales compatibles est envisageable (et souhaitée par l'auteur) par le biais de permissions ou de concessions²⁸²⁹. Le système de Duguit partage avec la théorie des droits réels administratifs une visée commune : la recherche d'un équilibre entre la précarité des occupations domaniales et la stabilité de la situation de l'usager. Dans le cadre de l'inaliénabilité, une concession doit toujours contenir une clause de résiliation unilatérale et, de même, les permissions doivent pouvoir être retirées par un acte unilatéral. La domanialité publique n'est pas hermétique aux activités marchandes et la précarité des occupations domaniales est contrebalancée par des éléments de stabilité qui tiennent à la nature contractuelle de la concession ou au contrôle du juge administratif sur les motifs de retrait de la permission appréciés à l'aune de la règle du détournement de pouvoir²⁸³⁰.

543. Pourtant, l'incompatibilité entre l'inaliénabilité et le concept de droit réel n'est pas le critère le plus déterminant dans l'esprit de Duguit. Ce qui apparaît comme tel, c'est l'étrangeté de ce concept à la domanialité publique. Il ne peut y avoir de droit réel aliénant une chose insusceptible de faire l'objet d'un droit de propriété. C'est la conclusion à laquelle Duguit parvient au sujet des droits des riverains, qui ne sont donc ni une servitude, ni un droit réel public²⁸³¹. Bien plus, selon l'auteur, le droit réel est exclusivement propre au régime de la propriété privée. L'autonomisation conceptuelle du droit public est à l'œuvre, et la charge à l'encontre de la théorie des droits réels administratifs est violente : « puisque Hauriou enseigne que les dépendances domaniales sont entièrement soustraites au régime de la propriété privée, pourquoi veut-il que les permissions et les concessions domaniales donnent naissance à de véritables droits réels qui sont, je le répète, un des éléments du régime de propriété privée. D'autre part, ou bien la situation du permissionnaire ou du concessionnaire constitue pour eux un droit réel et alors il n'y a pas besoin d'ajouter une épithète ; ou bien c'est une situation administrative qui n'a rien du droit réel, et alors pourquoi employer cette expression »²⁸³². Il

²⁸²⁹ *Ibid.*, p. 348.

²⁸³⁰ *Ibid.*, p. 349 : « L'application de cette notion de détournement de pouvoir a eu pour résultat de donner au permissionnaire une situation très stable ».

²⁸³¹ *Ibid.*, p. 346 « Le droit réel de servitude est un droit sur une chose qui est la propriété d'autrui ; il implique, par conséquent, qu'il existe une propriété ; or, j'ai montré que la notion de propriété est tout à fait étrangère à celle de la domanialité publique ».

²⁸³² *Ibid.*, p. 357.

faut comprendre que l'opposition entre Duguit et Hauriou est davantage une divergence sur l'usage d'une certaine grammaire du droit, et concerne moins les finalités de la gestion du domaine public – ils partagent l'un et l'autre la recherche d'un équilibre entre la préservation de l'intérêt général et la stabilité de l'occupant. Pour Duguit, le concept de droit réel est juste impropre à décrire la *situation juridique* de l'occupant. Le titre d'occupation ne confère à l'usager que le pouvoir légal d'user exclusivement de la chose publique, et non un droit.

B. La critique de Jèze

544. La critique de Jèze contre la théorie des droits réels administratifs est similaire à celle qu'il a prononcée à l'encontre du droit subjectif *au* domaine public. La domanialité publique est un régime exclusivement dominé par le droit objectif et étranger aux concepts issus de la théorisation de la propriété privée. Par exemple, Jèze estime, au sujet de la voirie, qu'« il est facile de voir que les individus n'ont, sur les routes et chemins publics, [...] aucun "droit", aucun pouvoir juridique qui puisse être comparé de près ou de loin soit au droit ou pouvoir juridique de propriété privée, soit à ce que l'on appelle une servitude »²⁸³³. Il considère en outre, toujours au sujet de la voirie publique, que l'aspect collectif de l'usage est opposé au droit réel présenté comme un usage exclusif : « la caractéristique essentielle de la propriété privée, de la servitude, c'est de conférer au titulaire un avantage exclusif ; il y a affectation d'une chose ou de telle qualité d'une chose à l'utilité exclusive d'un individu [...]. Or c'est l'une des caractéristiques des dépendances du domaine public d'être franches et libres de toute charge et servitude, justement parce qu'un service public ne peut pas fonctionner régulièrement, sans à coup, ne pourrait pas être modifié, supprimé même à tout moment, s'il se heurtait à des droits intangibles existant au profit de particuliers »²⁸³⁴. Cette réflexion s'étend à l'ensemble des utilisations domaniales, et plus encore aux occupations domaniales. Fidèle à Duguit, Jèze use du même vocabulaire et estime que le titre domanial place l'occupant, comme tout usager d'un service public²⁸³⁵, dans une situation légale et réglementaire, en vertu de laquelle l'administré détient un pouvoir légal d'utiliser la parcelle de la dépendance domaniale²⁸³⁶. Les auteurs ont pour le moins un traitement sélectif des concepts civilistes. Jèze refuse l'usage du droit réel mais revisite la notion de contrat pour l'adapter aux relations de

²⁸³³ G. JÈZE, note sous CE, 14 mai 1915, Poincloux : *RDP*, 1915, p. 463, spéc. p. 468.

²⁸³⁴ *Ibid.*, p. 468-469.

²⁸³⁵ G. JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. III, *op. cit.*, p. 11 et s.

²⁸³⁶ G. JÈZE, « Du "droit" des individus de se servir des dépendances du domaine public conformément à leur destination », *RDP*, 1910, p. 695.

droit administratif²⁸³⁷. Il y a donc quelque chose de paradoxal à s'attacher à la pureté du droit réel qui est de toute manière inexistante en raison des fluctuations de la doctrine civiliste.

545. L'incompatibilité entre le concept de droit réel et la domanialité publique dépasse les frontières de la doctrine objectiviste. Pour ne citer que cet auteur, si Trotabas rejette certains piliers de la doctrine de Duguit et de Jèze, il s'accorde par contre avec eux sur le fait « qu'il faut éviter de faire appel, dans les matières de droit public, aux notions de pur droit privé »²⁸³⁸. Autrement dit, « invoquer [...] une théorie de droit civil est source de confusion, car, dès que l'on a parlé de droit réel, force est bien de s'apercevoir que ces prétendus droit réels sont [...] tous différents de ce qu'ils sont en droit privé »²⁸³⁹. La transposition est source d'une trop grande transformation, à tel point que le recours au droit réel ne peut s'effectuer qu'en retenant une définition qui se trouve aux antipodes de celle retenue en droit civil, si bien que l'auteur s'interroge sur l'utilité même d'un recours au terme de droit réel²⁸⁴⁰. Trotabas prend ses distances avec l'objectivisme radical de l'école du service public, en évitant malgré tout de basculer dans le subjectivisme juridique. De son point de vue, l'occupation domaniale institue une « situation juridique individuelle », mais elle n'attribue pas de droit subjectif de type réel à l'usager.

II. L'incompatibilité entre la domanialité publique et les droits réels administratifs

546. Sans nécessairement verser dans une rhétorique autour de l'autonomie conceptuelle de la domanialité publique, les opposants à la théorie des droits réels administratifs convoquent majoritairement la règle d'inaliénabilité. Celle-ci fournit le principal argument à l'impossibilité de constituer des droits réels sur le domaine public. L'inaliénabilité anéantit le *domaine* du droit réel en ce qu'elle s'oppose à toute forme d'aliénations (**A**), elle ruine également l'opposabilité *erga omnes* du droit réel en ce qu'elle fournit à l'administration la prérogative de mettre fin avant terme à l'occupation domaniale (**B**).

²⁸³⁷ Sur ce point, v. R. LATOURNERIE, « Étude sur la classification des diverses situations juridiques », *RDP*, 1933, p. 327, spéc. p. 349, cité par Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 336-337 : « en quoi serait-il plus anormal de reconnaître l'existence de droit réels administratifs que de ces contrats administratifs dont M. Jèze a fait, entre autres, une si magistrale étude ? »

²⁸³⁸ L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public par les particuliers*, *op. cit.*, p. 91.

²⁸³⁹ *Ibid.*

²⁸⁴⁰ V. aussi, L. LAISNÉ, *Étude du régime des permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 72 : « pour quelle raison qualifier ces droits de droits réels, dont la caractéristique essentielle est d'être absolue, alors qu'en l'espèce ils ne seraient pas opposables à l'Administration, c'est-à-dire à l'adversaire avec lequel concessionnaire ou permissionnaire se trouvent le plus souvent aux prises ? »

A. L'impossibilité de constituer des aliénations sur le domaine public

547. La règle d'inaliénabilité rompt le lien entre le droit de propriété des personnes publiques et l'attribution de droits réels sur le domaine public. C'est dire que cette règle limite les différentes potentialités du droit de propriété sur le domaine public. La doctrine a une lecture de l'exercice de la propriété selon le triptyque *usus, fructus, abusus* et considère, comme Dementhon, que « la domanialité publique a pour effet de restreindre singulièrement l'étendue de ce droit de propriété. De ses trois attributs traditionnels, le *jus abutendi* n'existe pas, puisque le domaine public est inaliénable, le *jus utendi* est laissé par l'État à la disposition du public, et quant au *jus fruendi*, il ne peut s'exercer que dans des circonstances exceptionnelles »²⁸⁴¹. À rebours de la théorie des droits réels administratifs, qui souligne la parenté entre la propriété et les droits réels²⁸⁴², la doctrine opposée arrive à cette conclusion : ce n'est pas parce que le domaine public fait l'objet d'un droit de propriété qu'il existe automatiquement une possibilité de constituer des droits réels. En témoigne l'œuvre de de Laubadère, qui prône un système dans lequel la propriété sur le domaine public est incluse, mais qui n'en tire aucune conséquence en termes de droit réel pour expliquer les occupations domaniales²⁸⁴³, car ce système insiste sur l'opposition frontale entre l'inaliénabilité du domaine public et les droits réels administratifs.

548. Les opposants à la théorie des droits réels administratifs retiennent une définition somme tout classique du droit réel : il s'agit d'un mécanisme d'aliénation ou de démembrement du droit de propriété – *jus in re* – qui entre de ce fait en opposition avec la règle d'inaliénabilité du domaine public²⁸⁴⁴. Ce faisant, la doctrine a tendance à confondre deux niveaux de protection : celle de la propriété et celle de l'affectation. Du démembrement du droit de propriété par un droit réel administratif, elle déduit une atteinte à l'affectation. Elle tire aussi des conséquences trop générales de la règle d'inaliénabilité en excluant la constitution de droits réels. D'ailleurs, certaines démonstrations ne sont pas dénuées de contradictions. Bien que Dementhon retienne que l'État puisse se voir opposer les règles de droit civil tant que celles-ci ne sont pas incompatibles avec la destination du domaine public²⁸⁴⁵, les droits

²⁸⁴¹ H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, 1948, p. 16-17.

²⁸⁴² Sur le lien entre la propriété administrative et les droits réels administratifs, v. J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op.cit.*, p. 104 ; L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, *op. cit.*, p. 442-443.

²⁸⁴³ A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 210-212.

²⁸⁴⁴ H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, 1948, p. 19. V. aussi, 6^e éd., 1964, p. 26 : « Le domaine public n'est pas susceptible de droits réels (emphytéose, antichrèse, hypothèses [sic.], usufruit, usage...), ni de servitudes ».

²⁸⁴⁵ *Ibid.*, 6^e éd., 1964, p. 26.

réels sont évacués *manu militari* de la domanialité publique, alors qu'il serait possible d'aboutir à leur sujet à la même conclusion et de procéder à un test de compatibilité préalablement à l'octroi d'un droit réel. L'opposition semble plus idéologique que technique et, au surplus, elle ferme les yeux sur l'existence d'un commerce administratif à côté du commerce privé²⁸⁴⁶.

B. L'opposabilité inexistante à l'égard de l'administration

549. Sur la question de l'opposabilité, il y a un *continuum* dans les discours doctrinaux. L'inopposabilité du statut de l'occupant à l'égard de l'administration est une idée ancienne. L'impossibilité d'actions possessoires s'expliquait par la théorie du droit de garde. La rhétorique, très bien résumée par Berthélemy²⁸⁴⁷, consiste à expliquer l'absence de propriété par l'absence d'actions possessoires. Cela ne signifie pas *a contrario* que la reconnaissance d'un droit de propriété emporte automatiquement l'application des actions possessoires au domaine public. Comme en témoignent les écrits de Wodon au XIX^e siècle, l'absence d'opposabilité à l'égard de l'administration se justifie par l'exclusion des actions possessoires dans les relations étrangères au commerce juridique. Bien qu'étant un théoricien de la propriété des choses publiques, l'auteur s'est radicalement opposé à l'usage des actions possessoires à l'encontre des agissements de l'administration, avec un argumentaire systématisant l'étanchéité du droit public aux instruments de droit privé, propres aux relations entre les particuliers. Le *vinculum juris* entre l'administration et les occupants, s'il existe, repose néanmoins, selon l'auteur, sur d'autres modalités. Les utilisations domaniales ne sont pas gouvernées par le *commercium* mais par des rapports de puissance publique : « l'objet de l'action possessoire devant être *dans le commerce*, pour qu'elle puisse aboutir, cette condition vient à manquer aussi bien dans le cas où l'action est intentée par les particuliers contre l'administration que dans le cas où elle s'agit entre particuliers. Lorsqu'on allègue que la chose litigieuse fait partie du domaine public, on n'excipe pas un droit d'un tiers, du droit de l'administration ou de l'État seulement. Ce droit appartient à tous et à chacun ; ce droit est public, et l'administration ne représente, en définitive, que le public ou la nation en pareille matière. L'exception soulevée n'est pas même une exception, c'est une simple défense à l'action reposant non pas sur le droit d'un tiers, mais sur l'absence d'un élément vital de la possession, qui ne peut être que précaire dans le sens

²⁸⁴⁶ Sur ce point, v. Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 336-337.

²⁸⁴⁷ H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4^e éd., *op.cit.*, 1906, p. 489 : « Les actions possessoires ont pour but de faire respecter ou de faire rétablir une possession à titre de propriétaire. Or, ni les particuliers, ni les établissements publics, ne peuvent posséder, à titre de propriétaire, une dépendance du domaine public, puisque le domaine public n'est pas susceptible de propriété ».

absolu du mot, quand elle a pour objet une chose hors du commerce »²⁸⁴⁸. Deux idées fortes ressortent de ce passage. L'*usus publicus* et la précarité des usages sont rédhibitoires à la reconnaissance d'une possession au fondement d'une opposabilité à l'égard de l'administration.

550. C'est, peu ou prou, avec les mêmes présupposés que la doctrine du XX^e siècle critique la théorie des droits réels administratifs²⁸⁴⁹. Il ne peut y avoir de possession là où il y a de la précarité²⁸⁵⁰. C'est aussi pourquoi, au-delà de la prohibition d'aliénations sur le domaine public, l'indisponibilité ou l'inaliénabilité s'opposent, selon cette doctrine, à la constitution de droits réels. La règle d'inaliénabilité est à la source de la précarité des occupations domaniales et la précarité se traduit par une prérogative d'exclusion entre les mains de l'administration – c'est-à-dire par la faculté de mettre fin à tout moment à une occupation domaniale : « les rapports du permissionnaire et de l'administration sont tous conditionnés par l'indisponibilité du domaine public. La permission de voirie est une faveur, elle est essentiellement précaire et révocable ; l'usage qui en est fait est étroitement surveillé, pour ne pas qu'il puisse porter préjudice au domaine ou gêner ses usagers »²⁸⁵¹. La précarité est donc synonyme d'absence d'opposabilité de la situation de l'occupant à l'égard de l'administration et elle constitue l'argument le plus important à l'encontre de la théorie des droits réels administratifs. La doctrine déplace le débat. Considérer que le droit réel est un démembrement n'est pas décisif car le domaine public peut s'accommoder d'une aliénation compatible avec l'affectation. Par contre, en tablant sur l'absence d'opposabilité, la critique apparaît plus vigoureuse. C'est ce qui ressort de la rhétorique de de Laubadère : « en dépouillant le prétendu droit réel de son efficacité et de sa protection la plus importante, [la théorie des droits réels administratif] aboutit non seulement à une transposition mais à une dénaturation de la notion de droit réel »²⁸⁵².

La critique de de Laubadère n'est pas des plus originales, mais elle peut, lorsqu'elle est prononcée, se prévaloir de la généralisation de la règle de précarité à l'ensemble des occupations privatives, unilatérales et contractuelles. Le décret-loi du 17 juin 1938 suppose

²⁸⁴⁸ L. WODON, *Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires*, t. I, Bruylant, 1866, p. 414-415

²⁸⁴⁹ H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5^e éd., 1908, *op. cit.*, p. 418 : « les actions possessoires ne sont pas applicables au domaine public »

²⁸⁵⁰ H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, 1948, p. 58 ; L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, *op. cit.*, p. 178 : « l'action possessoire est accordée à l'État ; elle appartient également aux simples particuliers, vis-à-vis des tiers qui peuvent les troubler dans leur jouissance des parcelles du domaine public, mais elle est refusée à ces derniers contre l'administration, car vis-à-vis de l'État, leur propriété est entachée de précarité ».

²⁸⁵¹ C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 83.

²⁸⁵² A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. II, 6^e éd., 1975, *op. cit.*, p. 211-212.

que tous les usagers soient dans une « situation juridique administrative ». Un temps, l'administration a consenti des facultés de jouissance selon les règles civiles des baux et des servitudes²⁸⁵³, facultés validées par la jurisprudence²⁸⁵⁴, garantes d'une certaine stabilité pour le titulaire. Mais, « il résulte tant des dispositions générales que des travaux préparatoires du décret de 1938 [...] que les contrats comportant occupation du domaine public [...] échappent [tant] à la compétence des tribunaux judiciaires qu'aux règles de fond propres au droit privé »²⁸⁵⁵. L'intervention du législateur a unifié les occupations domaniales autour de la règle de précarité²⁸⁵⁶, devant laquelle l'opposabilité supposée du droit réel devra toujours s'incliner.

551. L'argumentaire de de Laubadère connaît une postérité sous les plumes du Professeur J. Dufau et de H. Moysan. C'est toujours l'absence d'opposabilité à l'encontre de l'administration qui constitue selon ces auteurs le principal écueil de la théorie des droits réels administratifs. Cette doctrine se réfère strictement à des catégories de droit civil : le droit réel, selon le modèle civil, est encore défini par son opposabilité *erga omnes*. De leur avis, admettre un droit réel sur le domaine public « aboutit à une dénaturation de la notion de droit réel car, à la différence des droits réels civils qui sont opposables à tous, les droits réels administratifs ne peuvent pas être opposés à l'administration propriétaire qui peut toujours y mettre fin, en retirant les autorisations »²⁸⁵⁷. Par contre, si l'argument n'a pas changé, il s'inscrit dans une rhétorique différente : l'incompatibilité entre le droit réel et la domanialité publique est la conséquence de l'incompatibilité de la séparation entre la propriété et la domanialité publique.

552. *Conclusion Section II.* En définitive, les opposants aux droits réels administratifs admettent une asymétrie entre l'administration et les administrés. Les personnes publiques, étant propriétaires de leur domaine, ont la jouissance de certains recours, tels que l'action possessoire²⁸⁵⁸ ou l'action en revendication²⁸⁵⁹. Les occupants privés, frappés par la règle de

²⁸⁵³ Sur ce point, L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, *op. cit.*, p. 55.

²⁸⁵⁴ Pour des exemples, CE, 19 mars 1858, Vernes : *Rec.*, p. 399 ; CE, 2 déc. 1932, Chemin de fer de l'État : *Rec.*, p. 1023 ; C. cass, 1^{er} déc. 1930 : *DP.*, 1931, I, p. 27.

²⁸⁵⁵ CE, 21 janv. 1949, Compagnie générale frigorifique : *Rec.*, p. 27, cité par A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, 1983, *op.cit.*, p. 137.

²⁸⁵⁶ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 326-327 ; B. PLESSIX, « Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif », in G. CLAMOUR, *Contrats et propriétés publiques*, *op. cit.*; C. MAMONTOFF, « Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public », in *Mélanges en l'honneur M. Guibal*, Montpellier, 2006, t. I, p. 517.

²⁸⁵⁷ J. DUFAU, *Le domaine public*, t. II, 4^e éd., *op. cit.*, 1993, p. 222. Ce n'est plus le cas dans la 5^e éd. (2001). V. aussi, H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 157 : « La non opposabilité à l'administration des droits conférés par l'autorisation d'occupation privative empêche de considérer celle-ci comme constitutive d'un droit réel administratif ».

²⁸⁵⁸ L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, *op. cit.*, p. 189.

²⁸⁵⁹ Sur ce point, R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., *op. cit.*, 1940, p. 550.

précarité, sont circonscrits à l'exercice de recours administratifs. La trop grande importance laissée à l'inaliénabilité et à son dérivé, la précarité des occupations domaniales, balaie un système où les relations entre le pouvoir de gestion et les usagers seraient érigées en rapports de droit de type réel. De Laubadère, pourtant éminent théoricien de la gestion domaniale, refuse la constitution de droits réels sur le domaine public, en souvenir d'une vision idéalisée et pure du droit réel privé, très discutable et d'ailleurs largement discutée dans la doctrine civiliste²⁸⁶⁰. C'est toujours la principale interrogation opposée à celui qui emprunte un concept civiliste ou à celui qui en refuse la transposition, à quelle définition font-ils référence ? De Laubadère s'est attaché à une définition fondée sur le rayonnement du droit réel, à savoir son opposabilité *erga omnes*, pour l'exclure du champ de la domanialité publique, alors qu'une autre analyse, fondée sur une autre définition du droit réel, aurait été possible. La faute revient aux théoriciens des droits réels administratifs d'avoir privilégié cette définition – qui n'a de toute façon jamais été pertinente²⁸⁶¹. En envisageant le problème autrement, en tablant davantage sur l'objet du droit *sur* la chose et en l'associant à une limitation de la règle de l'accession de la propriété administrative, à l'image de la démonstration de Mayer, les critiques des opposants au droit réel administratif auraient peut-être été moins vives. Dans tous les cas, on arrive au constat d'un commerce administratif sur le domaine public en demi-teinte, non pleinement réalisé. Le principe d'une propriété sur le domaine public a pénétré les discours doctrinaux et fut consacré par la jurisprudence, mais les potentialités du *dominium* sont restées limitées. La propriété administrative (ou publique) a servi de fondement à la gestion domaniale mais elle n'a pas su expliquer le statut des occupations privatives, à tel point que les constructions ne manquent pas d'incohérences, parce qu'elles entremêlent des présupposés méthodologiques différents et contradictoires. L'intervention de l'administration est coulée dans le moule du subjectivisme à l'opposé des fondements objectivistes du statut de l'occupation domaniale²⁸⁶². C'est pourquoi, par souci de cohérence et dans le prolongement de la subjectivité imputée à la propriété publique, il faut œuvrer à une lecture du statut des occupants en termes de droit réel.

553. En outre, les opposants aux droits réels administratifs voient dans les rapports particuliers entre la propriété et le droit réel une des raisons de leur contrariété avec la domanialité publique. En effet, bien qu'il soit admis que la propriété partage une ontologie commune avec les droits réels, le droit réel, accolé à l'idée de démembrement, reste globalement perçu comme un instrument de limitation du domaine de la propriété, instrument

²⁸⁶⁰ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 335-336.

²⁸⁶¹ J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, n° 1395. Pour l'auteur, l'opposabilité absolue n'est pas un critère pertinent du droit réel.

²⁸⁶² Sur ce point, L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif*, *op. cit.*, p. 165.

qui transforme, pour reprendre l'expression de Delvincourt, la propriété en une « propriété imparfaite »²⁸⁶³. Cette conception innerve la pensée des opposants aux droits réels sur le domaine public et c'est pour cette raison qu'ils militent pour la préservation d'une propriété administrative pleine et entière. Et, dans la mesure où la plénitude de la propriété est présentée comme un préalable indispensable, dans une perspective moniste, à la protection de l'affectation, l'absence de droits réels sur le domaine public s'impose au nom de la règle d'inaliénabilité.

Au demeurant, c'est parce que la propriété et le droit réel partagent une nature commune que le droit réel est défini comme un mécanisme de démembrement, c'est-à-dire comme un mécanisme de divisibilité du droit de propriété²⁸⁶⁴. C'est pour cette raison que la doctrine arrive à cette conclusion : « permettre que le domaine public puisse être grevé, au profit des tiers, de droits réels [...] serait permettre un démembrement du droit de propriété dont il fait l'objet, et par suite une aliénabilité partielle du domaine public »²⁸⁶⁵. Le titulaire d'un droit réel partagerait donc un pouvoir sur la chose similaire à celui du propriétaire, pouvoir qui, de la sorte, entrerait en concurrence avec la propriété administrative. Les paroles de Rigaud n'ont pas été entendues : les droits réels sur le domaine public ne démembrement pas puisqu'ils « seront résolus dès qu'ils entreront en conflit avec l'intérêt public »²⁸⁶⁶. Il n'y a pas de démembrements ni d'aliénations de la propriété administrative lorsque les droits réels ne sont pas perpétuels. Pourtant, la doctrine publiciste ne se détache pas de l'idée que le droit réel est une résurgence du domaine divisé, au lieu de concevoir le droit réel comme l'attribution de prérogatives sur la dépendance à un tiers, par le propriétaire, qui consent à souffrir passivement pour un temps de ce partage des utilités de la chose²⁸⁶⁷. Dans cette dernière définition, le droit réel n'est pas une atteinte au droit de propriété mais une expression de son *domaine*.

La théorie des droits réels doit se départir de deux écueils : son incompatibilité présumée avec l'affectation et son association à l'idée de démembrement. L'une et l'autre sont les vecteurs d'une opposition avec la règle d'inaliénabilité du domaine public, opposition qu'il faut dépasser.

²⁸⁶³ C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. I., Paris, Gueffier, 1813, p. 148-149.

²⁸⁶⁴ Sur la perception du droit réel comme mécanisme de divisibilité des prérogatives sur une chose, F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 683.

²⁸⁶⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 9^e éd., *op. cit.*, 1996, p. 383. V. aussi C. DEBBASCH, J. BOURDON, J.-M. PONTIER et J.-C. RICCI, *Droit administratif des biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 1999, p. 134 : « L'inapplicabilité au domaine public des divers démembrements du droit de propriété est un aussi un principe constant ».

²⁸⁶⁶ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, n° 162-163.

²⁸⁶⁷ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd. 2008, *op. cit.*, p. 457.

SECTION II. L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN ENTRE LE POUVOIR DE GESTION ET LA CONSTITUTION DE DROITS RÉELS SUR LE DOMAINE PUBLIC

554. L'opposition doctrinale aux droits réels administratifs a pénétré l'argumentation du juge²⁸⁶⁸. L'évolution du pouvoir de gestion s'est traduite par une prédominance de la puissance publique sur les usages, au détriment de la stabilité des occupations privatives. La portée de la règle de précarité s'est amplifiée par la multiplication des motifs de retrait, notamment par l'intégration de l'intérêt financier²⁸⁶⁹. Le paradoxe de la construction jurisprudentielle du pouvoir de gestion est qu'au lieu d'instaurer des rapports de droit plus équilibrés, elle a fragilisé le statut des usagers²⁸⁷⁰. La portée de la règle de précarité s'est amplifiée en raison de l'avènement de la logique gestionnaire sur le domaine public²⁸⁷¹, et le juge administratif a ainsi offert une réalité juridique au principal argument invoqué à l'encontre de la théorie des droits réels administratifs²⁸⁷². De Laubadère, qui a suivi avec attention l'évolution de la jurisprudence, n'a pas modifié sa démonstration jusqu'aux dernières éditions de son *Traité de droit administratif*²⁸⁷³, conforté alors par la jurisprudence.

555. Non seulement le « choc des droits »²⁸⁷⁴ n'a pas eu lieu, mais aussi le juge administratif est resté attaché à une conception de la domanialité publique fermée à la constitution de droits réels. Cette opposition du juge administratif au droit réel est à relativiser, elle n'a pas toujours été aussi profonde. Les jurisprudences plus récentes ont été un prisme déformant de l'état du droit antérieur. Il y eut quelques parenthèses jurisprudentielles pendant le XX^e siècle. Le juge administratif a parfois reconnu une forme de droit de superficie faisant obstacle à l'accession de la propriété publique et permettant à l'occupant d'être propriétaire des ouvrages construits²⁸⁷⁵. Il a aussi autorisé l'usage de l'hypothèque sur les constructions et l'indemnisation

²⁸⁶⁸ V. les longues précisions de la thèse du Professeur Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 338 et s.

²⁸⁶⁹ Sur ce point, A. MESTRE, « Le retrait des permissions de voirie », *Rev. de concessions*, 1923, p. 9 ; A. GERVAIS, *Le retrait des autorisations d'utilisation privative du domaine public*, Thèse Montpellier, 1942 ; C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, *op. cit.*, p. 259 et s.

²⁸⁷⁰ J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 104 ; L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, *op. cit.*, p. 289 et s. ; E. FATÔME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, *op. cit.*, p. 126 et s.

²⁸⁷¹ B. PLESSIS, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 585.

²⁸⁷² Sur ce point, R. RÉZENTHEL, « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public », *AJDA*, 2001, p. 1025.

²⁸⁷³ Les arguments et les formulations n'ont pas bougé d'un iota entre les différentes éditions de son *Traité de droit administratif*. *Comp. Traité élémentaire de droit administratif*, t. II, 3^e, 1963, *op. cit.*, p. 190 et la 6^e éd., 1975, *op. cit.*, p. 211-212.

²⁸⁷⁴ J.-J. ISRAËL, « L'activité commerciale sur le domaine public », *CJEG*, 1991, n° hors-série, p. 83.

²⁸⁷⁵ CE, 3 juil. 1959, Ministre des travaux publics et SNCF : *Rec.*, p. 22 ; *RDP*, 1960, p. 665, note M. Waline ; CE, 1^{er} juil. 1960, Ets Soulat : *Rec.*, 442 ; *AJDA*, 1961, II, p. 262. Cependant, comme l'estime le Professeur Ch. LAVIALLE, « Des arrêts divergents et des textes contradictoires [rendent] le régime particulier des biens construits

de l'occupant, en cas de retrait de l'occupation domaniale, pouvant couvrir les investissements effectués²⁸⁷⁶, sans oublier que certains textes ont organisé des mécanismes de garanties réelles. L'article 21 du 16 octobre 1919 a disposé que les droits issus d'une concession de production hydraulique sont susceptibles d'hypothèque²⁸⁷⁷. La loi du 29 décembre 1969 a autorisé le recours au crédit-bail pour la construction d'ouvrages de télécommunication.

Mais la tendance est quand même au refus de droits réels sur le domaine public. Cette tendance s'est approfondie jusqu'aux années 1990, et témoigne d'un retour en force d'une signification radicale de la domanialité publique. La jurisprudence *Eurolat* déclare nulle toute clause qui attribue un droit réel sur un terrain appartenant à une personne publique, affecté à un service public²⁸⁷⁸. L'avis de la Section travaux publics du Conseil d'État du 13 juin 1989²⁸⁷⁹ remet en cause la propriété privée des édifices construits sur le domaine public. Aussi, dans l'arrêt *Palanque* du 4 mars 1991, il est affirmé que « les autorisations d'occupation temporaire [...] ne constituent pas [...] des droits réels immobiliers de nature à faire l'objet d'une expropriation »²⁸⁸⁰. Dans un avis du 23 juin 1993, il est dit que « les principes de la domanialité publique [s'opposent] à ce que de tels biens soient grevés de droits réels immobiliers au profit des tiers »²⁸⁸¹. Les formulations choisies ne laissent place à aucune ambiguïté, le juge administratif exclut tout aménagement entre les droits réels et la domanialité publique.

556. À l'instar de la doctrine, le raisonnement du juge administratif véhicule une vision réductrice du droit réel, imprégnée par l'idée qu'il s'agit d'une aliénation assimilée à un démembrement perpétuel de la propriété publique, qui dessaisit définitivement une ou plusieurs utilités de la maîtrise de l'administration. Seules les servitudes sur le domaine public et les concessions funéraires ont bénéficié d'un peu plus de souplesse. La constitution de servitudes du fait de l'homme, antérieures à l'incorporation du bien dans la domanialité publique peut être maintenue à la condition d'être compatible avec l'affectation²⁸⁸² – ce qui

ambigu, effet propice aux controverses » (*Droit administratif des biens*, 1^{er} éd., 1996, *op. cit.*, p. 149). Sur ce point, v. aussi, Y. GAUDEMET, « Les constructions en volume sur le domaine public », *CJEG*, 1991, p. 299.

²⁸⁷⁶ CE, 19 juillet 1968, Ville de Bordeaux c/ Sté Menneret : *Rec.*, p. 217 ; *AJDA*, 1968, II, p. 348, concl. Théry et chron. Dewost et Denoix de St-Marc, p. 574 ; *CJEG*, 1969, p. 355, note A.C.

²⁸⁷⁷ Sur ce point, L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 122 et s.

²⁸⁷⁸ CE, 6 mai 1985, Association Eurolat-Crédit Foncier de France : *Rec.*, p. 141 ; *AJDA*, 1985, p. 620, note E. Fatôme et Moreau ; *LPA*, 23 oct. 1985, p. 4, note Llorens ; *RFDA*, 1986, p. 21, concl. Genevois. V. aussi, L. RAPP, « De quelques rapport entre la réalité et la domanialité publique : à propos de la domanialité publique virtuelle », in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 633.

²⁸⁷⁹ CE, avis, 13 juin 1989 : *ECDE*, n° 41, rapport public, 1989, p. 250.

²⁸⁸⁰ CE, 4 mars 1991, Palanque ; *Rec.*, p. 976 ; *D.*, 1992, Somm., p. 379, obs. Bon.

²⁸⁸¹ CE, Avis, 22 juin 1993 : *ECDE*, 1993, n° 45, p. 391.

²⁸⁸² Solution jurisprudentielle ancienne, sur ce point, v. R. DIEUDÉ, *Étude juridique des servitudes administratives*, *op. cit.*, 1942, p. 75 et s. Pour un exemple jurisprudentiel plus récent, CE, 22 avril 1960, Berthier : *Rec.*, p. 264 ; *AJDA*, 1960, p. 160, chr. Combarous et Galabert ; *RDP*, 1960, p. 1223, concl. Henry. CE, 29 nov. 1967, Gué : *Rec.*, p. 453. TA Montpellier, 28 fév. 1975, Commune des Angles et autres : *Rec.*, p. 693. Sur ces jurisprudences, v.

exclut les servitudes légales et les servitudes postérieures à l'affectation. Au sujet des concessions de sépulture, le juge administratif a admis l'application de l'emprise²⁸⁸³, en écho à la jurisprudence du Tribunal des conflits qui avait reconnu un droit réel immobilier au concessionnaire²⁸⁸⁴.

557. De manière générale, au regard de ses caractéristiques, le droit réel s'accommode mal avec la règle d'inaliénabilité. Quelles que soient les raisons qui ont amené le juge administratif à revisiter cette conception de la domanialité publique, sa jurisprudence a eu pour conséquence le fait que la règle d'inaliénabilité s'oppose à l'instauration de rapports de droit de type réel entre le gestionnaire et les occupants privés²⁸⁸⁵. À cette heure, le hiatus entre le pouvoir de gestion et les droits réels est entériné et il est double : le pouvoir de gestion domine les occupants privés et ne peut pas induire de droits réels sur le domaine public. À la rigueur, s'il est possible d'affirmer qu'il existe des rapports de droit, ceux-ci ne revêtent cependant qu'un caractère personnel qui varie en fonction de la nature juridique de l'autorisation domaniale²⁸⁸⁶.

558. La théorie des droits réels administratifs n'a pas pénétré l'esprit du juge administratif et n'a jamais reçu une consécration pleine et entière en droit positif, jusqu'à l'intervention du législateur. Par petites touches, la loi du 5 janvier 1988²⁸⁸⁷, la loi du 25 juillet 1994²⁸⁸⁸ et le Code général de la propriété des personnes publiques ont permis au droit réel de faire son entrée dans la domanialité publique. Les interventions successives du législateur, complétées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du juge administratif, ont inauguré un nouveau *commercium* entre le pouvoir de gestion et les occupants privés. Les règles d'inaliénabilité et de précarité, qui dominaient les relations entre l'administration et les usagers, reçoivent aussi une nouvelle signification, favorable à un renouvellement du statut juridique des usagers. En conséquence de quoi, les potentialités du *domaine* de la propriété publique sont élargies, le

C. DEBBASCH, J. BOURDON, J.-M. PONTIER et J.-C. RICCI, *Droit administratif des biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 1999, p. 135 ; Ch. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, 1^{er} éd., 1996, *op. cit.*, p. 97 ; P. SABLIERE, « Les servitudes sur le domaine public », *CJEG*, 1991, p. 149.

²⁸⁸³ CE, 22 avril 1983, Lasporte : *AJDA*, 1983, p. 681, Ch. Lasserre et J.-M. Delarue. V. aussi, Ch. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, 1^{er} éd., *op. cit.*, 1996, p. 99.

²⁸⁸⁴ TC, 6 juil. 1981, Jacquot : *Rec.*, p. 107. V. aussi, TC, 4 juil. 1983, François : *JCP*, 1985, 203331, concl. D. Labetoulle ; *AJDA*, 1983, p. 681, Ch. B. Lasserre et J.-M. Delarue, p. 673.

²⁸⁸⁵ CE, 10 mai 1989, Munoz : *Rec.*, p. 675 ; *RDP*, 1989, p. 1805. La relation entre le gestionnaire et les occupants est donc strictement personnelle. L'administration est tenue de s'opposer à tout transfert de l'occupation.

²⁸⁸⁶ Sur ce point, J.-P. LEBRETON, *Les occupations du domaine public*, *op. cit.*, p. 321.

²⁸⁸⁷ Loi du 5 janv. 1988 : *JO*, 6 janv. 1988, p. 207 ; *MTP*, 15 janv. 1988. Codifiée aux articles L. 1311-1 à L. 1311-4 du *CGCT*.

²⁸⁸⁸ 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 : *JO* du 26 juillet 1994, p. 10749.

pouvoir de gestion inclut désormais la possibilité d'attribuer des droits réels (§1). Ce n'est pas pour autant qu'il faut délaïsser l'œuvre doctrinale. Le débat est encore vif sur la structure du droit réel, sur son objet et sur le type de relations qu'il induit entre les sujets de droit. À partir de l'ensemble des éléments du droit positif, mais aussi suivant une méthodologie subjectiviste, il est possible de construire un système (une représentation de la domanialité publique) où règnent des rapports de droit de type réel entre le pouvoir de gestion et les occupants privés (§2).

§1. L'INSTAURATION D'UN RAPPORT ENTRE LE POUVOIR DE GESTION ET LES DROITS RÉELS SUR LE DOMAINE PUBLIC

559. L'évolution du droit positif se divise en deux périodes : l'ère de l'avènement des droits réels sur le domaine public et l'ère de leur concrétisation par le Code général de la propriété des personnes publiques. La première période débute par une prise de conscience de l'inadaptabilité de la domanialité publique aux investissements privés²⁸⁸⁹. Pour assurer la « bancabilité » des projets immobiliers, le législateur opte pour l'instrument juridique du droit réel. La seconde période commence avec le sentiment d'une matière désorganisée qu'il faut rebâtir sur des fondements ordonnés, avec également le souci d'approfondir les mécanismes de valorisation du domaine public. De ces deux mouvements successifs, la première et principale conséquence est l'affirmation de la compatibilité entre les droits réels et la domanialité publique, dans une optique exclusivement dominée par la logique gestionnaire. Le droit réel se généralise, quoique de manière désordonnée, malgré la volonté affichée par les rédacteurs du Code général de la propriété des personnes publiques, et il offre un nouveau fondement à l'occupation privée (I). Sur le fondement du droit réel, de nouveaux mécanismes juridiques apparaissent, sur un fond de partenariat entre les personnes publiques et l'occupant privé (II).

I. La création législative des droits réels sur le domaine public

560. La voie jurisprudentielle étant fermée à la reconnaissance de droits réels, la voie législative s'est imposée pour remédier à la fragilisation, constante tout au long du XX^e siècle, du statut de l'occupant privé²⁸⁹⁰. L'intervention du législateur a été une manière de signaler aux opérateurs économiques que la domanialité publique était enfin adaptée aux exigences des

²⁸⁸⁹ Sur ce point, J. DUFAU, *Le domaine public*, t. II, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 501.

²⁸⁹⁰ Sur ce point, Ch. LAVIALLE, « La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État », *RFD.A.*, 1994, p. 1106.

relations marchandes²⁸⁹¹. Le droit réel offrirait des garanties de stabilité et il serait le fondement de mécanismes de financement des ouvrages construits sur le domaine public. L'innovation a été discutée par la doctrine, s'interrogeant sur sa véritable portée, dans la mesure où le « compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques »²⁸⁹² a eu pour résultat de maintenir la règle de précarité²⁸⁹³. Du point de vue doctrinal, la domanialité publique serait ouverte au droit réel mais viderait la notion de sa substance et anéantirait sa portée pratique. Force est de constater que les critiques adressées à l'encontre des interventions du législateur sont justifiées tant que le droit réel civil apparaît comme le seul modèle. Il est impossible de nier que l'intervention du législateur soit une opération de transposition, un emprunt au droit civil adapté à la domanialité publique²⁸⁹⁴, voire transformé pour les besoins de la gestion domaniale. Mais la question se pose autrement en retenant le postulat selon lequel les droits réels sur le domaine public appartiennent, à l'instar de la propriété publique, à une catégorie autonome distincte du droit réel civil. Bien qu'il existe des similitudes avec ce dernier, le droit réel de type administratif est devenu une notion de droit positif propre au droit domanial. Au lieu de caractériser le droit réel administratif par une référence systématique à une certaine signification en droit civil, à savoir un droit opposable *erga omnes*, il faut le définir – ou plutôt construire une définition – au regard des éléments du droit positif, désormais dominés par le Code général de la propriété des personnes publiques. De cette analyse, il convient de tirer ce premier constat : il n'y a plus d'opposition entre le droit réel et la propriété publique, le cadre légal en vigueur véhicule une autre représentation des occupations privatives à travers le prisme des droits réels, expression de l'exercice de la propriété publique (B). L'introduction des droits réels au sein de la domanialité publique a été possible parce que, parallèlement, les principes cardinaux de la domanialité publique ont reçu une nouvelle signification (A).

A. La relecture des principes cardinaux de la domanialité publique

561. La construction du lien entre le pouvoir de gestion et l'octroi de droits réels sur le domaine public dépend d'une relecture des principes cardinaux de la domanialité publique. Bien que le principe d'inaliénabilité ait toujours fait l'objet de discussions doctrinales portant sur sa valeur normative et sur sa signification, les discours convergent au cours du XX^e siècle

²⁸⁹¹ J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration*, op. cit., p. 104, spéc. p. 109 et s.

²⁸⁹² M. LOMBARD, « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambiguë entre protection et valorisation des propriétés publiques », *ALD*, 1994, p. 183.

²⁸⁹³ Sur ce point, B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 594-595.

²⁸⁹⁴ Sur ce point, S. BERNARD, *La recherche de rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 232 et s.

vers une idée commune. La doctrine dominante systématisée par de Laubadère, et relayée par la jurisprudence, voit dans l'inaliénabilité une règle omnipotente qui donne une coloration particulière aux rapports entre le pouvoir de gestion et la situation des occupants privés. L'inaliénabilité ne s'oppose pas à un droit de propriété sur le domaine public, mais elle constitue une limite à la constitution des droits réels.

Le changement de signification du principe d'inaliénabilité est amorcé à l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi du 25 juillet 1994²⁸⁹⁵. Malgré les arguments des auteurs de la saisine, le Conseil constitutionnel ne proclame pas la valeur constitutionnelle de la règle d'inaliénabilité. La règle domaniale n'est pas considérée comme une norme de référence dans le débat constitutionnel, qui pourrait faire obstacle à l'introduction législative des droits réels dans la domanialité publique. Le Conseil constitutionnel fait exclusivement référence à la protection de la propriété publique, sur le fondement de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁸⁹⁶, consacrée par la décision du 25 et 26 juin 1986²⁸⁹⁷, et à la protection de l'affectation au service public. Les droits réels sont pensés et confrontés à un système dominé par la propriété publique et la protection de l'affectation. Ceci emporte deux conséquences. D'une part, la Haute juridiction reconnaît l'inclusion des droits réels dans l'exercice de la propriété publique. D'autre part, l'introduction des droits réels n'est admise qu'à certaines conditions, nécessaires à la protection de la propriété et de l'affectation au service public.

La conséquence de cette confrontation est que les droits réels sur le domaine public ne sont pas perpétuels. Les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « 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 du service public auxquelles il est affecté ». Le Conseil constitutionnel a censuré la rédaction initiale de l'article L. 34-1 du Code du domaine de l'État. Initialement, cette disposition prévoyait que l'autorité gestionnaire pouvait, à la suite d'une période cumulée de 70 ans, délivrer un nouveau titre constitutif de droits réels à la condition qu'elle le décide expressément en motivant sa décision par de nouveaux travaux réhabilitant, étendant ou modifiant de façon substantielle les ouvrages construits par l'occupant. Selon le juge

²⁸⁹⁵ Cons. const., déc. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *Loi complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution des droits réels sur le domaine public*.

²⁸⁹⁶ Sur la protection constitutionnelle de la propriété publique, v. aussi Cons. const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Simplification du droit* : *AJDA*, 2003, p. 2348, note Fatôme et Richer ; Cons. const., déc. n° 2010-67/86 QPC, 17 déc. 2010, Région Centre et Région Poitou-Charentes : *JCP Adm.* 2011. 24, note Ph. Yolka. V. aussi É. Fatôme, « Les bases constitutionnelles du domaine public », *AJDA*, 2003, p. 1192. Le juge se fonde, en plus de l'article 17 de la DDHC, sur l'article 2, v. aussi Cons. const., déc. n° 2008-567 DC ; Cons. const., déc. n° 2009-594 DC, consid. 15 ; Cons. const., déc. n° 2010-618 DC.

²⁸⁹⁷ Cons. const., décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 : *Les grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, p. 655

constitutionnel, ce renouvellement « emporte la reconnaissance de droits réels non seulement sur les ouvrages nouveaux à construire mais aussi sur les ouvrages anciens réhabilités ou modifiés ». Il fait donc « [...] obstacle à la mise en œuvre des dispositions [...] protectrices de la propriété publique, de l'article L. 34-3 qui prescrivent que les ouvrages reviennent de plein droit et gratuitement à l'État à l'issue du titre d'occupation ». Le Conseil constitutionnel a en quelque sorte intégré la règle de précarité des occupations domaniales dans la protection constitutionnelle de la propriété publique : « 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 sur le domaine public, une telle faculté [l'octroi d'un droit réel sur le domaine public] est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique ». La confusion est dès lors patente entre le champ de la domanialité publique et celui de la propriété publique. Par pragmatisme, le juge constitutionnel ne vise pas la règle d'inaliénabilité, mais il aboutit à un résultat similaire en passant par la protection de la propriété publique.

562. Le juge administratif, quant à lui, vise la règle d'inaliénabilité du domaine public en lui apportant une interprétation favorable au développement des droits réels sur le domaine public. Il ne s'agit pas d'une remise en cause du principe d'inaliénabilité du domaine public²⁸⁹⁸, à moins de postuler une rigidité de sa signification originelle, mais plutôt d'une évolution de sa signification au gré de la jurisprudence du juge administratif.

B. La compréhension des occupations privatives par le prisme du droit réel

563. Les premières dispositions relatives aux droits réels sur le domaine public proviennent de lois de circonstances élaborées en réaction à la jurisprudence administrative²⁸⁹⁹. Ainsi, ces dispositions ne sont pas véritablement le fruit d'une réflexion d'ensemble sur la réforme de la domanialité publique. Mais elles posent les jalons d'une autre représentation des occupations privatives (1). La réforme générale de la domanialité publique est surtout l'œuvre du Code général de la propriété des personnes publiques qui étend le champ des droits réels. Ceux-ci se généralisent, même si la volonté de rationaliser la matière, affichée par ce Code, est trahie, ensuite, par la multiplication de mécanismes de droits réels créés par des textes sectoriels (2). En dépit de sa généralisation, doit-on comprendre que les occupations dites ordinaires sont

²⁸⁹⁸ Sur cette affirmation, v. G. DELALOY, « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP*, 2006, p. 575.

²⁸⁹⁹ Sur les finalités poursuivies par le législateur et sur les travaux préparatoires précédant les lois du 5 janvier 1988 et du 25 juillet 1994, v. B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 589 ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 365 et s.

fermées au droit réel ? La distinction stricte entre les occupations ordinaires, attributives d'un droit personnel de jouissance, et les occupations constitutives de droits réels n'est pas viable face à la jurisprudence qui reconnaît l'appropriation privative des ouvrages établis sur le domaine public (3).

1. La réhabilitation du droit réel dans la domanialité publique

564. Le processus de réhabilitation du droit réel dans la domanialité publique commence avec la loi du 5 janvier 1988²⁹⁰⁰. À l'origine d'un amendement visant explicitement à écarter la jurisprudence *Eurolat*²⁹⁰¹, la loi ouvre, de par son article 13²⁹⁰², la possibilité pour les collectivités territoriales de conclure sur leurs domaines, public et privé²⁹⁰³, des baux emphytéotiques administratifs d'un type en apparence similaire à celui du bail emphytéotique de l'article L. 451-1 du Code rural. À l'évidence, le recours au bail emphytéotique est une forme de « rhétorique législative » : le bail emphytéotique administratif se présente comme le gage d'une plus grande stabilité de l'occupant privatif, ce contrat « est [en effet] un bail de longue durée (de dix-huit à quatre-vingt-dix-neuf ans) qui confère au preneur (l'emphytéote) un droit réel susceptible d'hypothèque »²⁹⁰⁴.

Cela étant, la faculté de recourir à ce contrat n'est pas totalement libre. La conclusion d'un tel bail est finalisée puisqu'elle n'est possible qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service public ou de la réalisation d'une opération d'intérêt général²⁹⁰⁵. Autre contrainte, le bail emphytéotique ne peut être conclu sur une dépendance protégée par le régime des contraventions de grande voirie. Le juge administratif a, par exemple, exclu la signature d'un bail emphytéotique administratif sur un parc de stationnement accessoire à la voirie publique²⁹⁰⁶. Aussi et surtout, le bail emphytéotique administratif, ayant pour objet le domaine public, est non seulement un contrat d'occupation du domaine public mais aussi un

²⁹⁰⁰ Sur la loi du 5 janvier 1988, v. Ch. LAVIALLE, « L'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 et l'évolution du droit de la domanialité publique », *CJEG*, 1988, p. 163 ; Ph. TERNEYRE et B. NOYER, « Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales », *Rev. fr. décentralisation*, 1996, p. 171.

²⁹⁰¹ CE, 6 mai 1985, Association Eurolat-Crédit Foncier de France, préc. Sur l'amendement, v. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 15^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 428-429 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 14^e éd., *op. cit.*, 2011, p. 295.

²⁹⁰² Art. L. 1311-2 et s. CGCT

²⁹⁰³ Ph. YOLKA, « Le bail rural administratif », *JCP A.*, novembre 2008, p. 34.

²⁹⁰⁴ J. GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil. Les biens*, 2^e éd., LGDJ, 2010, p. 333.

²⁹⁰⁵ Pour des exemples jurisprudentiels d'annulation d'une conclusion de bail emphytéotique : TA Marseille, 21 déc. 1990, Grangeon : *DA*, 1991, n° 520 ; CAA, Lyon, 7 mars 2011, Syndicat des copropriétaires de la résidence Le Rond-point des pistes : *Contrats et marchés publiques*, Juin 2011, n° 184, note G. Eckert ; TA Grenoble, 1^{er} oct. 2010, Préfet de la Drôme c/ Commune de Romans sur Isère : *AJDA*, 2010, p. 510, note P.A Rohan et R. Léonetti.

²⁹⁰⁶ CE, 18 oct. 1995, Commune de Brive-la-Gaillarde : *DA*, 1995, n° 756.

contrat administratif, il est à ce titre, selon la jurisprudence *SOFAP Marignan*, frappé par la règle de précarité²⁹⁰⁷.

Au regard de tous ces éléments, le bail emphytéotique administratif n'a plus grand-chose à voir avec son aîné, le bail emphytéotique de l'article L. 451-1 du Code rural, à tel point qu'il est possible de douter de l'existence d'un lien de filiation entre les deux contrats. Lorsque « le législateur a entendu [...] transposer l'emphytéose dans un contexte de service public »²⁹⁰⁸ et de domanialité publique, le processus de transposition ne s'est pas limité à un exercice d'adaptation, il a constitué un véritable exercice de transformation aboutissant à la création d'un contrat particulier. Bien sûr, qualifier ce contrat d'emphytéotique tout en maintenant la règle de précarité peut légitimement susciter des interrogations. La jurisprudence de la Cour de cassation estime qu'une clause par laquelle le propriétaire se réserve la faculté de résilier unilatéralement le contrat est incompatible avec le caractère emphytéotique de ce contrat²⁹⁰⁹. Une clause qui prévoit que la cession soit subordonnée à l'accord du bailleur ne peut être inscrite dans un bail emphytéotique²⁹¹⁰. La Cour de cassation refuse également de qualifier un contrat de bail emphytéotique en l'absence de liberté d'usage²⁹¹¹. Dès lors, de deux choses l'une : soit il est possible de considérer que le bail emphytéotique administratif n'est pas véritablement un bail emphytéotique car il n'emprunte pas ses caractéristiques fondamentales, mais ce serait occulter sa reconnaissance législative ; soit il faut envisager, plus simplement, que le qualificatif emphytéotique pour ces baux administratifs recouvre une autre définition qui inclut des éléments propres à la spécificité du domaine public. Le bail emphytéotique administratif n'est pas le parent pauvre de la famille des baux emphytéotiques, il représente à lui seul une catégorie ; le seul point commun entre les deux contrats est qu'ils sont des mécanismes de droit réel sur la chose d'autrui.

Les éléments de spécificité du bail emphytéotique administratif – limitation de la liberté contractuelle, résiliation ou contrôle de la cession – s'inscrivent dans des rapports de type réel. La loi du 5 janvier 1988 rétablit la possibilité pour le preneur d'être propriétaire des ouvrages construits, de recourir sous certaines conditions à l'hypothèque (uniquement pour garantir les emprunts destinés à financer les ouvrages et à la suite de l'approbation du gestionnaire), de céder son bail à un tiers (également avec l'approbation du gestionnaire). Il est clair que les conditions du bail emphytéotique administratif sont telles que l'usage de ce contrat s'apparente

²⁹⁰⁷ CE, 25 fév. 1994, SA Sofap Marignan immobilier : *DA* 1994, n° 198 ; *D.*, 1994, p. 536, note M. Lombard ; *AJDA*, 1994, p. 550, note H. Périnet-Marquet.

²⁹⁰⁸ J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE, Sect., 25 fév. 1994, SA SOFAP-Marignan Immobilier : *RFDA* 1994, p. 513.

²⁹⁰⁹ C. Cass., 3^e civ., 15 mars 1983 : *Bull. civ.*, III, n° 140 ; *RDI*, 1983, p. 322, obs. J.L. Bergel.

²⁹¹⁰ C. Cass., 3^e civ., 10 avril 1991 : *Bull. civ.*, III, n° 114 ; *RDI*, 1991, p. 524, obs. Foyer et Hudault.

²⁹¹¹ C. Cass., 3^e civ., 13 mai 1998 : *D.*, 1998, p. 346, obs. A. Robert.

davantage à un complément de la gestion domaniale et à un mécanisme de financement privé d'ouvrages publics qu'à un partage *stricto sensu* des utilités entre le propriétaire et le preneur. Pour autant, et bien qu'il ne soit qu'au stade des balbutiements, le lien entre le pouvoir de gestion et les droits réels commence à se construire.

565. Le processus se prolonge avec la loi du 25 juillet 1994²⁹¹². À la suite d'un groupe de travail, orchestré par le Conseiller d'État M. Querrien, insistant sur la nécessité de réformer la domanialité publique²⁹¹³, le législateur introduit une modification du Code du domaine de l'État (aux articles L. 34-1 et L. 34-9) qui autorise l'octroi d'occupations domaniales constitutives de droits réels. L'article L. 34-1 de ce Code dispose que « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ». A l'instar de la loi de 1988, celle du 25 juillet 1994 est une réponse hostile à la jurisprudence *Eurolat*²⁹¹⁴. Ce faisant, cette loi repose donc sur le postulat erroné selon lequel les occupants n'ont pas (ou n'ont jamais eu) la propriété des ouvrages construits sur le domaine public²⁹¹⁵. Du moins, en posant le principe contraire, c'est-à-dire l'absence de propriété des occupants, elle renoue avec « l'histoire du domaine public »²⁹¹⁶.

566. Les conditions d'attribution d'un droit réel sont beaucoup plus souples puisque la condition liée à l'accomplissement d'une « mission de service public » ou d'une « opération d'intérêt général » disparaît dans la loi du 25 juillet 1994²⁹¹⁷. Les restrictions sont uniquement spatiales. Seuls les occupants du domaine public artificiel de l'État et des établissements publics nationaux peuvent bénéficier d'un droit réel. Sont ainsi exclues les dépendances du

²⁹¹² Loi n° 94-631 du 25 juil. 1994 : JO, 26 juil. 1994. V. aussi O. de DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER, « Domaine public et droit réels », *JCP G.*, 1995, I, p. 3812 ; J. DUFAU, « La Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels dans le domaine public », *JCP N.*, 1995, I, p. 3210 ; E. FATÔME et Ph. TERNEYRE, « La loi du 25 juillet 1994, observations complémentaires », *AJDA*, 1994, p. 780.

²⁹¹³ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 368 ; J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., *op.cit.*, 2001, p. 501.

²⁹¹⁴ É. FATÔME et Ph. TERNEYRE, « La loi du 25 juillet 1994 : observations complémentaires », préc.

²⁹¹⁵ Comme en témoignent les propos du Conseiller d'État M. Querrien : « Le domaine est inaliénable et imprescriptible, ce qui entraîne deux catégories de conséquences. La première, c'est qu'il avale en quelque sorte tout ce qu'on pose dessus : c'est la théorie de l'accession et cela va très loin. La seconde, c'est qu'il est interdit de constituer sur le domaine des droits réels même touchant les installations qu'on y édifie puisque compte tenu de l'accession elles font partie du domaine public et que créer des droits réels, c'est démembrer, donc aliéner », *in* « Domaine public, protection, redéploiement, partenariat », *Études foncières*, n° 62, mars 1994, p. 13.

²⁹¹⁶ Expression empruntée au Professeur Y. GAUDEMET, « Contrat de partenariat et domaine public », *in Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2008, p. 539.

²⁹¹⁷ M. UBAUD-BERGERON, « Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'État », *AJDA*, 2003, p. 1361.

domaine public des collectivités locales (sauf les ports départementaux²⁹¹⁸), les dépendances du domaine public de l'État mises à la disposition des collectivités territoriales²⁹¹⁹ et les dépendances du domaine public naturel à l'exclusion des zones portuaires.

Concernant les dépendances du domaine public artificiel de l'État, l'autorisation constitutive d'un droit réel est-elle le droit commun des occupations privatives ? Des auteurs, tels que le Professeur Ph. Godfrin, répondent par la négative dans la mesure où le législateur a laissé subsister le régime antérieur (aux sections I et II, Chapitre 1^{er}, titre 1^{er} du Code du domaine de l'État), de sorte que l'article L. 34-1 du même Code ne serait qu'un régime complémentaire et dérogatoire²⁹²⁰. Cette lecture semble malgré tout difficilement tenable face à la formulation de l'article L. 34-1 du Code du domaine de l'État. Indéniablement, dès la loi du 25 juillet 1994, « la règle devient que la délivrance d'une autorisation vaut, *ipso facto*, octroi d'un droit réel à l'occupant »²⁹²¹. Le droit réel devient (ou redevient) ainsi le fondement principal du droit de l'occupant privatif *sur* le domaine public. Il n'est plus un concept descriptif, une certaine grammaire du droit, pour comprendre le rapport entre l'occupant privatif et le domaine public. Il est désormais une notion du droit positif qui emporte des effets juridiques et qui traduit une relation d'un autre type entre le pouvoir de gestion et l'usager.

567. La loi du 25 juillet 1994 établit le lien entre le pouvoir de gestion et l'octroi de droits réels sur le domaine public. L'acte de gestion, unilatéral ou contractuel, est le produit de la volonté du gestionnaire et il est le « titre juridique »²⁹²² au fondement d'une situation juridique subjective de type réel sur le domaine public. La procédure de délivrance des titres d'occupation, prévue par les décrets du 6 mai 1995²⁹²³ et du 2 décembre 1996²⁹²⁴ (codifiés aux articles R. 57-2 à 57-15-1 du Code du domaine de l'État), met en place une forme de *negotium juridicum* entre le gestionnaire et les candidats-usagers. L'article R. 57-3-I du Code du domaine de l'État institue un mécanisme – différent de celui des articles L. 28 et R. 53 du même Code –, où l'attribution d'un droit réel est principalement le fait du propriétaire public. Le pétitionnaire doit solliciter l'autorisation auprès du Préfet si la dépendance appartient à

²⁹¹⁸ La loi du 25 juil. 1994 a été complétée par l'article 56 de la loi n° 97-1051 du 18 nov. 1997 (codifié à l'art. 34-8-1 du Code du domaine de l'État).

²⁹¹⁹ Supra p. A préciser.

²⁹²⁰ Ph. GODFRIN, « Une prudente audace : la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *CJEG*, 1995, chr., p. 1.

²⁹²¹ Ch. LAVIALLE, « La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État », préc. V. aussi du même auteur, *Droit administratif des biens*, 1^{er} éd., 1996, *op. cit.*, p. 149.

²⁹²² P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 232-233.

²⁹²³ Décret n° 95-595 du 6 mai 1995 complétant le Code du domaine de l'État et relatif à la constitution de droits réels sur le domaine public : JO, 7 mai 1995, p. 7489 ; *JCP N.*, 1995, n° 20, III, 67480.

²⁹²⁴ Décret n° 96-1058 du 2 déc. 1996 relatif à la délivrance des titres d'occupation du domaine public de l'État : JO, 10 déc. 1996, p. 18012.

l'État²⁹²⁵, à l'établissement public si la dépendance appartient à l'établissement public, au gestionnaire en cas d'externalisation de la gestion à condition, selon le décret du 6 mai 1995, qu'il détienne « le pouvoir de délivrer des titres constitutifs de droits réels sur ce domaine »²⁹²⁶. Ce n'est que lorsqu'il s'agit d'une demande de titre non constitutif de droit réel que la pétition est encadrée par les articles L. 28 et R. 53 du Code du domaine de l'État²⁹²⁷.

568. Il existe une ligne de démarcation entre le domaine public de l'État et le domaine public local. Chacun bénéficie de son mécanisme réel. Mais ces avancées sont loin d'être satisfaisantes pour la raison qu'il existe une différence de traitement : le droit réel est devenu la règle sur le domaine public de l'État et reste l'exception sur le domaine public local. Il est donc tout naturel que la doctrine ait posé un regard mitigé sur ces deux réformes.

2. Le renforcement des droits réels sur le domaine public

569. La dissymétrie des régimes entre le domaine public national et le domaine public local, les interrogations sur la portée des réformes de 1988 et de 1994 et sur l'objet du droit réel, ont imposé une réforme d'ensemble du statut de l'occupation privative. Le sentiment d'une matière désorganisée a été en renforcé par la création des contrats de partenariat public-privé qui introduisent des hypothèses particulières et sectorielles²⁹²⁸ de constitution de droits réels sur le domaine public. Le régime du contrat de partenariat public-privé reprend l'économie de la loi du 15 juillet 1994 en ce sens que « le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise » et que « ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public »²⁹²⁹. Seulement, le recours au contrat de partenariat public-privé a été

²⁹²⁵ Sauf lorsqu'une concession de service public est le fondement de l'occupation domaniale et que le montant est supérieur à trois millions d'euros, l'autorisation est délivrée par le Ministre compétent. Sauf aussi lorsque les constructions sont nécessaires à la continuité du service public et que le montant est supérieur à trois millions d'euros, l'autorisation est également délivrée par le Ministre compétent. Sur ce point, v. J. DUFAU, *Le domaine public*, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 504.

²⁹²⁶ Sur ce point, É. FATÔME et Ph. TERNEYRE, « Droits réels sur le domaine public de l'État : clarification ou multiplication des interrogations », *AJDA*, 1995, p. 905. Également, au regard du décret du 2 déc. 1996, la décision d'octroyer un droit réel relève de l'établissement public et de l'organisme privé auxquels a été confiée la gestion du domaine public.

²⁹²⁷ *Contra* H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 153.

²⁹²⁸ Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure ; Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ; Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements et de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation

²⁹²⁹ Article 11-e de l'ordonnance du 17 juin 2004 : JO du 19 juin 2004 p. 10994. Sur ce point, v. Y. GAUDEMET, « Contrat de partenariat et domaine public », préc.

enfermé, par les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, dans des conditions strictes qui ont empêché sa généralisation²⁹³⁰ ; ces contrats, à la différence des autorisations domaniales et des baux emphytéotiques administratifs, n'ont pas pour objet, mais seulement pour effet, d'attribuer un droit réel sur le domaine public²⁹³¹.

570. « La nécessité de réformer le droit des propriétés publiques était devenue une évidence »²⁹³². Mais, en dépit du vœu du Professeur Y. Gaudemet²⁹³³ qui prônait la voie jurisprudentielle, c'est la voie législative qui s'est imposée comme la voie de droit commun de réformation de la domanialité publique²⁹³⁴. C'est donc le législateur qui est encore appelé à intervenir et il répond à cet appel par l'exercice de codification. Le Code général de la propriété des personnes publiques²⁹³⁵ est présenté comme une œuvre de clarification des mécanismes de droits réels sur le domaine public²⁹³⁶. Pour autant, les innovations, si elles existent, ne balayaient pas toutes les incertitudes qui ont entouré les réformes de 1988 et de 1994.

Au sujet du domaine de l'État, la codification s'est faite à droit constant. L'article L. 2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose que « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ». Ce droit réel « confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions précisées [...], les prérogatives et obligations du propriétaire ». Il est heureux que le législateur ait préservé l'acquis de la réforme de 1994 : le droit réel est la règle, sauf « lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public »²⁹³⁷. Cependant, pour le domaine public local, la promesse d'un régime aligné sur celui du domaine de l'État n'est pas tenue. Les modalités de constitution de droits réels sur le domaine public se présentent autrement. Le Code général de la propriété des personnes publiques innove dans la

²⁹³⁰ P. CUCHE, « Domanialité publique, service public et partenariat public-privé », *DA*, oct. 2003, p. 5.

²⁹³¹ P. DELVOLVÉ, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », préc.

²⁹³² C. PISANI et C. BOSGIRAUD, « Premières réflexions de la pratique sur le Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1098.

²⁹³³ Y. GAUDEMET, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 567 : « Et c'est alors le juge qui paraît le mieux placé pour, au fil des arrêts, poursuivre et redresser une évolution somme toute assez mal engagée à ce jour et redonner à cet aspect très important du droit public économique la cohérence et la stabilité dont il est aujourd'hui dépourvu ».

²⁹³⁴ Sur ce point, Ch. LAVIALLE, « La doctrine universitaire et le droit domanial », in *Les Facultés de Droit inspiratrices du Droit ?*, *Actes des Colloques n° 3*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, p. 121.

²⁹³⁵ Issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 : JO, 22 avril 2006.

²⁹³⁶ Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 2006, p. 1094.

²⁹³⁷ Art. L. 2122-10 CGPPP. Le CGPPP reprend la formulation de l'article L. 34-4 du Code du domaine de l'État.

mesure où l'article L. 2122-20 ouvre la possibilité pour les collectivités territoriales d'octroyer sur leur domaine public des autorisations constitutives de droits réels à côté du mécanisme préservé du bail emphytéotique administratif. Mais il instaure des éléments de différenciation qui s'inspirent grandement du régime antérieur. L'attribution d'un droit réel n'est pas de plein droit et elle est finalisée à la réalisation d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général, selon les conditions de l'article L. 1311-5 du Code général des collectivités territoriales, or ces limites sont inexistantes pour ce qui concerne le domaine public national²⁹³⁸. La différence de traitement peut s'expliquer, comme le souligne le Professeur F. Melleray, par une distinction des fonctions assignées au droit réel : « au niveau local, il s'agit de favoriser le financement privé d'équipements publics alors qu'au niveau étatique il s'agit aussi de permettre le développement d'activités plus strictement privées »²⁹³⁹. Néanmoins, cette différenciation entre le niveau local et le niveau étatique reste regrettable car elle induit une complexification. Seules quelques barrières juridiques sont levées. Au niveau local, l'octroi du droit réel n'est plus exclu sur les dépendances soumises au régime des contraventions de grande voirie et il n'est plus limité à l'*instrumentum* contractuel – il peut aussi s'effectuer par le biais d'une autorisation unilatérale²⁹⁴⁰. De même, à côté du régime commun incarné par les articles L. 2122-6 et L. 2122-20, le Code général de la propriété des personnes publiques a aussi codifié des contrats spéciaux : les conventions de bail conclues avec les titulaires d'autorisations constitutives de droits réels sur des bâtiments à construire « pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale, de la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la Défense »²⁹⁴¹, et les baux emphytéotiques hospitaliers élaborés sur le modèle du bail emphytéotique administratif²⁹⁴².

571. Il convient alors d'admettre que l'œuvre de codification ne s'est pas traduite par une rationalisation ordonnée des mécanismes de droits réels sur le domaine public, mais par un exercice de compilation accompagné de quelques innovations bienvenues. L'instrument du droit réel s'est généralisé, mais ses possibilités divergent en fonction de la personne publique,

²⁹³⁸ Sur ce point, P. DELVOLVÉ, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », préc.

²⁹³⁹ F. MELLERAY, « L'exploitation du domaine public », *RJEP/CJEG*, 2006, p. 423.

²⁹⁴⁰ Sur ce point, H.-G. HUBRECHT et F. MELLERAY, « Le Code général de la propriété des personnes publiques », *DA*, août 2006, étude n° 15.

²⁹⁴¹ Art. L. 2122-15 CGPPP.

²⁹⁴² Art. L. 2122-21 CGPPP. Les conditions sont fixées aux articles L. 6148-2 à L. 6148-5-3 du Code de la santé publique. Les établissements de santé peuvent conclure un BEH pour « l'accomplissement [...] d'une mission concourant à l'exercice du service public dont elle est chargée », pour « la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence » et pour « la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre établissement public de santé avec lequel est conduite une action de coopération ».

du domaine public, du projet décidé. Le diagnostic d'une matière désorganisée se vérifie encore avec la création postérieure de nouveaux mécanismes épars, non nécessairement codifiés dans le Code général de la propriété des personnes publiques, et s'ajoutant à ceux déjà existants. D'une part, les conditions du recours au contrat de partenariat public-privé se sont élargies. En raison des lois du 28 juillet 2008 et du 17 février 2009, les personnes publiques peuvent conclure un contrat de partenariat « compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique »²⁹⁴³. D'autre part et surtout, de nouvelles strates se sont ajoutées, densifiant le « mille-feuille » juridique déjà très épais : le BEA « logement social »²⁹⁴⁴, le BEA « équipements sportifs »²⁹⁴⁵, le BEA dit « de valorisation » créé par la loi du 29 juillet 2010 et codifié à l'article L. 2341-1 du Code général de la propriété des personnes publiques²⁹⁴⁶. Ce dernier BEA, à la différence du BEA de l'article L. 2122-20 du Code général de la propriété des personnes publiques, peut être conclu sur une dépendance (du domaine privé ou du domaine public)²⁹⁴⁷, mais il ne peut être conclu que pour certains buts, à savoir « la restauration, la réparation ou la mise en valeur » du bien immobilier. C'est un autre exemple de finalisation de l'octroi d'un droit réel sur le domaine public.

572. Une chose semble par contre acquise. C'est la puissance publique gestionnaire, et plus précisément la puissance publique propriétaire, qui concède, par le biais d'une autorisation unilatérale et contractuelle, un droit réel sur le domaine public. En grammaire subjectiviste, le droit réel est donc le produit de la volonté de la personne publique qui prend racine dans les facultés de la propriété publique. Une telle position peut être retenue en raison du Code

²⁹⁴³ Art. 19 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008.

²⁹⁴⁴ Art. 7 de la loi n° 2009-179 du 17 fév. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

²⁹⁴⁵ Modification de l'art. L. 1311-2 CGCT par la loi du 17 fév. 2009. Les collectivités territoriales peuvent conclure un BEA « en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes à leur implantation ».

²⁹⁴⁶ Art. 11 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services : JO, 24 juill., p. 13650. V. aussi G. CLAMOUR, « Commentaire de l'article 11 de la loi du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services », *Contrats Marchés publ.* 2010, comm. 313 ; É. FATÔME et M. RAUNET, « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : BEA de valorisation », *AJDA*, 2010, p. 2475 ; Ph. YOLKA, « Reconversion de l'hôtel de la Marin. Le bateau ivre ? », *AJDA*, 2011, p. 429.

²⁹⁴⁷ Cependant, ces baux ne peuvent être conclus que sur les dépendances appartenant « à l'État ou à un établissement public mentionnée au 1^{er} alinéa de l'article L. 710-1 du Code du commerce ou au 1^{er} alinéa de l'article 5 du Code de l'artisanat ou à l'article L. 510-1 du code rural et de la pêche maritime ». Les établissements mentionnés sont les chambres consulaires, c'est-à-dire les chambres de commerce et d'industrie, les chambres des métiers et de l'artisanat et les chambres d'agriculture.

général de la propriété des personnes publiques. Celui-ci consolide le lien entre le pouvoir de gestion et l'octroi des droits réels, qui plus est sous un angle qui consolide l'unité du pouvoir de gestion et de la propriété publique, susceptible, peut-être, de mettre fin au débat sur le fondement de la prérogative d'attribution des droits réels sur le domaine public. Après la réforme de 1994 et même après le Code général de la propriété des personnes publiques, persistent pourtant des analyses qui tablent sur une prérogative d'octroi de droits réels distincte du *domaine* de la propriété publique : « c'est l'affectataire et non le propriétaire qui octroie les autorisations d'occupation, en vertu de l'article 28 du Code du domaine de l'État »²⁹⁴⁸. Selon l'approche dualiste du pouvoir de gestion, l'acte de gestion délivrant un droit réel est un acte de puissance publique strictement domanial – et non propriétaire²⁹⁴⁹.

L'exégèse du Code général de la propriété des personnes publiques n'offre que des indications et non des certitudes. Mais le système mis en place semble quand même traduire une association entre la personnalité publique, la propriété publique et la délivrance de titres constitutifs de droits réels. La partie législative du Code apporte quelques précisions. Chaque personne publique peut délivrer des droits réels sur la dépendance dont elle a la propriété : l'État (article L. 2122-6), les établissements publics nationaux (article L. 2122-14), les collectivités territoriales (article L. 2122-20) et les établissements publics de santé (article L. 2122-21). D'autres éléments déterminants en matière d'octroi de droits réels sont à chercher dans la partie réglementaire du Code²⁹⁵⁰. Les dispositions réglementaires relatives à la demande de titres d'occupation constitutifs de droits réels insistent, dans la continuité de la réforme de 1994, sur la compétence de principe du propriétaire public. En ce qui concerne le domaine public de l'État, l'article R. 2122-14 institue des mécanismes de compétences internes au sein de la personnalité publique étatique. L'attribution d'un droit réel sur le domaine public national relève en règle générale de la compétence du Préfet. Lorsque les ouvrages, constructions et installations sont nécessaires à la continuité du service public et si le montant des travaux est supérieur à trois millions d'euros, la décision relève des compétences conjointes du ministre intéressé et du ministre chargé du domaine de l'État.

Une difficulté se pose dans le cas où le gestionnaire est distinct du propriétaire public. Mais la partie réglementaire du Code prévoit, dans la continuité du décret du 6 mai 1995, des mécanismes de délégation. Le gestionnaire ne peut octroyer des droits réels que « s'il tient expressément du texte qui lui confie ou concède la gestion du domaine ou d'une disposition réglementaire générale le pouvoir de délivrer des titres constitutifs de droits réels sur ce

²⁹⁴⁸ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 153.

²⁹⁴⁹ J. DUFAU, « Propriété publique et domanialité publique », *préc.*

²⁹⁵⁰ Issu du décret n° 2011-1612 du 22 novembre 2011.

domaine »²⁹⁵¹. Ce mécanisme est étendu aux établissements publics de l'État et à tous les autres « organismes gestionnaires du domaine ne détenant pas le statut d'établissement public »²⁹⁵². Pour les collectivités territoriales, il faut se référer aux instruments de transfert de gestion qui permettent, selon les cas, de déléguer le pouvoir d'octroyer des droits réels sur le domaine public²⁹⁵³, particulièrement concernant la gestion des ports du domaine public de l'État relevant de la compétence des collectivités territoriales²⁹⁵⁴.

3. Le statut de l'occupation ordinaire en question

573. Autrement dit, les rapports de droit de type réel, entre le pouvoir de gestion et l'occupant, s'arrêtent-ils aux seuls cas prévus par les différentes dispositions législatives ? L'analyse du droit positif par une partie de la doctrine consiste à distinguer l'occupation constitutive d'un droit réel et l'occupation ordinaire attributive d'un droit personnel de jouissance²⁹⁵⁵. Un rapprochement est effectué entre le caractère *intuitu personae* de l'occupation ordinaire et le caractère personnel de son droit sur le domaine public. L'absence d'indemnité à la suite du retrait ou de la résiliation de l'occupation ou encore l'absence de cessibilité de l'occupation²⁹⁵⁶ abondent dans le sens du rejet de toute forme de « réalité » dans le rapport entre l'occupant et la dépendance. Cette vision est à relativiser, elle doit même s'incliner devant la jurisprudence du juge administratif qui reconnaît à l'occupant ordinaire l'appropriation privative des ouvrages. Dans l'arrêt *Ministère du budget c/ Société Sagifa*, le Conseil d'État réactive la propriété des ouvrages édifiés²⁹⁵⁷ en jugeant que « l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci », à la condition que les ouvrages édifiés « ne constituent pas un accessoire indispensable du domaine public affecté à [un] service public »²⁹⁵⁸. L'accession de la propriété publique n'intervient pas : l'édifice sur le domaine public est un bien de reprise s'il n'est pas le support d'un service public. Dans le cas contraire, le bien est obligatoirement un bien de retour, la propriété *ab initio* de la personne

²⁹⁵¹ Art. R. 2122-13 CGPPP.

²⁹⁵² Art. R. 2122-15 CGPPP.

²⁹⁵³ Supra [Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I]

²⁹⁵⁴ Art. 2122-17 et 2122-18 CGPPP.

²⁹⁵⁵ Par exemple, v. P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics », préc. : « S'agissant de biens, il ne donne qu'un droit à la chose. Le bénéficiaire d'une autorisation d'utiliser ou occuper un bien public peut n'avoir qu'un droit personnel résultant du titre que lui a délivré l'autorité administrative ».

²⁹⁵⁶ CE 10 mai 1989, Munoz : *Rec.*, p. 675.

²⁹⁵⁷ Sur ce point, v. J. DUFAU, « À qui revient la propriété des ouvrages édifiés ? », *Moniteur TP*, 11 juillet 1997, n° 4885, p. 42.

²⁹⁵⁸ CE 21 avr. 1997, *Ministère du budget c/ Société Sagifa* : *RFDA*, 1997, p. 935, note É. Fatôme et Ph. Terneyre ; *RDI*, 1997, p. 418, obs. J.-B. Aubry et C. Maugüé.

publique, et son affectation au service public appelle une protection particulière : celle de la domanialité publique. Or ceci constitue une restriction comparativement à l'admission des biens de reprise affectés au service public dans le cas d'une concession de service public²⁹⁵⁹.

Dans son argumentaire, le juge administratif ne vise ni la loi du 5 janvier 1988, ni celle du 25 juillet 1994, ce qui conduit une partie de la doctrine à estimer que la propriété privée des ouvrages repose sur un droit personnel²⁹⁶⁰. Cette analyse est difficile à maintenir. L'enjeu pour le juge, dans l'arrêt *Ministère du budget c/ Société Sagifa* est de reconnaître (du moins implicitement) la limitation de l'accession de la propriété publique, or un droit de type personnel n'offre pas cette possibilité, contrairement au droit réel, appréhendé à la lumière du droit de superficie auquel le juge semble faire référence en mentionnant l'« appropriation privative d'installations superficielles ». Les interventions législatives de 1988 et de 1994 ont été un prisme déformant : elles ont promu le droit réel sur le domaine public tout en paraissant le limiter aux seules hypothèses déterminées par les dispositions législatives. Le fait que le juge ne fasse pas référence à ces énoncés textuels dans l'arrêt *Ministère du budget c/ Société Sagifa* ne signifie pas un rejet du droit réel, mais signifie plutôt, comme le suggère le Professeur F. Brenet, « que la constitution de droits réels sur les installations réalisées par l'occupant n'est pas propre aux dispositifs mis en place par les lois de 1988 et 1994 »²⁹⁶¹. La jurisprudence *Ministère du budget c/ Société Sagifa* est un arrêt rendu en matière fiscale et « peut-être ne faut-il pas donner trop de portée à une décision qui n'est ni publiée ni mentionnée au *Recueil Lebon ?* »²⁹⁶². Sans doute, mais cette jurisprudence confirme une jurisprudence antérieure qui reconnaissait la propriété privée des ouvrages²⁹⁶³ et elle est, de toute manière, confirmée par une jurisprudence plus récente qui reprend son considérant²⁹⁶⁴. En revanche, il faut constater que le caractère réel du droit de l'occupation ordinaire n'a pas la même portée que les « droits réels législatifs ». Le droit de l'occupation ordinaire n'emporte pas un droit à indemnité²⁹⁶⁵, il n'est pas cessible, son opposabilité est résiduelle, mais il partage avec les droits réels

²⁹⁵⁹ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, p. 325.

²⁹⁶⁰ É. FATÔME et Ph. TERNEYRE, « Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ? Note sous CE, 21 avril 1997, *Ministère du Budget c/ Société Sagifa* », *RFDA*, 1997, p. 935 : « on ne voit pas pourquoi il ne pourrait y avoir, en quelque sorte *a fortiori*, une propriété privée de ces mêmes ouvrages, de nature plus fragile, puisque reposant sur une autorisation d'occupation temporaire ordinaire qui elle, par définition, ne confère pas de droit réel à son titulaire ». V. aussi P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics », préc.

²⁹⁶¹ F. BRENET, « La propriété des installations édifiées ou acquises par l'occupant "ordinaire" du domaine public », *DA*, nov. 2010, comm. 140.

²⁹⁶² J.-B. AUBY et C. MAUGÛE, obs. sur CE 21 avr. 1997, *Ministère du budget c/ Société Sagifa* : *RDI*, 1997, p. 418.

²⁹⁶³ Sur l'appropriation privative des ouvrages édifiés sur le domaine public, CE, 1^{er} juil. 1960, Établissement Soulat : *AJDA*, 1961, II, p. 282, note J. Besnard ; CE, 4 mars 1991, Palanque : *Rec.*, p. 976 ; CE, 27 fév. 1995, Secrétaire d'État à la mer c/ Torre : *Rec.*, p. 109 ; *RFDA*, 1996, p. 1127, concl. G. Bachelier.

²⁹⁶⁴ CE, 7 juin 2010, Montravers, Liquidateur judiciaire de la Sté Neuville Foster Delaunay Belleville : *DA*, n° 11, nov. 2010, comm. 140, note F. Brenet.

²⁹⁶⁵ CE, Ass., 29 mars 1968, Ville de Bordeaux c/ Société Menneret : *Rec.*, p. 217 ; *AJDA*, 1968, p. 348, concl. J. They et p. 574, chron. J.-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc.

administratifs législatifs la maîtrise d'un espace et la limitation de l'accèsion de la propriété publique, à ceci près que l'accèsion n'intervient que lorsque le bien est le support du service public. L'occupant a aussi la possibilité d'exercer une action possessoire non à l'encontre de la personne publique²⁹⁶⁶ mais à l'égard des tiers. Au lieu de retenir une dichotomie stricte entre droit personnel et droit réel, il est préférable d'envisager une « gradation de réalité », en référence aux travaux de Lenoir, pour caractériser ce qui sépare le droit de l'occupation ordinaire du bail emphytéotique ou du droit réel au sens du Code général de la propriété des personnes publiques. Pour caractériser cette gradation, peuvent d'ailleurs être pris en compte les mécanismes de collaboration initiés par le législateur.

II. L'instauration de mécanismes réels sur le domaine public

574. Les rapports de droit peuvent être appréhendés sous l'angle de la confrontation, mais, pour ce qui concerne l'octroi de droits réels sur le domaine public, ils revêtent plutôt la forme de la collaboration. L'instrument du droit réel renouvelle les relations entre le gestionnaire et les occupants privatifs. Pour reprendre les mots de Jellinek, le gestionnaire public et l'occupant ont « deux statuts d'action réciproques »²⁹⁶⁷. L'administré jouit d'un « statut positif » dans la mesure où la personne publique lui délivre un droit réel, en retour de quoi il bénéficie aussi d'un « statut actif » en ce sens qu'il participe à l'exploitation de la dépendance domaniale. Pour ainsi dire, l'occupant privatif devient (ou redevient) un acteur et un partenaire privilégié de la gestion domaniale. De par sa cessibilité, le droit réel peut être le support de mécanismes facilitant le financement privé des ouvrages sur le domaine public (**A**) et il peut être le fondement de montages contractuels « collaboratifs » unissant le gestionnaire et l'opérateur privé (**B**).

A. Les garanties réelles attribuées à l'occupant privatif

575. Une des thématiques qui ressort au moment des débats précédant les réformes de 1994, de 2003 et de 2006 est la « bancabilité » des projets immobiliers sur le domaine public. Ce néologisme met en exergue les facultés de financement privé des ouvrages par les

²⁹⁶⁶ Sur ce point, v. Ch. LAVIALLE, « L'imprescriptibilité du domaine public », *RFDA*, 1985, p. 27. L'auteur montre avec pertinence que, de toute façon, l'action possessoire ne peut pas être exercée à l'encontre de la personne publique en raison de l'article 2282 du code civil. Celui-ci dispose que « la protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits ». Sur ce point, v. aussi C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, p. 466-467.

²⁹⁶⁷ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 334-3345.

opérateurs économiques. Le postulat est que les règles « matricielles »²⁹⁶⁸ gouvernant la domanialité publique sont un frein à l'investissement privé parce qu'« une application rigide des principes d'inaliénabilité et de précarité exerce un effet d'éviction à l'égard des investisseurs potentiels »²⁹⁶⁹. Or, l'investissement privé est tributaire des capacités d'emprunt et, par extension, de la possibilité de recourir à des garanties réelles. C'est ici que réside l'une des principales innovations de l'intervention législative par rapport à l'état du droit antérieur : une prise en compte accrue du droit réel en matière de garanties réelles, telles que l'hypothèque (1) et la technique du crédit-bail (2).

1. La constitution d'hypothèques sur le droit réel ou sur les ouvrages construits sur le domaine public

576. L'hypothèque appartient à la famille des sûretés réelles. Elle est définie en droit privé comme un droit réel immobilier²⁹⁷⁰. Elle « ne constitue pas une obligation réelle qui doublerait une créance mais un service par lequel le propriétaire souffre, en cas d'impayé, que sa chose serve à désintéresser le créancier en lui permettant de s'en emparer pour la réaliser à son profit exclusif »²⁹⁷¹.

L'impossibilité de constituer des hypothèques sur le domaine public est une conséquence de la règle d'inaliénabilité²⁹⁷². Cependant, en admettant que l'ouvrage soit la propriété de l'occupant le temps de l'occupation, il ne devrait pas y avoir d'obstacle à ce que l'utilisateur puisse consentir à une hypothèque. C'est ce qui ressort d'une jurisprudence très ancienne de la Cour de cassation datant du 10 avril 1867, mentionnée par Lagrange²⁹⁷³ : l'autorité judiciaire a distingué la propriété du domaine public et celle de l'ouvrage et considère que « les bâtiments et constructions élevés en vertu de cette permission constituent, par leur nature, des immeubles, en tant qu'ils adhèrent au sol, encore bien que la permission eût été révocable ; [...] ils peuvent être mis, comme tels dans le commerce et, par suite, être valablement transmis, hypothéqués, et saisis [...] sous la condition résolutoire qui affecte la durée de leur existence »²⁹⁷⁴. Cette jurisprudence n'a jamais été confirmée et elle n'est viable que tant qu'est admise la propriété privée des ouvrages construits sur le domaine public. Or,

²⁹⁶⁸ Expression reprise de S. NICINSKI, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, *op. cit.*, p. 659, spéc. p. 670.

²⁹⁶⁹ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 347.

²⁹⁷⁰ Art. 2393, al. 1^{er} C. Civ.

²⁹⁷¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 460-461.

²⁹⁷² H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 19. Pour une référence jurisprudentielle plus récente, C. Cass., 3^e civ., 29 juin 1983 : Bull. cass., III, n^o 152, citée par A. FOURNIER et H. JACQUOT, « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », préc.

²⁹⁷³ M. LAGRANGE, « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDP*, 1974, p. 5, spéc. p. 17.

²⁹⁷⁴ C. cass., 10 avril 1867, Kerveguen c/ Deshayes : *D.*, 1867, I, p. 397 ; *S.*, 1867, I, 277.

sur ce dernier point, les vicissitudes de la jurisprudence administrative n'ont offert aucune certitude, surtout à la lumière de l'avis du Conseil d'État du 13 juin 1989 qui estime que les biens construits par un occupant privatif sont incorporés de plein droit au domaine public²⁹⁷⁵.

Plusieurs arguments ont en outre milité pour le rejet des hypothèques dans le cadre de la domanialité publique. L'accession de la propriété publique (ou administrative) ou l'accessoire de la domanialité publique (la domanialité publique globale) s'opposent à la propriété privée des immeubles bâtis sur le domaine public²⁹⁷⁶ et, même dans l'hypothèse de l'admission d'une propriété privée sur les ouvrages, la règle de précarité est antinomique avec la constitution de toute sûreté réelle. La précarité de la propriété de l'ouvrage correspond à la précarité de l'occupation privative. Comment donner des garanties réelles au créancier alors que le gestionnaire peut exclure un occupant de l'usage de la dépendance ? La contradiction est certaine d'autant plus que l'occupant peut être obligé de supprimer l'ouvrage, sans que le créancier puisse agir sur le bien pour liquider la dette. Bien qu'à la faveur de la créativité des praticiens, quelques mécanismes aient été inventés pour pallier l'absence de garanties réelles²⁹⁷⁷ – des conventions aménageant le régime de la précarité en permettant au créancier de saisir les installations avant la résiliation ou le retrait, ou permettant d'obtenir une partie des droits d'indemnité pour couvrir la dette²⁹⁷⁸ –, ces mécanismes constituaient des réponses trop marginales.

L'introduction des droits réels par la réforme de 1994 change les données du droit positif. En vertu de l'article L. 34-2 du Code du domaine de l'État, le titulaire d'une occupation constitutive d'un droit réel peut recourir au mécanisme de l'hypothèque²⁹⁷⁹, et cette faculté doit être considérée comme une conséquence de la cessibilité des autorisations domaniales²⁹⁸⁰. Il convient sans doute de qualifier cette garantie « d'hypothèque limitée »²⁹⁸¹, compte tenu que son existence et sa durée sont tributaires des conditions du titre d'occupation – la sûreté s'éteignant au plus tard à l'expiration du titre d'occupation « quels qu'en soient les circonstances et le motif »

L'article L. 34-2 du Code du domaine de l'État confronte le pouvoir de gestion à des mécanismes de droits réels, il met en place un triptyque relationnel entre le gestionnaire,

²⁹⁷⁵ CE, avis, 13 juin 1989 : *EDCE*, n° 41, rapport public, 1989, p. 250.

²⁹⁷⁶ Y. GAUDEMET, « Les constructions en volumes sur le domaine public », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, Journées R. Savatier, PUF, 1990, 1991, p. 135.

²⁹⁷⁷ Sur ce point, J.-P. LEBRETON, *Les occupations du domaine public*, *op. cit.*, p. 224.

²⁹⁷⁸ Sur ce point, v. aussi, P. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 350-351.

²⁹⁷⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II, 15^e éd., *op. cit.*, 2001, n° 510.

²⁹⁸⁰ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 2011, p. 334.

²⁹⁸¹ A. FOURNIER et H. JACQUOT, « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », préc.

l'occupant et le créancier. La sûreté réelle ne peut être consentie qu'à la suite de l'approbation de l'autorité gestionnaire compétente²⁹⁸² et uniquement 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 ».

Le Code général de la propriété des personnes publiques ne bouleverse pas l'économie du régime de l'hypothèque. Son usage est toujours finalisé aux mêmes buts²⁹⁸³, son existence est intimement liée à celle du titre d'occupation et elle nécessite toujours l'approbation de l'autorité gestionnaire compétente²⁹⁸⁴. Il est rappelé aussi que la règle selon laquelle seuls les créanciers chirographaires, dont la créance est née à l'occasion du financement des travaux, peuvent « pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée »²⁹⁸⁵.

577. L'introduction de l'hypothèque dans la domanialité publique appelle néanmoins plusieurs remarques. En référence au droit civil, l'hypothèque est définie, en tant que sûreté réelle, comme un droit réel immobilier qui consiste « dans l'affectation au paiement d'une dette d'un ou de plusieurs biens, appartenant en général au débiteur »²⁹⁸⁶. L'hypothèque fait écho à deux caractéristiques du droit réel, elle possède la même structure, à savoir un rapport direct sur une chose, et elle détient les mêmes caractéristiques fondamentales : le droit de suite et le droit de préférence.

Tout d'abord, la structure de l'hypothèque (son rapport direct sur une chose) peut-elle être retenue dans un système qui nécessite l'approbation du gestionnaire ? Le pouvoir de gestion est une prérogative qui intervient à deux stades, celui de la création et celui de la réalisation de l'hypothèque, mais il ne remet pas en cause la structure réelle de l'hypothèque. Le pouvoir de gestion n'est pas une prérogative d'intermédiation qui anéantit le rapport direct de l'hypothèque à la chose, il s'apparente plutôt à une prérogative de contrôle qui modifie le régime de cette sûreté. L'objet de l'hypothèque n'est pas une prestation du gestionnaire. Lorsque l'hypothèque est constituée, son objet porte soit sur le droit réel, soit sur l'ouvrage construit sur le domaine public.

Ensuite, certains civilistes ont assimilé l'hypothèque à une obligation réelle (obligation *propter rem*). Pour expliquer le rapport entre le débiteur et le créancier, l'objet de l'hypothèque ne serait donc pas uniquement le bien mais supposerait une obligation qui pèse sur le

²⁹⁸² Sur ce point, Y. GAUDEMET, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, *op. cit.*, p. 309

²⁹⁸³ Art. L. 2122-8 CGPPP.

²⁹⁸⁴ Art. L. 2122-7 CGPPP.

²⁹⁸⁵ Art. L. 2122-8 CGPPP.

²⁹⁸⁶ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd., 2006, *op. cit.*, p. 59.

propriétaire. L'hypothèque serait une obligation d'un type particulier qui s'ajoute à l'obligation personnelle liant le propriétaire et le créancier. Autrement dit, « structurellement, il s'agirait du rapport de droit où la chose serait comme créancière – c'est-à-dire son propriétaire –, à l'égard d'un débiteur personnellement engagé à son endroit »²⁹⁸⁷. Ce courant confond le service rendu par la chose et l'obligation qui pèse sur le propriétaire. L'hypothèque touche le bien, ou plutôt les prérogatives sur le bien, et non une prestation qui est de toute façon conditionnée par la créance²⁹⁸⁸. Pour ces raisons, cette lecture de l'hypothèque doit être rejetée. Conformément à sa qualification légale de l'article 2393 du Code civil, l'hypothèque est un droit réel accessoire ; il est un droit réel « de second degré »²⁹⁸⁹ accessoire à la créance, à la propriété sur les ouvrages et au droit réel sur le domaine public.

Également, pour garantir le financement privé, l'hypothèque peut porter sur le droit réel ou sur les ouvrages, constructions et installations, ce qui suscite des interrogations. Dans ce dernier cas, l'objet de l'hypothèque semble être exclusivement un bien immobilier, conformément à l'idée, défendue par certains civilistes²⁹⁹⁰, que le droit réel est obligatoirement un droit corporel. En tout état de cause, il n'y a aucune objection à ce que les ouvrages ou installations soient aliénés par une hypothèque, en admettant qu'ils soient la propriété de l'occupant privatif. La véritable difficulté réside dans la possibilité de penser une hypothèque sur un droit réel, comme l'indique l'article L. 2122-8 du Code général de la propriété des personnes publiques. Le Code crée ainsi un trouble et une redondance lorsqu'il institue : un droit réel sur un droit réel. Mais la difficulté n'est qu'apparente puisque la Cour de cassation a admis qu'un droit réel soit susceptible d'hypothèque²⁹⁹¹, comme c'est le cas pour le droit de superficie ou le bail emphytéotique²⁹⁹². À l'instar de tout droit réel²⁹⁹³, l'objet de l'hypothèque n'est donc pas nécessairement corporel.

Enfin, il reste une dernière difficulté qui concerne le dernier alinéa de l'article L. 2122-8 du Code général de la propriété des personnes publiques, selon lequel « les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation [...], quels qu'en soient les circonstances et le motif ». Pourtant, l'hypothèque permet au « créancier qui a procédé à l'inscription hypothécaire [...] de vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il

²⁹⁸⁷ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », préc.

²⁹⁸⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 461.

²⁹⁸⁹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XIII, « Sûretés réelles » par E. BECQUÉ, n° 328, cité par C. MOULY, « Hypothèque », in *JurisClassieur Civil Code*, §. 31.

²⁹⁹⁰ Par exemple, H. CAPITANT, « Sur la nature des droits réels », in *Mélanges Sugiyama*, *op.cit.*, p. 33.

²⁹⁹¹ Sur ce point, A. FOURNIER, « Hypothèque », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, § n° 60.

²⁹⁹² C. cass., 3^e civ., 15 mai 1991 : *RDI*, 1991, p. 368, obs. P. Delebecque et P. Simler.

²⁹⁹³ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op.cit.*, 2008, p. 472.

se trouve [droit de suite] et d'être payé par préférence sur le prix [droit de préférence] »²⁹⁹⁴. Au regard de la spécificité de la gestion domaniale, les attributs de l'hypothèque, le droit de suite et le droit de préférence, varient en fonction de deux temps : le temps de l'occupation et le temps de la résiliation. Pendant l'occupation, l'article R. 2122-25 du Code général de la propriété des personnes publiques institue un mécanisme structuré autour de la domination du pouvoir de gestion sur la circulation du bien ou du droit réel. Le créancier peut exercer son droit de suite mais avec l'accord de l'autorité gestionnaire compétente, et la cession doit prolonger les conditions de l'occupation, à savoir la durée de validité restante, le montant et les modalités de la redevance et éventuellement les obligations afférentes au titre d'occupation. Par contre, si l'occupation est résiliée avant terme, le créancier doit récupérer une partie de sa créance (sauf lorsque la résiliation intervient à titre de sanction²⁹⁹⁵). Le créancier ne bénéficie donc pas véritablement d'un droit de suite puisque l'hypothèque s'éteint avec le titre d'occupation et que les ouvrages redeviennent la propriété de la personne publique, « francs et quittes de tous privilèges et hypothèques »²⁹⁹⁶. La prérogative du créancier s'apparente davantage à une forme de droit de préférence qui consiste à récupérer la totalité ou une partie des droits d'indemnité versés à l'occupant²⁹⁹⁷.

2. Le recours au crédit-bail

578. Le crédit-bail est un mécanisme particulier de financement d'ouvrage : « l'occupant cède son droit réel à l'organisme financier – le crédit-bailleur – qui lui concède un crédit-bail. L'occupant devient ainsi un crédit-preneur. Grâce aux prêts que lui accorde le crédit-bailleur, l'occupant construit les ouvrages prévus par [le titre d'occupation], mais ceux-ci appartiennent au crédit-bailleur et il le rembourse en lui versant des loyers qu'il peut payer en exploitant ses ouvrages »²⁹⁹⁸. Il n'est pas surprenant que le crédit-bail soit un instrument privilégié dans les relations entre les particuliers, il présente l'avantage pour le crédit-bailleur de financer un ouvrage sans s'endetter.

S'agissant du domaine public, le caractère personnel et non cessible de l'occupation a été le principal repoussoir. Des solutions ponctuelles et sectorielles²⁹⁹⁹ ont été créées en matière de

²⁹⁹⁴ « Hypothèque », G. CORNU (dir.), in *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige ».

²⁹⁹⁵ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 379.

²⁹⁹⁶ Article L. 2122-9 CGPPP

²⁹⁹⁷ Ce régime peut être comparé avec celui de l'expropriation. Dans ce dernier cas, le créancier récupère une partie des indemnités versées au propriétaire dépossédé de son bien. Sur ce point, v. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 1080.

²⁹⁹⁸ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 2011, p. 335.

²⁹⁹⁹ Sur ce point, J.-P. LEBRETON, *Les occupations du domaine public*, *op. cit.*, p. 234 et s. ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 373.

télécommunication³⁰⁰⁰, d'énergie³⁰⁰¹ et de traitement des déchets³⁰⁰². Mais, encore une fois, comme ce fut le cas pour l'hypothèque, l'introduction des droits réels a précédé et a généralisé la possibilité de recourir au crédit-bail. Le dispositif a fait l'objet de vives discussions. Le projet initial, qui prévoyait un agrément de l'autorité gestionnaire, n'a pas été retenu, accusé de créer des lourdeurs inutiles incompatibles avec la vie économique. En conséquence de quoi, la version définitive de l'article L. 34-7 du Code du domaine de l'État table sur le libre recours au crédit-bail. En principe, il n'est pas nécessaire pour l'occupant d'obtenir l'agrément du gestionnaire, sauf lorsque « l'État ou l'établissement public gestionnaire du domaine apporte un concours financier ou détient, directement ou indirectement, une participation financière permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion » sur l'organisme bénéficiaire du crédit-bail³⁰⁰³.

La position libérale du législateur à l'égard de l'usage du crédit-bail ne peut se comprendre qu'en ce qui concerne la construction d'ouvrages dans l'intérêt strict de l'occupant. Cette position est contrebalancée par la jurisprudence ultérieure du Conseil constitutionnel clairement réservé sur l'usage du crédit-bail lorsqu'est en jeu un ouvrage support d'un service public³⁰⁰⁴. Le titulaire d'un contrat de partenariat a la faculté de recourir au crédit-bail sous condition de la préservation de la continuité du service public³⁰⁰⁵. Ce *modus operandi* a pénétré le dispositif général du crédit-bail. La loi du 12 mai 2009 a généralisé le crédit-bail³⁰⁰⁶, mais elle opère une différenciation entre le financement des ouvrages affectés à une activité privée et celui des ouvrages affectés au service public³⁰⁰⁷. Pour ces derniers, le crédit-bail doit comporter « des clauses permettant de préserver les exigences du service public »³⁰⁰⁸. Au demeurant, il est envisageable que le caractère privé du contrat de crédit-bail³⁰⁰⁹ puisse être remis en cause si ses clauses sont qualifiées de clauses exorbitantes de droit commun et si la personne privée agit pour le compte de la personne publique dans le cadre

³⁰⁰⁰ Loi du 29 déc. 1969

³⁰⁰¹ Art. 30-I de la loi du 15 juil. 1980.

³⁰⁰² Art. 12 de la loi n° 92-646 du 13 juil. 1992.

³⁰⁰³ L'autorité gestionnaire peut refuser l'agrément « si l'opération se traduit par un accroissement des charges ou une diminution des ressources de l'État » (art. L. 34-7, al. 2 du Code du domaine de l'État).

³⁰⁰⁴ Cons. const., déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, préc.

³⁰⁰⁵ Art. L. 2122-11 CGPPP. Sur ce point, v. F. MARCHAND et X. MOURIESSE, « Crédit-bail immobilier, DSP et montages en PPP », *Contrats publ.*, 2007, n° 65, p. 36.

³⁰⁰⁶ Sur ce point, N. FOULQUIER, « Extensions du bail emphytéotique administratif et généralisation du crédit-bail », *RDI*, 2009, p. 541.

³⁰⁰⁷ Art. L. 2122-16 CGPPP.

³⁰⁰⁸ Art. L. 2122-13 CGPPP.

³⁰⁰⁹ TC, 21 mars 2005, Sté Slibail énergie c/ Ville de conflan-Sainte-Honrine : *Rec.*, p. 563 ; *AJDA*, 2005, p. 1186, note J.-D. Dreyfus ; *BJCL*, 2005/5, p. 302, concl. A.-F. Roul, obs. B. Poujad.

d'une mission de service public, à défaut d'une jurisprudence qui occulte l'objet – occupation du domaine public – de ce contrat³⁰¹⁰.

579. Enfin, les mécanismes liés aux garanties réelles renseignent non seulement sur le statut de l'occupant privatif, mais aussi sur les potentialités du pouvoir de gestion et sur la structure de sa relation avec les administrés. Le pouvoir de gestion ne s'inscrit plus dans une relation binaire, il s'insère désormais dans un triptyque relationnel et il doit s'accommoder des logiques de circulation des biens et de circulation des utilités de la dépendance domaniale. Ainsi, le pouvoir de gestion possède une dimension positive³⁰¹¹ dans la mesure où il délivre un droit réel et où il autorise de ce fait des garanties réelles, il est aussi synonyme de prérogatives de contrôle en raison de l'obligation d'agrément ou en raison des clauses insérées dans la convention de crédit-bail.

B. Les mécanismes de collaboration

580. Une autre facette de l'introduction des droits réels dans la domanialité publique est l'instauration d'un *commercium* de type collaboratif³⁰¹² entremêlant des rapports de type réel et des obligations personnelles entre la personne publique et les occupants privatifs. Le but n'est pas tant de « faire participer les agents ou les administrés [...] à la gestion de leur propre intérêt »³⁰¹³ mais, à l'heure où se font sentir des difficultés de financement des équipements publics³⁰¹⁴, d'amener les personnes privées à participer, directement ou indirectement, à la réalisation d'activités d'intérêt général. Le droit réel sur le domaine public peut être le support de montages visant à faire participer le secteur privé à l'édification d'ouvrages sur le domaine public, constituant ainsi ce que Hauriou appelait une « situation de gestion ».

Les jalons des mécanismes collaboratifs sont posés par la jurisprudence *SOFAP Marignan*³⁰¹⁵. La Haute juridiction a validé le mécanisme par lequel une collectivité territoriale conclut un bail emphytéotique administratif sur un terrain dont elle est propriétaire pour la

³⁰¹⁰ Le juge des conflits n'a pas pu se prononcer sur cette question dans la mesure où le juge judiciaire a affirmé sa compétence, v. TC, 18 oct. 2000, Commune de Draveil : *Rec.*, p. 585, concl. Guyomar ; *AJDA*, 2010, p. 2369 ; *Contrats-Marchés publ.*, 2011, comm. 69, obs. Llorens ; *JCP A.*, 2010, n° 10, p. 12, chron. Chamard-Heim. V. aussi, CE, 27 janvier 2011, Commune de Draveil : *Contrats-Marchés publ.*, 2011, comm. 69, obs. Llorens.

³⁰¹¹ Sur la dimension positive de la puissance publique, G. DUPUIS, *Les privilèges de l'administration*, t. I, *op. cit.*, p. 58 et s.

³⁰¹² Sur la notion de collaboration, B. GÉNY, *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Sirey, 1930, p. 282.

³⁰¹³ *Ibid.*, p. 166.

³⁰¹⁴ S. NICINSKI, « "Lease américain", équipements publics et droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 538.

³⁰¹⁵ CE, 25 fév. 1994, SA Sofap Marignan immobilier, préc.

réalisation d'un ouvrage, mis à sa disposition à la fin des travaux³⁰¹⁶. Le Conseil d'État a écarté la restriction de la maîtrise d'ouvrage public à la lumière des critères de la jurisprudence *Région Midi-Pyrénées*³⁰¹⁷. Bien que l'opération réponde à un besoin de la collectivité, que la convention impose des obligations tenant à l'utilisation du bien, la personne publique ne joue pas, ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage, pour les raisons qu'elle n'assure pas la direction technique des actions de construction et qu'elle ne devient propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail. Par l'avis du 31 janvier 1995, la casuistique est étendue aux autorisations constitutives de droits réels sur le domaine public de l'État. Plus précisément, le Conseil d'État attribue une signification plus souple au terme « exercice d'une activité autorisée »³⁰¹⁸ par le titre d'occupation. Cette activité peut être le support d'une opération immobilière identique à celle validée par la jurisprudence *SOFAP Marignan*, c'est-à-dire une location avec option d'achat ou une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) : « La loi du 25 juillet 1994, en permettant au titulaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public de l'État de disposer d'un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise “ pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ”, n'exclut pas que ce droit réel soit utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage qui serait mis, par voie de bail, à la disposition de la personne gestionnaire du domaine de l'État »³⁰¹⁹.

Les possibilités de collaboration (ou de coopération³⁰²⁰) entre le gestionnaire et un opérateur économique se sont multipliées avec l'arrivée des contrats de partenariat. Les contrats globaux sont très divers et les modalités de leur recours sont différenciées en fonction de la personne publique. Sans dresser une liste exhaustive, on peut mentionner les marchés dérogatoires pour « la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationales »³⁰²¹, les contrats relatifs « à la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires »³⁰²², les baux emphytéotiques administratifs « santé »³⁰²³, « logements sociaux », « valorisation », et

³⁰¹⁶ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, t. II, 13^e éd., *op.cit.*, 2008, p. 262.

³⁰¹⁷ CE, 8 fév. 1991, Région Midi-Pyrénées : RDP, 1991, p. 1137, obs. J.-M. Auby.

³⁰¹⁸ Art. L. 34-1 du Code du domaine de l'État.

³⁰¹⁹ CE, Avis, 31 janvier 1995 : EDCE, 1995, p. 407. Confirmé au contentieux, v. TA Strasbourg, 6 mai 2000, Riegert c/ Ville de Strasbourg : B/JCP, 2001/4, p. 82, chron. Ch. Maugüe.

³⁰²⁰ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, t. II, 13^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 266.

³⁰²¹ Art. 3-I de la loi du 29 août 2002.

³⁰²² Art. 3 de la loi du 9 sept. 2002. La possibilité de conclure ces baux emphytéotiques hospitaliers est fermée depuis le 31 déc. 2007.

³⁰²³ Ordonnance du 4 sept. 2004. V. Ph. YOLKA, « Établissements publics de santé et bail emphytéotique administratif », *JCP A.*, 2005, n° 1364.

les contrats de partenariat public-privé du 17 juin 2003. Ces contrats globaux³⁰²⁴ « ont pour objet de faire appel à l'initiative et au financement privés pour réaliser des équipements nouveaux ou mettre à disposition des moyens ou services destinés à assister les autorités administratives dans l'exercice de leurs missions »³⁰²⁵, ce qui consiste à permettre, lorsque l'opération se déroule sur une dépendance domaniale, la réalisation par des opérateurs privés d'ouvrages destinés à entrer, notamment à la fin de la convention, dans le domaine public. Le cocontractant doit assurer une mission globale qui s'apparente, pour la plupart des contrats globaux³⁰²⁶, au financement, à la conception, à la construction (ou la transformation) d'un équipement et à son exploitation, en contrepartie de quoi il bénéficie d'un droit réel sur l'ouvrage (ou sur le domaine public) pour garantir le financement (en constituant notamment des sûretés) et pour assurer les missions assignées par le contrat.

581. Sauf en ce qui concerne les marchés d'entreprise de travaux publics (METP)³⁰²⁷, le rapport entre la personne publique et l'opérateur est en premier lieu de type réel en raison du titre conféré à l'opérateur économique. La maîtrise de l'ouvrage n'est valable qu'en raison de la détention du droit réel qui fait obstacle à l'accession de la propriété publique. Tel est aussi le cas s'agissant du crédit-bail conclu par le gestionnaire ou du bail à construction. Dans le cadre du crédit-bail (qualifié de contrat administratif dans cette hypothèse³⁰²⁸), l'administration fait appel à un établissement de crédit afin de construire un ouvrage sur le domaine public, l'établissement est propriétaire et conclut avec l'administration une convention de bail. Pour le bail à construction, le Code général de la propriété des personnes publiques a repris le dispositif des lois sur la sécurité³⁰²⁹, et le mécanisme est sensiblement similaire à celui du crédit-bail. Le bail à construction s'apparente à une variété de l'emphytéose³⁰³⁰ et, selon l'article L. 2122-15 du Code général de la propriété des personnes publiques, « l'État et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire constitutive de droit réel du domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, de la formation des personnels qui

³⁰²⁴ P. DELVOLVÉ, « Les contrats globaux », *RFD*, 2004, p. 1079.

³⁰²⁵ Observations du Gouvernement devant le Conseil constitutionnel lors de la saisine à l'encontre de la loi habilitant à prendre des ordonnances : JO, 3 juillet 2003, p. 11211, cité par P. DELVOLVÉ, « Les contrats globaux », préc.

³⁰²⁶ Sur l'unité des missions confiées par les contrats globaux, v. P. DELVOLVÉ, « Les contrats globaux », préc.

³⁰²⁷ L'art. 3-I de la loi du 29 août 2002 exclut la possibilité pour le contractant d'obtenir un droit réel sur le domaine public.

³⁰²⁸ TC, 23 fév. 2004, Sté Leasecom c/ CH du pays d'Aix-en-Provence : *Rec.*, p. 761. Le Tribunal des conflits estime que le crédit-bail est un contrat administratif parce que le contrat est en lien avec l'exécution même du service public.

³⁰²⁹ Loi n° 2002-1094 du 19 août 2002 et loi n° 2002-1138 du 9 sept. 2002.

³⁰³⁰ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit, civil. Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 808.

concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la défense ».

582. Le second rapport, qui naît de ces conventions et qui se superpose au mécanisme de droit réel, semble être de type personnel selon une structure obligationnelle. L'administration verse un loyer en contrepartie de l'utilisation de l'édifice et la relation avec le preneur est déterminée par les obligations prévues par la convention. Cependant, sans rentrer dans le débat, qui anime la doctrine civiliste, sur la nature réelle ou personnelle du bail³⁰³¹, le rapport institué par certains montages contractuels de partenariat, par le crédit-bail ou par le bail à construction, inclut des éléments de « réalité » au bénéfice de la personne publique. D'une part, « les prérogatives effectives – sauf le pouvoir d'aliéner – appartiennent au crédit-preneur qui est l'utilisateur de la chose et celui qui la gère »³⁰³². D'autre part, la personne publique peut détenir une forme de « propriété conditionnelle »³⁰³³ sur l'ouvrage, elle jouit d'une variété de droit de préférence, notamment par la présence obligatoire d'une option d'achat dans la convention, lui offrant la possibilité d'acquérir les installations édifiées avant le terme fixé par le titre d'occupation³⁰³⁴.

583. *Conclusion §1.* La reconnaissance des droits réels sur le domaine public répond à une politique législative particulière. Au regard des réquisits des relations marchandes sur le domaine public, différentes fonctions sont assignées au droit réel : le renforcement du statut de l'occupant, la « bancabilité » des projets immobiliers sur le domaine public, l'instauration de mécanismes de coopération entre le secteur public et le secteur privé. À ces fins, le choix du droit réel s'est imposé sur le modèle des mécanismes de droit privé. Il est affirmé par la doctrine que les interventions du législateur renouent avec l'histoire domaniale. À l'évidence, elles sont allées à rebours d'une tendance jurisprudentielle plus récente, fermée au droit réel. Malgré tout, il faut constater que le cadre normatif apporte des solutions inédites qui enrichissent les rapports entre le gestionnaire et l'occupant privatif : cessibilité des droits réels, garanties réelles et dissociation de la maîtrise de l'ouvrage et de la propriété publique. Le droit positif établit un lien entre le pouvoir de gestion et l'octroi des droits réels sur le domaine public. Aussi, à la différence de la théorie des droits réels administratifs portée par Hauriou et ses partisans, il ne s'agit plus de promouvoir une idéologie juridique, mais de saisir et de

³⁰³¹ F. ZÉNATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 460.

³⁰³² Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Répertoire Defrénois, 2009, n° 814, cité par Y. GAUDEMET, « Contrat de partenariat et domaine public », *préc.*, spéc. p. 542, note n° 3.

³⁰³³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III. *Les biens*, 19^e éd., PUF, 2000, p. 146.

³⁰³⁴ Art. L. 2122-15 CGPPP. V. aussi le décret n° 2004-18 du 16 janv. 2004.

discuter, sur un plan théorique, les conséquences de l'introduction du droit réel sur les rapports entre l'administration et les occupants, en empruntant les outils de la grammaire subjectiviste, plus apte à décrire ces relations.

§2. LA DÉTERMINATION DU RAPPORT DE DROIT ENTRE LE GESTIONNAIRE ET L'OCCUPANT PRIVATIF

584. D'un point de vue structurel, « tout droit réel met en présence un sujet titulaire et un propriétaire sur le bien duquel il s'exerce »³⁰³⁵. Le bien est au centre de la relation entre le gestionnaire et l'occupant privatif, et le droit réel institue une « communauté » de droits distincts et complémentaires sur la chose. Pour comprendre la relation entre les deux sujets de droit, il s'agit d'abord d'envisager l'objet du droit réel, c'est-à-dire les prérogatives sur la dépendance domaniale attribuées par le pouvoir de gestion à l'administré (**I**), d'appréhender ensuite le droit réel sous l'angle de son rapport avec la propriété publique et de saisir ses conséquences sur le *vinculum juris* entre le gestionnaire et l'occupant privatif (**II**).

I. L'objet du droit réel en question

585. Les maladresses rédactionnelles du législateur ont pu susciter des interrogations sur l'objet du droit réel. Les différentes analyses peuvent être regroupées en deux catégories : celles qui défendent la dualité du droit réel et celles qui défendent son unicité³⁰³⁶ (**A**). En gardant le principe de l'unicité du droit réel, la détermination de son assiette reste à discuter. Est-il question d'un droit *sur* le domaine public ou d'un droit *sur* les ouvrages construits ? Pour répondre à cette question, un rapprochement entre le droit réel et le droit de superficie doit être effectué (**B**).

A. La dualité ou l'unicité du droit réel

586. Selon les dispositions relatives au bail emphytéotique administratif, l'objet du droit réel est « un bien immobilier appartenant à la [personne publique] »³⁰³⁷, les articles L. 2341-1-II-2° du Code général de la propriété des personnes publiques (BEA valorisation) et L. 1311-3-2° du Code général des collectivités territoriales désignent « le droit réel conféré au titulaire du

³⁰³⁵ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 453.

³⁰³⁶ La distinction entre dualité et unicité du droit réel est reprise d'Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », préc.

³⁰³⁷ Art. 13 de la loi du 5 janv. 1988.

bail de même que les ouvrages dont il est propriétaire »³⁰³⁸ (BEA local). Pour ce qui est de la loi du 25 juin 1994 et alors même que son titre mentionne « la constitution des droits réels sur le domaine public »³⁰³⁹, l'alinéa 1 de l'article L. 34-1 du Code du domaine de l'État caractérise « un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier » et l'alinéa 2 dispose que « ce droit confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans la présente section, les prérogatives et obligations du propriétaire ». Cette formulation est reprise par le Code général de la propriété des personnes publiques au sujet des autorisations d'occupation constitutives de droits réels sur le domaine public de l'État et sur le domaine des collectivités territoriales, et en ce qui concerne les contrats de partenariat par l'ordonnance du 17 juin 2003. Pour retrouver une cohérence, la doctrine table soit sur une approche dualiste (2), soit sur l'unicité du droit réel sur l'ouvrage (1), soit sur l'unicité du droit sur le domaine public (3).

1. L'approche unitaire du droit réel sur les ouvrages

587. Certains auteurs prônent l'unicité du droit réel reconnu à l'occupant, sans pour autant s'accorder sur son objet. Pour les uns, le droit réel porte sur l'ouvrage. Pour les autres, il porte sur le domaine public. S'agissant des premiers et particulièrement pour le Professeur Ch. Lavalie, l'intervention du législateur (du 25 juillet 1994) n'est qu'une œuvre de clarification mettant fin aux controverses entourant la propriété des ouvrages édifiés sur le domaine public³⁰⁴⁰. Le droit ne peut, de son avis, être assimilé à la propriété au sens strict dans la mesure où le législateur n'évoque pas le droit de propriété, seulement « les prérogatives et obligations du propriétaire », le rapport à l'ouvrage relève des catégories du droit administratif « qui ne sont pas celles du Code civil »³⁰⁴¹. Dans le même ordre d'idée, le Professeur N. Foulquier considère, au sujet des autorisations temporaires constitutives de droits réels, que « le droit réel conféré [...] ne porte que sur les biens construits par l'occupant »³⁰⁴². Le droit sur les ouvrages ne pourrait donc pas s'expliquer par le concept de propriété. L'auteur souligne l'attachement du législateur au caractère perpétuel du droit de propriété. Au lieu d'envisager une propriété non perpétuelle sur l'ouvrage – ce qui est théoriquement possible

³⁰³⁸ P. DELVOLVÉ, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », préc.

³⁰³⁹ À l'identique, les articles R. 57-2-II et R. 57-3-1 du Code du domaine de l'État se réfèrent au « titre d'occupation constitutif de droit réel sur le domaine public de l'État »

³⁰⁴⁰ V. aussi, O. de DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER, « Domaine public et droits réels », préc.

³⁰⁴¹ Ch. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, 1^{er} éd., 1996, *op.cit.*, p. 149.

³⁰⁴² N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{er} éd., *op. cit.*, 2011, p. 329. Néanmoins, le Professeur N. Foulquier considère que les « dérogations législatives [...] confèrent un droit de superficie à l'occupant du domaine ».

mais qui constitue, pour le Professeur N. Foulquier, une lecture *contra legem* –, il est préférable de retenir la qualification de droit réel, qui plus est de type administratif.

Pour le Professeur Ch. Lavalie, la clarification apportée par la loi du 25 juillet 1994 (confirmée par le Code général de la propriété des personnes publiques) est la bienvenue : « le droit réel consenti ne porte pas directement sur [le domaine public] mais sur les ouvrages édifiés, ce qui conduit à consacrer au profit de l'occupant un droit de superficie »³⁰⁴³. Le Professeur Y. Gaudemet prolonge cette approche sous l'ère du Code général de la propriété des personnes publiques, il estime que « l'objet du droit réel est évidemment et nécessairement la construction que l'occupant réalise sur le domaine et qu'il doit financer, laquelle [...] incorpore nécessairement le sol du domaine public sur lequel il construit »³⁰⁴⁴. Le Professeur Y. Gaudemet livre une définition unitaire du droit réel : celui-ci a pour seul objet les ouvrages construits, qu'ils résultent d'une autorisation d'occupation, d'un BEA ou d'un contrat de partenariat. Ce point de vue appelle néanmoins plusieurs remarques. D'une part, la lecture du Professeur Ch. Lavalie minore la portée de la loi du 25 juillet 1994. D'autre part, le Professeur Ch. Lavalie et le Professeur Y. Gaudemet incluent le droit de superficie dans le droit réel sur les ouvrages. Ce dernier point reflète une confusion si l'on considère que le droit de superficie est un droit réel distinct de la propriété du dessus, et qui porte principalement sur la chose d'autrui. Il semble contradictoire de dire que le droit réel porte sur l'ouvrage et qu'il inclut aussi un droit de superficie. Si l'occupant est propriétaire ou détient un droit sur les ouvrages, c'est qu'en amont il détient un droit réel sur le domaine public, qui peut justement être qualifié de droit de superficie. Dans le cas inverse, il serait impossible d'expliquer la propriété, « les obligations ou prérogatives du propriétaire » ou le droit réel administratif sur la construction.

2. L'approche dualiste du droit réel administratif

588. Une autre partie de la doctrine penche pour la constitution d'un droit réel sur le domaine public qui s'ajoute à celui sur les constructions édifiées sur le domaine public. Comme l'indique le Professeur P. Delvolvé, « on voit mal qu'un tel droit [sur les ouvrages] puisse exister sans que l'assiette des ouvrages soit elle-même l'objet d'un droit réel »³⁰⁴⁵. C'est ce que retient par exemple le Professeur N. Foulquier au sujet des BEA : « l'administration reconnaît à l'emphytéote un droit réel non seulement sur les ouvrages que celui-ci construit, mais aussi sur les biens qu'elle lui loue, alors même que ces biens sont affectés à un service

³⁰⁴³ Ch. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, 1^{er} éd., *op. cit.*, 1996, p. 149.

³⁰⁴⁴ Y. GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », préc.

³⁰⁴⁵ P. DELVOLVÉ, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », préc.

public »³⁰⁴⁶. Le Professeur J. Dufau est un des principaux investigateurs de la lecture dualiste des droits réels sur le domaine public. Pour apporter de la clarté à la matière, mais aussi pour donner une portée plus importante à la loi du 25 juillet 1994 par rapport à la jurisprudence antérieure, il retient l'existence de deux droits réels, l'un sur le domaine public, l'autre sur l'ouvrage construit³⁰⁴⁷. Mais s'il y a un accord sur l'existence d'un droit réel de type administratif sur le domaine public, la doctrine diverge sur la nature du droit sur l'ouvrage. Les Professeurs J. Dufau³⁰⁴⁸, Ph. Godfrin³⁰⁴⁹ et O. de David-Beauregard-Berthier³⁰⁵⁰ conçoivent la superposition de deux droits réels de *type* administratif, « l'un portant sur les ouvrages et l'autre sur le sol qui lui sert d'assise »³⁰⁵¹.

3. L'unicité du droit réel sur le domaine public

589. Pour d'autres, le droit réel de type administratif porte principalement sur le domaine public³⁰⁵². Seulement, il se dédouble pour inclure le droit sur les ouvrages. À la différence du Professeur Y. Gaudemet qui considère que le droit sur les ouvrages inclut un droit sur le sol, c'est le droit sur le sol qui implique, pour A. Fournier et le Professeur H. Jacquot, un droit sur les ouvrages³⁰⁵³. Selon le Professeur Ph. Yolka, seul le droit sur le domaine public mérite la qualification de droit réel administratif³⁰⁵⁴. L'auteur prône l'unicité du droit réel administratif, non sur l'ouvrage mais sur le domaine public. Suivant cette approche, l'expression « prérogatives et obligations du propriétaire » renvoie au droit de propriété, et le droit sur l'ouvrage doit être qualifié de propriété privée et non de droit réel administratif, en dépit des limitations qui lui sont apportées³⁰⁵⁵. Les limites résident moins dans le droit sur l'ouvrage que dans le droit sur le domaine public dont il est tributaire.

³⁰⁴⁶ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{er} éd., *op. cit.*, 2011, p. 340.

³⁰⁴⁷ J. DUFAU, *Le domaine public*, t. II, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 507.

³⁰⁴⁸ *Ibid.*

³⁰⁴⁹ Ph. GODFRIN, « Une prudente audace : la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *CJEG*, 1995, p. 1.

³⁰⁵⁰ O. de DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER, « Domaine public et droits réels. Commentaire de la 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 », *JCP*, 1995, I, p. 3812.

³⁰⁵¹ J. DUFAU, *Le domaine public*, t. II, 5^e éd., *op. cit.*, 2001, p. 507.

³⁰⁵² A. FOURNIER et H. JACQUOT, « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », préc. : « Il ne fait aucun doute que l'objet du droit ne saurait être cantonné aux seules superstructures édifiées par le titulaire de l'autorisation. Le droit d'occuper est lui-même constitutif d'un droit réel immobilier susceptible d'être cédé, transmis et hypothéqué ».

³⁰⁵³ *Ibid.* : « Outre le droit d'occuper, le droit réel porte également sur les ouvrages, construction et installations « de caractère immobilier » réalisés sur la dépendance domaniale pour l'exercice d'une activité autorisée par le titre ».

³⁰⁵⁴ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 370-371.

³⁰⁵⁵ V. aussi, É. FATÔME et Ph. TERNEYRE, « La loi du 25 juillet 1994 : observations complémentaires », préc.

590. Les différentes conceptions, unicité ou dualité du droit réel, se combinent parfois avec une différenciation entre le domaine de l'État et celui des collectivités territoriales, ou entre les mécanismes du BEA et l'autorisation domaniale. Selon une lecture stricte des articles L. 2122-6 et L. 2122-20 du Code général de la propriété des personnes publiques, le droit réel ne porte que sur l'ouvrage lorsqu'il naît d'une autorisation domaniale, il porte sur le domaine public (et sur l'ouvrage) lorsqu'il est institué en vertu d'un bail emphytéotique administratif. Mais cette distinction n'a pas de raison d'être. En effet, pour s'en tenir au propos du Professeur P. Delvolvé, « on peut [...] s'étonner que la pleine propriété soit reconnue dans certains cas au bénéficiaire du titre sur les ouvrages qu'il réalise alors que dans d'autres cas, il a un droit réel lui donnant les prérogatives et obligations du propriétaire. Ces différences ne paraissent pas justifiées »³⁰⁵⁶. Elles sont d'autant plus injustifiées qu'il est possible de constater une convergence des régimes par la combinaison de la jurisprudence *Sofap Marignan* et de l'avis du Conseil d'État de 1995. Dans tous les cas et même s'il utilise le terme de droit réel sur l'ouvrage, le juge administratif admet une propriété sur les ouvrages, sans quoi il apparaîtrait impossible pour la personne privée de conclure avec la personne publique une convention de bail. Le Professeur É. Fatôme résume parfaitement la convergence des logiques. C'est parce que l'occupant est propriétaire des ouvrages, selon le Code général de la propriété des personnes publiques, qu'il détient un droit réel sur le domaine public et c'est parce qu'il détient un droit réel sur le domaine public, par le biais d'un bail emphytéotique administratif, qu'il peut être propriétaire de l'ouvrage³⁰⁵⁷. Pour appuyer cette logique de convergence, la perspective unitaire d'un droit réel sur le domaine public est donc préférable, et elle est possible en rapprochant le droit réel du droit de superficie.

B. Le rapprochement entre le droit réel administratif et le droit de superficie

591. Après avoir retenu que le droit réel administratif porte sur le domaine public, se pose la question de sa définition. Les éléments d'administrativité du droit réel résident principalement dans la précarité du titre d'occupation et dans le contrôle de l'autorité administrative. Cependant, pour obtenir une définition plus complète, il faut s'intéresser à la structure du droit réel, c'est-à-dire à son rapport avec la dépendance domaniale. Ce faisant, un rapprochement avec le droit de superficie peut être effectué pour souligner le droit *sur* la chose (1) et sa capacité à soutenir une propriété privée temporaire sur les ouvrages construits (2).

³⁰⁵⁶ P. DELVOLVÉ, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », préc.

³⁰⁵⁷ É. FATÔME, « À propos de la réglementation de l'occupation du domaine public après le Code général de la propriété des personnes publiques », in *Mélanges de l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 329

1. Le recours à la notion de droit de superficie

592. Comment admettre une propriété distincte de la propriété publique sur les ouvrages édifiés sur le domaine public ? Cette possibilité est présentée comme une dérogation aux règles de l'accession et de l'accessoire. Ces deux notions sont parfois associées³⁰⁵⁸ mais elles doivent être distinguées, car elles représentent deux logiques différentes. L'accessoire est une manière d'associer des biens qui restent distincts et de les soumettre à un régime commun. Sa traduction en droit domanial consiste à associer sous l'empire de la domanialité publique plusieurs biens appartenant à une personne publique³⁰⁵⁹ ; alors que l'accession, qui est selon les points de vue un moyen de protection, une attribution ou une prérogative du droit de propriété³⁰⁶⁰, est un mécanisme d'acquisition ou d'incorporation d'un bien dans une propriété, notamment par la voie de « l'unification de la propriété du sol et de la propriété de la construction »³⁰⁶¹, selon l'adage *superficies solo cedit*. En définitive, la possibilité d'une propriété sur un ouvrage construit sur le domaine public relève davantage d'une dérogation à l'accession – qui pour rappel dérive autant des attributs de la propriété privée que de ceux de la propriété publique³⁰⁶² – qu'à la théorie de l'accessoire³⁰⁶³, d'où l'intérêt pratique et théorique d'un recours à la notion de droit de superficie.

593. Le droit de superficie est une résurgence des pratiques coutumières sous l'Ancien régime, telles que le bail congéable³⁰⁶⁴, et il est réintégré dans le droit positif au gré des jurisprudences de la Cour de cassation, en particulier sur le fondement textuel de l'article 553 du Code civil. Il est un droit « qu'un propriétaire [appelé superficiaire] exerce sur la surface d'un fonds, dont le dessous ou tréfonds appartient à un autre propriétaire [appelé tréfoncier] »³⁰⁶⁵. La notion de superficie est déjà fort usitée dans les analyses doctrinales. Les

³⁰⁵⁸ P. ALLINNE, « Domanialité publique et ouvrages complexes », *AJDA*, 1977, p. 523.

³⁰⁵⁹ Tel est le cas en matière de domanialité publique globale, v. CE, Sect., TP avis, 13 juin 1989 : *EDCE*, 1989, n° 41, p. 250 ; *GDDAB*, n° 8, p. 70. Sur ce point, C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, p. 329 ; Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 355 et s.

³⁰⁶⁰ Sur les différentes théories de l'accession, v. J.-B. BERTEL, « L'accession artificielle immobilière », *RTD Civ.*, 1994, p. 737.

³⁰⁶¹ *Ibid.* Sur l'incorporation de biens dans le domaine public par l'accession, v. H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 156.

³⁰⁶² L'application de la règle de l'accession à la propriété publique est confirmée par des jurisprudences récentes : C. cass. crim., 13 oct. 2004. V. aussi Ch. LAVIALLE, « L'affaire “des paillotes” et la domanialité publique », *RFD-A*, 2005, p. 105. CE, Sect., 20 janv. 2005, req. n° 276475, Commune de Saint-Cyprien. Sur ce point, v. E. FATÔME, « À propos de l'incorporation au domaine public », *AJDA*, 2006, p. 292.

³⁰⁶³ V. cependant l'analyse du Professeur Ph. YOLKA qui envisage cette question sous l'angle de l'accession et de l'accessoire, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 356 et s.

³⁰⁶⁴ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e éd., *op. cit.*, 2012, p. 124.

³⁰⁶⁵ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 816.

Professeurs F. Zenati³⁰⁶⁶ et J.-L. Bergel³⁰⁶⁷ la mentionnent au sujet de la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi du 25 juillet 1994. Dans la doctrine publiciste, le Professeur Y. Gaudemet est le principal promoteur de la transposition du droit de superficie dans la domanialité publique³⁰⁶⁸, et il s'appuie sur une théorie civiliste très fournie, bien avant la réforme du 25 juillet 1994. L'usage de la notion de droit de superficie permet à l'auteur de donner une consistance à la jurisprudence antérieure qui reconnaissait la propriété de l'occupant sur les ouvrages et de fournir un fondement explicatif aux divisions en volumes, mécanismes de dissociation entre les propriétés privées et les dépendances domaniales³⁰⁶⁹.

594. La « nature juridique » et l'objet du droit de superficie sont très discutés dans la doctrine privatiste³⁰⁷⁰. Le droit de superficie est qualifié tantôt de droit de propriété immobilière, tantôt de droit réel sur la chose d'autrui, et parfois de droit personnel renforcé. Il est vrai que la version romaine de la superficie ne donnait droit qu'à une jouissance de type personnel³⁰⁷¹. Mais l'Histoire a abondé dans le sens de la reconnaissance d'un droit de propriété sur les ouvrages. Sur ce fondement, la doctrine privatiste et la jurisprudence civile³⁰⁷² ont majoritairement privilégié l'assimilation entre le droit de superficie et le droit de propriété sur les ouvrages construits en dérogation à la propriété du dessous, tout en excluant le droit de superficie des droits réels. Cette conception moniste implique aussi que l'objet du droit de superficie soit l'ouvrage et que la limitation de la propriété du dessous ne soit qu'un élément accessoire, un dérivé de ce droit de propriété. Différents facteurs ont conduit la doctrine privatiste à promouvoir cette assimilation : la liste supposée limitative des droits réels dans le Code civil (le fameux *numerus clausus* des droits réels)³⁰⁷³ et la préservation de l'unité de la propriété. En retenant cette assimilation, il n'y a pas « division du droit de propriété en deux domaines portant sur une même chose, mais division de la chose elle-même en deux biens

³⁰⁶⁶ F. ZENATI, « Droit de superficie », *RTD Civ.*, 1995, p. 656.

³⁰⁶⁷ J.-L. BERGEL, « Droits réels sur le domaine public », *RDI*, 1995, p. 81.

³⁰⁶⁸ Sans compter M. HAURIOU et O. MAYER qui se sont fondés plus ou moins explicitement sur le droit de superficie pour expliquer le droit de l'occupant sur le domaine public.

³⁰⁶⁹ Y. GAUDEMET, « La superposition de propriétés privées du domaine public », *D.*, 1978, chron., p. 293 ; « Les constructions en volumes sur le domaine public », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, *op. cit.*, p. 135. V. aussi, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 356.

³⁰⁷⁰ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 818.

³⁰⁷¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 226 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, 6^e éd., 1946, *op. cit.*, n° 319.

³⁰⁷² Par exemple, C. cass., 27 avril 1891 : *S.*, 1891, I, p. 667, cité par J.-P. MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, t. I, Thèse Toulouse, 1976, p. 213 : « qu'en droit, il résulte des dispositions du Code civil que le superficiaire a, non pas un simple droit d'usufruit, mais un véritable droit de propriété ».

³⁰⁷³ Sur ce point, v. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 818 ; J.-L. BERGEL, « Du *numerus clausus* des droits réels ? », *RDI*, 2010, p. 409.

objet de deux droits de propriété distincts »³⁰⁷⁴, ce qui permet ainsi d'éviter l'écueil du domaine divisé portant sur une même chose.

Cependant, il devient alors difficile d'expliquer en quoi consiste le droit de superficie avant que l'occupant réalise les constructions et pourquoi il se présente comme une dérogation à l'accession de la propriété publique. Diverses réponses ont été avancées : certains auteurs préconisent la qualification du droit de superficie comme droit personnel dans la mesure où « il n'est pas possible de dissocier la propriété du sol et la propriété du dessus, lorsque le sol n'est pas construit ou n'est pas planté »³⁰⁷⁵. Autrement dit, il n'est pas possible de parler de droit réel ni de propriété car le droit de superficie ne porte que sur une chose déterminée³⁰⁷⁶. La réponse la plus pertinente est celle du Professeur J.-P. Marty, largement réinvestie par le Professeur Y. Gaudemet. Ces auteurs qualifient le droit de superficie comme un droit à construire³⁰⁷⁷, c'est dire que l'objet du droit de superficie est davantage un immeuble par anticipation que la chose d'autrui, et que le droit de superficie reste un droit de propriété à l'état virtuel³⁰⁷⁸. La variation proposée par le Professeur Y. Gaudemet consiste à dire que le droit réel administratif est un droit à construire sur le domaine public, et c'est pour cette raison que, de son avis, le droit réel porte sur les édifices. Cette approche est séduisante à plus d'un titre. En effet, elle souligne les virtualités du droit de superficie. Mais le Professeur J.-P. Marty et, dans une certaine mesure, le Professeur Y. Gaudemet, ne se départissent pas du schéma de l'assimilation entre la propriété des ouvrages et le droit de superficie, or cette assimilation ne permet pas d'expliquer la dérogation à l'accession de la propriété du dessous, car le Professeur J.-P. Marty retient que le droit de superficie « n'a juridiquement aucun lien avec le sol »³⁰⁷⁹. Aussi, le droit de superficie, tel qu'il est défini par l'auteur, « c'est le cheval qui a pris le cavalier »³⁰⁸⁰ : il y a, dans cette perspective, un inversement de la cause et des effets du droit de superficie, dans la mesure où l'auteur considère que c'est la propriété de l'ouvrage qui entraîne la propriété sur le sol. Or, il semble plus convaincant d'estimer que la propriété des ouvrages n'est que la conséquence du droit de superficie, et que la cause de ce droit est la limite de l'accession de la propriété du dessous.

³⁰⁷⁴ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 226.

³⁰⁷⁵ C. LARROUMET, *Droit civil. Les biens*, t. II, *Droits réels principaux*, Economica, n° 750.

³⁰⁷⁶ P. WALET, « Superficie », in *Propriété*, Répertoire Dalloz, § 34.

³⁰⁷⁷ J.-P. MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, t. I, *op. cit.*, p. 215 et s. V. aussi G. GOUBEAUX, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière », in *Mélanges en l'honneur de A. Weil*, Dalloz-Litec, 1983, p. 279.

³⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 220 : « le droit de superficie est un droit de propriété sur ce volume, le droit de construire ne soulève plus de difficulté ; il est absorbé dans le volume vide ».

³⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 226. Sur la critique de l'absence de lien entre le sol et le droit de superficie, v. D. de LATAULADE et A. BOCQUET, « L'avenir du bail à construction », *Gaz. Pal.*, 1974, I, doct. 439 ; P. WALET, « Superficie », in *Propriété*, Répertoire Dalloz, § 23 : « le preneur titulaire d'un droit de superficie [...] doit être tenu comme propriétaire de la chose construite, comme si celle-ci, au lieu de reposer sur le sol, était accrochées au ciel par des fils invisibles ».

³⁰⁸⁰ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, *op. cit.*, p. 426.

C'est pourquoi une partie de la doctrine privatiste, sans renier l'idée que le droit de superficiaire sur les ouvrages est un droit de propriété, a réinvesti l'idée que le droit de superficie est, en amont, un droit réel sur la chose d'autrui, qui permet de construire et de revendiquer la propriété des constructions³⁰⁸¹. Par exemple, le Professeur J.-P. Bertrel considère que le droit de superficie est un droit complexe comprenant à la fois un droit de construire sur le sol d'autrui et un droit de propriété desdites constructions³⁰⁸². Les Professeurs F. Terré et Ph. Simler estiment aussi que le droit de superficie est « un droit réel qu'un propriétaire exerce sur la surface d'un fonds »³⁰⁸³ appartenant à un autre propriétaire. Si, ces différentes définitions sont à contre-courant de certaines positions jurisprudentielles de la Cour de cassation qui continuent à assimiler le droit de superficie au droit de propriété, elles trouvent un écho dans le droit domanial qui préfère la qualification de droit réel³⁰⁸⁴.

Pour autant, ces définitions ne paraissent pas totalement satisfaisantes pour appréhender le droit de l'occupant privatif sur le domaine public. Elles ne rendent pas compte de l'unicité du droit réel *sur* le domaine public. Pour être plus proche de la matière domaniale, il faut extraire la propriété des ouvrages de la définition du droit de superficie. Le droit de superficie reste certes intimement lié à la propriété des constructions. Mais il est avant tout un droit de jouissance qui inclut le droit de construire et qui fait obstacle à l'accession de la propriété publique. Dans une perspective contraire à celle du Professeur Y. Gaudemet et en optant pour le rejet du dualisme interne, prôné par le Professeur J.-P. Bertrel, et du dualisme externe défendu par le Professeur J. Dufau, il faut considérer que le droit de superficie se situe en amont de la propriété de l'occupant sur les édifices sur le domaine public, et qu'il n'est pas confondu avec elle.

En définitive, le recours au droit de superficie illustre l'évolution interne de la notion de droit réel depuis sa théorisation par Hauriou. Un tel recours possède aussi plusieurs vertus. Il est le vecteur d'un rapprochement de la notion de droit réel indépendamment du titre d'occupation : il transcende la distinction entre les BEA et les autorisations constitutives de droits réels. Il généralise le droit réel, qui n'est pas propre aux dispositifs du Code général de la propriété des personnes publiques³⁰⁸⁵ ; il permet de comprendre comment un occupant peut être propriétaire des ouvrages édifiés ou acquis sur le domaine public. Enfin, il éclaire

³⁰⁸¹ Sur le rapprochement entre le droit de superficie et la notion de droit réel, v. F. DUMONT, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse Lyon, 2001 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op.cit.*, 2008, p. 228 ; F. ZENATI, « Étendue de la propriété foncière », *RTD Civ.*, 1999, p. 142 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 818 et s.

³⁰⁸² J.-B. BERTEL, « L'accession artificielle immobilière », *préc.*

³⁰⁸³ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 816.

³⁰⁸⁴ F. ZENATI, « Droit de superficie », *préc.*

³⁰⁸⁵ Sur ce point, F. BRENET, « La propriété des installations édifiées ou acquises par l'occupant "ordinaire" du domaine public », *DA*, nov. 2010, comm. 140.

autrement la relation entre le pouvoir de gestion et le droit réel : le pouvoir de gestion offre à un occupant la « maîtrise exclusive d'un espace »³⁰⁸⁶, c'est-à-dire sa jouissance, ainsi que la possibilité de construire et d'être propriétaire des ouvrages.

2. Le fondement de la propriété privée sur les ouvrages

595. Toujours dans la perspective du droit de superficie, se pose une autre question, relative au principe de la propriété de l'occupant sur les constructions. Sur ce sujet, Hauriou s'est opposé à Otto Mayer en estimant que la précarité des occupations est antinomique avec une propriété privée sur les ouvrages. Ce point de vue a conduit la doctrine à considérer que le droit de propriété sur l'ouvrage n'est qu'un droit réel administratif, comme si l'administrativité de l'occupation se prolongeait dans la maîtrise de l'ouvrage. Le fond du débat est le suivant : la possibilité pour l'occupant d'être propriétaire des ouvrages se heurte à une conception de la propriété comme droit perpétuel.

En raison de sa conception révolutionnaire ou de sa théorisation par l'École de l'exégèse, le droit de propriété privée est classiquement présenté comme un droit perpétuel : « la propriété est corrélativement illimitée dans le temps, elle a vocation à se prolonger indéfiniment. Il n'y aucune raison pour que la loi impose un terme à ce droit »³⁰⁸⁷, tout comme pour le droit de superficie³⁰⁸⁸. C'est peu ou prou à cette vision que les publicistes font référence lorsque certains d'entre eux refusent la notion de propriété pour qualifier la maîtrise de l'ouvrage. Aussi, le caractère perpétuel de la propriété explique sans doute la formulation, utilisée par le législateur, de « droits et obligations du propriétaire »³⁰⁸⁹. Un tel choix terminologique n'est pas sans contradictions : l'occupant privatif n'a pas à proprement parler une propriété privée, mais sa maîtrise sur les ouvrages en recouvre toutes les caractéristiques.

Pour plusieurs raisons, l'attachement à la perpétuité de la propriété privée n'est pas un argument valable pour exclure toute propriété privée des ouvrages. En premier lieu, le régime de la propriété privée n'est pas incompatible avec l'idée d'une propriété temporaire³⁰⁹⁰. C'est ce qui est exactement reconnu en droit privé pour un bail superficiaire³⁰⁹¹ : « la propriété du

³⁰⁸⁶ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 818.

³⁰⁸⁷ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 371. V. aussi, M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 126 et s. ; T. LAMARCHE, « L'imprescriptibilité et le droit des biens », *RTD Civ.*, 2004, p. 403 : « La perpétuité appréhende la longévité du droit lui-même, de façon proprement objective, transcendant les rapports avec son titulaire, notamment au regard de sa capacité à perdurer en se transmettant de sujet de droit à sujet de droit, tout en conservant son identité ».

³⁰⁸⁸ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Douillier, Dijon, p. 10.

³⁰⁸⁹ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{er} éd., *op. cit.*, 2011, p. 329.

³⁰⁹⁰ Sur ce point, V. BONNET, « La durée de la propriété », *RRJ*, 2002, I, p. 273.

³⁰⁹¹ V. de manière générale, C. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, LGDJ, 1983.

locataire sur ses constructions est temporaire, qui en jouit le temps qu'une accession différée produise ses effets »³⁰⁹². C'est aussi ce qui est reconnu en droit des concessions de service public, avec la distinction entre les biens de retour et les biens de reprise. En second lieu, même en admettant son caractère perpétuel, il n'y a pas d'obstacle théorique s'opposant à la reconnaissance d'une propriété privée provisoire sur les ouvrages construits par l'occupant. Il y a en effet une mécompréhension de la perpétuité, dont le sens véritable est que le « non-usage ne peut éteindre la propriété »³⁰⁹³. Tant que l'existence du droit de propriété n'est pas remise en cause, sa perpétuité a vocation à organiser la transmission entre vifs, à protéger la propriété comme l'action des tiers ou à assurer sa titularité contre l'épreuve du temps. La perpétuité de la propriété ne se comprend qu'à l'égard d'un bien ou d'un droit sur une chose. Si la personne publique récupère le bien à la suite d'une résiliation ou au terme de l'occupation, il s'agit de l'extinction d'un droit propriété au profit d'un nouveau droit, celui de la personne publique. Si la personne publique demande la destruction de l'ouvrage, il n'existe plus de propriété parce que son objet est supprimé.

Ces différents aspects montrent que la précarité n'est pas incompatible avec la propriété de l'occupant sur les constructions, elle ne joue que sur l'existence de son objet. Sur ces fondements, la formule « droits et obligations du propriétaire » doit viser la propriété privée de l'occupant dans le prolongement d'une jurisprudence administrative ouverte à cette possibilité. Les maladresses rédactionnelles du législateur sont heureusement corrigées par une jurisprudence plus encline à reconnaître la propriété privée sur les ouvrages. C'est ce qui ressort déjà de la jurisprudence *Ministre du budget c/ Sté Sagifa*³⁰⁹⁴ et, plus récemment, de l'arrêt *Montravers*³⁰⁹⁵ au sujet des occupations ordinaires. Or, il est contradictoire de dire que le droit réel de type administratif porte sur l'ouvrage alors que l'occupant ordinaire peut être propriétaire des ouvrages édifiés ou acquis sur le domaine public.

596. Aussi, la propriété privée des ouvrages est confirmée par le régime des biens de retour et des biens de reprise, à l'occasion d'une concession de service public. La doctrine s'est souvent penchée sur la distinction entre le régime des biens construits sur le domaine public et celui des biens en matière de délégation de service public. Selon la pensée doctrinale, la grille

³⁰⁹² R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », préc., spéc. p. 333.

³⁰⁹³ J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, p. 473.

³⁰⁹⁴ CE, 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Sté Sagifa* : *DA*, 1997, comm. 316, Ch. Laviolle.

³⁰⁹⁵ CE, 7 juin 2010, *Montravers* : *DA*, nov. 2010, p. 31, note F. Brenet : « l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées ou acquises par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions ou d'acquérir les constructions existantes n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté ».

de lecture offerte par la distinction entre les biens de retour et les biens de reprise ne serait pas pleinement opérante, elle obéirait à un processus distinct de celui des droits réels sur le domaine public³⁰⁹⁶. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence récente *Commune de Douai* entérine une convergence des régimes des biens³⁰⁹⁷. Parmi les différentes hypothèses évoquées par l'arrêt, le cas qui nous intéresse directement est celui où la concession se réalise sur une propriété publique. La casuistique du juge administratif prévoit deux possibilités. Dans « le silence de la convention », les biens mis à la charge du délégataire et qui sont nécessaires au fonctionnement du service public, dès leur acquisition ou leur réalisation, sont la propriété de la personne publique, ils sont en principe des biens de retour. La solution n'a rien d'inédit, elle s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence *Ministre du budget c/ Sté Sagifa* et de l'avis contentieux en date du 19 avril 2005³⁰⁹⁸, à la différence notable que l'appropriation publique n'est plus une obligation, elle devient seulement la règle ; règle qui, selon la seconde possibilité prévue par le juge administratif, peut être détournée dans la mesure où « les parties peuvent en disposer autrement », alors même que ces ouvrages sont nécessaires au fonctionnement du service public. La restriction apportée par la jurisprudence *Ministre du budget c/ Sté Sagifa* est donc levée mais à condition, selon l'arrêt *Commune de Douai*, que le cocontractant bénéficie d'un droit réel *sur* le domaine public « selon les modalités et dans les limites définies aux articles L. 2122-6 à L. 2122-14 du code général de la propriété des personnes publiques ou aux articles L. 1311-2 à L. 1311-8 du code général des collectivités territoriales » et « à condition que la nature et l'usage des droits consentis ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public ». Cette jurisprudence appelle de nombreuses remarques. Tout d'abord, le juge administratif confirme que l'objet du droit réel est bien l'assiette du domaine public, ce qui signifie qu'il élude la question de la propriété des ouvrages à la lumière de la règle de l'accession de la propriété publique³⁰⁹⁹. Il est donc acquis que le régime des biens de reprise se combine désormais avec celui des droits réels sur le domaine public. Ensuite, il existe, dans le discours du juge, une dissymétrie entre le régime des ouvrages non affectés et celui des ouvrages qui sont affectés à un service public. Pour les premiers, la propriété privée est acquise même pour un occupant « ordinaire ». Pour les seconds, leur appropriation privative

³⁰⁹⁶ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 593.

³⁰⁹⁷ CE, ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai* : *AJDA* 2013. P. 7 et p. 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013. 252, obs. D. Capitant ; *AJCT*, 2013, p. 91, obs. O. Didriche ; *RFDA*, 2013, p. 25, concl. B. Dacosta ; *BJCP* 2013, n° 87, concl. B. Dacosta et obs. C. M. ; *Contrats Marchés publ.*, 2013. Repère n° 2, F. Llorrens et P. Soler-Couteaux, et n° 41, note G. Eckert ; *DA.*, 2013, n° 20, note G. Eveillard.

³⁰⁹⁸ CE, Avis, 19 avril 2005, n° 371234 : Rapport public 2005, p. 197-202 ; *BJDCP*, 2006, p. 107, obs. R. S. et Ph. T. V. aussi N. SYMCHOWICZ et P. PROOT, « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *AJDA*, 2006, p. 1371.

³⁰⁹⁹ Sur ce point, É. FATÔME et Ph. TERNEYRE, « Le statut des biens des délégations de service public. Après l'arrêt *Commune de Douai* », *AJDA*, 2013, p. 724.

n'est possible que s'ils sont assis sur un droit réel au sens du Code général de la propriété des personnes publiques ou du Code général des collectivités territoriales. Ceci implique enfin que l'exception à la règle de l'accession de la propriété publique soit le produit de la rencontre des volontés des contractants, et plus encore le fruit d'une décision issue du pouvoir de gestion, au regard notamment de l'article L. 2122-10 du Code général de la propriété des personnes publiques³¹⁰⁰. Le *vinculum juris* entre le gestionnaire et le délégataire est cependant encadré au nom de la protection de la continuité du service public. L'octroi d'un droit réel et, donc, la possibilité pour le délégataire d'être propriétaire des ouvrages ne sont permis qu'« à la condition que la nature et l'usage des droits consentis ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public »³¹⁰¹. Dans la continuité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et des arrêts antérieurs du Conseil d'État, et sur le modèle des contrats de partenariat public-privé, la présence de clauses assurant un contrôle de l'autorité gestionnaire doit permettre de satisfaire à cette condition.

597. En conclusion, le rapprochement entre le droit réel et le droit de superficie a le mérite de rendre compte de la structure du droit de l'occupant sur le domaine public, et d'éviter les apories théoriques qui entourent la question de son administrativité. La précarité et la prédominance du pouvoir de gestion empêchent une assimilation stricte avec la version privée du droit de superficie. Mais un surcroît d'importance est parfois conféré à ces éléments, ce qui a pour effet l'exclusion de la qualification de droit réel, au profit de celles de droit personnel renforcé ou de droit *sui generis*³¹⁰². Pour le Professeur B. Plessix, « la façon dont le régime de l'occupation est organisé, les expressions mêmes employées par le législateur, ce contrôle nécessaire de la collectivité publique sur l'exercice par l'occupant de son droit, sont autant de facteurs conférant au droit de l'article L. 34-1 une coloration *personnelle* particulièrement manifeste »³¹⁰³. Le Professeur Ph. Yolka s'aligne sur ce propos en adoptant, au sujet du droit de l'occupant sur le domaine public, une position plus nuancée que celle envisagée dans sa thèse. Selon l'auteur, « il s'agit, en réalité, de droits personnels renforcés [...]. Témoignent notamment de la distance qui sépare ces droits *sui generis* des droits réels civils leur absence de libre cessibilité, le fait que l'occupant du domaine public n'accède à l'hypothèque que pour financer les ouvrages construits ou encore la nécessité, en cas de recours au crédit-bail

³¹⁰⁰ Pour rappel, l'article 2122-6 CGPPP dispose que « 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 ».

³¹⁰¹ CE, Ass., 21 déc. 2012, Commune de Douai, préc.

³¹⁰² H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, op. cit., p. 153.

³¹⁰³ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit., p. 594 (souligné par l'auteur).

immobilier, d'insérer dans le contrat des clauses destinées à protéger les ouvrages nécessaires à la continuité du service public »³¹⁰⁴. Les termes du débat se poseraient autrement si, au lieu de se focaliser sur l'opposabilité ou sur les caractéristiques fondamentales du droit de l'occupant, l'accent était mis sur sa structure, c'est-à-dire sa capacité à tirer des utilités d'une chose. Seule la qualification de droit réel, par le prisme du droit de superficie, permet de comprendre le droit de jouissance, le droit de construire et les limites à l'accession de la propriété publique. L'administrativité du droit induit un particularisme mais ne ruine pas le caractère réel de la structure du droit de l'occupant sur le domaine public. En admettant sa qualification en termes de droit réel, il s'agit désormais d'appréhender le droit de l'occupant à la lumière de son rapport avec le pouvoir de gestion et la propriété publique.

II. Le rapport entre le droit réel et la propriété publique

598. Les opposants aux droits réels dans le cadre de la domanialité publique ont fortement insisté sur le fait qu'il s'agit d'un mécanisme de démembrement, d'une aliénation qui se présente soit comme une atteinte à l'inaliénabilité, soit comme une entrave à l'exercice de la propriété publique, et donc au pouvoir de gestion. À la suite des réformes législatives, l'appréhension des droits réels a changé. Les droits réels ne sont plus considérés comme incompatibles avec la règle d'inaliénabilité, car l'exigence de compatibilité de l'occupation constitutive de droit réel est le garant de la protection l'affectation³¹⁰⁵. Il est aussi question du rapport entre le droit réel et la propriété publique. Le droit réel continue à être perçu comme un démembrement, mais sous un angle compatible avec la propriété publique et avec l'inaliénabilité (**A**). Les difficultés ne sont pas totalement levées. Création purement doctrinale, l'idée de démembrement est non seulement théoriquement discutable, mais elle est problématique dans la mesure où elle prolonge la représentation d'un rapport conflictuel entre le pouvoir de gestion et l'octroi d'un droit réel sur le domaine public, compte tenu de l'axiome selon lequel le droit réel partage une ontologie commune avec la propriété. Or, le droit réel sur le domaine public ne peut pas être une expression du pouvoir de gestion tout en étant un amoindrissement du droit de propriété publique (**B**). Le concept de démembrement doit donc être abandonné, d'une part pour promouvoir une relation apaisée entre les droits réels et la propriété publique, et d'autre part pour consolider, dans cette optique, le fait que l'octroi d'un droit réel est une composante du pouvoir de gestion (**C**).

³¹⁰⁴ Ph. YOLKA, comm. Cons. const., 21 juil. 1994, n° 94-346 DC : GDAB, 1^{re} éd., Dalloz, 2013, p. 520-521.

³¹⁰⁵ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 388 et s.

A. L'appréhension des droits réels par la notion démembrement

599. Pour ses opposants, le droit réel administratif démembre la propriété administrative, il constitue une aliénation et porte ainsi atteinte à la règle d'inaliénabilité qui suppose, au sens large, une propriété pleine et entière. Pour ses partisans, le droit réel ne peut être une aliénation en raison de la règle de précarité issue du commerce administratif. Cette règle assure pour Hauriou la compatibilité entre l'occupation et l'affectation et elle empêche, selon Rigaud, de concevoir le droit réel administratif comme un démembrement de la propriété administrative.

Dans sa thèse, en référence notamment aux travaux de D. Desurvire³¹⁰⁶, le Professeur Ph. Yolka s'accorde avec la doctrine privatiste sur le fait que le droit réel constitue un mécanisme de démembrement. Mais une autre voie est proposée par l'auteur : « la constitution des droits sur le domaine public entraîne un démembrement de la propriété publique, mais elle n'est pas pour autant prohibée par les principes d'inaliénabilité et de précarité »³¹⁰⁷. Bien que le droit réel soit toujours considéré comme un démembrement du droit de propriété, il est présenté, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel³¹⁰⁸, comme n'étant pas une aliénation. En effet, « la vérité axiomatique selon laquelle grever un bien d'un droit réel revient à l'aliéner en partie est désavouée par le Conseil constitutionnel »³¹⁰⁹. Ce qui sépare le droit réel d'une aliénation, c'est que le premier est non perpétuel alors que la seconde est définitive³¹¹⁰. Les limites temporelles assignées aux droits réels sur le domaine public abondent dans ce sens. C'est pour ces raisons qu'aux yeux du Professeur Ph. Yolka, la précarité n'anéantit pas le droit réel, mais empêche tout rapprochement entre les notions de droit réel et d'aliénation³¹¹¹.

Démembrement et pas aliénation³¹¹², le droit réel est donc un mécanisme « d'effeuillage » de la propriété publique sur le fondement duquel le propriétaire confie une parcelle de ses prérogatives à l'occupant, et qui institue en conséquence un partage des utilités.

³¹⁰⁶ D. DESURVIRE, « L'atomisation de la propriété », *LPA*, 29 juil. 1994, n° 90, p. 11.

³¹⁰⁷ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 396.

³¹⁰⁸ Cons. const., 21 juil. 1994, déc. n° 94-346 DC, préc. Pour rappel, dans cette décision, le juge constitutionnel estime que les dispositions de la loi n'ont pas « pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public ».

³¹⁰⁹ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, p. 471.

³¹¹⁰ Dans le même sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 466 et p. 476.

³¹¹¹ Sur le rapport entre la précarité et le droit réel, Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 403.

³¹¹² *Contra* B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 580-582. Pour l'auteur, le droit réel, en tant que démembrement, ne peut pas totalement se détacher de l'aliénation.

Cela signifie que le droit réel n'est pas un démembrement du bien, mais du droit de propriété³¹¹³.

B. Les apories de la notion de démembrement

600. La dissociation du droit réel et de l'aliénation a été une avancée notable permettant de dénouer le problème de l'incompatibilité entre inaliénabilité et droit réel. Mais la notion de démembrement, si elle est retenue, présente le droit réel comme un appauvrissement de la propriété publique, et donc du pouvoir de gestion. Issu de la glose dominante, le démembrement est fondé sur le principe de la divisibilité du droit de propriété, en ce sens que « ses éléments constitutifs, dissociés suivant divers clivages, peuvent être dévolus à des personnes différentes entre lesquelles les prérogatives se trouvent réparties »³¹¹⁴. L'axiome de cette démonstration est l'assimilation ontologique entre la propriété et les droits réels. À la différence des autres droits réels, la propriété est le droit réel le plus parfait ou, comme le mentionne Demogue, « le droit de propriété est le droit le plus complet que l'homme puisse exercer sur une chose »³¹¹⁵. Le droit réel et la propriété possèdent donc une substantialité commune, ils sont des droits structurellement identiques, car ils sont chacun des droits directs sur une chose. La notion de démembrement a au moins le mérite d'inscrire le droit réel dans le domaine de la propriété, dans la mesure où le droit réel est le processus par lequel le propriétaire délègue une partie de ses prérogatives à un tiers. Mais cette présentation n'est pas si éloignée de la théorie du domaine divisé, compte tenu que les droits réels ne sont qu'un « fragment de propriété » tout en étant « des droits qui sont détachés de celle-ci »³¹¹⁶. La manière, pour la doctrine, de surmonter cet obstacle est de dire que le pouvoir de gestion récupère sa plénitude à la fin l'occupation domaniale.

601. Le démembrement suppose que, lorsque le gestionnaire octroie un droit réel, il se dépossède d'une partie de ses prérogatives au profit de l'occupant³¹¹⁷. La première difficulté

³¹¹³ Y. GAUDEMET, « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *RDP*, 2012, p. 1223 : « il ne s'agit en aucune façon d'un démembrement du droit de propriété lequel porte uniformément sur la totalité des biens, en sorte que les attributs de la propriété seront temporairement distribués entre une propriété initiale et une sorte d'usufruitier ». V. aussi, P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics », préc. : « La reconnaissance de droits réels au profit de l'utilisateur et *a fortiori* d'occupants de biens publics est une des questions les plus controversées. Un droit réel en effet constitue un démembrement du droit de propriété, donnant, non plus un droit à la chose comme le droit personnel, mais un droit sur la chose, et donc s'oppose à la propriété d'un bien appartenant à une personne publique ».

³¹¹⁴ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 683.

³¹¹⁵ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, *op. cit.*, p. 102-103.

³¹¹⁶ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 98.

³¹¹⁷ Ph. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 399 : « Parler de démembrement du droit de propriété revient à reconnaître qu'un droit réel a pour conséquence de priver le propriétaire de l'exercice de certaines prérogatives

consiste à opérer une analogie entre le droit du gestionnaire et le droit de l'occupant sur le domaine public afin d'identifier la prérogative qui a été transférée. Cela supposerait d'adopter une approche phénoménologique et substantialiste de la propriété publique, structurée autour du triptyque *usus, fructus, abusus*, vecteur d'une vision fragmentée du droit de propriété. L'occupant aurait, au regard de son droit de jouissance, une forme d'*usus* sur la parcelle occupée, il aurait le *fructus* dans la mesure où il tire profit de son occupation, il bénéficierait également d'un *abusus* au regard de la possibilité de consentir des droits réels accessoires. L'occupant aurait en somme une maîtrise sur la parcelle occupée qui se substituerait à celle du gestionnaire. Or, en réalité, il n'y a aucune délégation de pouvoir. D'une part, en raison de l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion, la personne publique continue à exercer ses prérogatives, elle tire profit de l'occupation en réclamant une redevance domaniale, elle possède toujours la jouissance de la parcelle, directement ou indirectement. Elle détient toujours l'*abusus* car elle contrôle la constitution des droits réels accessoires. En écho à la démonstration de Rigaud³¹¹⁸, l'octroi du droit réel ne coïncide pas avec une divisibilité de la propriété publique puisque la personne publique a le dernier mot sur les usages domaniaux³¹¹⁹. D'autre part et surtout, le pouvoir de gestion ne se situe pas au même niveau que la maîtrise de l'occupant : il la surplombe. Il est impossible de confondre le rapport du pouvoir de gestion sur la dépendance et celui de l'occupant sur son espace occupé. La seule réserve peut naître du rapprochement entre le droit réel et le droit de superficie³¹²⁰. Effectivement, il s'agit non seulement d'accorder un droit de jouissance sur le domaine public, mais aussi de limiter l'accession, attribut de la propriété publique. Néanmoins, limitation du droit de propriété ne signifie pas délégation d'une de ses composantes. La finalité du droit de superficie n'offre pas la possibilité pour la personne privée d'être propriétaire des biens de la personne publique, elle a juste vocation à empêcher pour un temps que la personne publique puisse revendiquer la propriété des constructions³¹²¹. Le démembrement est lié à une logique de réification de la propriété, qui est confondue avec la chose alors qu'il est nécessaire de les distinguer. Le droit

ordinairement attachées au droit de propriété » ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 584 : « La constitution d'un droit réel, en d'autres termes le démembrement du droit de propriété, aboutit bien à une forme d'aliénation partielle du bien sur lequel elle porte ».

³¹¹⁸ L. RIGAUD, *La théorie des droits réels administratifs*, *op. cit.*, p. 162-163.

³¹¹⁹ Supra [Partie II, Titre II, Chapitre II, Section III].

³¹²⁰ V. de manière générale, sur le droit de superficie, F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 7^e éd., *op. cit.*, 2006, p. 683 : « La qualification de droit sur la chose d'autrui plutôt que de démembrement ne se heurte à aucune objection, du moins pour les droits réels autres que le droit de superficie » (on souligne).

³¹²¹ G. Ripert produit un raisonnement quelque peu similaire au sujet de la servitude, v. G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans les rapports avec les propriétés voisines*, *op. cit.*, p. 306 : « s'il y avait véritablement démembrement, le propriétaire du fonds servant ne pourrait plus user du tout de sa chose, tandis qu'au contraire il peut en user à la condition de ne pas contrarier la jouissance spéciale que son voisin en retire ».

réel est un transfert des utilités d'une dépendance domaniale, et non un transfert d'une parcelle de la propriété publique à destination de l'administré.

C. La distinction structurelle entre la propriété publique et les droits réels

602. L'idée de démembrement n'est pas qu'une commodité de langage, elle véhicule une perception particulière et conflictuelle qui ne correspond pas à la relation entre le propriétaire et le titulaire d'un droit réel. Il faut évacuer l'élément de démembrement dans la définition du droit réel pour arriver à ce constat, similaire à celui autrefois retenu par Troplong au sujet des conventions de bail : le droit réel ne démembré pas le droit de propriété, « il le met en état de rapport au lieu de le fractionner ; il rend la propriété féconde au lieu d'en retrancher aucune de ses parties utiles »³¹²². En vue de la valorisation du domaine public et des mécanismes de collaboration, le droit réel change de dimension et de signification, « il est puissance auxiliaire et non puissance rivale »³¹²³ du pouvoir de gestion. L'abandon de la notion de démembrement ne peut passer que par la caractérisation d'une distinction catégorielle entre la propriété et les droits réels, fondée sur le constat que ces deux droits ne possèdent pas la même identité structurelle. L'approche structurelle renseigne sur un point essentiel : le droit réel est un dérivé de l'exercice de la propriété et il est tributaire d'une décision du gestionnaire.

La différenciation entre la propriété et les autres droits réels est déjà présente dans les écrits de Vareilles-Sommières. Selon l'auteur, la propriété ne peut pas avoir une nature identique à celle des droits qui la restreignent, sinon il y aurait non pas un propriétaire, mais deux, sur la même chose³¹²⁴. La logique est incontestable. Cependant, Vareilles-Sommières ne donne pas de définition du droit réel. Le mérite revient à Ginossar d'avoir envisagé le premier, sur les traces de Chauveau³¹²⁵, la distinction entre les droits réels et la propriété en fonction de leurs structures respectives³¹²⁶. Le droit réel est purgé de toute référence au modèle de la propriété, il est replacé dans une structure obligationnelle et, chemin faisant, il est rapproché de la notion doctrinale d'obligation réelle (obligation *propter rem*)³¹²⁷. Cette dernière est aussi distincte de l'« obligation passive universelle » si chère aux théoriciens personnalistes. À la différence de la propriété qui met face à face le propriétaire et la chose, le droit réel institue un

³¹²² R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, Charles Hindray, 1852, p. 66. Sur ce point, M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 78.

³¹²³ *Ibid.*

³¹²⁴ M. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *préc.*, spéc. p. 443 et s.

³¹²⁵ M. CHAUX, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit.*, 1931, p. 539.

³¹²⁶ Sur ce point, F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, *op. cit.*, p. 100 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 89.

³¹²⁷ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op.cit.*, p. 90-94. Sur la notion d'obligation réelle, v. de manière générale, J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, PUAM, 2002.

rapport intersubjectif entre un sujet actif et un sujet passif. Il est corrélatif à une obligation, au bénéfice de son titulaire (sujet actif), qui pèse sur la chose et donc sur le propriétaire (sujet passif). Le droit réel s'éloigne de la notion de propriété pour se rapprocher de celle de droit personnel, il est un droit subjectif structuré autour d'une obligation juridique et il porte nécessairement sur la chose d'autrui. La théorie de l'obligation réelle a connu une postérité dans la doctrine civiliste, mais aussi dans la doctrine publiciste par la voix de S. Fourmond³¹²⁸. L'auteur évacue la notion de démembrement de la définition des droits réels. Surtout, l'intégration du concept d'obligation réelle, dans son analyse des droits réels sur le domaine public, présente l'avantage d'insister particulièrement sur la relation qui unit le gestionnaire et le titulaire d'un droit réel sur une dépendance domaniale. L'intégration du concept d'obligation réelle apporte aussi une justification à la finalité première du droit réel sur le domaine public : assurer une plus grande stabilité à la situation juridique de l'occupant. Le droit réel institue une situation juridique subjective au sens de Roubier, un entrelacs de droits et de devoirs, et la limitation du pouvoir de gestion provient d'une obligation réelle qui pèse sur la personne publique.

603. Cependant, cette démonstration n'est pas pleinement satisfaisante, dans la mesure où le droit réel y est tributaire de l'obligation réelle. Puisque le gestionnaire peut se soustraire à tout moment de l'obligation en raison de la règle de précarité, le caractère réel du droit a peu d'incidence et de signification. Ce serait rouvrir la porte au discours qui s'oppose au droit réel en raison de son opposabilité résiduelle face au pouvoir de gestion. Aussi, dans la mesure où cette démonstration repose sur un système obligationnel, elle occulte le rapport de l'occupant vis-à-vis de la dépendance domaniale. Tout en gardant la structure intersubjective du droit réel, une autre voie peut être empruntée, qui consiste à définir le droit réel comme le droit sur la chose d'autrui dont la matière est le service rendu par la chose. Le droit réel est le mécanisme par lequel un administré accède aux utilités de la dépendance domaniale. Le rapport intersubjectif est préservé parce que l'administré ne peut pas accéder à la dépendance sans une décision de l'autorité gestionnaire, cette faculté est entièrement dépendante de la volonté du gestionnaire et le droit réel n'est possible qu'en raison de la limitation apportée à la propriété publique. Le droit réel n'est pas opposé au droit de propriété publique, il est l'expression de son *domaine*. Le propriétaire public consent volontairement au partage des utilités de la dépendance domaniale.

³¹²⁸ V. de manière générale, S. FOURMOND, *Occupations privatives du domaine public et droit des patrimoines : le droit des biens à l'aune de l'obligation réelle*, Thèse Nantes, 2000. V. aussi du même auteur, « L'obligation réelle et le domaine public », in *Perspectives du droit public. Mélanges offerts à J.-C. Hélin*, Litec, 2004, p. 287.

Mais cela ne doit pas aboutir à voir dans le droit réel, à l'instar de certains auteurs privatistes, un droit-prestation au même titre que le droit personnel³¹²⁹. L'assimilation est regrettable et source de confusion, le caractère réel du droit perd dans ce cas sa spécificité. Lorsqu'il est constitué, le droit réel est un rapport direct à la chose et il reste indéniablement une forme de *jus in re* qui représente un rapport entre l'administré et la dépendance domaniale, bien que différent de celui existant entre le propriétaire public et le domaine public³¹³⁰. L'objet d'un droit personnel est la prestation de la personne publique gestionnaire ; cette prestation n'est que la cause du droit réel dont l'objet exclusif est l'accapuration des utilités de la dépendance domaniale³¹³¹.

CONCLUSION CHAPITRE I

604. Objet controversé, le droit réel administratif a en effet fait l'objet d'un débat doctrinal à partir du XIXe siècle. Pour ses zéloteurs, le droit réel offre une stabilité pour l'occupant, il est aussi au fondement d'un pouvoir sur le domaine public, à côté de la propriété de la personne publique sur le domaine public ; il est en somme une manière d'appréhender les rapports entre le gestionnaire et les occupants du domaine public, sur des fondements subjectivistes. Pour ses opposants, il est tout simplement un concept impropre à décrire les relations entre les usagers et l'administration. Pour les tenants du droit objectif, la notion de « situation juridique » est préférable, plus souple pour comprendre le statut de l'occupant privatif. De manière générale, des auteurs, tels que de Laubadère, considèrent que le droit réel sur le domaine public est impossible en raison de la règle d'inaliénabilité qui exclut tout type de démembrement. Le fond du débat tourne autour de la définition même du droit réel. Les partisans du droit réel ont, dans une certaine mesure et de manière paradoxale, limité son développement en axant sa définition sur son opposabilité qui, à l'évidence, est résiduelle vis-à-vis du pouvoir de gestion.

605. Le juge administratif ne fut pas non plus le relais de la théorie des droits réels administratifs. Hormis quelques parenthèses, le droit réel est exclu de la domanialité publique

³¹²⁹ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 92.

³¹³⁰ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, p. 471 : « Les droits réels forment en effet un rapport aux choses différent de la propriété. Comme elle, ils sont une prérogative dont jouit une personne sur un bien, mais ils s'en distinguent radicalement en ce qu'ils portent sur la chose d'autrui ».

³¹³¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op.cit.*, 2008, p. 456 : « Ce qui fait que ce droit n'est pas une obligation, même réelle, c'est que c'est la chose qui constitue la cause du service et non pas la personne, fût-elle abstraitement définie comme le propriétaire de la chose grevée. La réalité des droits sur la chose d'autrui provient fondamentalement de ce qu'ils constituent un droit aux utilités d'une chose et non pas à un service rendu par une personne ».

et reste, en conséquence un objet strictement doctrinal malgré les efforts de certains auteurs, tels que Lenoir ou Denoyer, qui ont milité pour sa reconnaissance en droit positif. Les évolutions jurisprudentielles plus récentes ont même traduit une opposition plus profonde. L'inaliénabilité du domaine public est évoquée avec force. Ce n'est qu'à partir d'une prise de conscience de la nécessaire adaptation de la domanialité publique que le droit réel, par la voix du législateur, est intégré. Le droit réel renouvelle les rapports entre le gestionnaire et les occupants du domaine public : construction des ouvrages, hypothèques, crédit-bail accentuent la valorisation du domaine public et préfigurent aussi un changement de signification du rapport de droit entre l'occupant et la personne publique. Le domaine public est la scène de rapports de type réel. Néanmoins, une telle lecture n'est ni suffisante ni satisfaisante. Pour comprendre ces rapports, il était néanmoins nécessaire de s'intéresser à l'objet et aux effets du droit réel afin de retrouver une unité, en dépit de la dissymétrie entre les régimes des domaines publics nationaux et locaux et en raison de la multitude des textes. Déjà promu par certains auteurs, comme le Professeur Y. Gaudemet, un rapprochement entre le droit réel et le droit de superficie s'est imposé dans notre étude pour souligner la particularité du droit réel sur le domaine public, mais aussi pour livrer une autre représentation des rapports entre le gestionnaire et l'occupant, une représentation non conflictuelle où l'utilisateur collabore à la gestion du domaine public. Une définition structurelle du droit réel est privilégiée au détriment d'une vision fondée sur le rayonnement du droit, vision problématique à la lumière des rapports avec l'administration. Le droit réel n'est pas en opposition avec le pouvoir de gestion, il en est le produit. Il reste que le domaine public est un espace en partage entre le gestionnaire et l'occupant, les mécanismes de droit réel organisent une forme de communauté sur le bien public, qui ressurgit nécessairement sur les modalités d'exercice du pouvoir de gestion. Ce dernier ne perd pas néanmoins sa prédominance sur les utilisations du domaine public. Afin de parachever notre proposition de définition du pouvoir de gestion, il s'agit de s'intéresser aux prérogatives qui permettent à la personne publique de s'assurer la maîtrise du domaine public.

CHAPITRE II. LA PRÉDOMINANCE DU POUVOIR DE GESTION SUR LES UTILISATIONS DU DOMAINE PUBLIC

606. Le domaine public est soumis à des processus plus accrus de circulation des utilités. Le pouvoir de gestion noue des rapports de droit avec les administrés sur le domaine public. Au gré des évolutions du droit domanial, le pouvoir de gestion combine des dimensions économiques et patrimoniales tout en gardant son identité de puissance publique. En effet, le pouvoir de gestion peut être le support d'une offre économique, il est une puissance propriétaire attribuant des droits sur le domaine public, mais il crée aussi un rapport de droit spécifique vis-à-vis des usagers et vis-à-vis des administrés en général. Principalement, prédominent la supériorité et l'unilatéralité du pouvoir de gestion, moins son originalité dans la mesure où il existe des manifestations similaires en droit privé³¹³². Pour saisir la spécificité du rapport de droit qu'il institue, il faut privilégier une approche subjective du pouvoir de gestion à travers la prise en compte de ses effets juridiques sur les administrés. Il s'agit d'analyser son empiètement sur la sphère juridique du particulier, c'est-à-dire, pour être plus précis, d'en voir les conséquences sur la « situation juridique »³¹³³ du particulier *dans son propre rapport à la dépendance domaniale*. Il s'agit également de saisir les modalités de la modification de la situation juridique des particuliers.

Le pouvoir de gestion produit des effets juridiques aux fins de l'intérêt général et de la protection de l'affectation. Certaines prérogatives s'imposent à l'administré dans un contexte principalement non consensuel, en ce sens que l'occupant n'est pas dans une situation juridique où il « a eu l'occasion d'exprimer son consentement avant ou après l'édition de l'acte »³¹³⁴. Outre la médiation incarnée par le pouvoir de gestion au niveau de l'accès à la dépendance domaniale, le pouvoir de gestion agrège une somme de prérogatives qui structurent les utilisations du domaine public. Pour dresser une typologie, la méthode inductive ne peut être retenue, il est impossible de dresser *a priori* la liste des prérogatives issues du pouvoir de gestion : les choix opérés sont toujours tributaire d'une certaine représentation de la propriété et la pertinence des critères retenus prête toujours à discussion.

³¹³² X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Puissance publique, puissance privée », préc.

³¹³³ La notion de situation juridique est prise ici dans son sens subjectif et non objectif.

³¹³⁴ Dans le contexte du droit privé, notamment du droit du travail, le consentement est présent, il « ne porte pas nécessairement sur l'acte lui-même mais, au minimum, sur la situation juridique qui emporte l'assujettissement à l'acte » in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 184. Le contrat est notamment à la source du rapport de pouvoir. Sur ce point, v. R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.*, 1907, p. 245 ; L. AYNÈS, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 9. Sur le lien entre prérogative de puissance et absence de consentement, v. J. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd., 1960, *op. cit.*, p. 77 ; Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. II, 1982, *op. cit.*, p. 409.

Pour ces raisons, il est nécessaire de privilégier une méthode déductive. Il faut retenir les prérogatives que le droit positif impute au pouvoir de gestion. Le résultat de cette analyse est que le pouvoir de gestion est une prérogative de réglementation³¹³⁵ (**Section I**), une prérogative de contrôle (**Section II**) et une prérogative d'exclusion (**Section III**). Le pouvoir de gestion est traversé par un mouvement général : l'usage de ces prérogatives ne coïncide pas avec la négation totale du statut de l'administré en tant que sujet de droit. Toutes ces prérogatives s'insèrent dans un nouveau paradigme. Dans sa version moderne, le cadre juridique du pouvoir de gestion, dominé désormais par les droits réels et la protection des libertés, est guidé par la recherche plus poussée d'un équilibre entre les prérogatives du gestionnaire et les droits et intérêts des usagers.

SECTION I. LE POUVOIR DE GESTION, UN POUVOIR DE RÉGLEMENTATION

607. Le pouvoir de réglementer les usages domaniaux est une réminiscence de la période de l'exclusivité du pouvoir de police. Le pouvoir de gestion s'est peu à peu substitué au pouvoir de police³¹³⁶, sans pour autant l'exclure. Le domaine public est soumis à deux pouvoirs de réglementation distincts : le pouvoir de police est circonscrit à la protection de l'ordre public et le pouvoir de gestion vise l'intérêt général. Aussi, le pouvoir de police a vocation à réglementer les activités qui s'exercent sur le domaine public, alors que le pouvoir de gestion est davantage axé sur la réglementation des usages que sur celle des activités. Dans les rapports de droit entre la personne publique et les usagers, le pouvoir de gestion a la faculté d'orienter, de réglementer les utilisations sur le domaine public. Le *vinculum juris* est loin de l'autonomie de volonté que postule un accord contractuel, au moins une justice commutative³¹³⁷. L'acte de gestion est le produit d'une « volonté douée d'une efficacité exceptionnelle [...] infiniment plus efficace que celle des particuliers »³¹³⁸ dans la définition du contenu des rapports avec les administrés. Cette définition de la volonté doit cependant subir quelques ajustements, elle ne coïncide ni avec l'idée civiliste du pouvoir de volonté, ni avec celle de puissance souveraine. Elle signifie que l'acte de gestion, en tant que pouvoir juridique, a une portée normative qui s'impose à l'usager, c'est-à-dire que le pouvoir de gestion institue des obligations juridiques, générales ou individuelles, qui conditionnent les utilisations du domaine public (§1). En outre, parce que le droit positif a retenu un lien entre droit de propriété, patrimonialisation et

³¹³⁵ Le terme « réglementation » est pris dans un sens large : la production de règles juridiques, générales ou individuelles.

³¹³⁶ P. LAFAGE, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, op. cit., p. 206.

³¹³⁷ R. BONNARD, « La conception juridique de l'État », préc.

³¹³⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 5^e éd., op. cit., p. 225.

valorisation, l'autre domaine privilégié du pouvoir de gestion est la détermination des conditions financières des usages domaniaux (§2).

§1. LA DÉTERMINATION DES CONDITIONS D'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC

608. Dans le prolongement du débat qui entoure le fondement du pouvoir de gestion, la réglementation des usages sur le domaine public a fait l'objet de vives discussions³¹³⁹, sur lesquelles il n'est pas nécessaire de revenir³¹⁴⁰. La propriété publique est la source de la maîtrise de la dépendance domaniale, dont une des traductions est la détermination des conditions d'utilisation par le biais de la création de normes juridiques. Aussi, la faculté de déterminer les conditions de l'utilisation du domaine public est une question de technique juridique. Cette notion ne doit pas être comprise comme « la mise en forme »³¹⁴¹ faite par le juriste pour ordonner le droit afin de le rendre plus intelligible³¹⁴². À la lumière la doctrine de la déclaration de volonté³¹⁴³, il s'agit plutôt d'appréhender l'ensemble des instruments, « outils juridiques », « procédés »³¹⁴⁴, autant de manifestations du pouvoir de gestion, qui édictent les conditions d'utilisation ou qui permettent de produire des « effets de droit »³¹⁴⁵ à l'égard des usagers du domaine public. Toute la question concerne justement la détermination du contenu et de l'objet des « effets de droit ». La jurisprudence administrative a été déterminante dans les évolutions des outils juridiques et dans la définition de leur contenu. Son « libéralisme » est tel que le pouvoir de réglementer les activités des usagers est intégré dans le giron du pouvoir de gestion, même si, il faut le reconnaître, la distinction historique du droit sur les personnes et du droit sur les choses³¹⁴⁶ s'en trouve troublée (I). Le pouvoir de gestion n'en reste pas moins un pouvoir encadré et la tendance jurisprudentielle récente est à une attention plus particulière au contenu des actes de gestion, au nom de la protection des intérêts des usagers (II).

³¹³⁹ J. DUFAU, « Propriété publique et domanialité publique », préc.

³¹⁴⁰ V. *supra* [partie I, Titre II, Chapitre II].

³¹⁴¹ J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruylant-Sirey, 1935, p. 57.

³¹⁴² Sur cette définition de la technique juridique, B. PLESSIS, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, p. 71.

³¹⁴³ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*, F. Pichon, 1901, Paris, p. 2 : « de là le nom de Déclaration de volonté, donné à toute volonté se manifestant extérieurement en vue d'un résultat juridique à réaliser ; qu'elle doive le produire à elle seule, par voie de déclaration concordante venant concourir avec elle, peu importe »

³¹⁴⁴ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie*, *op. cit.*, p. 276 et s.

³¹⁴⁵ Sur cette notion, J. M. DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse, Toulouse, 1951, p. 180.

³¹⁴⁶ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, 1802, rééd. 2010, Dalloz, p. 136.

I. La puissance créatrice du pouvoir de gestion

609. Pour analyser le pouvoir de gestion, il est préférable de prendre le contre-pied des théories objectivistes selon lesquelles « l'effet de droit est consécutif à l'acte et non créé par ce dernier »³¹⁴⁷. L'acte de gestion ne se contente pas de déclencher un impératif contenu dans une règle de droit objective, modifiant une situation juridique. Selon un point de vue dynamique, la production des effets de droit s'inscrit dans la puissance créatrice du pouvoir de gestion, produit de la volonté de la personne publique. Le pouvoir de gestion agrège un ensemble d'instruments créateurs d'obligations qui structurent les « situations juridiques » des usagers du domaine public (**A**). Il est dès lors question, dans une perspective subjectiviste, d'analyser l'objet des obligations instituées par le pouvoir de gestion. Non seulement le pouvoir de gestion est un pouvoir sur la dépendance domaniale, mais il est aussi, dans une certaine mesure, un pouvoir sur les personnes, définies par leur statut d'usagers (**B**).

A. Les instruments juridiques au service de la gestion du domaine public

610. Les rapports des usagers à la dépendance domaniale sont dominés par le pouvoir de gestion. Dans une perspective dynamique et volontariste, la propriété publique est, à l'instar de la propriété privée³¹⁴⁸, le fondement de la production d'actes juridiques. Pour ainsi dire, la propriété publique fournit à la personne publique une aptitude générale à produire du droit. Mais, le droit positif, particulièrement le droit domanial, reconnaît une force particulière à la gestion domaniale qui conditionne les utilisations du domaine public. La maîtrise de la personne publique implique la détermination des rapports des administrés vis-à-vis du domaine public, mais il ne s'agit pas que de l'octroi d'un droit, principalement de type réel, sur le domaine public. La portée normative du pouvoir de gestion s'exprime aussi par la création d'obligations qui s'effectue par deux biais : la production de règles générales et la détermination des conditions des utilisations individuelles. Dans les deux cas, la personne publique bénéficie d'un *privilege* dans la détermination des conditions des usages domaniaux.

La production de règles générales par le procédé de réglementation est la première marque de la portée normative du pouvoir de gestion. Pour citer quelques exemples, elle est admise pour réglementer le domaine public maritime³¹⁴⁹, l'utilisation des ports maritimes³¹⁵⁰, l'utilisation de la voirie publique par les taxis³¹⁵¹, l'affichage publicitaire sur le domaine public

³¹⁴⁷ A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, p. 347.

³¹⁴⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 314.

³¹⁴⁹ CE, 14 oct. 1991, Hélie : *Rec.*, p. 927.

³¹⁵⁰ CE, 2 juin 1972, Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes, préc.

³¹⁵¹ CE, 4 mai 1929, Lefebvre du Grosrieux : *Rec.*, p. 470.

local³¹⁵², la desserte des taxis sur le domaine public ferroviaire³¹⁵³. La faculté pour le gestionnaire de poser les jalons de l'utilisation, collective ou privative, du domaine public est reconnue par le juge administratif sans que celui-ci s'appuie nécessairement sur un fondement textuel précis. La production d'une réglementation domaniale est rattachée soit directement à la gestion³¹⁵⁴, selon la formulation de la jurisprudence *SNEC*³¹⁵⁵, soit en référence aux « principes généraux de la domanialité publique »³¹⁵⁶, ayant principalement en vue le principe finaliste de « la bonne utilisation du domaine public »³¹⁵⁷, « l'intérêt de la gestion » ou « un intérêt général s'attachant pour la Ville, gestionnaire du domaine, à la promotion des activités culturelles sur son territoire »³¹⁵⁸.

611. La portée normative du pouvoir de gestion s'épanouit surtout dans la détermination des conditions individuelles d'utilisation du domaine public, dont les possibilités varient en fonction du caractère, contractuel ou unilatéral, de l'autorisation domaniale. Le contrat d'occupation du domaine public est l'instrument premier de la création d'obligations à destination de l'utilisateur. Une première analyse consiste à voir dans le contrat un « entrecroisement de droits et de devoirs »³¹⁵⁹. En partant du dogme de l'autonomie de volonté – qui est dans une certaine mesure pertinent pour décrire les relations entre la personne publique et l'administré³¹⁶⁰ –, le contrat d'occupation est le produit d'une rencontre de volontés³¹⁶¹ qui détermine le contenu des obligations dotées d'une force juridique³¹⁶². Une seconde analyse est cependant préférable. Acte juridique de gestion³¹⁶³ (distinct de

³¹⁵² CE, 6 mai 1969, Sté Affichage Giraudy, préc. Sur la réglementation de l'usage publicitaire, v. J.-P. STREBLER, « L'usage du domaine public à des fins publicitaires », *AJPI*, 1996, p. 462 ; du même auteur, « Le juge administratif et la réglementation locale de publicité », *AJPI*, 1996, p. 987 ; du même auteur, « L'implantation des publicités scellées au sol », *AJPI*, 1993, p. 854.

³¹⁵³ CE, 6 juin 2001, Commune de Vannes : *CJEG*, 2002, p. 19, note A. Laget-Annamayer.

³¹⁵⁴ Par exemple, au sujet de l'implantation de palissades, v. CE, 7 janv. 1987, Ville de Bordeaux : *AJDA*, 1987, p. 428 : « Il n'appartient qu'à l'autorité chargée de la gestion du domaine public d'autoriser l'établissement de palissades sur la voie publique pour la clôture des chantiers et, par voie de conséquence, de réglementer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation, que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles doit satisfaire l'affichage sur ces palissades » (on souligne).

³¹⁵⁵ CE, 20 déc. 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, préc.

³¹⁵⁶ CE, 14 oct. 1991, Hélie, préc.

³¹⁵⁷ CE, 6 nov. 1998, Association des bouquinistes des quais de Paris : *D.*, 1999, IR, p. 6.

³¹⁵⁸ CE, 15 mai 2013, Ville de Paris : *AJDA*, 2013, p. 1023. V. aussi S. BRACONNIER, « La qualification erratique des contrats de mobilier urbain », *RDI*, 2013, p. 367.

³¹⁵⁹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 53.

³¹⁶⁰ Sur ce point, S. NICINSKI, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Guibal*, t. I, Presses de la Faculté de Montpellier, p. 45.

³¹⁶¹ J. DUFAU, *Le domaine public*, 2001, *op. cit.*, p. 449.

³¹⁶² Sur la force normative du contrat et l'autonomie de volonté, G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 357 et s. ; L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, La Mémoire du Droit, réimpression de l'édition de 1920, 1999, p. 119

³¹⁶³ S. MANSON, « L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre », *RDP*, 2009, p. 19.

l'autorisation conventionnelle³¹⁶⁴), le contrat prolonge la portée normative du pouvoir de gestion dans la mesure où il détermine les obligations juridiques à destination de l'occupant. Mais, le contenu de ces obligations est moins le produit d'une rencontre de volontés que le résultat de la prédominance de la personne publique dans la naissance des rapports de droit. Surtout en matière d'usage compatible, la discrétionnalité du pouvoir de gestion se traduit, en plus de la liberté dont il dispose de choisir son cocontractant, par une marge d'appréciation sur les conditions d'octroi et sur celles qui régissent l'occupation. Toutefois, il ne s'agit pas d'adhérer à la théorie objectiviste de l'acte-adhésion³¹⁶⁵, ni à certaines théories du contrat d'adhésion³¹⁶⁶, qui nient à ces actes un caractère véritablement conventionnel. Mais, au lieu d'évoquer l'accord de volontés, il est possible de mentionner l'accord de consentement, en abandonnant partiellement la dialectique entre le pouvoir de volonté et le consentement³¹⁶⁷. Aussi le contrat domanial est un autre exemple de la relativisation de l'opposition entre la volonté et le consentement, systématisée par le Professeur M.-A. Frison-Roche, selon qui « la force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du consentement »³¹⁶⁸. Pour modérer son propos, il faut considérer que la volonté de l'occupant ne peut pas être niée, mais qu'elle s'incline devant celle de la personne publique. C'est dire que l'accord de consentements, utilisé par le juge administratif pour caractériser l'aspect contractuel de l'autorisation³¹⁶⁹, intervient davantage sur le plan sur la juridicité (ou validité³¹⁷⁰) des obligations – c'est-à-dire au stade de la perfection de la déclaration de volonté selon Saleilles³¹⁷¹ – que sur celui de la définition de leur contenu. Cette analyse n'est pas sans conséquence sur le *negotium* du contrat domanial. La juridicité du contrat ne se limite pas à l'autorisation d'occuper le domaine public³¹⁷² : son contenu s'est élargi pour épouser des préoccupations liées au domaine public au-delà des buts

³¹⁶⁴ C. BRÉCHON, « Une technique juridique explosive : l'autorisation conventionnelle d'occupation du domaine public », in *Mélanges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 753. V. aussi, B. PLESSIX, « Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif », préc.

³¹⁶⁵ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, p. 13.

³¹⁶⁶ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté...*, 1901, *op. cit.*, n° 89 ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 206. Sur la critique de ces positions, v. L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Mélanges F. Gény*, *op. cit.*, p. 333.

³¹⁶⁷ G. PIGNARRE, « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », *RDC*, 2011, p. 611.

³¹⁶⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

³¹⁶⁹ Pour un exemple jurisprudentiel, CE, 8 nov. 1972, SNCF : *Rev.*, p. 711 : « Considérant que l'accord en vertu duquel le syndicat des artisans du taxi de la ville de Toulouse et de la Haute-Garonne a installé un poste téléphonique sur le mur du bâtiment de la gare des voyageurs de Toulouse-Matabiau présente le caractère d'un contrat ».

³¹⁷⁰ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. I, *op. cit.*, p. 421-423.

³¹⁷¹ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté...*, 1901, *op. cit.*, p. 127. Le stade de perfection est celui où « la déclaration conquiert son efficacité et devient parfaite au point de vue juridique ».

³¹⁷² B. PLESSIX, « Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif », préc.

de police et de conservation³¹⁷³. L'évolution était déjà en amorce dans l'arrêt *Lesbats* du 25 août 1864³¹⁷⁴. Après avoir affirmé que « les conditions imposées aux entrepreneurs de voitures publiques sont légales dès lors qu'elles ont pour but le service public et l'exploitation prise à un point de vue général », la Cour de cassation reconnaît légale l'obligation imposée à un entrepreneur de desservir tous les trains à l'arrivée comme au départ, car « une telle clause a pour objet les nécessités impérieuses du service ; elle se rattache essentiellement à l'ensemble de l'exploitation générale qui serait compromise par son inexécution ». La jurisprudence judiciaire préfigure une jurisprudence administrative dont la teneur est de faire de la concession de service public (ou concession de voirie³¹⁷⁵) le lieu primitif de création d'obligations contractuelles qui orientent l'utilisation du domaine public dans l'intérêt des usagers³¹⁷⁶. Le contrat domanial a lui-même évolué à tel point qu'il est parfois à la lisière de la délégation de service public³¹⁷⁷. Diverses obligations, inspirées « par le souci d'assurer la meilleure utilisation du domaine public », peuvent agrémenter l'autorisation d'occupation du domaine public : elles conditionnent, pour reprendre les termes du Tribunal des conflits usant d'un vocable subjectiviste, « le rapport juridique »³¹⁷⁸ entre les cocontractants, et entre l'utilisateur et la dépendance domaniale.

612. À côté du contrat domanial, la faculté d'implanter des conditions particulières ou des obligations dans les autorisations unilatérales s'est réalisée au prix d'une évolution de cet instrument juridique, remodelé par le juge administratif afin d'embrasser la dimension volontariste du pouvoir de gestion. Du point de vue du juge, la capacité de produire des obligations individuelles par le biais d'une autorisation unilatérale est un enjeu de technique juridique, en d'autres mots elle relève de « l'art des moyens juridiques, qui doivent permettre d'atteindre le but recherché par la politique juridique »³¹⁷⁹. Sous l'ère de l'exclusivité des pouvoirs de police, les actes unilatéraux ne pouvaient pas être assortis de conditions ou

³¹⁷³ Sur ce point, Ch. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, 1^e éd., *op. cit.*, 1996, p. 152.

³¹⁷⁴ Cass. Crim., 25 août 1864, *Lesbats*, *DP* ; 65.1.48, cité par J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 159.

³¹⁷⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 8^e éd., 1914, *op. cit.*, p. 733 : « le concessionnaire occupe le domaine public en vue d'une entreprise qui est érigée en service public et qui, par suite, est accompagnée de cahier des charges et de tarif maximum ».

³¹⁷⁶ Dans une perspective historique, v. M. HAURIOU, « Dangers des monopoles de fait établis par occupation de la voie publique. Le gaz et l'électricité », *RDP*, 1894, p. 78. Pour des jurisprudences plus récentes, v. CE, 21 juin 2000, *Sarl Plage « Chez Joseph »*, *préc.* ; CE, 11 déc. 2000, *Mme Agofroy* : *AJDA*, 2001, p. 193, note M. Raunet et O. Rousset.

³¹⁷⁷ CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris* : *Rec.*, p. 439 ; *BJCP*, 1999, p. 434, concl. Bergeal, note R. S. ; CE, 3 déc. 2010, *Ville de Paris c/ Association Paris Jean Bouin*, *préc.*

³¹⁷⁸ Notion utilisée par le Tribunal des conflits, v. TC, 3 déc. 1979, *Ville de Paris* : *Rec.*, p. 578.

³¹⁷⁹ La notion de technique juridique doit s'entendre ici comme « un élément extérieur, formel et logique : c'est ce qu'on appelle parfois la "juridicité" » (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 88). V. aussi F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, 1921, *op. cit.*, p. 18.

d'obligations imposées au destinataire autres que celles édictées au nom de l'ordre public³¹⁸⁰ et mis à part les cas prévus par la loi. La conception étroite des autorisations unilatérales, reliquat d'une assimilation avec l'acte de police³¹⁸¹, a été abandonnée définitivement par les jurisprudences *Chambre syndicale des entrepreneurs*³¹⁸² et *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*³¹⁸³, réduisant par la même occasion sur un plan matériel la frontière entre les catégories d'autorisation conventionnelle et d'autorisation unilatérale³¹⁸⁴. La situation juridique de l'occupant est « différente de celle d'un concessionnaire », mais ses obligations « peuvent être les mêmes » dans leur contenu, estime le Commissaire du gouvernement B. Chenot³¹⁸⁵. Plus précisément, la jurisprudence admet qu'une autorisation unilatérale soit assujettie à des conditions très variées, édictées dans l'intérêt général et dans l'intérêt du domaine, voire qu'elle soit assortie d'obligations qualifiées « de service public ». La frontière entre les actes unilatéraux et les contrats est d'autant plus réduite qu'ils peuvent l'un et l'autre être accompagnés d'un cahier des charges consignait les obligations³¹⁸⁶. En définitive, la personne publique gestionnaire pose les conditions en amont de l'autorisation, il lui appartient, selon la jurisprudence *SNEC*, « de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation » ou les contrats domaniaux³¹⁸⁷.

B. Le pouvoir de gestion : un pouvoir de réglementation des utilisations et des activités se déroulant sur le domaine public

613. L'acte unilatéral et le contrat sont des instruments juridiques qui formalisent une manifestation de volonté, ils sont deux extériorisations du pouvoir de gestion au fondement d'obligations juridiques. Mais ils ne sont pas que « l'enveloppe »³¹⁸⁸ de la volonté gestionnaire, ils assurent sa juridicité, dont la portée s'est approfondie à la faveur des préceptes issus de la jurisprudence administrative, à tel point qu'il apparaît difficile de maintenir cette affirmation :

³¹⁸⁰ CE, 30 janv. 1914, Magnard : *Rec.*, p. 110.

³¹⁸¹ C. BRÉCHON, « Une technique juridique explosive : l'autorisation conventionnelle d'occupation du domaine public », préc.

³¹⁸² CE 23 juin 1939, Chambre syndicale des entrepreneurs : *Rec.*, p. 420.

³¹⁸³ CE, sect., 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale : *Rec.*, p. 129 ; *S.*, 1945, 3, p. 15 ; *D.*, 1944, p. 164, concl. Chenot ; *RDP*, 1944, p. 236, concl. Chenot, note Jèze.

³¹⁸⁴ C. MAMONTOFF, « Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Guibal*, t. I, *op. cit.*, p. 517.

³¹⁸⁵ B. CHENOT, concl. sur CE, 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale : *RDP*, 1944, p. 236.

³¹⁸⁶ Sur ce point, J.-M. AUBY, « Les contrats comportant occupation du domaine public », *D.*, 1953, p. 99 ; J. DUFAU, *Le domaine public*, 2001, *op. cit.*, p. 451. Pour un exemple jurisprudentiel, CE 15 mars 1996, Syndicat des artisans fabricants de pizza non sédentaires Provence-Alpes Côte d'Azur : *Rec.*, p. 78.

³¹⁸⁷ CE, 2 mai 1969, Sté Affichage Giraudy : *Rec.*, p. 238.

³¹⁸⁸ P. GODÉ, *Étude critique de la notion de manifestation tacite de volonté*, PUF, 1977, p. 19, cité par C. SÉVELY-FOURNIÉ, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Dalloz, « NBT », 2010, p. 304.

« gérer n'est pas régir »³¹⁸⁹. En effet, bien que dans sa structure, le pouvoir de gestion soit un pouvoir sur une chose³¹⁹⁰, en réglementant les activités sur le domaine public, il « est susceptible de dégénérer en pouvoir sur les personnes »³¹⁹¹. En principe, les obligations se superposent au droit de l'administré *sur* le domaine public et modèlent le rapport de l'usager à l'égard de la dépendance, mais parfois elles débordent ce cadre pour organiser l'activité du particulier. Les exemples jurisprudentiels ne manquent pas. En reprenant les principes axiomatiques de la jurisprudence *SNEC*, éclairés parfois par la jurisprudence *Société EDA*, le juge administratif fournit une interprétation favorable à l'interventionnisme du pouvoir de gestion dans la sphère juridique de l'administré, sans nécessairement faire référence à la notion « d'obligation de service public ». La personne publique a pu décider que les bouquinistes installés sur les quais de Paris « ne pouvaient occuper qu'un emplacement, devaient l'occuper en personne et ne pouvaient exercer par ailleurs d'activité en boutique »³¹⁹². L'autorisation d'occupation sur un marché local peut être « assortie d'une désignation de la nature des marchandises offertes à la vente »³¹⁹³. Le gestionnaire peut imposer à l'usager la souscription d'une police d'assurance contre les incendies ou les inondations³¹⁹⁴. Un contrat autorisant l'installation d'une officine de pharmacie sur le domaine public aéroportuaire peut contenir des clauses imposant des conditions particulières « à la fixation d'une liste minimale de référencement de familles de produits, au suivi de la formation du personnel, à l'obligation d'accepter tous les moyens de paiement usuels, à l'interdiction de charger une autre officine de livrer les commandes »³¹⁹⁵.

De prime abord, le juge administratif semble de ne pas avoir liquidé l'héritage du droit de garde, puisque l'objet du pouvoir sur le domaine public porte à la fois sur les personnes et sur la dépendance domaniale. N'y-a-t-il pas là une remise en cause des attributs de la propriété publique ?³¹⁹⁶ Pour surmonter ce hiatus, le Professeur N. Foulquier et J.-P. Brouant proposent une analyse comparative avec le droit privé, afin de souligner la relative originalité du pouvoir de gestion, mais aussi afin de comprendre la mutation du droit de propriété en un pouvoir sur

³¹⁸⁹ Ch. LAVIALLE, « L'acte de gestion domaniale », in *Mélanges en l'honneur de F. Moderne, op. cit.*, p. 268.

³¹⁹⁰ V. *supra* [partie I, Titre II, Chapitre II].

³¹⁹¹ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Puissance publique, puissance privée », in Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, AFDA, *op. cit.*, p. 65.

³¹⁹² CE, 6 nov. 1998, Association amicale des bouquinistes des quais de Paris : *Rec.*, T. p. 893 ; *D.*, 1999, p. 6.

³¹⁹³ CE 15 mars 1996, Syndicat des artisans, fabricants de pizza non sédentaires Provence-Alpes Côte d'Azur, *préc.*

³¹⁹⁴ CE, 29 déc. 2000, Atlan, req n° 196810.

³¹⁹⁵ CAA, 7 fév. 2012, n° 09MA03289, SNC Besson : *AJDA*, 2013, p. 351, note J.-P. Brouant et N. Foulquier.

³¹⁹⁶ Sur la confusion entre pouvoir sur une chose et pouvoir sur les personnes, v. R. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.*, 1982, p. 2.

les personnes³¹⁹⁷. Lorsqu'il est question d'assurer le rapport d'exclusivité, la propriété privée n'est plus qu'un rapport d'altérité entre le sujet et la chose, elle devient un pouvoir sur les personnes. La volonté du propriétaire « peut prendre la forme de prescriptions ou d'interdictions notifiées au public. Il y a une dimension réglementaire dans l'exercice du pouvoir d'exclure »³¹⁹⁸. Cependant, dans cette hypothèse, la propriété est moins un pouvoir de réglementation des activités qu'un pouvoir de réglementation des usages. Le droit commercial fournit un exemple plus probant dans lequel la propriété est au fondement de la réglementation des activités. Par exemple, au titre de l'article L. 125-11 du Code du commerce, le propriétaire d'un centre commercial peut prendre des règlements pour fixer les conditions générales d'exploitation³¹⁹⁹.

Ce détour par la case du droit privé est utile, puisqu'il met en lumière la structure similaire du pouvoir de gestion. Pour la saisir, il faut juste changer de perspective, notamment vis-à-vis du pouvoir de police. Le pouvoir de gestion n'est pas un pouvoir sur les personnes qui inclut un pouvoir sur la dépendance, il s'agit d'un pouvoir sur une chose qui inclut parfois un pouvoir sur les personnes. Même si, à l'évidence, l'activité de l'usager n'est plus seulement un « objet médiat » de l'acte de gestion, elle en devient un « objet immédiat »³²⁰⁰ par l'entremise d'un élargissement de l'assiette des effets de droit du pouvoir de gestion. La « situation juridique » de l'usager du domaine public face au pouvoir de gestion comprend différentes composantes : elle ne représente pas uniquement le rapport à la dépendance mais absorbe aussi l'activité sur le domaine public. Autrement dit, l'activité de l'administré ne peut être détachable de l'usage du domaine public. La maîtrise du domaine public comprend la maîtrise des activités se déroulant sur cet espace, dans la mesure où les obligations relatives à l'activité de l'usager sont souvent rattachées à l'intérêt du domaine ou à la « meilleure utilisation du domaine », ou encore à la « bonne utilisation du domaine public »³²⁰¹.

Au demeurant, le pouvoir de gestion est un pouvoir réglé, quoique l'avènement de sa dimension « réglementariste »³²⁰² et de sa dimension intrusive dans la sphère juridique de l'usager ne se soit pas bâti sur une dialectique avec les individus intégrant de manière approfondie la protection de leurs intérêts, droits ou libertés. Submergé par les impératifs du domaine public, l'usager apparaît même sous cet aspect comme un être « en état de

³¹⁹⁷ J.-P. BROUANT et N. FOULQUIER, « Les pouvoirs de contrôle du gestionnaire sur les activités des occupants », *AJDA*, 2013, p. 351.

³¹⁹⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 317. V. aussi, X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Puissance publique, puissance privée », in Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, *op. cit.*, p. 65.

³¹⁹⁹ Exemple repris de J.-P. BROUANT et N. FOULQUIER, « Les pouvoirs de contrôle du gestionnaire sur les activités des occupants », préc.

³²⁰⁰ Expressions reprises de L. DUGUIT, « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP*, 1919, p. 322.

³²⁰¹ CE, 6 nov. 1998, Association amicale des bouquinistes des quais de Paris, préc.

³²⁰² J. BARTHÉLEMY, *Précis de droit public*, *op. cit.*, p. 60 et s.

sujétion»³²⁰³, un dominé de la puissance gestionnaire qui se singularise surtout par ses obligations envers la personne publique³²⁰⁴. Le principe de légalité appliqué aux actes de gestion se résout au départ par un contrôle interne, axé principalement sur les motifs de l'acte et moins sur les interactions avec la sphère juridique des destinataires. Le statut de l'administré a particulièrement souffert de l'absence généralisée d'opposabilité des libertés à l'encontre des actes de gestion. Mais, dans le prolongement de l'intégration progressive des libertés dans le contrôle des actes de gestion, la puissance créatrice du pouvoir de gestion se conjugue désormais avec un encadrement plus strict au bénéfice des usagers.

II. Les limites de la puissance créatrice du pouvoir de gestion

614. Parmi les règles qui agrémentent l'ordonnement du pouvoir de gestion, deux catégories sont à distinguer : celles qui garantissent l'utilisation du domaine public et celles qui protègent l'activité de l'utilisateur, représentant respectivement les deux composantes de la situation juridique de l'utilisateur face au pouvoir de gestion. Au nom de la protection de l'utilisation domaniale, le juge établit un rapport juridique, c'est-à-dire un lien entre le droit de l'occupant sur le domaine public et une obligation de ne pas faire dont le respect est garanti par la sanction des voies contentieuses. À ce titre, est significative la jurisprudence *Sté des Ets Bresson* selon laquelle la personne publique chargée de la gestion ne peut pas octroyer une nouvelle autorisation si celle-ci est susceptible de porter atteinte au droit des occupants³²⁰⁵, sous peine d'engager sa responsabilité pécuniaire. De même en matière contractuelle, l'administration peut voir engager sa responsabilité, lorsqu'elle prend des mesures contraires aux intérêts de son cocontractant³²⁰⁶. Cependant, désavouant la Cour d'appel de Marseille, le Conseil d'État a jugé que le titulaire d'une concession de service public ne peut utilement invoquer « un principe général de protection du concessionnaire contre la concurrence par le concédant, indépendamment de toute clause contractuelle posant une telle obligation »³²⁰⁷. La juridicité de l'obligation nécessite sa présence dans le contrat. En d'autres termes, l'obligation n'est pas le dérivé du droit de l'utilisateur sur le domaine public, mais elle est le produit du contrat.

³²⁰³ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t. I, *op. cit.*, p. 59.

³²⁰⁴ Sur ce point, A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 301.

³²⁰⁵ CE, 5 janv. 1953, *Sté des Ets Bresson* : *S.*, 1954, III, 23, note Plantey. Sur ce point, D. MICHON, « De la coexistence de plusieurs concessions de service public occupant en commun le domaine public », *CJEG*, 1967, p. 51 ; J. DUFAU, *Le domaine public*, 2001, *op. cit.*, p. 497. Dans une perspective historique, C. cass., 21 mai 1855 : *S.*, 55, I, 56., Sur ce point, H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 20.

³²⁰⁶ CAA Paris, 4 juin 1992, *SA Tahiti Moorea Service* : *CJEG*, 1993, p. 331, note Delpirou.

³²⁰⁷ CE 10 oct. 2007, *Société SPS Tarbes* : *AJDA*, 2007, p. 1959

615. Les règles dont il est aussi question sont celles qui ont vocation à protéger la sphère juridique de l'administré et qui sont génératrices d'obligations à destination de la personne publique. Le retour de la dialectique entre la puissance publique et les droits individuels est dans l'air du temps, et la confrontation entre les libertés et le pouvoir de gestion s'inscrit dans ce mouvement. Le juge administratif est plus attentif à l'impact du pouvoir de gestion sur la sphère juridique de l'utilisateur. De manière quelque peu similaire aux rapports entre l'administré et la personne publique au niveau de l'accès au domaine public, la rectitude du pouvoir de gestion s'effectue par la prise en compte d'intérêts, corrélatifs à des obligations. Le rapport ainsi établi est pourtant le fruit d'une longue maturation jurisprudentielle à partir de laquelle la protection juridique du statut de l'administré est réhabilitée face au pouvoir de gestion. Le statut de l'utilisateur est en quelque sorte passé d'un « statut passif » à un « statut négatif », selon lequel, pour reprendre le schéma de la limitation de la puissance publique, le droit de l'administré suppose une abstention et parfois, mais rarement, un acte positif de la personne publique. C'est aussi pourquoi les intérêts pris en compte s'apparentent davantage, selon la typologie du Professeur A. GERVAIS, à des « intérêts légitimes », qui ne sont pas nécessairement érigés en droits subjectifs dans son sens le plus abouti, en effet ils supposent une protection « limitée et “négative” ». Mais, à l'obligation qui pèse sur le pouvoir de gestion « de tenir compte des intérêts légitimes correspond un “droit” pour leur porteur, droit limité à obtenir que les dits intérêts ne soient méconnus »³²⁰⁸.

616. Tout d'abord, le juge administratif enrichit son contrôle du pouvoir de gestion en le confrontant aux règles qui régissent l'activité de l'utilisateur et, chemin faisant, il est amené à apprécier le contenu des actes de gestion. En définissant le cadre juridique d'habilitation, le juge administratif donne, en fonction des cas, une interprétation plus ou moins restrictive des potentialités du pouvoir de gestion. Dans l'arrêt *SARL La Roustane*, sans viser la liberté du commerce et de l'industrie ni le droit de la concurrence, le juge administratif estime que la personne publique peut imposer certaines obligations consignées dans un cahier des charges, mais qu'elle ne tient en revanche « d'aucun texte ni d'aucun principe la faculté de s'attribuer un pouvoir d'approbation des prix établis par le concessionnaire »³²⁰⁹. À l'inverse, dans l'arrêt *SNC Besson* de la Cour administrative d'appel de Marseille³²¹⁰, le juge administratif apprécie

³²⁰⁸ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », in *Mélanges P. Roubier, op. cit.*, p. 241, spéc. p. 243.

³²⁰⁹ CE, 10 mai 1996, *SARL La Roustane* et autres et Université de Provence : *Rec.*, p. 168 ; *AJDA*, 1996, p. 553, concl. R. Schwartz ; *RDI*, 1996, p. 557, obs. J.-B. Auby et C. Maugué ; *RTD com.*, 1996, p. 670, obs. G. Orsoni.

³²¹⁰ CAA Marseille, 7 fév. 2012, n° 09MA03289, préc. : les obligations « ne contreviennent ni au code de la déontologie des pharmaciens, en particulier au principe de l'indépendance du pharmacien dans l'exercice de sa

certes la légalité des obligations imposées à un pharmacien à l'aune du principe d'indépendance de cette profession, mais il offre un cadre d'habilitation plus permissif au pouvoir de gestion³²¹¹. Le contrôle du juge administratif est un contrôle circonstancié qui appelle une appréciation *in concreto*. À titre d'exemple, dans l'arrêt *SNC Besson*, les obligations plus intrusives dans la sphère juridique de l'utilisateur se comprennent en raison de « la nature particulière du domaine public occupé » et de « celle de l'activité concernée ».

De plus, le juge administratif tire profit de l'introduction des libertés dans le contentieux des actes de gestion pour s'assurer de leur légalité. Le pouvoir de gestion peut toujours coïncider avec une « gestion indirecte des entreprises », mais il doit évoluer dans un contexte juridique où la prise en compte des intérêts des usagers est accrue. L'état antérieur du droit positif selon lequel les usagers ne pouvaient pas « exciper [...] la liberté du commerce et de l'industrie pour faire obstacle à l'immixtion de l'administration dans leur exploitation »³²¹² s'est effacé pour laisser place à un droit domanial ouvert à la libre concurrence et à la liberté du commerce et de l'industrie. Lorsque ces libertés sont au fondement de l'activité sur le domaine public, elles reçoivent une signification sensiblement différente dirigée vers la protection des conditions de la libre exploitation : la confrontation se résout par la détermination d'un point d'équilibre entre les standards juridiques habituels de la gestion domaniale – intérêt général, intérêt du domaine ou « meilleure utilisation » du domaine public – et les exigences de la libre activité de l'utilisateur. Le *modus operandi* de la jurisprudence *Société EDA* trouve un prolongement dans l'utilisation du domaine public, à la différence notable que la distinction entre usage conforme et compatible et ses conséquences juridiques apparaissent moins déterminantes dans le raisonnement du juge. Dans tous les cas, le juge administratif s'assure que les actes juridiques de gestion « ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application ». Il est néanmoins envisageable, de manière prospective, de considérer que la mise en balance des intérêts puisse s'effectuer différemment en fonction du type de l'usage, dans la mesure où l'intérêt de l'utilisateur conforme repose sur une assise juridique plus solide face au pouvoir de gestion.

617. *Conclusion §1.* La rencontre entre le pouvoir de gestion et les intérêts des usagers est ainsi guidée par la recherche de ce que le Professeur F. BURDEAU désigne comme « la juste

profession, ni à la liberté d'entreprendre, à la liberté du commerce et de l'industrie et aux règles de libre concurrence ».

³²¹¹ Principe défini par les articles R. 4235-3 et R. 4235-18 du Code de la santé publique

³²¹² J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 149.

mesure du pouvoir »³²¹³. D'autres pans du pouvoir de gestion sont touchés par ce mouvement. Le champ à investir également est la détermination des conditions financières de l'utilisation du domaine public. Le pouvoir de gestion, pouvoir sur une chose, s'exprime par la production d'obligations individuelles et financières qui touchent l'occupant privatif.

§2. LA DÉTERMINATION DES CONDITIONS FINANCIÈRES DE L'UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC

618. La gratuité du domaine public n'est plus qu'un « mythe »³²¹⁴, elle n'a de toute façon jamais acquis la portée d'un principe général dans la mesure où l'onérosité a gagné l'ensemble des utilisations. Sauf les hypothèses prévues par l'article L. 2125-1 du CGPPP³²¹⁵, toute occupation du domaine public donne lieu au versement d'une redevance. Concernant le rapport entre le pouvoir de gestion et les conditions financières du domaine public, il est surtout question des redevances domaniales. Or, en reprenant le raisonnement issu de la jurisprudence *SNEC*, le juge administratif affirme de manière récurrente qu'« il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public en cause, qu'elle en soit ou non le propriétaire, d'octroyer les permissions d'occupation et de fixer les conditions auxquelles elle entend subordonner leur délivrance et, à ce titre, de déterminer le tarif des redevances »³²¹⁶. (I). Le pouvoir de gestion, en raison de sa force normative, produit des obligations individuelles – qu'il est possible d'appeler normes de concrétisation – à destination de l'occupant, modulables dans le temps et qui déterminent les conditions financières de l'usage du domaine public. L'encadrement du pouvoir de gestion a ceci de particulier qu'il est soumis à une réglementation qui détermine objectivement les modalités de calcul de la redevance, sous le regard attentif du juge administratif. Aussi, la rectitude du pouvoir de gestion résulte d'une rencontre avec d'autres corpus normatifs : le principe d'égalité et la libre concurrence (II).

³²¹³ F. BURDEAU, « Naissance d'un droit », in *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 521, spéc. p. 438.

³²¹⁴ C. TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, op. cit., p. 299 et s. V. aussi, Y. GAUDEMET, « La gratuité du domaine public », préc..

³²¹⁵ Une occupation du domaine public ne donne pas lieu au versement d'une redevance : « lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'État des équipements visant à améliorer la sécurité routière » ; - lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'État des équipements « nécessaires à la liquidation et au constat des irrégularités de paiement de toute taxe perçue au titre de l'usage du domaine public routier » ; - « lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous » ; - « lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même » ; - lorsque l'occupation est délivrée « aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général ».

³²¹⁶ CE 1^{er} fév. 2012, RTE EDF transport : *AJDA*, 2012, p. 1680, note T. Perroud.

I. L'appréhension des conditions financières de l'occupation domaniale par la notion de redevance

619. À la suite des tergiversations qui ont entouré la notion de redevance, celle-ci s'est détachée de la matière fiscale et de la sphère policière pour devenir un « produit de la gestion du domaine public »³²¹⁷, mais elle ne s'apparente pas pour autant à un loyer. La redevance se présente comme la contrepartie de l'occupation du domaine public (**A**), ce qui signifie qu'au-delà de son substrat propriétaire et gestionnaire, la redevance est un mécanisme particulier qui permet de saisir juridiquement un *fait* économique particulier, à savoir la création de valeurs sur le domaine public (**B**).

A. La redevance : un produit du domaine

620. La jurisprudence a clarifié la nature juridique de la redevance³²¹⁸. Cependant, l'approche taxinomique de la redevance, dans la jurisprudence, s'effectue de manière négative³²¹⁹ et est donc insuffisante. C'est par opposition avec les autres catégories qu'est définie la redevance domaniale : en témoigne la jurisprudence du Tribunal des conflits qui confirme celle du Conseil d'État. La redevance reste perçue comme une taxe, mais elle « ne peut être rangée ni parmi les contributions indirectes ni parmi les impôts directs » et elle « ne constitue pas davantage une redevance pour service rendu », elle « est directement liée à l'occupation du domaine public »³²²⁰. À la lecture de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il semble que la redevance n'est plus apparentée à une taxe et qu'elle possède en outre une définition plus positive. Dans la décision du 27 décembre 2001 relative au domaine public hertzien, il est affirmé que « la redevance due par le titulaire d'une autorisation d'établissement et d'exploitation de réseau mobile de troisième génération est un revenu du domaine »³²²¹. Il ne faut pas oublier l'œuvre législative. Seuls les droits de place perçus dans les

³²¹⁷ CE, 2 mai 1969, Sté Affichage Giraudy : *Rec.*, p. 238.

³²¹⁸ Sur les problèmes de catégorisation, v. P. AMSELEK, « Une curiosité du droit public financier : les impositions autres que fiscales ou parafiscales », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1998, p. 89 ; L. PHILIP, « Impositions de toutes natures, redevances, cotisations sociales et prélèvements obligatoires », in *Mélanges P. Amselek*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 682

³²¹⁹ F. MELLERAY, comm. sur CE, Sect., 22 déc. 1989, Chambre de commerce et d'industrie du Var : *GDDAB*, n° 63, p. 561.

³²²⁰ TC, 26 mai 2003, Association syndicale autorisée pour l'irrigation et la défense des eaux entre Rhône-Roubion et la route nationale 102, c/ Voies navigables de France : *RJF*, 2003, n° 1287. V. aussi, CE, 20 déc. 1997, SA Papeteries Étienne c/ Voies navigables de France : *Rec.*, p. 537.

³²²¹ Cons. const., 27 déc. 2001, n° 2001-456 DC, Loi de finances pour 2002 : JO, 29 déc. 2001, p. 21159 : *LPA*, 11 janv. 2002, note Schoettl ; *D.*, 2002, p. 331, note Zarka ; *Dr. fisc.*, 2002, p. 358, étude Philip ; *RFDC*, 2002, p. 191, note Philip.

halles, foires et marchés relèvent de la matière fiscale³²²². Pour le reste, le législateur joue aussi un rôle dans le mouvement de défiscalisation des redevances domaniales. Ainsi, l'article L. 2331-4 du Code général des collectivités territoriales classe les produits des permis de stationnement et les droits de voiries dans les recettes non fiscales de la commune.

621. Le renouvellement de la notion de redevance assure un rapprochement plus abouti avec le pouvoir de gestion, et il éclaire autrement la jurisprudence actuelle qui retient les règles issues de l'arrêt *SA affichage Girandy* : « il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public en cause, qu'elle en soit ou non le propriétaire, d'octroyer les permissions d'occupation et de fixer les conditions auxquelles elle entend subordonner leur délivrance et, à ce titre, de déterminer le tarif des redevances »³²²³. La détermination de la redevance est un dérivé de la gestion. Si « la fixation des redevances pour occupation du domaine public d'une personne morale de droit public fait partie des droits que celle-ci exerce en sa qualité de propriétaire »³²²⁴, le gestionnaire, non propriétaire, n'en reste pas moins titulaire de la prérogative de détermination des conditions financières de l'utilisation du domaine public³²²⁵. Inscrite dans le pouvoir de gestion, la redevance a un rôle fonctionnel original : elle est un mécanisme juridique qui permet de saisir la création de valeur sur le domaine public.

B. La redevance ou l'appréhension juridique de la création de valeur sur le domaine public

622. «Le domaine n'est plus conçu comme cette "chose publique" par laquelle les occupants bénéficiant de privilèges spéciaux doivent payer dans la mesure et dans la mesure seulement où il soustrait matériellement la chose publique ; il devient une richesse comportant des profits, des utilités économiques ; c'est sur ces utilités économiques que porte précisément la propriété de l'administration, elle peut donc par la voie de son droit de propriété atteindre

³²²² CE, 26 mars 1990, SA Comptoir lyonnais des viandes : *Rev.*, p. 634 ; *D.*, 1991, somm. p. 141, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux : Il ressort des termes mêmes de l'art. L. 231-5 du Code des communes que « les produits des droits de place perçus dans les halles, foires et marchés d'après les tarifs établis par le Conseil municipal sont des recettes communales de caractère fiscal ; [...] ces recettes entrent par leur nature dans la catégorie des taxes assimilées aux contributions indirectes ». V. aussi, CE, 19 janv. 2011, MM. Auguste : *AJDA*, 2011, p. 138. Sur ce point, J. MAGNET, *Éléments de comptabilité publique*, LGDJ, 1991, p. 122.

³²²³ CE 1^{er} fév. 2012, RTE EDF transport : *AJDA*, 2012, p. 1680, note T. Perroud.

³²²⁴ CAA Paris, 27 avril 1999, Université de Paris IX Dauphine : *RFD*, 1999, p. 1070

³²²⁵ CE, 8 juil. 1996, Merie, : *RDI*, 1996, p. 559, obs. J.-B. Auby et C. Maugué : « Considérant qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation ; qu'il est constant que l'État tout en demeurant propriétaire du domaine public maritime et fluvial transféré et de ses dépendances en a confié la gestion à la commune d'Agde ; que dès lors, le conseil municipal de la commune d'Agde était compétent pour fixer les modalités de la redevance d'usage du domaine public et de ses dépendances pour les bateaux amarrés aux berges de l'Hérault ».

ces utilités elles-mêmes »³²²⁶. Bien que ces propos aient été tenus par de Laubadère, il y a près d'un siècle, ils illustrent parfaitement les enjeux actuels qui entourent le régime de la redevance domaniale. De Laubadère embrasse dans ce passage une vision utilitariste de la propriété et répond à cette question : comment saisir juridiquement la valeur économique de l'usage du domaine public ?

623. Le lien entre propriété, redevance et valeur sur le domaine public est d'ailleurs critiqué par H. MOYSAN. Sa rhétorique est conforme à ses présupposés : elle repose sur l'opposition entre la puissance publique et la propriété. Le régime de la redevance, dominé par des éléments d'exorbitance, de puissance publique, est antinomique avec la propriété. L'auteur préconise donc une autre analyse, qui coïncide avec un traitement différencié en fonction de l'usage domanial. La redevance en matière d'usage conforme présente un caractère fiscal³²²⁷, elle revêt un caractère *sui generis* pour les usages compatibles³²²⁸. La position de H. MOYSAN est critiquable. Le caractère fiscal des redevances domaniales exigées pour les utilisations conformes est la conséquence de quelques dispositions législatives éparses, héritage du droit de garde sur le domaine public, et ne concerne pas l'ensemble des usages conformes. En effet, le Conseil constitutionnel retient l'assimilation de la redevance domaniale à « un revenu du domaine »³²²⁹ au sujet de l'occupation du domaine public hertzien, qui est pourtant un usage conforme. De plus, le choix du qualificatif *sui generis*, pour les redevances en matière d'usage compatible, apparaît insatisfaisant, d'autant plus que le recours à la locution *sui generis* repose sur un axiome discutable : selon H. Moysan, la redevance ne pouvant pas être rapprochée du loyer, elle ne peut être considérée comme le produit de l'exercice de la propriété³²³⁰. En arrière-plan, l'auteur entrevoit la propriété de manière trop exigüe, à la lumière d'une certaine conceptualisation en droit privé.

624. Mais, en s'appuyant sur un autre axiome, à savoir la distinction entre la propriété publique et la propriété privée, il est possible, dans la perspective entrouverte par de Laubadère, de construire un lien entre la redevance et la propriété publique, sans recourir à notion civiliste de loyer. Selon cette approche, le pouvoir de gestion, expression de la propriété publique, est la prérogative par laquelle s'effectue la création de valeur sur le domaine public.

³²²⁶ A. DE LAUBADÈRE, *L'automobile et l'usage de la voirie*, *op. cit.*, p. 271.

³²²⁷ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 147.

³²²⁸ *Ibid.*, p. 148-150.

³²²⁹ Cons. const., 27 déc. 2001, n° 2001-456 DC, Loi de finances pour 2002, préc.

³²³⁰ H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, *op. cit.*, p. 149 : « le caractère unilatéral de l'autorisation souligne la place qu'occupe la puissance dans son régime : celle-ci distingue l'autorisation d'une location ainsi que la redevance d'un loyer ».

Plus encore, la redevance est un exemple atypique, et propre à la matière domaniale, d'un fait économique appréhendé par le droit : elle se présente comme une norme individuelle, contenue dans l'acte d'autorisation, à destination de l'occupant, qui permet à l'administration de lui réclamer un "prix", en contrepartie de l'usage et de ses avantages. Mais, si la redevance est désormais établie *ad valorem*³²³¹, elle oscille entre deux acceptions de la valeur : valeur d'usage et valeur d'échange³²³². Valeur d'usage, la redevance représente l'accapitation des utilités économiques par l'usager ; valeur d'échange, elle incarne sur un plan financier la transmission des avantages économiques accordés à l'administré. Il faut considérer que la redevance représente à la fois ces deux facettes, bien que la valeur échange occupe une place de plus en plus prépondérante. Par contre, il faut inverser la perspective proposée par de Laubadère. Les utilités ne sont pas préexistantes à l'exercice de la propriété publique, elles ne sont pas non plus inhérentes à la dépendance domaniale. Il faut comprendre que la redevance n'a pas pour fonction de révéler une valeur objective attachée à une ou plusieurs utilités. Au contraire, dans une perspective dynamique et volontariste, la valeur est initiée par le pouvoir de gestion, elle est le produit de l'attribution d'une utilisation du domaine public, et uniquement le produit d'une occupation domaniale³²³³. En effet, les jurisprudences relatives à la « taxe trottoir » (ou « taxe kebab ») confirment le lien entre l'exigence d'une redevance et une occupation domaniale. Sans doute soucieux des intérêts financiers des communes, certains tribunaux administratifs ont validé la légalité d'une redevance exigée auprès d'entreprises dont les guichets, comptoirs ou distributeurs sont accessibles depuis le domaine public³²³⁴. Le Tribunal administratif de Nîmes estime « qu'indépendamment du simple droit d'accès tiré de la qualité de riverain de la voie publique, les personnes qui ne peuvent exercer leur activité lucrative et réaliser les opérations matérielles de vente ou de transactions que parce que leur clientèle stationne temporairement sur la voie publique devant leur établissement doivent être regardées comme utilisant pour elles-mêmes le domaine public ». Mais, en combinant les articles L. 2122-1 et L. 2125-1 du CGPPP, la Cour administrative d'appel de Marseille désavoue ce raisonnement : les redevances ne peuvent être exigées qu'en matière d'occupation

³²³¹ Sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 274.

³²³² Sur ce point, v. de manière générale, C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2009.

³²³³ Par exemple, les radars sont des équipements intégrés à la voirie routière, ils n'occupent pas le domaine public, donc les collectivités territoriales ne peuvent réclamer une redevance auprès de l'État (CE, 31 oct. 2007, Min de l'intérieur : *AJDA* 2007, p. 2111, obs. Pastor ; *DA*, 2007, comm. 166 ; *DA*, 2008, comm. 3, note Melleray ; *JCP A* 2007, act. 974 ; *JCP A* 2008, 2002, étude Dieu ; *JCP G.*, 2007, act. 543 ; *JCP G.*, 2007, IV, 3175 ; *JCP G.*, 2007, I, 214, chron. Plessix, n° 7 ; *RFDA*, 2007, p. 1306).

³²³⁴ Pour un exemple, TA Nîmes, 3 mars 2011, Mme Lagrange, Société Le palais des pains, Société ABC La brioche chaude et autres, M. Chiappinelli et autres : *AJDA*, 2011, p. 1022, concl. F. Héry. V. aussi O. TAMBOU, « La taxe trottoir : outil pour valoriser l'utilisation privative du domaine public des communes », *AJCT*, 2012, p. 86 ; F. MELLERAY, « L'utilisation du domaine public », préc.

domaniale, le stationnement momentané de la clientèle ne correspond pas à une occupation domaniale, et la personne publique ne peut donc réclamer une redevance³²³⁵.

II. Les modalités de la détermination du montant de la redevance

625. « Le souci d'exploiter de la manière la plus rationnelle le domaine public a entraîné une évolution importante de la redevance. Celle-ci présente un caractère économique de plus en plus marqué »³²³⁶. Le long processus « d'économisation » de la redevance, déjà observé par Denoyer en 1969, trouve une traduction dans l'énoncé de l'article L. 2125-3 du Code général de la propriété des personnes publiques, reprenant à l'exactitude l'article R. 56 du Code du domaine de l'État : « la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation ». Sans participer au débat sur la valeur juridique de l'énoncé, qui est de toute façon clos par le Code général de la propriété des personnes publiques, il s'agit de s'intéresser à sa signification et de caractériser l'assiette de la redevance (**A**). La détermination du montant de la redevance est globalement perçue comme une expression de la discrétionnalité du pouvoir de gestion, discrétionnalité qui devient cependant de plus en plus encadrée au nom des exigences qui s'imposent au pouvoir de gestion. En effet le contrôle du juge administratif sur les différentes composantes de la redevance varie, selon les hypothèses, entre un contrôle normal et un contrôle restreint (**B**).

A. Les composantes de la redevance

626. L'énoncé de l'article L. 2125-3 du Code général de la propriété des personnes publiques est le produit d'une longue histoire jurisprudentielle. Au XIX^e siècle, la jurisprudence du Conseil d'État promeut une approche restrictive de l'assiette de la redevance³²³⁷. La Haute juridiction ne retient que l'étendue de l'occupation domaniale. Le changement de point de vue s'effectue par la jurisprudence du 12 décembre 1923 *Sieurs Peysson, Mollaret et Bory*, selon laquelle l'administration peut fixer le montant de la redevance « en tenant compte, par des dispositions ayant un caractère général, du mode d'usage et de la

³²³⁵ CAA Marseille, 26 juin 2012, M. Chiappinelli, Mme Lagrange : *AJDA*, 2012, p. 1254 et p. 2109, concl. S. Deliancourt. V. aussi, TA Grenoble, 15 déc. 2009, Société lyonnaise de banque, Banque populaire des Alpes, Société générale : *AJDA*, 2010, p. 682, note D. Vallez ; *JCP A.*, 2010, n° 2057, note Ph. Yolka.

³²³⁶ J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 162.

³²³⁷ CE, 10 juil. 1896, Colette : *Rec.*, p. 565.

situation des emplacements occupés, ainsi que de la nature des commerces exercés »³²³⁸. Cette solution était déjà en germe dans une jurisprudence judiciaire en date du 21 juin 1880, laquelle énonce que « les conseils municipaux ne sont nullement astreints à se conformer à des bases spéciales de calcul pour la fixation de la taxe de stationnement ; qu'aucun texte de la loi ne leur impose, notamment, l'obligation de prendre en considération exclusive, l'étendue de la superficie occupée ». Parallèlement, un discours doctrinal nourrit cette vision. Bien que MAGUÉRO retienne l'assimilation entre le loyer et la redevance domaniale, il milite pour un dépassement de l'approche restrictive de l'assiette de la redevance : « le chiffre de la redevance doit correspondre, non seulement à la valeur locative intrinsèque de l'emplacement, mais encore aux bénéfices dont la concession peut être la source »³²³⁹. Le législateur complète enfin le mouvement en raison de l'article 22 de la loi du 6 janvier 1948³²⁴⁰ : le montant de la redevance doit correspondre à la valeur locative de l'emplacement ou du droit concédé, et tenir compte des bénéfices engrangés par l'occupant³²⁴¹.

Pendant, l'appréciation des deux composantes pose des difficultés pratiques. Surtout, la prise en compte de la valeur locative dans la redevance est parfois difficile, compte tenu de la particularité des certaines dépendances domaniales et, en conséquence, de l'absence de référent dans le secteur privé³²⁴². La prise en compte des bénéfices engrangés est aussi trop réductrice afin d'évaluer l'avantage de l'occupation pour son titulaire³²⁴³. L'article R. 56 du Code du domaine de l'État est le fruit de ce constat, et c'est à raison qu'il vise « les avantages de toute nature ». Le juge administratif déploie de nombreuses potentialités à partir de cet énoncé : la redevance peut comprendre une composante statique, c'est-à-dire la valeur locative de l'occupation³²⁴⁴ (sa prise en compte n'est pas obligatoire³²⁴⁵) ou les charges supportées par le gestionnaire³²⁴⁶, et une composante dynamique. Cette dernière témoigne de l'élargissement de

³²³⁸ CE, 12 déc. 1923, Sieurs Peysson, Mollaret et Bory : *Rec.*, p. 826 ; CE, 22 mars 1929, Sté de construction d'embarcements industriels : *Rec.*, p. 355 ; *D.*, 1929, 3, p. 5 – CE, 3 fév. 1933, Syndicat des patrons et marins-pêcheurs du Tréport : *Rec.*, p. 153. Sur ce point, C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 97 et s.

³²³⁹ É-A. MAGUÉRO, « Occupation temporaire du domaine public », in *Dictionnaire des domaines*, 2^e éd., 1911, p. 708. V. aussi, L. SÉGUR, *Des permissions de voirie*, 1912, Y. Cadoret, p. 157 et s.

³²⁴⁰ Loi n° 48-24 du 6 janvier 1948 relative à diverses dispositions d'ordre budgétaire pour l'exercice 1948 et portant création de ressources nouvelles.

³²⁴¹ Sur ce point, J. GARDIES, « La fixation des redevances pour occupation du domaine public », *AJ travaux*, 1953, p. 392.

³²⁴² *Contra* Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 14^e éd., *op. cit.*, 2011, p. 283.

³²⁴³ Sur ce point, R. POLLET, « Le calcul des redevances pour les occupations temporaires du domaine public national », *RPDA*, 1956, n° 5, p. VII.

³²⁴⁴ Pour un exemple jurisprudentiel, CAA Paris, 8 nov. 2007, M. Robert X.: req. n° 05PA03404 : « Considérant qu'en égard à la nature des occupations domaniales en cause, c'est à bon droit que le Port autonome de Paris a fixé le montant de la redevance de base en tenant compte de la surface du plan d'eau occupé et de la valeur locative des logements du secteur »

³²⁴⁵ CE, 11 oct. 2004, Prouvoyeur c/ Commune de Lens : *Rec.* T. 602. V. aussi F. MELLERAY, « La délicate fixation du montant de la redevance due pour l'occupation privative du domaine public », *AJDA*, 2013, p. 545.

³²⁴⁶ CAA, Lyon, 12 juill. 2007, n° 06LY02105, Ville de Lyon : *AJDA*, 2007, p. 2312, note D. Besle.

la prise en compte d'un ensemble de valeurs dans la détermination du montant de la redevance³²⁴⁷. Peuvent être intégrés dans la détermination de l'avantage spécifique que procure l'occupation, l'avantage économique évalué en référence au revenu³²⁴⁸ ou au chiffre d'affaire³²⁴⁹ (résultat net après impôt de l'exploitation³²⁵⁰), mais aussi la durée de l'occupation et les conditions d'exploitation de l'activité de l'occupant³²⁵¹. Le juge administratif parvient à s'extraire de la portée restrictive de l'article R. 56 du Code du domaine de l'État, en n'opérant pas de distinction entre les domaines publics national et local. D'ailleurs, la circulaire du 13 septembre 1966 disposait que le tarif des redevances locales devait « s'inspirer, dans un souci d'harmonisation, de celui établi par l'État »³²⁵². Avant le Code général de la propriété des personnes publiques, la tendance était déjà à la généralisation de la règle³²⁵³.

La réforme s'est faite à droit constant au sujet du montant de la redevance – du moins le Code général de la propriété des personnes publiques n'a pas opéré de changement d'énoncé –, le juge administratif est resté fidèle à sa jurisprudence antérieure sous l'ère de l'article L. 2125-3 du Code général de la propriété des personnes publiques. La jurisprudence actuelle véhicule indéniablement une lecture économique de la redevance. Des éléments tenant à la rentabilité³²⁵⁴, à la durée de l'occupation³²⁵⁵ et à la situation particulière de l'occupant peuvent servir au calcul du montant de la redevance. C'est une manière, pour utiliser des termes économiques, d'intérioriser les externalités positives dont bénéficie l'utilisateur lors de son usage économique du domaine public.

L'ensemble de ces éléments abonde dans le sens d'une distinction entre les redevances domaniales et les redevances pour service public. En dépit de leur convergence³²⁵⁶, elles se distinguent en raison de leur objet et surtout de leur modalité de calcul. Comme le souligne É. Untermaier, « alors que les redevances pour occupation du domaine public doivent tenir compte des avantages de toute nature que procure cette occupation, les redevances pour

³²⁴⁷ Sur ce point, P. Roques, « La redevance due pour l'utilisation des voies publiques », *RDP*, 1934, p. 34, spéc. p. 65.

³²⁴⁸ CE, 10 fév. 1978, *Ministre de l'économie et des finances c/ Scudier* : *Rec.*, p. 66.

³²⁴⁹ TA Paris, 27 fév. 2004, *Sté V. E. Airport*, req. n° 0202880/7.

³²⁵⁰ CE 13 juin 1997, *Sté des transports pétroliers par pipe-line* : *Rec.*, p. 230 ; *AJDA*, 1997, p. 894, concl. Bergeal ; *LPA*, 1^{re} fév. 1999, note de la Martinière.

³²⁵¹ CE, 7 mai 1980, *SA « Les marines de Cogolin »* : *Rec.*, p. 215 ; *D.*, 1980, *IR*. 562, obs. P. Delvolvé ; CAA Versailles, 27 sept. 2005, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles* : *BJCL*, 2006, p. 68 ; CAA Lyon, 28 fév. 2013, *Communauté d'agglomération Grenoble Alpes métropole*, req. n° 12LY00820.

³²⁵² J. DUFAU, *Le domaine public*, t. II, *op. cit.*, 2001, p. 421.

³²⁵³ CE, 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux (SIPPEREC)*, préc. Sur ce point, Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, t. II, 13^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 247 ; 14^e éd., 2011, p. 281.

³²⁵⁴ CAA Bordeaux 17 janv. 2008, *ministre de l'Économie c/ Société Saur France* : *AJDA*, 2008, p. 830.

³²⁵⁵ CE, 11 juill. 2007, *Syndicat professionnel Union des aéroports français*, *Rec.*, T. 843 ; *AJDA*, 2007, p. 1443 ; *CJEG*, 2007, p. 415, concl. Prada-Bordenave.

³²⁵⁶ Sur ce point, Rapport du CE, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupations du domaine public*, La Documentation française, « Les études du Conseil d'État », p. 71 et s.

service rendu peuvent prendre en compte la valeur économique de la prestation pour le bénéficiaire »³²⁵⁷. Pour les redevances domaniales, la prise en compte des avantages de toute nature n'est pas une faculté, mais une obligation qui appelle un encadrement plus strict du juge administratif.

B. L'encadrement de la détermination du montant de la redevance

627. N'ayant pas un caractère fiscal, le montant de la redevance domaniale est en principe « librement déterminé »³²⁵⁸. Mais la marge de liberté laissée au gestionnaire dépend de l'intensité du contrôle opéré par le juge administratif. Or, après des hésitations jurisprudentielles³²⁵⁹, le juge administratif a récemment clarifié les modalités de son contrôle³²⁶⁰. En effet, des incertitudes entouraient le contrôle du juge. Dans l'arrêt *Ministre de l'économie et des finances c/ Scudier*, le juge avait retenu le contrôle normal sur le montant de la redevance³²⁶¹ alors que, dans des jurisprudences plus récentes, il privilégie un contrôle restreint. Pour reprendre la formulation de la jurisprudence *Société Bouygues Télécom*, « le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur la fixation du montant de la redevance due par les titulaires d'autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques en application de l'article L. 42-1 du Code des Postes et des communications électroniques »³²⁶². Pour clarifier ce point, le Conseil d'État réhabilite la jurisprudence *Société Avenir-Publicité*³²⁶³, qui distingue deux étapes dans la fixation du montant de la redevance : la détermination des critères et l'évaluation, sur le fondement de ces critères, du montant de la redevance³²⁶⁴. Cette distinction est le point d'articulation du contrôle du juge : il procède à un contrôle normal sur les critères retenus par l'autorité administrative, mais se limite à un contrôle restreint du montant déterminé sur le fondement de ces critères. Même si, de l'avis de certains auteurs³²⁶⁵, cette avancée jurisprudentielle n'est pas encore suffisante dans l'encadrement du montant de la

³²⁵⁷ É. UNTERMAIER, « Que reste-t-il de la distinction des redevances pour service rendu et des redevances pour occupation du domaine public ? », *AJDA*, 2010, p. 1062. Noter aussi que le paiement d'une redevance domaniale, à la différence d'une redevance pour service rendu, est annualisé (Art. L. 2125-4 CGPPP. Sur ce point, S. MARASCO, « Actualité de la distinction entre rémunérations pour service rendu et redevances domaniales », *CJFI*, n° 55, 2009, p. 37).

³²⁵⁸ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 2011, p. 299 et s.

³²⁵⁹ CE, 15 mars 1978, Sté Affichage et de publicité Noirclerc : *D.*, 1978, p. 218, obs. P. Delvolvé.

³²⁶⁰ CE 1^{er} févr. 2012, Société RTE EDF Transport : *AJDA*, 2012, p. 243 et 1680, note T. Perroud ; *RDI* 2012. 408, obs. N. Foulquier.

³²⁶¹ CE, 10 Fév. 1978 *Ministre de l'économie et des finances contre Scudier* : *Rec.*, p.66 ; *AJDA*, 1978, II, p.677.

³²⁶² CE, 12 oct. 2010, Société Bouygues Télécom : *RTD eur.*, 2011, p. 494, obs. J.-P. Kovar. V. aussi, CE, 19 mars 2010, Syndicat des compagnies aériennes autonomes [SCARA], Fédération nationale de l'aviation marchande [FNAM] : *AJDA*, 2010, p. 580.

³²⁶³ CE, 13 déc. 1978, Société Avenir-Publicité.

³²⁶⁴ Sur ce point, T. PERROUD, « Le gestionnaire du domaine public peut-il fixer le montant de la redevance d'occupation ? », *AJDA*, 2012, p. 1680.

³²⁶⁵ F. MELLERAY, « L'utilisation privative du domaine public », *AJDA*, 2013, p. 992.

redevance, force est de constater que ses suites jurisprudentielles témoignent d'un contrôle plus minutieux du juge administratif sur l'aspect particulier de « la prise en compte des avantages de toute nature ». Par exemple, Au sujet du montant de la redevance versée au titre de l'occupation d'un stade par un club professionnel de football, la Cour administrative d'appel de Lyon a jugé qu'« il ne ressort pas des pièces du dossier que le montant de la redevance aurait été établi en considération des avantages de toute nature procurés à la société Grenoble Foot 38 et serait représentatif de ces avantages conformément à ces dispositions »³²⁶⁶.

628. L'autre aspect de l'encadrement du juge administratif concerne le pouvoir de modulation du gestionnaire sur le montant de la redevance. Le juge administratif a d'abord interprété les conditions de la modulation du montant de la redevance comme étant favorables au gestionnaire : « l'administration n'est aucunement liée pour l'avenir ; le tarif n'est pas établi une fois pour toutes »³²⁶⁷. Il est aussi admis que le relèvement peut s'effectuer uniquement dans un but financier³²⁶⁸. Également, alors que l'article 33 du Code du domaine de l'État semble poser une règle procédurale – la révision ne peut s'effectuer à l'expiration des périodes de paiement –, la jurisprudence *Visconti* a reconnu que le pouvoir de révision pouvait intervenir à tout moment, même en l'absence de disposition textuelle. Cette dernière jurisprudence a cependant encadré le pouvoir de gestion en estimant que le pouvoir de révision ne pouvait intervenir qu'en raison des « faits survenus ou portés à la connaissance de l'autorité gestionnaire postérieurement à la délivrance de l'occupation »³²⁶⁹. Limitée aux occupations unilatérales, la jurisprudence *Visconti* est étendue aux occupations contractuelles par l'arrêt *Bernard* : la personne publique est « fondée à faire usage du pouvoir qu'elle tenait en tant que gestionnaire du domaine public de modifier les conditions pécuniaires auxquelles l'occupation du domaine était subordonnée », et ce même en l'absence de stipulations contractuelles. Mais l'encadrement reste identique. En l'espèce, le requérant occupait une parcelle du plan d'eau d'un port de plaisance attenant à sa propriété privée. Par la suite, le concessionnaire décida de modifier les conditions financières de l'occupation en répercutant une fraction de la taxe foncière sur les propriétés bâties au titre des installations de M. Bernard

³²⁶⁶ CAA Lyon, 28 févr. 2013, Communauté d'agglomération Grenoble Alpes métropole, req. n° 12LY00820 (En particulier, le montant de la redevance ne tenait pas compte des recettes engendrées par la billetterie). V. aussi TA Paris, 28 févr. 2013, req. n° 1200787/7 : *AJDA*, 2013, p. 496 et 545, tribune F. Melleray.

³²⁶⁷ P. ROQUES, « La redevance due pour l'utilisation des voies publiques », préc., p. 57.

³²⁶⁸ CE, 15 déc. 1923, Peysson : *Rec.*, p. 826 ; CE, 24 avril 1959, Burfin : *Rec.*, p. 264 ; CE, 2 mai 1969, Société d'affichage Giraudy, préc.

³²⁶⁹ CE, 12 oct. 1994, *Visconti* : *Rec.*, p. 442.

pour les années 1996 et 1997³²⁷⁰. La répercussion de la taxe foncière est fondée en droit : la « réévaluation de la valeur locative du port par l'administration fiscale qui, à compter de 1996, a pris en compte pour déterminer cette valeur les postes d'amarrage attendant aux marinas, alors que ces derniers étaient auparavant pris en compte pour déterminer la valeur locative des marinas, au titre de la cotisation de taxe foncière »³²⁷¹. Les deux jurisprudences *Visconti* et *Bernard* sont en définitive les témoins de la spécificité du pouvoir de gestion et des contrats domaniaux par rapport à la famille des contrats administratifs. Comme l'indique le Rapporteur public N. Escaut, « les clauses financières [des contrats domaniaux] ne répondent pas à la même logique que celles de la plupart des autres contrats administratifs puisqu'elles ne tendent pas à rémunérer le cocontractant de l'administration mais sont la contrepartie de l'utilisation privative que fait ce dernier du domaine public »³²⁷².

629. Il reste un dernier point au sujet de l'encadrement du pouvoir de gestion. Le montant de la redevance peut être à l'origine d'une distorsion du jeu concurrentiel. À l'aune du droit de la concurrence, éclairé par l'analyse économique, la redevance est en effet analysée comme un prix et ne doit pas en conséquence être fixée de manière discrétionnaire et non transparente³²⁷³. Par le prisme de l'abus de position dominante, le gestionnaire ne peut pas exiger une redevance excessivement haute. Par celui de la prohibition des aides d'État, le gestionnaire ne peut pas non plus réclamer une redevance trop basse, qui serait de nature à conférer un avantage concurrentiel à un opérateur concurrent. La redevance serait en conséquence qualifiée d'aide d'État³²⁷⁴.

630. *Conclusion Section I.* Cette première analyse illustre que le pouvoir de gestion coïncide avec la maîtrise du domaine public, et par un effet reflexe, inclut l'activité des usagers. Cette analyse illustre aussi que les principes constitutifs du pouvoir de gestion, issus de la jurisprudence *SNEC*, restent inchangés. L'approfondissement du contrôle du juge administratif et la prise en compte plus approfondie des intérêts des usagers ne sont qu'une rectitude du pouvoir de gestion, et non un bouleversement de ses fondations. De la même

³²⁷⁰ Sur ce point, G. MELLERAY, « Domaine public et fiscalité », *AJDA*, 1980, p. 323.

³²⁷¹ CE, 5 mai, 2010, *Bernard* : Rec. T. p. 728 ; *BJCP*, 2010, p. 266, concl. N. Escaut et obs. Ch. M. ; *AJDA*, 2010, p. 982 ; *Contrats Marchés publ.*, 2010, n° 59, note C. Chamard-Heim.

³²⁷² N. ESCAUT concl. sur CE, 5 mai, 2010, *Bernard* : *BJCP*, 2010, p. 266.

³²⁷³ CJCE, 24 oct. 2002, *Aéroport de Paris c/ Commission*, aff. C-82/01 : *Rec.*, p. I-9297 ; *AJDA*, 2003, p. 436, note J.-Y. Cherot. Sur ce point, v. C. Le BERRE, *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 78.

³²⁷⁴ CJCE 22 mai 2003, *Connect Austria*, n° C-462/99, *RTD eur.*, 2004. 669, chron. L. Idot. V. aussi B. RICOU, « L'attribution des licences de téléphonie mobile de troisième génération », *RFDA*, 2011, p. 539.

manière, la circulation des utilités, *via* la cession des droits sur le domaine public, doit composer avec la prédominance du pouvoir de gestion sur les utilisations du domaine public.

SECTION II. LE POUVOIR DE GESTION : UN POUVOIR DE CONTRÔLE

631. Selon la distinction connue en droit allemand, le pouvoir de gestion est un pouvoir de décision (*Entscheidung*) compte tenu de sa puissance créatrice, mais il est aussi un pouvoir de contrôle (*Kontrolle*). Certains auteurs intègrent dans le pouvoir de contrôle ce qui relève de la réglementation des utilisations domaniales, en citant les jurisprudences *SNEC* et *Merie*³²⁷⁵. Cette définition pertinente du pouvoir de contrôle n'est pas discutable. La réglementation des usages peut effectivement être synonyme de contrôle des usages. Le choix de la séparation définitionnelle entre le pouvoir de réglementation et le pouvoir de contrôle a simplement vocation à rendre compte d'un aspect spécifique du pouvoir de gestion, en raison de ses rapports avec les droits réels des occupants et avec certains mécanismes de transfert des autorisations domaniales. Envisagé sous cet aspect spécifique, la puissance publique gestionnaire ne revêt pas la même structure relationnelle : il ne s'agit pas pour elle d'autoriser, de conditionner un usage domanial ou d'orienter une activité. Le pouvoir de gestion se meut dans un cadre désormais dominé par la circulation des utilités de la chose et des droits sur la dépendance (§1). C'est à partir de ce cadre que doivent être pensées les interactions avec le pouvoir de gestion. Une communauté sur le domaine public, par le biais notamment des droits réels³²⁷⁶, est à l'œuvre, mais qui a la particularité d'être soumise à la "puissance tutélaire" du pouvoir de gestion (§2).

§1. LA CIRCULATION DES UTILITÉS SUR LE DOMAINE PUBLIC

632. Les relations entre le gestionnaire et les occupants constituent un commerce juridique, que l'on peut qualifier vertical. Mais un autre commerce juridique est à l'œuvre sur le domaine public, un commerce juridique horizontal qui repose sur des mécanismes de transfert des droits ou des utilités, témoin d'une « communauté » organisée sur le domaine public, qui n'est pas incompatible avec l'unité du pouvoir de gestion. Ce commerce juridique horizontal emprunte deux voies : d'une part la possibilité pour un occupant d'attribuer des utilités à un

³²⁷⁵ Pour des exemples, J.-P. BROUANT et N. FOULQUIER, « Les pouvoirs de contrôle du gestionnaire sur les activités des occupants », préc. ; R. LEONETTI, « Trouble dans les locaux de la police. Considérations sur des affectations externes spéciales », *in Bien public, bien commun, mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme, op. cit.*, p. 237, spéc. p. 251.

³²⁷⁶ V. supra [Partie II, Titre II, Chapitre I].

tiers par le biais des sous-contrats (I) et d'autre part la faculté pour le titulaire d'un droit sur le domaine public de le céder ou de le transmettre (II).

I. Les mécanismes de sous-contrats

633. Il ne s'agit pas ici seulement des mécanismes d'externalisation de gestion, ni des mécanismes de collaboration entre la personne publique et les opérateurs économiques. Est aussi en jeu la possibilité pour un « *primo-occupant* » d'attribuer des utilités à un tiers. Ce mécanisme se rencontre chaque fois que l'occupant délivre une sous-concession domaniale.

634. Cousines éloignées de la sous-traitance³²⁷⁷, les sous-concessions domaniales, ou sous-contrats domaniaux, sont une pratique ancienne. Les sous-contrats existent principalement dans deux hypothèses. D'abord, sur le fondement d'une concession, ils constituent un mécanisme de transfert de gestion : le concessionnaire est substitué au propriétaire public « pour l'octroi d'autorisations d'occupation temporaire sur les parties du domaine public dont ils ont la gestion »³²⁷⁸. En témoigne l'arrêt du 16 octobre 2006 du Tribunal des conflits *EURL Pharmacie de la gare Saint-Charles*³²⁷⁹, dans lequel la société d'aménagement, de commerce et de concessions (Société A2C), filiale de la SNCF, est en charge de l'exploitation des zones commerciales réparties sur l'ensemble des gares. Ensuite, sans être le produit d'un transfert de gestion, le sous-contrat domanial est un dérivé de la jouissance de la parcelle occupée par un administré, qui, par ce biais, attribue une partie des utilités à un tiers lorsque la possibilité est prévue par le contrat principal ou par un texte³²⁸⁰. Selon un mécanisme de subdélégation³²⁸¹, le droit d'occuper inclut alors le droit d'octroyer un titre d'occupation.

Une première analyse, influencée par les travaux du Professeur J. Néret, consiste à considérer que le sous-contrat domanial relève de la catégorie des groupes de contrats. En particulier, il serait le dernier élément « d'une chaîne de contrats par diffraction »³²⁸². « Le sous-

³²⁷⁷ L. RICHER, « Sous-traitance : questions de vocabulaire », *ACCP*, 2005, p. 28 ; F. MODERNE, *La sous-traitance des marchés publics. Essai sur une institution hybride*, Dalloz, 1995.

³²⁷⁸ H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 343 ; M. D. GARNIER, « Chemins de fer », in *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement, des domaines et des hypothèques*, t. II, Le Bertre-Garnier, 1890, p. 357.

³²⁷⁹ TC, 16 oct. 2006, *EURL Pharmacie de la gare Saint-Charles et autre c/ Société d'aménagement, de commerce et de concession* : *RFDA*, 2007, p. 298, obs. Ch. Laviolle.

³²⁸⁰ Par exemple, l'art. 1^{er} de la loi du 13 fév. 1997 et le décret du 6 déc. 2006 prévoient que le titulaire d'une délégation de service public ou d'un contrat de partenariat conclu avec Réseau ferré de France puisse accorder des titres d'occupation lorsque la possibilité est ouverte par la convention principale, v. Décret n° 2006-1534 du 6 déc. 2006 pris pour l'application des articles 1er, 1er-1 et 1er-2 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » en vue du renouveau du transport ferroviaire : JO, 7 déc. 2006 ; *JCP A* 2006, act. 1082 ; *JCP G.*, 2006, act. 578.

³²⁸¹ L. RICHER, « La subdélégation de service public et les notions voisines », *CP-ACCP*, oct. 2002, p. 52. Pour un exemple jurisprudentiel, CE, 29 juil. 1994, Sté de transit martiniquaise : *Rec.*, T. p. 745.

³²⁸² B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1975, n° 122.

contrat n'est pas au même niveau que le premier contrat, il est placé en dessous »³²⁸³, mais il existerait entre le premier contrat et les sous-contrats une identité de « l'objet de la prestation » et une identité « de l'objet du contrat », le contrat principal transmettant en définitive sa « formule génétique »³²⁸⁴ au second contrat³²⁸⁵.

Cependant, cette analyse est contredite par la jurisprudence qui attribue une partie du contentieux des sous-contrats domaniaux au juge judiciaire. Il n'y a pas « de rapport d'homothétie entre la convention secondaire (le sous-contrat) et la convention principale »³²⁸⁶, car le caractère administratif du premier contrat ne se transmet pas nécessairement au second. Les bases de ce partage du contentieux ont été déterminées par la jurisprudence du Tribunal des conflits *Société des Steeple-Chases de France*³²⁸⁷. Cette jurisprudence a été très discutée au regard de son interprétation réputée *contra legem* de l'énoncé du décret-loi du 17 juin 1938³²⁸⁸. La ligne de partage des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif réside dans l'interprétation de la notion de « concessionnaire ». En raison de son caractère amphibologique (en référence à l'usage fait par Waline), cette notion porte en elle les germes du raisonnement du Tribunal des conflits. Ce dernier ne retient dans la notion de concessionnaire que le concessionnaire de service public, alors qu'il est possible de placer dans son giron le concessionnaire de voirie et de travaux publics³²⁸⁹. Aux termes de cette jurisprudence, les litiges relatifs aux contrats d'occupation du domaine public conclus par les concessionnaires de service public avec des tiers reviennent au juge administratif, tandis que le juge judiciaire se trouve compétent en ce qui concerne les sous-locations consenties par les autres occupants domaniaux. De façon problématique, le juge des conflits fait intervenir un critère finaliste – le service public³²⁹⁰ – qui va l'encontre des visées du décret-loi du 17 juin 1938. En effet, en privilégiant l'objet des contrats domaniaux, à savoir l'occupation du domaine public, au détriment de leur contenu, de leur forme et de la mission du cocontractant,

³²⁸³ J. NÉRET, *Le sous-contrat*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1979, n° 152.

³²⁸⁴ *Ibid.*, n° 607.

³²⁸⁵ S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2007, p. 188 et s.

³²⁸⁶ H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, « BDP », 2009, p. 90.

³²⁸⁷ TC, 10 juil. 1956, *Société des Steeple-Chases de France* : *Rec.*, p. 587 ; *AJDA*, 1956, II, p. 352 ; *CJEG*, 1957, p. 41, note L. Renaud ; *D.*, 1956, p. 684 ; *RDP*, 1957, p. 522, note M. Waline ; *S.*, 1956, p. 156, concl. J. Chardeau.

³²⁸⁸ Sur ce point, Ph. YOLKA, « Les sous-concessions domaniales. – Cartographie d'un contentieux », *JCP A.*, 29 janv. 2007, p. 2017 ; L. JANICOT, « La qualification des sous-contrats d'occupation du domaine public. L'invocabilité des contrats administratifs par les tiers », *RFDA*, 2012, p. 692.

³²⁸⁹ M. WALINE, note sous TC, 10 juil. 1956, *Société des Steeple-Chases de France* : *RDP*, 1957, p. 523. V. aussi, J. CARAYON, *La cession des concessions et des permissions*, A. Rousseau, 1934, p. 7.

³²⁹⁰ Pour des exemples de confirmations jurisprudentielles, TC, 23 févr. 1981, *Sté Socamex* : *Rec.*, 1981, p. 501 ; *RDP*, 1982, p. 545 ; TC, 15 mars 1999, *Schmitt* : *Rec. CE* 1999, p. 443 ; *BJCP* 1999, p. 559 ; *DA*, 1999, comm. 171 ; *DA*, 2001, comm. 394 ; *Gaz. Pal.* 3-4 mars 2000, p. 18 ; *JCP G.*, 1999, IV, 2194, obs. M.-C. Rouault ; *Mon. TP* 18 juin 1999, p. 45 ; *RDI*, 1999, p. 630, chron. Ch. Laviaille ; *RFDA*, 1999, p. 1110 ; TC 18 oct. 1999, *Préfet Corse* : *Rec.*, 1999, p. 468 ; *DA*, 2001, comm. 170 ; *DA*, 2001, comm. 393 ; *JCP G* 2000, IV, 1208, obs. M.-C. Rouault ; *RDI*, 2000, p. 30, chron. Ch. Laviaille ; *RFDA*, 2000, p. 456.

le décret-loi a unifié le contentieux des contrats domaniaux³²⁹¹. Ainsi, pour déterminer le champ de l'administrativité des sous-contrats domaniaux, le juge des conflits serait donc resté dans un cadre de pensée antérieur au décret concernant les contrats domaniaux³²⁹²

Quoi qu'il en soit, les deux ordres de juridiction se sont ensuite alignés sur les préceptes de la jurisprudence *Société des Steeple-Chases de France*. Le juge administratif s'est donc déclaré compétent au sujet des sous-contrats conclus par le titulaire d'une concession de service public, en l'occurrence au sujet d'une convention d'outillage public³²⁹³, d'une convention d'exploitation d'un port de plaisance³²⁹⁴, d'une convention d'exploitation ou encore d'un parc de stationnement³²⁹⁵. Le juge judiciaire s'est reconnu compétent pour apprécier la régularité d'un sous-contrat conclu avec un occupant ordinaire³²⁹⁶, voire d'un sous-contrat consenti entre un sous-contractant et un tiers³²⁹⁷, ce qui laisse apparaître que le « phénomène de cascade contractuelle »³²⁹⁸, où les utilités du domaine public circulent de main en main, échappant en partie au regard du juge administratif.

635. Pourtant, des éléments de droit positif plus récents laissent présager une unification du contentieux au profit du juge administratif. En premier lieu, dans un arrêt du 6 mars 2001, *Sté White Sas*³²⁹⁹, la Cour de cassation attribue une portée plus importante au décret du 17 juin 1938 à moins, selon un autre point de vue, qu'elle ne réhabilite une signification plus proche de la lettre du décret. La Cour de la cassation s'estime incompétente pour apprécier tout contrat dès lors que celui-ci a pour objet l'occupation du domaine public. En second lieu, même s'il s'effectue à droit constant, l'exercice de codification apporte des correctifs et livre un énoncé plus favorable à la compétence du juge administratif. Selon les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, « sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs [...] aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination,

³²⁹¹ V. cependant, L. JANICOT, « La qualification des sous-contrats d'occupation du domaine public. L'invocabilité des contrats administratifs par les tiers », préc.

³²⁹² A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, t. I, 2^e éd., 1984, LGDJ, p. 144.

³²⁹³ CE, 2 juin 2006, CCI Marseille-Provence : *JCP, A*, 2006, act. 500, obs. M.-C. Roualt ; *JCP A*, 2006, 2106, note G. Clamour.

³²⁹⁴ CE, 1^{re} juil. 1991, SARL Chantiers navals Boitieux ; CE, 20 déc. 2000, CCI Var : *Rec.*, p. 1089 ; *BJCP*, 2001, p. 274 ; *Gaz. Pal.*, 13 oct. 2000, p. 14.

³²⁹⁵ CE, 24 janv. 1973, Spiteri et Krehl : *Rec.*, p. 64 ; *AJDA*, 1973, p. 496, note J. Dufau.

³²⁹⁶ C. Cass., 3^e civ., 19 nov. 1985, Elut : *Bull. civ.*, 1985, III, n° 145.

³²⁹⁷ C. cass., 3^e civ., 24 janv. 1996, Gérardet : *Bull. civ.*, 1996, III, n° 23 ; *D. aff.*, 1996, p. 314 ; Loyers et copr., 1996, comm. 166, obs. P.-H. Brault et C. Mutelet.

³²⁹⁸ Ph. YOLKA, « Les sous-concessions domaniales. – Cartographie d'un contentieux », préc.

³²⁹⁹ C. cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, Sté White Sas : *Bull. civ.*, 2001, I, n° 61 ; *BJCP*, 2001, p. 359 ; *D.*, 2001, p. 1073 ; *DA*, 2001, comm. 394.

accordés ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ». L'énoncé vise toutes personnes publiques propriétaires de dépendances domaniales et l'ensemble des actes d'autorisation (unilatéraux et contractuels). En se fondant sur cette disposition, la Cour de cassation prolonge sa jurisprudence *Sté White Sas*³³⁰⁰ ; parallèlement, le juge administratif retient sa compétence au sujet d'une convention conclue entre une filiale de la SNCF et une personne privée³³⁰¹.

Pourtant, cette dernière jurisprudence ne semble pas révélatrice de la signification de l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques dans la mesure où le juge résout la question sous l'angle de la "transparence" de la personne privée contractante, en passant par la notion de « pour le compte de »³³⁰², et non sous l'angle de la matérialité du sous-contrat. Surtout, la casuistique de l'arrêt *Société des Steeple-Chases de France* a résisté à l'épreuve de la codification, car la portée normative de l'article L. 2331-1 dépend, quoi qu'il en soit, de l'interprétation du juge des conflits. La notion de concessionnaire, étant toujours présente dans son énoncé, fournit un support textuel à ce raisonnement, réaffirmé avec vigueur par la jurisprudence du Tribunal des conflits *Mme Gilles*, en date du 14 mai 2012³³⁰³, et ce malgré la jurisprudence de la Cour de cassation et l'appel du Rapporteur public N. Boulouis³³⁰⁴. Résultat de cet édifice prétorien, l'octroi d'une occupation domaniale n'est pas nécessairement le produit du pouvoir de gestion. Plus précisément, il n'est pas obligatoirement un dérivé de la puissance publique gestionnaire. Mais, aussi étrange que puisse paraître cette construction jurisprudentielle, la rupture entre l'identité juridique du titre d'occupation et le sous-contrat domanial n'est pas totale. Par fidélité à la jurisprudence administrative, les juges maintiennent des résidus d'administrativité dans le sous-contrat de droit privé en raison de son

³³⁰⁰ V. aussi, C. cass., civ. 1e, 23 févr. 2012, Sté d'étude et de réalisation du port de plaisance ; C. cass., civ. 1e, 28 janv. 2009, Sté du Moulin Bateau c/ Sté Dideron ; C. cass., civ. 1e, 5 mars 2008, Sté navale de Cap d'Ail : *AJDA*, 2008, p. 494 ; *D.*, 2008, p. 854 ; *RDI*, 2008, p. 220, obs. N. Foulquier.

³³⁰¹ TC, 16 oct. 2006, *EURL Pharmacie de la gare Saint-Charles et autre c/ Société d'aménagement, de commerce et de concession*, préc.

³³⁰² Sur cette notion, E. DELACOUR, « Les contrats publics des personnes privées en droit français », in *Mélanges M. Guibal*, t. I, *op. cit.*, p. 633.

³³⁰³ CE, sect., 11 juill. 2011, *Mme Gilles c/ Ville de Paris* : *Rec.*, p. 330 ; *BJCP* 2011. 341, concl. Boulouis ; *AJDA* 2011, p. 1949, chron. Domino ; *JCP*, 2011, 1096, note Derouesné et Simonel ; *Contrats Marchés publ.* 2011, n° 300, note G. Eckert ; *RDI* 2011. 508, note N. Foulquier ; *RJEP* 2012, n° 5, concl. Boulouis. À la suite de cette jurisprudence, TC, 14 mai 2012, *Mme Gilles* : *AJDA*, 2012, p. 1031, obs. Grand ; *RFDA*, 2012, p. 692, note Janicot ; *RDI*, 2012, p. 629, note N. Foulquier ; *JCP A.* 2012. 2328, obs. Giacuzzo ; *CMP*, 2012, p. 223, note Eckert ; *RLCT* sept. 2012, p. 38, note Rouault ; *RJEP*, 2012, p. 55, note H. Pauliat : « Considérant que la SESE n'était pas délégataire d'un service public ; que, dans ces conditions, le litige né de la résiliation du contrat de droit privé passé entre elle, qui n'agissait pas pour le compte de la ville de Paris, et la société Coquelicot promotion, toutes deux personnes de droit privé, même si cette convention comportait occupation du domaine public, relève de la compétence des juridictions judiciaires ».

³³⁰⁴ N. BOULOUIS, concl. sur CE, sect., 11 juill. 2011, *Mme Gilles c/ Ville de Paris* : *RJEP*, Janvier 2012, comm. n° 5.

lien de dépendance avec la situation du primo-occupant. C'est pourquoi il est impossible, pour le sous-occupant, de conclure un bail commercial³³⁰⁵.

636. À la lumière de la jurisprudence du juge des conflits, la circulation des utilités emprunte deux voies contractuelles : le contrat administratif et le contrat de droit privé. Une autre hypothèse, plus rarement évoquée, dans laquelle un occupant consent un contrat de location sur un immeuble construit par un occupant titulaire d'un droit réel sur le domaine public. N'ayant pas directement pour objet la dépendance domaniale, mais l'ouvrage propriété de l'occupant³³⁰⁶, le contrat doit être de droit privé alors que le primo-occupant est titulaire d'une concession de service public, conformément à une jurisprudence ancienne³³⁰⁷. Cette question, qui n'a pas reçu de solution claire dans la jurisprudence moderne, entraîne donc une autre : celle de la cession des droits sur le domaine public.

II. La cessibilité ou la transmissibilité des droits sur le domaine public

637. « Littéralement, la cessibilité s'entend de l'aptitude d'une chose à être objet d'une cession, c'est-à-dire d'une transmission »³³⁰⁸. Dans un contexte administrativiste et selon cette définition, l'acte administratif serait une chose, un bien, entre les mains d'un administré jouissant de la faculté de le transmettre à un tiers. La cessibilité est un mécanisme connu en « droit administratif des obligations »³³⁰⁹, selon l'expression de WALINE, particulièrement en matière contractuelle³³¹⁰, mais elle est rejetée en droit domaniale avant les réformes législatives, ou très rarement admise³³¹¹ (notamment s'agissant des concessions aux enchères³³¹² ou

³³⁰⁵ Cass. 3e civ., 19 déc. 2012, Ville de Saint-Jean-Cap-Ferrat. Sur ce point, Ph. YOLKA, « Les baux commerciaux "de second rang" sur le domaine public : une illégalité discutable », *JCP A.*, fév. 2013, p. 2040.

³³⁰⁶ Supra [Partie II, Titre II, Chapitre I, Section II]

³³⁰⁷ C. cass., 18 nov. 1835 : S., 35. 1. 907. Sur ce point, P. REGRAY, *Des faits de jouissance privative...*, 1900, *op. cit.*, p. 79-80 : « Signalons, enfin, une conséquence importante du fait que la jouissance du permissionnaire n'est précaire qu'au regard de l'administration seule. Il en résulte que, si le permissionnaire élève des constructions, sur la portion du domaine public qu'il a été autorisé à occuper, rien ne l'empêche de louer ces constructions, de les vendre et de les grever de droits réels, notamment d'hypothèques. Les droits, ainsi consentis par le permissionnaire, auront la même valeur juridique que s'il s'agissait d'un immeuble ordinaire, sous réserve, bien entendu, de la condition résolutoire, qui dérive du caractère précaire de la permission ».

³³⁰⁸ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 344.

³³⁰⁹ M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.*, p. 555 et s.

³³¹⁰ Pour un exemple, CE, Avis, 8 juin 2000 : *AJDA*, 2000, p. 758. V. aussi R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, « BDP », 2004, p. 65.

³³¹¹ CE, Sect., 21 nov. 1969, Sieurs Koeberlin : *AJDA*, 1970, p. 160, note P. Godfrin. Sur l'admission des cessions d'autorisations domaniales au début du XX^e siècle, v. J. CARAYON, *La cession des concessions et permissions*, Rousseau et Cie, 1934 ; A. MESTRE, « Les cessions des permissions de voirie », *Rev. Gén. d'Électricité*, 1931, p. 773 ; J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, *op. cit.*, p. 131-132.

³³¹² E. MAGUÉRO (dir.), « Occupation du domaine public », in *Dictionnaire des domaines*, 2^e éd., 1911, *op. cit.*, p. 728-729, n° 132 ; H. DEMENTHON, *Traité du domaine de l'État*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 64.

concessions de chemins de fer³³¹³), pour la raison qu'elle est en opposition frontale avec le caractère personnel imputé aux autorisations domaniales³³¹⁴, en plus des obstacles théoriques liés à l'indisponibilité des compétences et de la puissance publique³³¹⁵.

Les évolutions du droit positif laissent entrevoir la possibilité de penser autrement la titularité des droits sur le domaine public. Les réformes législatives, introduisant les droits réels dans la domanialité publique, ont modifié les termes du débat. La cessibilité ou la transmissibilité se présente comme un trait significatif des droits réels sur le domaine public, qui marque une différenciation avec les occupations dites ordinaires. En particulier, la cessibilité est reprise et consacrée à l'article 2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques et aux articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales. L'autorisation domaniale ou le BEA peuvent être cédés ou transmis dans le cadre d'une mutation entre vifs ou d'une fusion, absorption ou cession de sociétés, pour la durée de validité du titre restant à courir. La cessibilité excède le champ des droits réels. Elle est en effet admise pour les occupations du domaine public hertzien³³¹⁶ et les autorisations de stationnement des taxis³³¹⁷.

Une première conclusion peut être retenue : le pouvoir de gestion doit s'accorder avec le phénomène communément nommé par la doctrine de « patrimonialisation » des actes administratifs. La patrimonialité peut être rapprochée de la vénalité des actes administratifs, sans que les deux notions ne soient toutefois confondues³³¹⁸. La vénalité concerne la production d'actes administratifs en échange d'une somme d'argent. La patrimonialité, en revanche, est plus large, elle est un concept avant tout doctrinal qui offre une lecture de la commercialité des actes administratifs, et qui présente deux caractères. Selon le Professeur P. Delvolvé, la patrimonialité des actes administratifs « est caractérisée à la fois par une valeur appréciable en argent [la création de valeur] et [par] la transmissibilité (la cessibilité ne se différenciant guère de la transmissibilité) »³³¹⁹. Lorsqu'elle est constitutive d'un droit réel,

³³¹³ M. D. GARNIER, « Chemins de fer », in *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement, des domaines et des hypothèques*, t. II, Le Bertre-Garnier, 1890, p. 357.

³³¹⁴ CE, 5 juil. 1933, *Sieur Burgess-Moore* : *Rec.*, p. 742 ; CE, 5 déc. 1951, *Podio* : *Rec.*, p. 570 ; CE, 24 nov. 1955, *Dame Dupont* : *Rec.*, p. 555 ; *RDP*, 1956, p. 143, note M. Waline ; CE, 10 mai 1989, *Munoz*, préc. Sur ce point, v. J. DUFAU, « La cession des autorisations d'occupation du domaine », *JCP A*, 2006, chron. 1102 ; G. ECKERT, *Droit administratif et commercialité*, *op. cit.*, p. 465.

³³¹⁵ Sur ce point, P. LIVET, *L'autorisation préalable et les libertés publiques*, LGDJ, 1974, p. 262 : « la cession entre particuliers d'une autorisation préalable, pour la raison majeure qu'elle remet en cause les prérogatives de puissance publique de l'administration, a toujours en principe été vigoureusement condamnée, tant par la doctrine que par la jurisprudence, affirmant en commun qu'une autorisation de police est, d'une façon générale, hors du commerce ».

³³¹⁶ Loi n° 2004-669 du 9 juil. 2004.

³³¹⁷ Art. 3 de la loi n° 95-66 du 20 janv. 1995.

³³¹⁸ J. LAULHÉ, « La vénalité des actes administratifs », *AJDA*, 1961, p. 424.

³³¹⁹ P. DELVOLVÉ, « La patrimonialité des actes administratifs : rapport de synthèse », *RFD-A*, 2009, p. 44.

l'autorisation domaniale apparaît donc comme un exemple topique car elle présente ces deux caractères : elle est source de valeur autant pour le gestionnaire que pour l'occupant, et elle bénéficie d'un mécanisme qui assure, sous certaines conditions, sa transmissibilité. Mais la catégorisation, sous la bannière des actes administratifs, prête cependant à discussion. La cessibilité (ou transmissibilité) peut-elle se réclamer du modèle de la patrimonialité des actes ? La cessibilité des droits réels ou des autorisations domaniales est-elle équivalente à celle observée dans d'autres domaines du droit ? Et repose-t-elle sur les mêmes fondements ? La thématique de la patrimonialité des actes administratifs est un prisme à travers lequel peuvent être appréhendés les mécanismes de circulation des utilités sur le domaine public et les cessions des autorisations domaniales, mais elle possède certaines faiblesses. Non qu'elle doive être abandonnée, mais il est nécessaire de lui faire subir quelques ajustements afin d'épouser la spécificité de la cession des autorisations ou des droits réels sur le domaine public, d'une part au sujet de l'appartenance (**A**) et d'autre part au sujet de la disposition des droits sur le domaine public (**B**).

A. La question de l'appartenance des droits sur le domaine public

638. La « patrimonialité » des actes administratifs est un choix terminologique qui peut susciter des interrogations concernant « sa valeur explicative »³³²⁰ (ou didactique). Le patrimoine, cet « obscur objet »³³²¹, souffre d'un problème de définition. Construite à partir de l'obligation personnelle, de la créance et du gage sur le fondement de l'article 2092 du Code civil³³²², ou à partir du droit des successions, la patrimonialité ne semble pas être la figure juridique la plus adaptée au monde des relations administratives. Le recours à la théorie du patrimoine est effectivement ambivalent. En tant que « concept d'intelligibilité théorique »³³²³, le patrimoine peut être un outil précieux à condition de le débarrasser de son rôle fonctionnel primitif et de lui donner une acception plus large, comme mécanisme d'imputation de biens autour d'une individualité. Le patrimoine, en tant que synonyme d'universalité, peut permettre de caractériser la titularité des droits sur le domaine public. Il permet en l'occurrence l'appréhension du droit de l'occupant comme un objet d'appropriation, dans la mesure où il transcende la distinction entre les droits corporels et les droits incorporels, en les réunissant

³³²⁰ F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD Civ.*, 1996, p. 819.

³³²¹ M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 199.

³³²² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *op. cit.*, p. 3 ; F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.*, 2003, p. 667.

³³²³ R. SÈVE, « Détermination philosophique d'une théorie juridique : "La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau" », *APD*, n° 24, 1979, p. 248.

sous la notion de bien, et plus précisément, de bien patrimonial (1). Mais, d'un autre côté, nonobstant ses avantages théoriques et pratiques, la théorie du patrimoine rend paradoxalement difficile la compréhension de l'appropriation et de la cession des droits réels ou des autorisations domaniales, en raison de la circularité de sa définition (2).

1. Une autre approche de la titularité des droits sur le domaine public

639. Outre la représentation de l'administré, sujet de droit, titulaire d'un droit réel sur le domaine public, qui lui permet d'accéder aux utilités de la dépendance domaniale, il s'agit d'appréhender le droit réel ou l'autorisation domaniale comme des éléments du patrimoine de l'administré, et ainsi de réfléchir autrement sur l'appartenance et sur la titularité. Dans la dogmatique juridique d'Aubry et Rau, initiateurs de la théorie française du patrimoine, « il existe un lien intime entre la personne et le patrimoine ». La théorie du patrimoine a été une entreprise importante de définition de la personnalité juridique, qui a consisté à construire la personnalité à partir de la chose³³²⁴, c'est-à-dire à déduire la personnalité d'une masse de biens. Mais cette construction souffre de certains paralogismes. Les théoriciens français instaurent une dialectique problématique entre le patrimoine et la personnalité. Le patrimoine est identifié à la personnalité, tout en étant « une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie ». De la sorte, s'interroge Planiol, « ne commet-on une confusion entre le patrimoine, qui est l'ensemble des biens, et la personnalité, qui est l'aptitude à posséder ? »³³²⁵. Assurément. Cette contradiction est surmontée par la doctrine du début du XX^e siècle, par le biais d'une séparation entre le patrimoine et la personnalité³³²⁶. Cependant, cette distinction s'effectue au prix d'un délitement de la notion de personnalité juridique, réduite au concept de sujet de droit. La conceptualisation du patrimoine s'appauvrit pour être incluse dans l'aptitude de l'individu à avoir des droits³³²⁷. De cette manière, la titularité des droits s'éloigne du schème de la patrimonialité. La doctrine a perdu de vue que « le premier élément de la personnalité n'est pas

³³²⁴ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », préc..

³³²⁵ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., *op. cit.*, 1904, p. 676, note n° 1. V. aussi, O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne, considérée comme principe des transmissions à titre universel*, Thèse Paris, 1902, p. 95 et s. V. aussi, M. de JUGLART et H. MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit civil*, vol. 1, 5^e éd., Montchrestien, 1972, n° 292 : « le lien établi par la doctrine classique entre le patrimoine et la personnalité est tel qu'on arrive plus à la distinguer ».

³³²⁶ Par exemple, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 1977, p. 147 et s.

³³²⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., 1904, *op. cit.*, p. 675 : Les personnes sont, par définition, les êtres capables de devenir actifs et passifs de droits : elles seules ont donc l'aptitude à posséder des biens ou à avoir des créances ou des obligations ».

[...] l'aptitude à avoir des droits, mais [...] l'aptitude à posséder»³³²⁸. En complément de la figure de l'administré, sujet de droit, il convient de réhabiliter et de promouvoir une approche patrimoniale des droits sur le domaine public, et de penser une autre forme de titularité par l'appropriation.

640. Penser la titularité à travers le prisme de l'appartenance conduit à s'intéresser à la notion de bien. Le patrimoine, relié à la subjectivité de la personne, est aussi une unité distincte de ses composantes et qui transcende la catégorisation des droits : choses corporelles ou incorporelles, droits personnels ou droit réels. Dans la conceptualisation d'Aubry et de Rau, l'utilité est la pierre cardinale. Sur ce point, il n'y a rien d'original par rapport à ce qu'affirment plus tard Toullier ou Demolombe. Le mot « bien » désigne « les choses qui sont susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété »³³²⁹. L'originalité de leur théorisation est l'appréhension des droits réels et des droits personnels par leur utilité propre, et non exclusivement par l'utilité de leur objet : « on peut considérer les objets des droits civils, soit en eux-mêmes et d'après leur nature constitutive, soit sous le rapport de l'utilité qu'ils offrent à la personne qui a des droits à exercer sur eux. Envisagés sous ce dernier point de vue, ces objets s'appellent des *biens* »³³³⁰. Guidée par la préservation de l'unité catégorielle de la propriété, celle des droits est construite sur une conceptualisation fondée sur l'article 544 du Code civil³³³¹. Ce faisant, les deux civilistes s'éloignent de la conceptualisation de l'appartenance prônée par la théorie allemande du patrimoine, mais la théorie du patrimoine a le mérite d'étendre l'empire de la propriété à tout objet qui présente une utilité pour l'individu³³³².

641. En associant l'utilité à la propriété, la théorie du patrimoine instaure une autre manière de *contempler* les droits sur le domaine public. Les droits réels ou autorisations domaniales ne sont pas qu'un lien juridique unissant l'administration et le gestionnaire, ils sont aussi un bien,

³³²⁸ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », préc. V. aussi, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, 1^{re} éd., PUF droit, 2006, p. 113 et s. ; A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.*, 1994, p. 801 : « le patrimoine n'apparaît-il ni plus ni moins que comme l'avoir légitime d'une personne, physique ou morale ».

³³²⁹ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon : de la distinction des biens*, t. IX, 1854, p. 6.

³³³⁰ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, t. V, 3^e éd., 1856-1863, *op. cit.*, p. 2. Sur ce point, v. M. XIFARAS, *La propriété*, *op. cit.*, p. 229 : « le concept d'utilité semble s'étendre à tous les avantages que les droits sont susceptibles de procurer, et non plus seulement à ceux qu'on peut attendre des choses sur lesquelles on détient des droits ».

³³³¹ Ch. ATIAS, « Destins du droit de propriété. Ouverture », *Droits*, 1985, n° 1, p. 5, spéc. p. 10. V. aussi, A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », préc.

³³³² Sur ce point, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », *in Mélanges offerts à André Colomer*, LGDJ, 1993, p. 281.

objet de la propriété, en raison de l'utilité qu'ils procurent au titulaire³³³³. Ce n'est pas pour autant que le droit réel, droit sur une chose, doit être classé dans la famille des biens corporels. Les droits réels relèvent de la catégorie des droits incorporels, et par extension, des biens incorporels. Ils ne peuvent donc être confondus avec la corporalité de leur objet. Aubry et Rau prennent soin de distinguer la propriété immobilière du droit réel immobilier³³³⁴. De leur avis, « la distinction des biens en corporels et incorporels peut cependant s'expliquer par les considérations suivantes : le droit de propriété, absorbant toute l'utilité de l'objet qui y est soumis, se confond en quelque sorte avec cet objet, qui en est la représentation. Lors donc que l'objet d'un droit de propriété est une chose corporelle, l'utilité de ce droit se trouve, pour ainsi dire, matériellement représentée par la chose, et peut, par ce motif, être envisagée comme constituant un bien corporel. Il en est autrement des droits réels autres que la propriété. Ces droits, n'absorbant pas toute l'utilité de l'objet sur lequel ils portent, ne peuvent, en aucune manière, être considérés comme étant matériellement représentés par cet objet »³³³⁵. Cette théorie est reprise par la doctrine moderne³³³⁶, bien qu'elle ne soit pas pleinement satisfaisante en raison de ses contradictions. Selon cette approche, la propriété se confond avec la chose ; elle est ainsi proche du concept de *jura in re*. Mais cette justification constitue un premier élément distinction entre la propriété et les droits réels. Les Professeurs F. Zenati et Th. Revet préservent cette distinction mais ils proposent un ajustement qui la délivre du processus de réification corporelle. La propriété n'est pas définie par l'utilité ; elle est une relation qui unit le sujet avec le bien, contrairement aux autres droits qui sont des biens incorporels car ils sont des mécanismes d'accapuration d'une ou de plusieurs utilités³³³⁷.

³³³³ R. LIBCHABER, « Biens », *Rép. civ. Dalloz*, 2002, n° 46 et s. Les droits « se constituent eux-mêmes en objets de désirs, et en objet limités en nombre pour une même chose ».

³³³⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.*, 1997, p. 597.

³³³⁵ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zacharia*, t. V, 3^e éd., 1856-1863, *op. cit.*, p. 2, note n° 2.

³³³⁶ R. LIBCHABER, « Biens », *Rép. civ. Dalloz*, 2002, n° 46. Les droits sont des « objets purement juridiques, qui n'ont aucune contrepartie dans le monde réel, et qui s'évanouissent dès lors que le système juridique défaille. Mais il est manifeste que ces droits sont des biens. Car les droits constituent des moyens d'appropriation non toutes les utilités de la chose – ce que seule l'appropriation permet –, mais certaines d'entre elles seulement ». V. aussi, J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, 1991, Dalloz, p. 277.

³³³⁷ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 92. V. aussi, J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 204. L'auteur distingue les droits-exclusions et les droits prestations. « Ayant pour fonction l'appropriation des choses, les droits-exclusion ne sont pas des biens mais des prérogatives subjectives permettant le rattachement exclusif des choses au sujet : leur appropriation par le sujet est donc non seulement impossible [...] mais encore et surtout inutile. Considérer autrement, c'est faire du droit de propriété un bien alors qu'instrument de l'appropriation, il ne peut être par essence l'objet de celle-ci ».

2. Les ajustements apportés à la théorie du patrimoine

642. Pour comprendre le concept d'utilité à la source de la patrimonialité, et avant d'affirmer que le droit réel (ou autorisation domaniale) est un bien patrimonial, il faut préalablement s'entendre sur la définition de la patrimonialité. À s'en tenir à la définition de Zachariæ revue par Aubry et Rau, « le patrimoine d'une personne est l'universalité juridique de ses droits réels et de ses droits personnels proprement dits (*jura obligationem*), [...] on envisage les objets sur lesquels ils portent sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire comme des biens »³³³⁸. Cette définition révèle la distance prise avec la doctrine de l'auteur allemand : elle comporte une distinction absente des écrits de Zachariæ. Aubry et Rau initient un rapprochement entre la patrimonialité et la pécuniarité. Alors que les « biens innés » (droits liés à la personne) sont inclus par Zachariæ dans le patrimoine, la distinction, faite par Aubry et Rau entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux, dessine les contours et les limites du patrimoine. Surtout, l'utilité, au fondement de la définition du bien, est représentée par sa valeur pécuniaire (ou économique). L'association entre les dimensions pécuniaire et patrimoniale devient dès lors un axiome de la science du droit privatiste. Elle est reprise, entre autres, par Capitant³³³⁹, Planiol³³⁴⁰ ou Josserand³³⁴¹. Cette association est aussi la grille de lecture à partir de laquelle la doctrine publiciste aborde la patrimonialité (ou patrimonialisation) des actes administratifs. En amont, les actes administratifs sont « un élément de “calcul économique” et un objet de spéculation »³³⁴². En aval, « ils intègrent le patrimoine de leurs bénéficiaires qui peuvent ensuite les céder à des tiers moyennant le paiement par ces derniers d'une somme d'argent »³³⁴³.

643. La confusion entre la vénalité, la patrimonialité et la notion de bien représente une source de difficultés. Suivant la théorie du patrimoine, seule une chose ayant une valeur pécuniaire peut être considérée comme un bien. De quelle définition de la valeur est-il

³³³⁸ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariæ*, t. V, 3^e éd., *op. cit.*, 1856-1863, p. 1.

³³³⁹ R. CAPITANT, *Introduction au droit civil*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 110 : « Les droits du patrimoine sont des droits pécuniaires, ce qui veut dire qu'ils aboutissent, en dernière analyse, à procurer à leur titulaire des avantages appréciables en argent. Ils se subdivisent eux-mêmes en trois classes : les droits de créance, les droits réels, les propriétés incorporelles ».

³³⁴⁰ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., 1904, *op. cit.*, p. 675 : « On appelle patrimoine l'ensemble des droits et des charges d'une personne, appréciables en argent ».

³³⁴¹ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 2^e éd., Sirey, 1932, n° 104.

³³⁴² F. BATAILLER, « Les “beati possidentes” du droit administratif », *préc.*, p. 1055.

³³⁴³ F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », *DA*, 2007, n° 8, étude 14.

question : valeur d'usage ou valeur d'échange ?³³⁴⁴ L'autorisation domaniale, particulièrement lorsqu'elle est constitutive de droits réels, possède intrinsèquement une valeur d'usage qui consiste en la concession d'un certain nombre d'utilités. Elle possède aussi une valeur d'échange depuis que le droit reconnaît sa cessibilité. Mais c'est ici que réside une des principales difficultés du recours au concept de patrimoine. Si la patrimonialité du bien se définit par sa vénalité, si un bien est appropriable parce qu'il est vénal³³⁴⁵, la question devient inextricable. En somme, par son amalgame avec la disponibilité³³⁴⁶ et la pécuniarité, la définition de la patrimonialité des biens tourne sur elle-même, affaiblie par les rapports tautologiques de ses différentes composantes. La théorie du patrimoine est inapte à expliquer par elle-même l'appropriation. Au mieux, pour sortir de ce hiatus, l'appropriation d'un bien ne doit pas être vue comme la conséquence mais seulement comme une des causes de la patrimonialité, ainsi que l'énonce J. Laurent : « il semble plutôt que la valorisation d'une chose est la manifestation d'un phénomène immanent : celui du désir d'appropriation puisque les deux éléments que la valeur au sens juridique conjugue, l'utilité et la rareté, sont largement contingent »³³⁴⁷.

Par ailleurs, la difficulté peut être levée si un autre terme est intégré dans l'équation : la commercialité³³⁴⁸. La vente ou l'échange seraient les notions clefs, en tant qu'« opération[s] portant sur la *valeur* des biens et plus généralement dans la vocation à l'échange monétaire »³³⁴⁹. Là aussi, la commercialité est présentée comme le dérivé de la patrimonialité, alors qu'elle en est plutôt la conséquence. La cessibilité est la conséquence de l'appropriation et de la disposition d'un bien, et non celle de la patrimonialité. Surtout, la commercialité est une qualité relative à certains biens ; elle n'est pas une condition *sine qua non* de la patrimonialité. La relativisation du lien entre patrimonialité et commercialité, déjà présente dans les écrits d'Aubry et de Rau³³⁵⁰, est confirmée par l'étude d'Audier³³⁵¹, travail de référence sur ce sujet, qui démontre l'abandon de la confusion romaine entre les *res in commercio* et les *res in nostro*

³³⁴⁴ Sur les différentes définitions de la valeur, M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ*, 2006, n° 4, p. 1807.

³³⁴⁵ Sur ce point, C. GRZEGORCZYK, « Le concept du bien juridique », préc.

³³⁴⁶ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », préc..

³³⁴⁷ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 205.

³³⁴⁸ T. SOLEILHAC, « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA*, 2007, p. 2178.

³³⁴⁹ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », préc..

³³⁵⁰ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Cours de droit civil français : d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, t. II, 3^e éd., 1856-1863, *op. cit.*, p. 40 : « Les choses susceptibles d'appropriation sont dites hors du commerce lorsqu'un obstacle légal s'oppose à ce qu'elles fassent partie d'un patrimoine quelconque, ou lorsque ayant actuellement un maître, elles ne peuvent par aucun moyen d'acquisition, pas même par prescription, passer dans le patrimoine d'une autre personne ».

³³⁵¹ V. de manière générale, J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux : à caractère personnel*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », t. 159, 1979.

*patrimonio*³³⁵². Même si pour certains auteurs, la cessibilité représente le critère unique de la patrimonialité³³⁵³, un bien peut être patrimonial sans être cessible. À l'évidence, deux niveaux de commercialité sont à distinguer : d'une part une commercialité entre le gestionnaire et l'occupant, qui consiste en un transfert des utilités de la dépendance et représente une valeur objective, contingentée par sa nécessité et sa rareté³³⁵⁴ ; d'autre part il existe une commercialité entre l'occupant et un tiers, qui consiste en la cession des droits sur le domaine public, créatrice d'une autre valeur subjective. Il n'y a donc pas une seule et unique manière d'appréhender la patrimonialité d'un bien. Celle-ci n'est pas un principe causal qui implique un régime unitaire s'imposant à un bien. Elle englobe l'ensemble des mécanismes : appropriation, transfert d'utilités ou cession. Contrairement à d'une présentation élémentaire qui combinerait cessibilité et patrimonialité, il faut retenir que la patrimonialité n'implique pas nécessairement des mécanismes de cessibilité, et inversement. La cessibilité, lorsqu'elle est existante, initie une patrimonialité particulière. Le droit sur le domaine public jouit non seulement d'une valeur d'usage, mais aussi d'une valeur d'échange.

644. En définitive, la relation entre individualité et volontarisme juridique, établie par la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, doit être rejetée. L'appropriation ne peut pas être le produit du libre arbitre de l'individu ou de l'administré. Autrement dit, il n'y a aucune automaticité entre une chose présentant une utilité et son appropriation. Cette dernière ne peut être que le produit de ce que prévoit le droit³³⁵⁵. Le désir d'appropriation est freiné par les éléments objectifs qui conditionnent le champ de la notion de bien. Il est donc plus juste d'évoquer la notion de « patrimonialisation » que celle de « patrimonialité », car cette terminologie rend compte du mouvement, ordonné par le droit, d'élargissement des phénomènes d'appropriation³³⁵⁶.

À cet égard, le régime du domaine public fournit un très bon exemple. L'état actuel du droit positif reflète les réticences ou les hésitations du juge administratif à retenir la qualification de bien pour certaines composantes de l'occupation domaniale. Le droit sur le domaine public n'a pas reçu ce bénéfice, hormis dans une jurisprudence fiscale du Conseil

³³⁵² R. MONIER, *Manuel de droit romain, op. cit.*, n° 249.

³³⁵³ J. LAURENT, *La propriété des droits, op. cit.*, p. 130 ; A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », préc.

³³⁵⁴ Sur ce point, H. LAULHÉ, « La vénalité des actes administratifs », préc.

³³⁵⁵ C. GRZEGORCZYK, « Le concept du bien juridique », préc. : « un bien juridique est ce que le droit considère comme tel ». V. aussi du même auteur, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982, p. 35 et s.

³³⁵⁶ F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », préc. : « Nous préférons pour notre part l'expression patrimonialisation parce qu'elle rend compte d'une évolution en même temps qu'elle retranscrit l'idée que certaines autorisations administratives peuvent faire l'objet d'une appropriation, d'une évaluation pécuniaire et d'une cession ».

d'État dans laquelle est affirmée qu'en dépit de son caractère précaire, l'autorisation est « un élément du patrimoine de l'entreprise qui en est titulaire et entr[e] en conséquence dans son actif immobilisé »³³⁵⁷. La réticence la plus significative concerne le régime du fonds de commerce et, de manière générale, celui des baux commerciaux sur le domaine public. Le destin des fonds de commerce est quelque peu similaire à celui des droits réels. Alors que le juge admet d'abord sa compatibilité avec la domanialité publique³³⁵⁸, son exclusion signe plus tard le retour en force d'une signification radicale³³⁵⁹, selon laquelle les préceptes domaniaux : caractère personnel de l'occupation et résiliation unilatérale³³⁶⁰, s'opposent frontalement à l'idée d'une propriété commerciale sur le domaine public³³⁶¹. Le juge administratif ne nie pas seulement la possibilité de céder un fonds de commerce, il en nie radicalement l'existence juridique, puisque l'usager ne peut pas légalement disposer d'un bail commercial³³⁶². Un tel radicalisme peut légitimement prêter à discussion³³⁶³. Il n'en reste pas moins que c'est le Conseil d'État, ou le législateur, qui détient la variable de l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public, même s'il œuvre à contre-courant de la jurisprudence de certains juges du fond³³⁶⁴, de certaines jurisprudences judiciaire³³⁶⁵ et européenne.

Pourtant, le droit européen offre une nouvelle lecture favorable. La Cour européenne des droits de l'Homme estime, à l'aune de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, qu'il existe une atteinte à la protection des biens lorsque l'indemnité versée au titre de la résiliation du titre d'occupation ne compense pas suffisamment la perte d'exploitation³³⁶⁶. Le juge administratif

³³⁵⁷ CE, 26 févr. 1990, Société Bambi Fruit : *RJF*, 1990, p. 311, chron. J. Turot.

³³⁵⁸ CE, Sect., 1937, Sieurs Gerzenberg et Sape : *Rec.*, p. 854 ; CE, 4 juin 1958, Sieur Tossounian : *Rec.*, p. 307. V. aussi O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Fonds de commerce et domaine public », *AJDA*, 2002, p. 790.

³³⁵⁹ CE, 28 avril 1965, Sté X. : *D.*, 1965, p. 655, obs. L. Lamarque : « Considérant qu'eu égard notamment au caractère précaire et révocable de ladite autorisation [d'occupation temporaire du domaine public], dont le retrait pourrait contraindre le requérant à mettre fin sans indemnité à l'exploitation de l'établissement litigieux, celui-ci ne saurait être regardé comme un fonds de commerce dont la société X. serait propriétaire » ; CE, 31 juill. 2009, Sté Jonathan Loisirs : *RJEP* 2010, comm. 17, note C. Chamard-Heim ; *Contrats-Marchés publ.*, 2009, comm. 332, note G. Eckert.

³³⁶⁰ Certains auteurs, comme le Professeur P. DELVOLVÉ, invoquent le principe d'inaliénabilité pour justifier la prohibition des baux commerciaux, v. P. DELVOLVÉ, « Droit de propriété et droit public », in *Mélanges G. Braibant, op. cit.*, p. 149, spéc. p. 158-159.

³³⁶¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. II 15^e éd., 2001, p. 510. Une autre justification est apportée par M. WALINE. L'occupant ne saurait avoir de fonds de commerce parce qu'il ne détient pas de clientèle propre, l'occupant se trouve totalement sous la dépendance économique du maître du domaine, v. M. WALINE, note sous T. civ. Seine

³³⁶² Pour un exemple jurisprudentiel récent, CE, 19 janv. 2011, Commune de Limoges : *JCP A.*, 2011, act. 88 ; *JCP A.*, 2011, p. 2101 ; *JCP A.*, 2012, p. 2013, chron. C. Chamard-Hein.

³³⁶³ R. RÉZENTHEL, « L'exploitation du fonds de commerce sur le domaine public : vers la fin d'un malentendu », *Gaz. Pal.*, 1998, p. 196 ; O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Le statut du commerçant installé sur le domaine public. Faut-il mettre fin à l'exclusion de l'exercice de la propriété commerciale sur le domaine public ? », *AJDI*, 2005, p. 633.

³³⁶⁴ CAA Bordeaux, 6 nov. 2008, n° 08BX00575, Ville de Limoges ; CAA Marseille, 7 fév. 2011, n° 10MA02344, Brigitte B.

³³⁶⁵ C. cass. 1^{re} civ., 15 mai 2001 : *Bull. civ.* 2001, I, n° 137 ; *DA*, hors série, déc. 2001, comm. 417.

³³⁶⁶ CEDH, 26 avril 2011, Di Marco c/ Italie : *RLDC*, oct. 2011, p. 56, note Parance.

est fermé à ce raisonnement. Il fait un usage stratégique de l'identité de puissance publique du pouvoir de gestion afin de soustraire les rapports entre le gestionnaire et les usagers de l'empire de l'article 1^{er} du protocole additionnel³³⁶⁷. Seules quelques situations particulières ont bénéficié de l'intervention du législateur. Par exemple, ce dernier a reconnu l'existence de fonds de commerce dans les marchés d'intérêt national³³⁶⁸. À terme, il n'est pas sûr, comme le souligne le Professeur Ph. Yolka, que le juge administratif puisse résister à la prégnance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³³⁶⁹. La largesse de la définition européenne du bien devrait permettre de saisir différentes composantes de l'occupation sur le domaine public afin de leur attribuer une existence juridique.

À l'heure actuelle, même s'ils n'ont jamais été qualifiés par le droit positif de bien, certains droits octroyés sur le domaine public peuvent être appréhendés comme tels, parce qu'ils en recouvrent les caractéristiques essentielles, dans la mesure où leur titulaire peut en disposer en le cédant à un tiers. Il n'en reste pas moins que la disposition des droits doit trouver un autre fondement distinct de la théorie du patrimoine.

B. La question de la disposition des droits sur le domaine public

645. Avant d'évoquer le fondement de la cession des droits (2), il est nécessaire d'opérer une taxinomie des droits existant sur le domaine public et qui bénéficient d'un mécanisme de cession (1).

1. La taxinomie des droits cessibles sur le domaine public

646. La première hypothèse de cession porte sur les droits réels. Les différentes réformes législatives ont en effet ouvert la possibilité de céder ou de transmettre un droit réel. S'agissant du domaine public étatique, l'article L. 2122-7 du Code général de la propriété des personnes publiques, reprenant l'article L. 34-2 du Code du domaine de l'État, pose le cadre juridique du

³³⁶⁷ CE, Sect., avis, 26 juil. 2005, relatif au terrain d'assiette du Grand-Palais : *EDCE*, 2006, p. 193 : « les stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lesquelles « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » visent à maintenir un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde de l'intérêt individuel et ne s'appliquent pas aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales dans l'exercice de leurs pouvoirs de puissance publique, auquel se rattache la gestion de leur domaine public ».

³³⁶⁸ Art. L. 761-9 du Code du commerce. V. aussi C. VILAR, « Fonds de commerce et marché d'intérêt national », *RTD com.*, 1973, p. 27.

³³⁶⁹ Ph. YOLKA, « Propriété commerciale des occupants du domaine public : crever l'abcès », *JCP A.*, 2012, p. 2209.

régime de la cessibilité (ou de la transmissibilité) des droits réels. La loi du 12 mai 2009³³⁷⁰ permet la cession du droit créé par un bail emphytéotique administratif « logements sociaux ». Concernant le bail emphytéotique administratif dit « de valorisation », l'article L. 2341-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'article 11-1 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010, énonce que « les droits résultant du bail ne peuvent être cédés, qu'avec l'agrément de la personne publique propriétaire ». Ensuite, s'agissant du domaine public local, l'article L. 1311 du Code général des collectivités territoriales ouvre la possibilité de céder ou transmettre « les droits et obligations découlant » du bail emphytéotique administratif. Enfin, l'article L. 2122-11 du Code général de la propriété des personnes publiques habilite le titulaire d'un contrat de partenariat à céder son droit réel.

En référence à la théorisation civiliste, l'idée largement partagée par la doctrine est d'associer cessibilité et droit réel³³⁷¹, le premier apparaissant inclus dans la définition du second. C'est la lecture communément faite de l'article L. 2122-7 du Code général de la propriété des personnes publiques. A l'inverse, certains auteurs refusent d'identifier des droits réels sur le domaine public en l'absence d'une libre cessibilité. Influencés par la théorisation civiliste qui associe droit patrimonial, droit réel et cessibilité, la plupart des analyses publicistes perçoivent la possibilité de cession comme la conséquence directe de l'avènement des droits réels (dans leur définition législative) sur le domaine public. En raison de l'identité commune – mais trompeuse – entre le droit réel et la propriété³³⁷², la scolastique civiliste fait du droit réel l'archétype des droits patrimoniaux et du commerce juridique où l'individu en dispose comme il dispose de son droit de propriété³³⁷³.

Même s'il existe une commercialité de principe, le primat du lien quasi ontologique entre le droit réel et le commerce juridique est pourtant discutable³³⁷⁴. Les droits réels sont parfois incessibles : les exemples en droit civil ne manquent pas. Dans la doctrine du XIX^e siècle, Proudhon estimait que l'usufruit était intransmissible du fait de sa gratuité et de sa dimension familiale³³⁷⁵. En droit positif, l'article 625 du Code civil prohibe la cessibilité des droits d'usage ou d'habitation. Les servitudes sont des droits accessoires liés à une chose, « ce qui ne permet pas d'en concevoir le transfert indépendamment du fonds qu'elle asservissent »³³⁷⁶. Certains droits réels revêtent donc une dimension personnelle, au sens d'*intuitu personae*, qui exclut tout

³³⁷⁰ Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion

³³⁷¹ Y. GAUDEMET, « Les cessions et transmissions du droit réel de la loi du 25 juillet 1994 », *JCP N.*, 1996, p. 1263.

³³⁷² Supra [Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I]

³³⁷³ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 5^e éd., 1983, *op. cit.*, p. 123 : « la pleine aliénabilité, cessibilité, transmissibilité du bien est un attribut capital de la propriété ».

³³⁷⁴ Sur ce point, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 426 e s.

³³⁷⁵ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage d'habitation et de superficie*, *op. cit.*, n° 9.

³³⁷⁶ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 345.

commerce juridique avec les tiers. À la lumière de ces exemples civilistes, il faut comprendre que le système des droits réels sur le domaine public, promu par le législateur, institue non seulement des droits réels, mais aussi des droits réels dans un commerce juridique, que le titulaire peut céder.

647. D'autre part, la cessibilité et la transmissibilité existent en dehors du paradigme du droit réel : par exemple, pour les autorisations de fréquences hertziennes³³⁷⁷ et de stationnement des taxis³³⁷⁸. Si ces droits ne se réclament pas de la catégorie des droits réels, peuvent-ils être assimilés à des droits personnels ? C'est le cas dans la démonstration de B. Apollis, qui distingue au sein des autorisations hospitalières les autorisations personnelles des autorisations réelles. Le recours à la notion de droit personnel est néanmoins imparfait. Non pas que le droit personnel soit antinomique avec des mécanismes de cessibilité, bien au contraire³³⁷⁹, mais cette notion n'épouse pas la spécificité de ces droits et de leur économie, notamment ceux attribués à l'occasion de la gestion du domaine public hertzien. Une autre voie est proposée par J. Laurent. Sa taxinomie des droits fait intervenir une troisième catégorie : les « droits-contingement »³³⁸⁰. Cette notion est intéressante car elle souligne le fait qu'en plus d'autoriser l'occupation du domaine public, ces autorisations « offrent à leur bénéficiaire l'accès à une activité dont le volume est justement contingenté par les pouvoirs publics »³³⁸¹. De par son régime, l'autorisation crée artificiellement une rareté³³⁸² et, « comme jadis, un tel privilège, aussitôt établi, prend artificiellement une place solide à l'intérieur du patrimoine des *beati possidentes*. Il y devient un bien, souvent précieux et envié, négociable contre argent, sous la protection du droit positif, transmissible à ses héritiers ou légataires »³³⁸³.

³³⁷⁷ Loi n° 2004-669 du 9 juil. 2004. L'art. 42-3 du Code des postes et des communications électroniques dispose que le Ministre chargé des communications a la possibilité d'arrêter la liste des fréquences dont les autorisations peuvent faire l'objet d'une cession. Sur ce point, v. arrêté du 11 août 2006 portant application de l'article L. 42-3 du Code des postes et des communications électroniques relatif aux fréquences ou bandes de fréquences dont les autorisations d'utilisation peuvent faire l'objet d'une cession, modifié par l'arrêté du 14 juin 2011 : JO, 15 juin 2011. Sur ce point, T. PEZ, *Le domaine public hertzien*, *op. cit.*, p. 53.

³³⁷⁸ Art. 3 de la loi n° 95-66 du 20 janv. 1995.

³³⁷⁹ V. de manière générale, Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, LGDJ, 2008.

³³⁸⁰ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, p. 98 et s.

³³⁸¹ *Ibid.*, p. 98.

³³⁸² Sur ce point, J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, *op. cit.*, p. 212 et s.

³³⁸³ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1964, p. 169. V. aussi, M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *préc.*. V. aussi, L. RAPP et Ph. TERNEYRE, *Droit public des affaires*, Lamy, Paris, 2004, p. 431 : « Dès l'instant où le titulaire d'une autorisation administrative détient en vertu de ce titre un droit, un privilège, un monopole – objet de convoitise –, dès l'instant où la loi elle-même ou la pratique de l'autorisation puisse présenter un successeur à l'administration économique, dès l'instant où cette autorisation est rare car contingentée, celle-ci acquiert alors une valeur économique, une valeur patrimoniale pour son titulaire qu'il est vain de vouloir nier car, officiellement ou officieusement, cet acte va faire l'objet d'une transaction commerciale ».

2. Le fondement de la cession des droits sur le domaine public

648. Les analyses de la cession de droits sur le domaine public sont assez diverses. La première d'entre elles est proposée par le Professeur R. Noguellou et construite à partir de la cession de contrat. Dans le sillage d'une approche institutionnelle du contrat³³⁸⁴, initiée par la doctrine des Professeurs Ph. Malaurie, de L. Aynes et de Ph. Stoffel-munck³³⁸⁵, l'auteur juge que l'expression « cession de contrat » est impropre, car « elle donne l'impression qu'un contrat peut être assimilé à une chose, un objet, susceptible de passer de main en main », alors qu'« en réalité, ce qui est cédé ce n'est pas le contrat, mais la “position contractuelle” »³³⁸⁶. Cette analyse appelle plusieurs remarques. Si elle est d'une grande vertu explicative pour la matière contractuelle, elle s'avère être un prisme réducteur pour la matière domaniale. D'une part, la cession des droits est indifférente à la nature de l'acte d'autorisation. D'autre part, ce qui est cédé est moins l'acte d'autorisation, en l'occurrence le contrat, que le droit sur le domaine public. Le législateur ne vise pas la cession de l'autorisation mais celle du droit. L'article L. 1311-3 du Code général des collectivités territoriales mentionne « les droits résultant du bail », l'article L. 2122-7 du Code général de la propriété des personnes publiques vise « les droits, ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ». Et même sur un plan théorique, il faut éviter la confusion faite entre le droit et l'acte d'autorisation dont il est le support. Comme il faut séparer la norme de l'acte, il faut distinguer le droit de l'acte d'autorisation³³⁸⁷. Cette distinction est nécessaire car elle permet de promouvoir une approche qui transcende les actes de gestion et de retrouver une unité de la cession face à la pluralité des mécanismes prévus par le droit positif.

649. « Disposer c'est aliéner : éloigner définitivement quelque chose de soi, le transporter une fois de plus en la pleine maîtrise d'autrui »³³⁸⁸, ce qui signifie que la disposition correspond au « droit de modifier la structure juridique du bien »³³⁸⁹. Au demeurant, le thème de la

³³⁸⁴ R. NOGUELLOU, « La cession de contrat », *RDC*, 2006, p. 966. De son avis, « Le juge administratif a développé une conception du contrat qui repose davantage sur une logique institutionnelle que sur la conception classique d'addition de créance et de dettes ».

³³⁸⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, éd. Defrénois, 2003, n° 906 : « la cession de contrat a pour objet le remplacement d'une partie par un tiers au cours de l'exécution du contrat ». V. aussi, L. RICHER, « Délégations de service public : leur cession est-elle compatible avec la loi Sapin ? », *MTPB*, 3 mars 2000, p. 78 : « La cession de contrat du droit administratif correspond à la situation dans laquelle un contractant est substitué à un autre, avec l'agrément de la collectivité publique (cédée), mais sans qu'un nouveau contrat soit conclu entre le cédé et le cessionnaire ».

³³⁸⁶ R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, *op. cit.*, p. 71-72.

³³⁸⁷ Contra B. APOLLIS, *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée. Contribution à l'étude des autorisations administratives dans leurs rapports avec les personnes privées*, *Les Études Hospitalières*, « Thèses », 2008, p. 290 et s.

³³⁸⁸ A. SERIAUX, « Propriété », *Répertoire Dalloz Civ.*, n° 59.

³³⁸⁹ R. LIBCHABER, « La propriété, droit fondamental », *préc.*

patrimonialité des actes administratifs appliqué aux droits sur le domaine public biaise la compréhension de leur cession. Plus ou moins implicitement, la faculté de disposer est présentée comme une qualité intrinsèque des droits patrimoniaux. Or, la patrimonialité n'est pas nécessairement synonyme de cessibilité. Surtout, les difficultés posées par la conception bartolienne de la propriété refont surface³³⁹⁰. Il y a quelque chose de contradictoire à voir dans la disposition et l'aliénation les conséquences de l'exercice d'un droit subjectif. Une telle perception n'opère pas de distinction entre le droit et les moyens d'action sur celui-ci. L'issue peut être trouvée dans l'autonomisation de la disposition et de la propriété, en ce sens, suggéré par Planiol, que le pouvoir de disposer est un attribut de la personnalité juridique – non de la propriété et du droit patrimonial lui-même – et dont l'empire s'impose, au moins en principe, à tous les droits patrimoniaux³³⁹¹. Du point de vue de la logique juridique, cette théorie est d'une grande force, elle évite la redondance de l'inclusion de la disposition dans l'exercice d'un droit. Mais deux critiques peuvent lui être adressées : elle ne parvient pas à associer titularité, appartenance et disposition sous un même rapport et elle fait de la propriété un bien, à l'image de la théorisation de Roubier³³⁹², au même titre que les autres droits subjectifs. Ce n'est pourtant pas le droit de propriété qui est cédé, c'est son objet.

650. En admettant la disposition des droits corrélatifs à des utilisations du domaine public, une autre perspective peut être explorée. En effet, les droits sont des objets soumis à l'empire de la propriété : celle-ci assure leur titularité, elle leur imprime son opposabilité, elle explique leur disposition et en l'occurrence leur cession, qu'elle soit volontaire ou forcée, totale ou partielle³³⁹³. Autrement dit, l'artifice créé par l'approche du droit en bien incorporel fournit une autre explication à la titularité. Outre l'habituelle figure du sujet de droit, il offre aussi une

³³⁹⁰ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », préc., spé. p. 317. V. aussi, J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 169 : « cette théorie a des allures de contre-réforme car, précisément en ce qu'elle voit dans tout droit un pouvoir d'agir, elle escamote la difficulté principale : comment l'exercice du droit peut-il se confondre avec sa disposition ? ».

³³⁹¹ V. notamment, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens*, thèse Nancy, 1969, p. 919 et s. ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2007, n° 72 : « Le pouvoir d'accomplir des actes de disposition par rapport à une chose dont une sujet est propriétaire relève du statut de la personne et de la capacité » ; L. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, LGDJ, t. 471, 2006, n° 62 : « C'est à cette titularité qu'on peut attacher la faculté spéciale, distincte de sa propriété, s'exerçant sur tous les droits, que constitue le pouvoir d'aliéner ».

³³⁹² P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *APD*, 1964, p. 86.

³³⁹³ Sur les différents mécanismes de cession, v. P. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 10^e éd., op. cit., 2012, p. 189. V. aussi, R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, op. cit., p. 138 : « une distinction doit être opérée selon que la cession est réalisée de manière volontaire ou qu'il s'agit d'une cession forcée de contrat. En règle générale, les cessions forcées de contrat obéissent à des règles fixées par avance par le législateur et la plupart des questions qui se posent en matière de cession conventionnelle ont été résolues par les textes mêmes qui imposent la cession. Le rôle du cédé, en particulier, diffère profondément selon que l'on se trouve dans une hypothèse de cession conventionnelle ou de cession forcée. Lorsque la transmission du lien contractuel résulte d'une disposition législative ou d'une décision judiciaire, le cédé n'a qu'un rôle passif : la cession lui est imposée et son intervention n'est pas requise par la réalisation de l'opération ».

lecture à la maîtrise de l'administré sur ses droits. Cette approche est nourrie par les travaux des professeurs F. Zenati³³⁹⁴ et Th. Revet³³⁹⁵, de J. Laurent³³⁹⁶ et de B. Apollis³³⁹⁷ qui ont élaboré cette vision à partir des linéaments tracés par la thèse de Ginossar³³⁹⁸. Pour ces auteurs, l'enjeu est de distinguer la propriété et son objet : le droit. La théorisation mise en œuvre pour caractériser le pouvoir de gestion sur le domaine public³³⁹⁹ est utilisée pour saisir la disposition des droits sur le domaine public. La propriété est « le modèle de la relation aux biens, quelle qu'en soit la diversité »³⁴⁰⁰, elle est distincte des autres droits subjectifs et c'est par elle que se comprend, sur le plan de la technique juridique, la disposition des droits et, en l'occurrence, des droits sur le domaine public. En ouvrant la possibilité de cession des droits réels, il est possible de considérer que le législateur transforme les droits sur le domaine public en objets d'appropriation, plus encore en objets de propriété. La perception de la cessibilité des droits par l'appropriation reste à l'heure actuelle une approche théorique qui doit s'incliner devant une jurisprudence fermée à la qualification de bien des droits sur le domaine public³⁴⁰¹.

651. *Conclusion §1.* Il reste que les sous-contrats domaniaux et la cession des droits sur le domaine public modifient le cadre de l'utilisation du domaine public, mais ils ne bouleversent pas l'économie du pouvoir de gestion. La circulation des utilités reste soumise à sa puissance tutélaire, dont les modalités sont à déterminer.

§2. LES MODALITÉS DU CONTRÔLE DU GESTIONNAIRE

652. La reconnaissance de la cession des contrats, des droits réels sur le domaine public ou des droits sur le domaine public hertzien, la possibilité de conclure des sous-contrats domaniaux peuvent être perçues comme une remise en cause du rapport d'exclusivité entre le gestionnaire et le domaine public, comme une résurgence d'un « domaine divisé ». Pourtant, si les mécanismes de circulation des utilités initient une forme de « communauté » sur le domaine public, ils doivent composer avec le pouvoir de gestion : le gestionnaire bénéficie d'un pouvoir

³³⁹⁴ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », préc.

³³⁹⁵ T. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », préc.. V. aussi, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et T. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offert à André Colomer*, op. cit., p. 281.

³³⁹⁶ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., p. 170 et s.

³³⁹⁷ B. APOLLIS, *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée*, op. cit., p. 358 et s.

³³⁹⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, op. cit., n° 68.

³³⁹⁹ Supra [Partie I, Titre II, Chapitre II].

³⁴⁰⁰ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil 1804-2004 : Livre du Bicentenaire*, op. cit., p. 310.

³⁴⁰¹ CE, 14 avril. 2008, Fédération nationale des plages restaurants : *Rec.*, T. p. 735 ; *BJCL*, 2008, p. 427, concl. Escaut ; *AJDA*, 2008, p. 841, obs. Pastor ; *Ann. Voûte*, mai-juin 2008, p. 14, comm. Rezenthel.

d'agrément³⁴⁰². Autrement dit, toute cession d'un droit sur le domaine public ou toute délivrance d'un sous-contrat doit en principe être validée par le gestionnaire³⁴⁰³. Bien qu'existant dans d'autres domaines, l'agrément recouvre ainsi un rôle particulier en matière de cession de droits sur le domaine public (I). Il importe de définir la marge d'appréciation du gestionnaire (II) et les conséquences de la cession (III).

I. Le rôle de la technique de l'agrément dans la gestion du domaine public

653. La technique de l'agrément est connue dans le régime des contrats administratifs, spécifiquement dans celui des concessions de service public³⁴⁰⁴. Les travaux du Professeur R. Noguellou éclairent cet aspect³⁴⁰⁵. Dans l'arrêt *Laffitte* de 1869, le juge administratif estime que « les adjudicateurs des services de l'État n'ont droit de se substituer ou de s'adjoindre des associés en ce qui touche l'exécution du service dont ils sont chargés, qu'autant qu'ils y ont été expressément autorisés ». À l'identique, dans l'arrêt *Compagnie départementale des eaux* du 20 janvier 1905, le Conseil d'État décide « qu'un concessionnaire ne peut en principe céder régulièrement l'exploitation du service qui lui est concédé, sans l'approbation de l'autorité concédante »³⁴⁰⁶. Néanmoins, la technique de l'agrément existe également en matière de cession de permission de voirie³⁴⁰⁷. De prime abord, la technique de l'agrément semble être le point d'équilibre entre le mécanisme de cession et le caractère « personnel » du droit sur le domaine public (c'est-à-dire un droit pris en considération de la personne). Mais, à se référer au droit des contrats administratifs, l'*intuitu personæ* a progressivement perdu une valeur descriptive³⁴⁰⁸. Déjà en 1934, Carayon note qu'« une personne publique, en accordant à des particuliers une concession a en vue les garanties que ces concessionnaires présentent pour l'exécution et l'exploitation de cette entreprise d'utilité générale ; il serait donc contraire à l'ordre et à l'intérêt publics que ceux qui l'ont obtenue aient la faculté de la transmettre sans le

³⁴⁰² Sur la critique de la technique de l'agrément, v. P. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 10^e éd., *op. cit.*, 2012, p. 190.

³⁴⁰³ L'article L. 2122-7 du CGPPP au sujet des droits réel sur le domaine public, l'article L. 1311-3 du CGCT au sujet du BEA, la loi du 12 mai 2009 au sujet bail emphytéotique administratif dit « logements sociaux », l'article L. 2341-1 du CGPPP concernant le bail emphytéotique administratif dit « de valorisation » et l'article 42-3 du CPCE s'agissant des droits sur le domaine public hertzien posent l'exigence de l'agrément du gestionnaire précédant toute cession. Pour une rare application jurisprudentielle en matière de cession de droits réels sur le domaine public, v. CAA, Marseille, 13 avril 2007, Société chantier naval de Provence ingénierie, n° 05MA02271 (annulation de la cession faute d'agrément du gestionnaire du domaine public).

³⁴⁰⁴ De manière générale, J. CARAYON, *La cession des concessions et des permissions*, Rousseau, 1934.

³⁴⁰⁵ R. NOGUELLOU, « La cession de contrat », préc.

³⁴⁰⁶ CE, 20 janv. 1905, *Compagnie départementale des eaux* : *Rec.*, p. 55.

³⁴⁰⁷ CE, 11 fév. 1887, *Ministre des travaux publics c/ Brunel* : *Rec.*, p. 149, cité par « Voirie terrestre », in L. BÉQUET (dir.), *Répertoire du droit administratif*, t. 28, *op. cit.*, p. 250

³⁴⁰⁸ Sur ce point, G. BLANC, « Transfert et cession de contrats administratifs : le déclin des critères subjectifs d'autorisation et de contrôle », *JCP E.*, 1999, p. 2050.

consentement préalable de l'autorité concédante à des tiers qui pourraient ne pas présenter les mêmes garanties »³⁴⁰⁹. En effet, l'agrément a surtout pour fonction d'apprécier les garanties apportées par le candidat à la cession, afin que le gestionnaire s'assure de la bonne exécution des conditions de l'occupation du domaine public³⁴¹⁰. Aussi, si le législateur s'est inspiré du régime du contrat administratif, la technique de l'agrément en matière domaniale s'est extraite de ses origines exclusivement contractuelles dans la mesure où elle est nécessaire pour toute cession de droit, indépendamment de la nature de l'acte qui en est le support. L'agrément est aussi assigné à d'autres objectifs, en particulier la protection de l'affectation³⁴¹¹. Il existe différents mécanismes d'agrément, mais dans tous les cas, il s'agit, pour le gestionnaire, de « vérifier si le projet de cession est conforme à l'intérêt du domaine occupé et surtout si le tiers proposé à l'agrément présente les garanties requises pour être substitué au titulaire de l'autorisation dont la cession est envisagée »³⁴¹², d'où l'exigence en principe d'un agrément exprès³⁴¹³ et d'où l'interdiction d'un engagement *a priori* de la personne publique³⁴¹⁴. La technique de l'agrément peut ainsi être rapprochée du rapport d'exclusivité entre la propriété publique et la dépendance du domaine public. Cette technique coïncide avec la maîtrise du domaine public par le gestionnaire, elle est le garant de l'unicité du lien entre le gestionnaire et le bien public.

II. La marge d'appréciation du gestionnaire

654. Se pose dès lors la question de la marge d'appréciation du gestionnaire. Force est de constater que le droit positif, hormis au sujet du domaine public hertzien et des marchés d'intérêt national, ne fournit pas suffisamment d'exemples afin d'apprécier l'étendue du pouvoir de contrôle du gestionnaire. Concernant la marge d'appréciation, le droit des contrats administratifs est plus riche que ne l'est le droit domaniale sur la technique d'agrément. C'est la raison pour laquelle une analogie avec la cession des contrats administratifs est souhaitable, pour ne pas dire nécessaire. Or, le domaine de la cession en matière contractuelle est celui où

³⁴⁰⁹ J. CARAYON, *La cession des concessions et des permissions*, *op. cit.*, p. 27-28.

³⁴¹⁰ V. aussi au sujet du régime de la cession d'un contrat administratif, la procédure d'agrément « n'a d'autre but que de vérifier que le cessionnaire présente les mêmes garanties techniques et financières que le cédant, et ce pour assurer au mieux l'exécution du contrat » (L. CLOUZOT, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Dalloz, « NBT », 2012, p. 221).

³⁴¹¹ Sur ce point, Y. GAUDEMET, « Les cessions et transmissions », *JCP N*, 1996, n° 1223 ; J. DUFAU, « La cession des autorisations d'occupation du domaine public », *JCP A*, 2006, n° 1102.

³⁴¹² J. DUFAU, « La cession des autorisations d'occupation du domaine public », *préc.*

³⁴¹³ Par exemple, au sujet des droits réels sur le domaine public, « le silence gardé pendant un délai de trois mois à compter de la date de réception de la demande par l'autorité compétente vaut agrément de la cession du droit réel aux conditions convenues entre les parties » (Art. R. 2122-20 CGPPP).

³⁴¹⁴ CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit foncier de France, *préc.*

« la part de pouvoir discrétionnaire de l'Administration est nécessairement limitée »³⁴¹⁵. Pour se référer aux références jurisprudentielles plus anciennes, l'administration « doit faire de ses pouvoirs de refus “un usage normal” »³⁴¹⁶. À l'évidence, la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration viderait la substance de la cession. Dans le prolongement de l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000³⁴¹⁷ qui reconnaît que la cession est « un droit du concessionnaire »³⁴¹⁸, la cession d'un droit sur le domaine public peut être perçue comme « un droit de l'usager ». Comme l'indique le Professeur J. Dufau, le juge administratif pourrait annuler les refus d'agrément fondés sur des motifs « autres que l'incompatibilité avec l'affectation, l'absence³⁴¹⁹ ou l'insuffisance³⁴²⁰ des garanties »³⁴²¹ offertes par le candidat à l'agrément³⁴²². Toujours par analogie avec le droit contractuel, en cas de refus illégal, le cédant pourrait être indemnisé du préjudice³⁴²³, voire il pourrait engager la responsabilité pour faute en cas de silence abusif de l'administration³⁴²⁴.

655. Le régime de la cession des fréquences hertziennes renseigne davantage. En application de l'article L. 42-3 du CPCE, le décret du 11 août 2006 a fixé les conditions dans lesquelles l'ARCEP, gestionnaire du domaine public hertzien, peut s'opposer à la cession ou imposer des obligations destinées à assurer le respect des conditions de l'article L. 32-1 du CPCE. Les motifs de refus sont énumérés à l'article 9.3 de la directive du 7 mars 2002 et à l'article R. 20-44-9-5 du CPCE³⁴²⁵, parmi lesquels figurent, « la sauvegarde de l'ordre public », la « bonne utilisation des fréquences », « l'incapacité technique ou financière du demandeur ». L'ARCEP peut aussi viser « l'atteinte aux conditions de concurrence effective pour l'accès au spectre ou son utilisation », l'autorité peut notamment apprécier si la cession entraîne un abus

³⁴¹⁵ R. NOGUELLOU, « La cession de contrat », préc..

³⁴¹⁶ J. CARAYON, *La cession des concessions et des permissions*, op. cit., p. 109. Sur ce point, v. CE, 19 fév. 1932, Mélon : Rev. des Concessions, 1932, p. 49. V. cependant J. Romieu, concl. sur CE, 20 janv. 1905, Compagnie départementale des eaux : Rev. concessions, 1907, p. 167 : « un concessionnaire ne peut en principe céder régulièrement l'exploitation du service qui lui est concédé sans l'approbation de l'autorité concédante qui est libre d'accorder ou de refuser cette autorisation »

³⁴¹⁷ CE, Avis n° 364.803, 8 juin 2000 : *Contrats et marchés publics*, nov. 2000, p. 4, obs. F. Llorens ; *CJEG*, 2001 p. 103, note C. Maugué et L. Deruy ; *AJDA*, 2000, p. 578 obs. L. Richer.

³⁴¹⁸ Sur ce point, C. MAUGUÉ, comm. sur CE, Avis n° 364.803, 8 juin 2000 : *GADA*, n° 36, p. 416. V. aussi, C. Bergeal, concl. sur CE, 19 juill. 1997, Ville de Cannes : *RFDA*, 1998, p. 535. Le Commissaire du gouvernement considère que le concessionnaire dispose d'un « certain droit [...] à obtenir l'autorisation ».

³⁴¹⁹ CE, 1er juillet 1949, Cie guadeloupéenne de distribution d'énergie électrique

³⁴²⁰ CE, 8 mars 1944, Balangères : *Rec.*, p. 80

³⁴²¹ J. DUFAU, « La cession des autorisations d'occupation du domaine public », préc..

³⁴²² V. cependant en matière de concession de plage, la cession n'est possible qu'au profit des conjoints, descendants et ascendants (D. n° 2006-608, 26 mai 2006, relatif aux concessions de plage : *JO*, 28 Mai 2006).

³⁴²³ CE, 9 juil. 1997, Ville de Cannes, *Rec. T.*, p. 999.

³⁴²⁴ CE, 13 nov. 1908, Sieurs Wuillaume c/ Commune de Troisvilles : *Rec.*, p. 914.

³⁴²⁵ Sur ce point, D. RAPONE, « La patrimonialité des actes en matière de communications électroniques », *RFDA*, 2009, p. 39.

de sa position dominante³⁴²⁶. Le gestionnaire est donc soumis à une prédétermination des motifs en amont de la prise de décision³⁴²⁷, ce qui assure une liaison juridique du pouvoir de gestion. De même, au sujet de la cession des droits d'occuper un marché d'intérêt national, l'article 23 du décret du 10 juillet 1968 lie le pouvoir de gestion : « le préfet ne peut refuser cette autorisation [...] si le demandeur satisfait aux obligations législative et réglementaire ». Le décret du 19 décembre 2005 ne bouleverse pas l'économie du décret de 1968. Comme le mentionne M. Distel, « l'autorisation de cession d'un emplacement sur un MIN ne peut être refusée si la personne présentée comme successeur exerce, dans des conditions licites, les mêmes activités que son prédécesseur »³⁴²⁸.

III. Les conséquences de la cession

656. Élément déjà évoqué par Carayon³⁴²⁹, la cession s'accompagne de la subrogation des droits et des charges à destination du nouveau titulaire du droit sur le domaine public. La subrogation est mentionnée par l'article L. 1311-3 du CGCT (cession d'un BEA) et L. 2341-1 du CGPPP (cession d'un BEA de valorisation), non par l'article L. 2122-7 du CGPPP (cession des droits réels sur le domaine public). Mais rien n'interdit de retenir que le mécanisme de subrogation accompagne toute cession de droit sur le domaine public, dans la mesure où l'article R. 2122-19 du CGPPP énonce que la personne agréée par le gestionnaire « se trouve totalement ou partiellement substituée au titulaire de ce titre ». Le cessionnaire bénéficie du droit réel et de la propriété de l'immeuble construit sur le domaine public (article R. 2122-20 du CGPPP) et reprend les charges : la durée de l'occupation et le paiement de la redevance. La prise en compte du mécanisme de subrogation suppose que la cession ne coïncide pas en principe avec la création de nouvelles obligations à destination du cessionnaire³⁴³⁰. À s'en tenir à la classification opérée par L. Clouzot, les notions de cession, de subrogation et de substitution sont néanmoins distinctes et liées par un rapport de conséquence³⁴³¹. Pour schématiser, le mécanisme se déroule en trois phases : la cession, la subrogation puis la substitution. Il reste néanmoins une interrogation au sujet de la nature de la subrogation : est-ce une subrogation personnelle ou réelle ? La subrogation réelle est sommairement définie

³⁴²⁶ CE, 30 juin 2006, Société Neuf Telecom : *JCP G*, 2006, IV, 2636 ; *JCP G*, 2007, I, 10177, note A. Chaminade

³⁴²⁷ Pour une décision récente approuvant une cession, v. ARCEP, déc. n° 2013-0831 du 20 juin 2013 approuvant le projet de cession des autorisations d'utilisation de fréquences pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau mobile de la société Orange France à la société France Télécom

³⁴²⁸ M. DISTEL, « La réforme des marchés d'intérêt national », préc.

³⁴²⁹ J. CARAYON, *La cession des concessions et des permissions*, *op. cit.*, p. 134 et s.

³⁴³⁰ L'absence de création nouvelle est ce qui distingue la subrogation de la novation. Sur ce point, G. MARTY, P. JESTAZ et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. II, 2^e éd., Sirey, 1989, p. 376 et s.

³⁴³¹ L. CLOUZOT, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, *op. cit.*, 2012, p. 217. V. aussi, H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 90.

comme le « remplacement d'un bien par un autre bien dans un rapport de droit »³⁴³². Selon cette définition, la cession d'un droit sur le domaine public, même d'un droit réel, s'accompagne seulement d'une subrogation personnelle. Il s'agit bien du « remplacement d'une personne par une autre et [de] sa substitution dans ses droits » et non du « remplacement d'un bien par un autre qui s'en trouve soumis aux mêmes droits »³⁴³³. La seule hypothèse où il est possible de constater une subrogation réelle à la suite d'une cession d'un droit sur le domaine public est celle de l'hypothèque constituée sur le droit réel ou sur un bien construit sur le domaine public. Le droit réel ou le bien sont ici « affecté[s] à une valeur »³⁴³⁴, c'est-à-dire qu'ils ne sont « compris dans un rapport de droit qu'en raison de l'élément de richesse qu'il[s] représente[nt] »³⁴³⁵. L'indemnité versée par le gestionnaire à la suite d'une abrogation ou d'une résiliation d'un titre d'occupation s'apparente à un « meuble consommable »³⁴³⁶ qui représente le droit ou l'immeuble construit sur le domaine public.

657. *Conclusion Section II.* Le pouvoir de contrôle inhérent au pouvoir de gestion n'est pas *stricto sensu* un contrôle sur un contractant³⁴³⁷, ni sur les usagers. Il s'insère dans le *domaine* de la propriété publique. Le pouvoir de contrôle est le corollaire de la maîtrise du domaine public. Le pouvoir d'exclusion, ultime marque de la puissance publique gestionnaire, s'inscrit dans le même schéma.

SECTION III. LE POUVOIR DE GESTION, UN POUVOIR D'EXCLUSION

658. Si « la puissance en général est la possibilité du changement »³⁴³⁸, comme l'affirme LEIBNIZ, la puissance publique est la possibilité de modifier la sphère juridique de l'administré. Dans la perspective adoptée par le subjectivisme juridique et pour caractériser les « effets de droit » du pouvoir de gestion, il s'agit de définir certains éléments qui caractérisent la spécificité du rapport. Or, la marque ultime de la puissance publique gestionnaire réside dans la possibilité de mettre fin à tout moment au rapport juridique, en anéantissant le droit de l'utilisateur sur le domaine public ou en modifiant sa structure. Le pouvoir de gestion est donc en

³⁴³² É. SAVAUX, « Subrogation réelle », *Répertoire Dalloz droit civil*, §. 1

³⁴³³ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 243. V. aussi, Y. MADIOT, « La subrogation en droit administratif », *AJDA*, 1971, p. 325.

³⁴³⁴ Sur le lien entre l'affectation d'un bien en valeur et le mécanisme de la subrogation réelle, v. S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, *op. cit.*, p. 304-305.

³⁴³⁵ É. SAVAUX, « Subrogation réelle », *Répertoire Dalloz droit civil*, §. 20.

³⁴³⁶ F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 8^e éd., *op. cit.*, 2010, p. 384.

³⁴³⁷ Sur le pouvoir de contrôle de l'administration sur le contractant, A. ROBLOT-TROIZIER, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, 2007, p. 990.

³⁴³⁸ W. G. LEIBNIZ, *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, II, 1705, chap. XXI, § 2, cité par A. LALANDE (dir.), « Puissance publique », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 860.

dernier ressort une prérogative d'exclusion, ultime instrument de la maîtrise du domaine public. Cette prérogative illustre encore une fois la nécessité de penser de manière indifférenciée les deux dimensions du pouvoir de gestion : puissance propriétaire et puissance publique³⁴³⁹. La prérogative d'exclusion possède son équivalent en droit privé : le rapport d'exclusivité – qui permet au propriétaire de retirer à un tiers l'accès à la chose³⁴⁴⁰. Mais la différence est que le pouvoir de gestion peut mettre fin au droit sur le domaine public alors même que celui-ci repose sur un titre, et sans obtenir le consentement de son titulaire.

659. C'est à partir de ce cadre relationnel que doivent être appréhendées l'unilatéralité et la supériorité du pouvoir de gestion sur les usages domaniaux. La personne publique peut unilatéralement reprendre ce qu'elle a donné. Justifié par la maîtrise du domaine public, par la protection de l'affectation et la garantie de l'intérêt général, le pouvoir d'exclusion emprunte différentes modalités (§1). Mais cette composante du pouvoir de gestion, comme les autres, est également traversée par le mouvement de prise en compte accrue de l'intérêt des usagers qui, en introduisant des éléments de protection, offre une nouvelle lecture des interactions entre le pouvoir de gestion et les droits des usagers (§2).

§1. LES DIFFÉRENTES MODALITÉS DU POUVOIR D'EXCLUSION

660. Une première analyse consisterait à s'intéresser aux différentes justifications du pouvoir d'exclusion. La prérogative est justifiée soit par la protection du domaine public et de son affectation, soit par la protection de l'intérêt général³⁴⁴¹. Une seconde analyse consisterait à faire un rapprochement avec la règle de précarité des titres d'occupation du domaine public. Sans occulter ces analyses, voire afin les enrichir, une troisième voie est envisageable, qui consiste à réfléchir sur la structure des rapports de droit existant entre le gestionnaire et l'utilisateur du domaine public. Le pouvoir d'exclusion, inhérent au pouvoir de gestion, s'explique non seulement par la fin d'un rapport de droit mais aussi par l'absence d'un certain rapport de droit qui pourrait contrecarrer la volonté de la personne publique : il n'y a pas en principe de droit au renouvellement d'un titre d'occupation (I), ni de droit au maintien du titre jusqu'à son terme (II)³⁴⁴². C'est par l'entremêlement du point de vue du gestionnaire et de celui de l'occupant que peuvent s'analyser les modalités du pouvoir d'exclure.

³⁴³⁹ Supra [Partie I, Titre II, Chapitre II, Section III]

³⁴⁴⁰ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., 2008, *op. cit.*, p. 315 et s.

³⁴⁴¹ C. LAVIALE, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., 1996, *op. cit.*, p. 144 et s.

³⁴⁴² Pour reprendre une distinction faite par le juge administratif, CE, 24 nov. 1993, SA Atlantique bâtiments construction, inédit au recueil : « Les autorisations d'occupation du domaine public sont délivrées à titre précaire

I. Le pouvoir de gestion et l'absence de droit au renouvellement d'un titre d'occupation

661. À s'en tenir à la doctrine de BONNARD, la position de l'administré est fragile face au pouvoir discrétionnaire de l'administration³⁴⁴³. En matière de renouvellement, ce n'est pas tant la discrétionnalité du pouvoir de gestion que l'absence de droit qui explique la faiblesse de l'usager. La règle de précarité des occupations est justement le reflet de l'absence de droit au renouvellement (ou à la prolongation) du titre qui pourrait *faire face* au pouvoir de gestion (A), absence de droit qui connaît cependant quelques exceptions, trop marginales pour ébranler l'édifice du droit domanial (B).

A. Le principe de l'absence de droit au renouvellement d'un titre d'occupation

662. En référence à la structure du droit public subjectif de type obligationnel, il ne peut y avoir de droit lorsqu'il n'existe pas d'obligation qui pèse sur le gestionnaire. Au stade de l'expiration d'un titre domanial, le cadre d'habilitation est très permissif au profit des personnes publiques ; la liaison juridique du pouvoir de gestion est résiduelle, si bien qu'il est possible d'affirmer que la prolongation ou le renouvellement³⁴⁴⁴ d'un titre d'occupation ne sont qu'une faculté³⁴⁴⁵ pour le gestionnaire.

L'absence de droit au renouvellement ou à la prorogation du titre d'occupation reçoit de multiples justifications. Pour citer quelques exemples, Regray évoque l'intérêt de la communauté représenté par l'affectation à l'usage de tous³⁴⁴⁶. Le dictionnaire dirigé par Maguéro mentionne l'incompatibilité du régime des baux privés avec la domanialité publique³⁴⁴⁷. Dans la littérature contemporaine, le Professeur Y. Gaudemet insiste « sur la prépondérance des préoccupations domaniales, commandée par l'affectation d'utilité publique du domaine public »³⁴⁴⁸. Le Professeur N. Foulquier opère une jonction entre les règles de précarité et d'inaliénabilité du domaine public³⁴⁴⁹, à la source de l'absence de droit au

et révocable et ne sont pas créatrices de droit au profit des bénéficiaires ; [...] leur titulaire n'a droit ni à leur maintien, ni à leur renouvellement ».

³⁴⁴³ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 56-57.

³⁴⁴⁴ La prorogation est l'extension temporelle d'un titre existant et le renouvellement est l'octroi d'un nouveau titre.

³⁴⁴⁵ N. FOULQUIER, *Les droits administratifs des biens*, 1^{re} éd., 2011, *op. cit.*, p. 314 et s.

³⁴⁴⁶ P. REGRAY, *Du fait de jouissance privative...*, *op. cit.*, p. 69 : « l'intérêt de la communauté s'oppose à leur maintien. De ce que l'administration doit, avant tout conserver le domaine public à sa destination, et de ce qu'elle ne peut, par suite, y tolérer de jouissances privatives, qu'autant que ces jouissances privatives s'accordent avec la destination du domaine... »

³⁴⁴⁷ E. MAGUÉRO (dir.), « Occupation du domaine public », in *Dictionnaire des domaines*, 2^e éd., 1911, *op. cit.*, p. 693. V. aussi, C. PASSEZ, *Les permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 107 et s.

³⁴⁴⁸ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, t. II, 13^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 275.

³⁴⁴⁹ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., 2011, *op. cit.*, p. 315.

renouvellement ou à la prorogation d'un titre sur le domaine public. Les acteurs, en l'occurrence le juge administratif, sont souvent plus laconiques. Mais, fidèle à une assimilation stricte – quelque peu réductrice – entre le droit subjectif et le droit acquis, pilier du régime de la révocation³⁴⁵⁰, le juge administratif mentionne *a contrario* le fait que le gestionnaire n'est pas « tenu de renouveler le titre d'occupation »³⁴⁵¹ ou que « les occupants du domaine public ne peuvent se prévaloir d'un droit à renouvellement des autorisations d'occupation qui leur ont été délivrées »³⁴⁵². Enfin, l'absence de prorogation du titre d'occupation est parfois mise en relation avec l'exigence de compatibilité avec le domaine public³⁴⁵³, comme si la temporalité limitée de l'occupation était le gage de sa légalité. Aussi, l'absence de droit au renouvellement s'explique par l'inapplicabilité des régimes des baux civils, ruraux³⁴⁵⁴ et commerciaux.

663. Le rôle du juge administratif est surtout déterminant dans la définition des motifs guidant l'usage du pouvoir de gestion. Le juge joue pleinement son rôle de « protecteur des prérogatives de l'administration »³⁴⁵⁵. Le cadre habituel, connu en matière de refus d'octroi de titre d'occupation compatible, est identique pour le refus de renouvellement ou de prorogation d'un titre d'occupation. L'ensemble des motifs validés par le juge administratif permet à la personne publique de bénéficier d'une marge de liberté dans l'usage du pouvoir de gestion. L'étendue des motifs d'intérêt général, confortée par un contrôle restreint du juge administratif, assoit la discrétionnalité du pouvoir de gestion³⁴⁵⁶. À côté des motifs tenant à la moralité, à l'esthétique et à l'organisation du service public³⁴⁵⁷, le juge administratif convoque également l'intérêt financier de la personne publique : le gestionnaire peut notamment refuser la reconduction d'un titre d'occupation en cas de désaccord concernant une augmentation du montant de la redevance³⁴⁵⁸, augmentation qui néanmoins ne doit pas dépasser la limite du raisonnable³⁴⁵⁹. L'annulation du refus de reconduction est possible en cas de non-respect des règles de compétence³⁴⁶⁰ ou du principe d'égalité³⁴⁶¹. L'indemnisation est envisageable mais elle

³⁴⁵⁰ Sur ce point, P. LE MIRE, « La stabilité des situations juridiques », *AJDA*, 1980, p. 203 – I. MICHALLET, « Le retrait des décisions créatrices de droits : retour à l'esprit de l'arrêt *Dame Cachet* », *DA*, 2001, p. 8.

³⁴⁵¹ CE, 21 mars 1984, Mansuy : *Rec.*, p. 616.

³⁴⁵² CE, 19 janv. 1998, M^{me} Noblet : *Rec.*, T. p. 895.

³⁴⁵³ CE, 22 janvier 2007, Association Les amis des Tuileries, préc.

³⁴⁵⁴ CE, 11 mars 1987, M. Nivose : *Rec.*, p. 91 ; *AJDA*, 1987, p. 548, note Prétot – CE, 15 nov. 1850, Durel : *Rec.*, p. 557.

³⁴⁵⁵ A. MESTRE, *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », t. 116, 1974.

³⁴⁵⁶ CAA Paris, 30 sept. 2008, Sté Fleurs et Clémentine Ltd : *Contrats publ.* 2009/2, p. 22.

³⁴⁵⁷ Sur ce point, A. de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., 1975, *op. cit.*, p. 315.

³⁴⁵⁸ CE, 8 janv. 1960, Lafon : *Rec.*, p. 15.

³⁴⁵⁹ CE, 18 mars 1963, Sieur Cellier : *Rec.*, p. 189.

³⁴⁶⁰ CE, 29 juil. 1994, Sté de transit martiniquaise : *Rec.*, T. p. 745 – CE, 11 oct. 1985, Commune Saint-Raphaël : *Rec. T.*, p. 519

³⁴⁶¹ CE, 8 avril 1998, Frequelin : *RJES*, 1998, p. 49, note J.-F. Lachaume.

n'équivaut pas à la lésion d'un droit³⁴⁶² dans la mesure où il n'est pas reconnu par le droit domanial. L'indemnisation n'est en principe pas ouverte car le refus n'est pas constitutif d'une faute³⁴⁶³. Elle n'est admise que très rarement : en cas de motif illicite de non reconduction du titre d'occupation. La responsabilité sans faute ne peut pas non plus servir de fondement : il n'y pas de rupture d'égalité, ni de préjudice anormal lorsque l'autorité gestionnaire refuse la reconduction. Restent les clauses de reconduction tacite. Souvent présentes dans les concessions domaniales, elles ne résistent pas à l'absence de droit au renouvellement d'un titre d'occupation. Non qu'elles soient illégales³⁴⁶⁴, mais elles ne lient pas le pouvoir de gestion, à l'instar des promesses de reconduction³⁴⁶⁵. Elles initient simplement des règles de procédure : exigence de préavis³⁴⁶⁶, obligation d'une décision explicite de non renouvellement du titre d'occupation ou obligation de verser des indemnités³⁴⁶⁷.

664. Cependant, dans l'arrêt *Depalle c/ France*³⁴⁶⁸, l'absence de droit au renouvellement a été confrontée aux exigences européennes de l'article 1^{er} du protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme³⁴⁶⁹. En l'espèce, il s'agissait d'un refus de renouvellement d'une autorisation unilatérale d'occupation du domaine public maritime, prononcé en 1992 par le préfet du Morbihan à l'encontre de M. Depalle, propriétaire d'une maison édifée sur ce domaine. Fondé sur l'incompatibilité de l'occupation avec la loi Littoral du 3 janvier 1986, ce non renouvellement s'accompagne d'une obligation de remise en l'état des lieux, sans indemnisation. La Cour européenne reprend sa grille de lecture habituelle. En premier lieu, elle appréhende les intérêts patrimoniaux de l'occupant comme un bien. Bien que le domaine public soit gouverné par les principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité, « le temps écoulé a fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial du requérant à jouir de la maison,

³⁴⁶² CE, Ass., 29 mars 1968, Ville de Bordeaux c/ Sté Menneret et Cie : *Rec.*, p. 217 ; *AJDA*, 1968, p. 348, concl. J. Théry.

³⁴⁶³ CE, 17 juin 1953, Cts Liguori : *Rec.*, p. 288. – CE, 21 déc. 1979, SCI rue Ambroise Croizat : *Rec.*, T. p. 733.

³⁴⁶⁴ CE, 8 avril 1998, Frequelin, préc. – CE, 5 oct. 1979, Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire c/ SA Jeanne d'Arc : *Rec.* p. 364.

³⁴⁶⁵ CE, 18 mars 1963, Cellier, préc.

³⁴⁶⁶ CAA Paris, 8 juil. 1993, Aéroport de Paris : *Rec.*, T. p. 766.

³⁴⁶⁷ Dans le cas contraire, cf. CE, 20 juil. 1990, Duquesnoy : *RDP*, 1992, p. 1549 : « qu'il résulte toutefois de l'instruction que le contrat, conclu pour un an et renouvelable par tacite reconduction, ne comportait aucune clause prévoyant l'indemnisation du titulaire de la concession dans le cas de non-renouvellement de celle-ci ; que de plus si le cocontractant a effectué des travaux, il a procédé à sa seule initiative et sans que ces travaux soient utiles à la commune ; que, par suite, les requérants ne peuvent non plus se fonder sur l'enrichissement sans cause de la commune pour demander à être indemnisés »

³⁴⁶⁸ CEDH 29 mars 2010, *Depalle c/ France*, req. n° 34044/02 et *Brosset-Triboulet et autres c/ France*, req. n° 34078/02 : *AJDA*, 2010, p. 1311, note M. Canedo-Paris ; L. Sermet, Tolérance centenaire sur le domaine public maritime ne fait pas droit de propriété !, *AJDA*, 2010, p. 977 ; *D.*, 2010, p. 965 ; *JCP A.*, 2010, n° 2140, note Ph. Yolka ; *JCP*, 2010, n° 451, actu. G. Gonzalez ; *DA*, 2010, n° 4, p. 28, focus R. Noguellou.

³⁴⁶⁹ Sur ce point, J.-P. BROUANT, « Domanialité publique et CEDH », in *Droit administratif des biens et droits de l'homme*, Cah. du GRIDAUH, 2005, n° 14, p. 122.

lequel était suffisamment reconnu et important pour constituer un “bien” au sens » de la Convention. En second lieu, le Cour considère, suivant une distinction maintenant bien établie, que le non-renouvellement du titre de M. Depalle ne constitue pas une privation de propriété, mais simplement une réglementation de l’usage d’un bien³⁴⁷⁰. Cette distinction revêt une grande importance dans la mesure où l’intensité du contrôle du juge varie en fonction de la qualification retenue. Le juge européen se montre moins exigeant en matière de réglementation de l’usage d’un bien. Aussi, le juge se prononce, en dernier lieu, sur le « juste équilibre entre les impératifs de l’intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l’individu ». En l’occurrence, le caractère précaire des occupations domaniales, relu par le juge européen à l’aune de la protection de l’environnement et de la préservation du littoral, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit de M. Depalle. La domanialité publique sort préservée de l’épreuve européenne, mais il ne faut pas attribuer une grande portée à cette jurisprudence dont la solution s’explique en grande partie en raison de la particularité de la dépendance domaniale – le domaine public maritime.

665. En définitive, l’autorité gestionnaire possède une liberté en ce qui concerne le contenu de l’acte de gestion, c’est-à-dire le refus ou l’acceptation de la reconduction, et bénéficie d’une multitude de choix sur ses motifs tant que ceux-ci reçoivent le label de l’intérêt général. Ce cadre d’habilitation de principe connaît certaines dérogations où se joue une interaction entre le pouvoir de gestion et un droit au renouvellement du titre domanial.

B. La reconnaissance de certains droits au renouvellement du titre d’occupation

666. Il n’y a pas d’équivalence entre un droit au domaine public³⁴⁷¹ et un droit au renouvellement du titre domanial, mais il y a souvent une concordance. Les occupations conformes sont les plus propices à un droit au renouvellement. Par exemple, le titulaire d’une concession de sépulture bénéficie d’un droit au renouvellement à condition, selon les termes de l’article L. 2223-15 du Code général des collectivités territoriales, de faire la demande au plus tard dans les deux ans qui suivent le jour de l’expiration et d’accepter les conditions financières en vigueur à cette date³⁴⁷². D’autres occupations, telles que les occupations des marchés d’intérêt national, les occupations du domaine public hertzien, jouissent d’un droit au

³⁴⁷⁰ Sur cette distinction entre privation d’un bien et réglementation de l’usage d’un bien, v. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, 9^e éd., PUF, 2008, p. 577, n° 259 et s.

³⁴⁷¹ Supra [Partie II, Titre I, Chapitre II]

³⁴⁷² Sur ce point, v. D. DUTRIEUX, « Le renouvellement et la concession des concessions funéraires », *JCP N*, 1999, p. 1540.

renouvellement dans les mêmes conditions que le droit d'accès au domaine public. La prédétermination de la réglementation, qui opère une liaison juridique du pouvoir de gestion, permet à l'usager de réclamer la reconduction lorsque certaines conditions légales sont remplies. Enfin, certaines occupations compatibles, qui jouissent d'un droit d'accès, bénéficient également d'un droit au renouvellement : tel est le cas, par exemple, des occupations du domaine public routier ou autoroutier.

667. Il existe bien un *rapport de droit* entre le gestionnaire et l'occupant mais une confusion sémantique est à éviter entre droit au renouvellement et droit acquis au renouvellement³⁴⁷³. À l'exception peut-être du cas des concessions funéraires, le droit n'est pas frappé du sceau de « l'intangibilité »³⁴⁷⁴. L'usage du terme de « droit acquis » est impropre car le droit acquis à un rôle fonctionnel bien précis³⁴⁷⁵ : le droit au maintien de l'acte. Dans le cas du renouvellement d'un titre d'occupation, il ne s'agit pas d'assurer la permanence d'une situation face au changement de droit³⁴⁷⁶ initié par le pouvoir de gestion, mais de fonder juridiquement une exigence. Il n'y a pas de droit acquis mais un droit au renouvellement, au sens de « *droit à* », à la source d'une certaine revendication de l'usager. Sur le modèle du droit au domaine public, l'occupant est titulaire d'un droit – d'un titre *ut singuli* – si certaines conditions sont remplies. En d'autres termes, l'usager a droit à la délivrance d'une nouvelle autorisation d'occupation lorsque le gestionnaire ne peut pas lui opposer une cause de refus légale³⁴⁷⁷. En tout cas, c'est la solution à laquelle est parvenu un Tribunal administratif au sujet du droit de passage sur le domaine public routier³⁴⁷⁸, prévu par l'article L. 47 du Code des postes et des communications électroniques.

668. Ces quelques hypothèses, qui dénotent une protection plus importante de la sphère juridique de l'usager, ne doivent pas tromper sur l'économie générale du pouvoir de gestion,

³⁴⁷³ Sur l'usage de la notion de droit acquis comme clef de lecture de la jurisprudence, v. B. PLESSIX, « Contrats domaniaux », *J. Cl. Propriétés publiques*, § 77 : « le juge administratif affirme depuis longtemps que le titulaire d'un contrat d'occupation du domaine public n'a aucun droit acquis au renouvellement de son contrat arrivé à terme ».

³⁴⁷⁴ En référence à Rivet qui associe la locution acquis aux idées d'irrévocabilité et d'intangibilité, cf. R. RIVET, concl. sur CE, 5 déc. 1930, Sarraïl : *D.* 1931, III, p. 59.

³⁴⁷⁵ Sur ce point, J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ, 2002, p. 527-528 – G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, p. 661 – P. AUVRET, « La notion de droit acquis en droit administratif », *RDP*, 1985, p. 53.

³⁴⁷⁶ Sur la définition de droit acquis et sur la permanence des situations juridiques, C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », t. 188, 1997, p. 542. V. aussi, Théry, concl. sur CE, Ass., 29 mars 1968, Ville de Bordeaux c/ Société Menneret : *AJDA*, 1968, p. 348.

³⁴⁷⁷ Dans le même sens, A. DURUP DE BALEINE, « Domaine public. – télécommunications », *J.Cl. Propriétés publiques*, § 165.

³⁴⁷⁸ TA Melun, 25 janv. 2001, n° 983699, France Télécom : *Ann. voirie et env.* 2002, n° 67, p. 111, concl. F. Meslay.

car elles restent très minoritaires. Surtout, elles n'occultent pas la principale conséquence du pouvoir d'exclusion : la possibilité de mettre fin à une occupation domaniale avant son terme.

II. Le pouvoir de gestion et l'absence de droit au maintien du titre avant son terme

669. Le domaine public nie en grande partie la notion de droit acquis. Le pouvoir de gestion peut révoquer un droit³⁴⁷⁹ et, chemin faisant, exclure un administré de l'usage du domaine public. Le pouvoir de gestion partage un élément commun avec les autres prérogatives de puissance publique : il est aussi un « pouvoir négateur, destructeur de *droits* », c'est-à-dire qu'il est destructeur « d'une norme en tant qu'elle est attributive de droits pour les individus visés, en tant qu'elle consacre une situation juridiquement protégée »³⁴⁸⁰. Le droit de l'usager s'incline devant la force du pouvoir de gestion, au nom de l'intérêt général ou en cas de faute de l'occupant **(A)**. Il n'y a pas en principe de droit opposable au pouvoir de gestion, permettant d'exiger le maintien de l'occupation sur le domaine public jusqu'au terme du titre domanial. Ainsi, produits de la volonté de l'autorité gestionnaire, les droits sur le domaine public apparaissent, suivant les termes du Baron de Gérandon, sous un autre aspect, comme des « droits imparfaits »³⁴⁸¹, ne bénéficiant pas d'une intangibilité, ni même d'une certaine fixité, face à la puissance publique gestionnaire. Ils sont donc distincts de la catégorie des droits acquis et de celle des droits réels dans leur sens civiliste **(B)**.

A. Les modalités de la négation du droit sur le domaine public

670. Sur le fondement d'une pluralité de motifs **(1)**, la négation du droit sur le domaine public s'effectue par la suppression non-rétroactive de l'acte qui en est le support **(2)**.

1. Les motivations au fondement de la négation du droit sur le domaine public

671. L'appréciation des motifs est la composante la plus importante du contrôle de la révocation des droits sur le domaine public. L'exclusion d'un administré de l'usage d'une

³⁴⁷⁹ Sur la révocation d'un acte, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige, Dicos Poche, 5^e éd., 2004, p. 818 – L. DELBEZ, « La révocation des actes administratifs », *RDP*, 1928, p. 463 – A.-L. GIRARD, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, p. 379, note n° 1 : « La révocation désigne la déclaration de volonté par laquelle une autorité administrative, qu'il s'agisse de l'auteur de l'acte initial, de son supérieur hiérarchique ou bien de l'autorité de tutelle, supprime une décision antérieure, de façon rétroactive ou non ». Sur l'utilisation de cette notion en matière domaniale, A. MESTRE, « La révocation des permissions de voirie », *Rev. concessions*, 1923, p. 5.

³⁴⁸⁰ N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publiques. Une proposition de définition », *in* Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, *op. cit.*, p. 189.

³⁴⁸¹ J. M. DE GÉRANDO, « Discours d'ouverture du Cours de Droit public et administratif », *Thémis*, t. I, 1819, p. 79.

dépendance domaniale peut s'effectuer pour deux raisons : un motif d'intérêt général ou une faute de l'occupant.

672. De nombreuses analyses ont déjà souligné l'acception large de l'intérêt général au fondement de la suppression d'un droit sur le domaine public³⁴⁸². En effet, par souci d'harmonisation³⁴⁸³ et dans un esprit très favorable au gestionnaire³⁴⁸⁴, le juge administratif retient les mêmes motifs. Sans dresser une liste exhaustive, les motifs recevant le label de l'intérêt général sont : l'intérêt du domaine³⁴⁸⁵, la sauvegarde d'intérêts à caractère général³⁴⁸⁶, l'intérêt de la circulation³⁴⁸⁷, l'intérêt esthétique³⁴⁸⁸, la meilleure utilisation économique du domaine public³⁴⁸⁹, les nécessités liées à la construction d'ouvrage public³⁴⁹⁰, la réorganisation du service public³⁴⁹¹, et bien sûr l'intérêt financier³⁴⁹², notamment la recherche d'une meilleure exploitation financière du domaine public³⁴⁹³. Plus récemment, sont considérés comme des motifs valables l'érection de l'activité de l'occupant en un service public³⁴⁹⁴ et la protection de l'environnement³⁴⁹⁵.

673. Indépendamment de sa définition, l'intérêt général joue principalement un rôle d'« élément de droit »³⁴⁹⁶ : il est à la fois la « cause »³⁴⁹⁷ en amont de la décision, le « but » visé par celle-ci et son motif déterminant. À côté de l'intérêt général, la faute de l'occupant est l'autre versant de l'intervention du gestionnaire. Si l'on s'en tient à la définition célèbre de Planiol, selon laquelle une faute est un « manquement à une obligation préexistante »³⁴⁹⁸, la

³⁴⁸² A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 199 et s. ; C. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 1996, p. 144 et s.

³⁴⁸³ Sur la différence de traitement entre le contrôle des motifs en matière de refus d'octroi d'occupation domaniale et en matière de retrait d'une autorisation, cf. L. LAISNÉ, *Étude du régime des permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 78.

³⁴⁸⁴ Pour un exemple d'annulation d'une décision de retrait pour défaut de motif d'intérêt général, v. CE, 4 avril 1997, Sté Ledoyen : *RDI*, 1997, p. 419, chron. J.-B. Auby.

³⁴⁸⁵ CE, 1^{er} mars 1929, Société des transports en commun de la région toulousaine : *Rec.*, p. 264 ; S., 1929, 3, p. 73 note A. Mestre – CE, 10 mars 1933, Sieur Ruasse : *Rec.*, p. 301

³⁴⁸⁶ CE, 5 novembre 1937, Société industrielle des schistes et dérivés : *Rec.*, p. 897

³⁴⁸⁷ CE, 29 novembre 1895, Bovis : *Rec.*, p. 774 ; CE, 27 décembre 1901 : Pécard frères : *Rec.*, p. 924, S., 1902, III, p. 33, note M. Hauriou – CE, 6 juin 1902, Sieur Goret : *Rec.* p. 420.

³⁴⁸⁸ CE, 13 juil. 1951, SA La nouvelle jetée-promenade de Nice, préc. ; CE, 25 mars 1953, Leleux : *Rec.*, p. 153.

³⁴⁸⁹ CE, 11 janv. 1952, Consorts Seillier : *Rec.*, p. 25.

³⁴⁹⁰ CE, 30 oct. 1970, *Gaz de France*, *Rec.*, p. 625 ; *CJEG* 1971, p. 23 conclusions G. Vught.

³⁴⁹¹ CE, 30 oct. 1942, Cie générale des eaux : *Rec.*, p. 301.

³⁴⁹² CE, 24 avril 1959, SNCF c/ Burfin : *Rec.*, p. 264 ; CE, 23 juin 1986, Thomas : *Rec.*, p. 167.

³⁴⁹³ CE, 23 mai 2011, Établissement public pour l'aménagement de la région de La Défense (EPAD) : *AJDA*, 2011, p. 1115.

³⁴⁹⁴ CE, 19 janv. 2011, Commune de Limoges, préc.

³⁴⁹⁵ CAA Nancy, 30 avril 1992, Amoros : *Rec.*, T. p. 959.

³⁴⁹⁶ J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, t. II, 2^e éd., *op. cit.*, 1975, p. 475.

³⁴⁹⁷ Pour ressusciter la définition proposée par le Doyen G. VEDEL, cf. *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, *op. cit.*, p. 361.

³⁴⁹⁸ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., 1952, *op. cit.*, n° 907.

suppression d'un droit sur le domaine public en raison d'une faute de l'occupant s'inscrit dans la continuité des obligations imposées à l'occupant par le gestionnaire ou par les réglementations existantes. La suppression d'un titre unilatéral ou d'un contrat présente « le caractère d'une sanction »³⁴⁹⁹ et donc, en tant que telle, est soumise à l'obligation de motivation et au principe général de respect des droits de la défense³⁵⁰⁰. La faute doit néanmoins revêtir une certaine gravité³⁵⁰¹. Pour citer quelques exemples, outre les éventuelles atteintes à l'intégrité ou à l'affectation de la dépendance, il peut également s'agir du non-respect de la réglementation domaniale³⁵⁰², de la non exploitation de l'occupation domaniale³⁵⁰³ ou du non-respect des conditions d'exploitations³⁵⁰⁴.

2. La suppression non rétroactive du droit sur le domaine public

674. Quels que soient ses motifs, la révocation des titres domaniaux emprunte des modalités particulières. La suppression du droit n'est jamais rétroactive, malgré la terminologie souvent employée par la doctrine, à savoir le « retrait » d'une autorisation du domaine public. La prégnance de ce terme dans les énoncés textuels et dans les discours doctrinaux est une résurgence d'une certaine grammaire du droit, datant de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, où le retrait était encore synonyme de révocation³⁵⁰⁵. En réalité, le pouvoir d'exclusion s'analyse soit comme une abrogation³⁵⁰⁶, s'il s'agit d'un acte unilatéral, soit comme une résiliation en cas d'autorisation contractuelle. Le choix de la suppression non rétroactive n'est pas anodin et dépend sans doute de ce que le régime de l'abrogation jouit d'un cadre plus souple, façonné par le juge administratif, en opposition avec le régime du retrait. Sans doute aussi parce que le régime de l'abrogation épouse mieux les logiques qui traversent les relations entre le gestionnaire et l'occupant. Raisonner à partir de la rétroactivité poserait de toute façon des problèmes pratiques. Le retrait peut à la rigueur s'accorder avec l'obligation de restituer le bien en son état initial³⁵⁰⁷, mais il est difficilement compréhensible face à la possibilité pour

³⁴⁹⁹ A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., 1975, *op. cit.*, p. 202.

³⁵⁰⁰ CE, 28 oct. 1983, Fogelgesang : *Rec.*, T. p. 598 – CE, 6 nov. 1998, Association amicale des bouquinistes de Paris, *préc.*

³⁵⁰¹ Pour un exemple d'une annulation d'un retrait en raison d'une faute non suffisamment caractérisée, CAA Bordeaux, 6 nov. 2008, n° 08BX00575, Villes de Limoges : *Contrats publ.*, 2009, n° 84, p. 26.

³⁵⁰² CE, 18 juin 1982, Barbe : *RDP*, 1982, p. 519.

³⁵⁰³ CE, 21 oct. 1983, Bricard : *Rec.*, T. p. 718.

³⁵⁰⁴ CAA Nantes, 7 fév. 1996, n° 96NT00005, Garnier.

³⁵⁰⁵ Sur ce point, A. MESTRE, « La révocation des permissions de voirie », *préc.* ; A. GERVAIS, *Le retrait des autorisations d'utilisations privatives du domaine public*, *op. cit.* ; L. LAISNÉ, *Étude du régime des permissions de voirie*, *op. cit.*, p. 78 et s. – M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., 1921, p. *op. cit.*, p. 388-389. M. Hauriou manie au sujet des permissions de voirie les termes de révocation et de retrait.

³⁵⁰⁶ CE, 13 juil. 1951, Sté La nouvelle jetée-promenade de Nice : *Rec.*, p. 404.

³⁵⁰⁷ CE, 4 mars 1927, Sieur Fabre : *Rec.*, p. 581 – CE, 2 fév. 1955, Batisse : *AJDA*, 1955, II, p. 118. Sur ce point, P. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 10^e éd., Sirey, 2012, p. 174

l'administration de faire jouer la règle de l'accession et de récupérer la propriété de l'ouvrage construit sur le domaine public.

675. Faculté d'abroger un titre unilatéral, le pouvoir d'exclusion semble aussi se réclamer du régime général des contrats administratifs, dans la mesure où il suppose aussi un pouvoir de résiliation unilatérale³⁵⁰⁸. Le rapprochement est néanmoins trompeur, la résiliation du contrat ne relève pas de la théorie générale des contrats administratifs, construite elle-même à partir des règles de la concession de service public³⁵⁰⁹, mais elle obéit à une logique propre à la gestion du domaine public. Il y a certes des points de convergence, mais la résiliation dans le cadre de la gestion domaniale recouvre des spécificités qui la distinguent de la résiliation des contrats administratifs³⁵¹⁰. La résiliation d'un contrat administratif produit d'abord des effets plus larges. Elle implique non seulement la suppression d'un lien contractuel mais aussi l'exclusion d'un administré de l'usage d'une dépendance. De plus, la résiliation d'un contrat domanial possède un fondement différent. Hormis pour les contrats appartenant à la commande publique, et ayant pour objet ou pour effet d'occuper le domaine public, la résiliation du contrat domanial découle directement du pouvoir de gestion, en tant que centre d'imputation d'un ensemble de prérogatives. Le rapprochement entre le pouvoir de gestion et la révocation est définitivement acté par la jurisprudence *Société Jonathan Loisirs*. Le juge considère que « l'autorité domaniale peut mettre fin avant son terme à un contrat portant autorisation d'occupation du domaine public pour un motif d'intérêt général et en l'absence de toute faute de son cocontractant »³⁵¹¹, sans pour autant effectuer une référence à la théorie générale (ou régime général) des contrats administratifs. La résiliation du contrat domanial recouvre enfin une spécificité contentieuse. Depuis la jurisprudence *Société des établissements Serfati*³⁵¹² datant du 13 juillet 1968, le juge administratif s'est reconnu compétent pour annuler une mesure de résiliation d'un contrat domanial, en dérogation à la règle de l'incompétence du juge du contrat à l'égard des mesures de l'administration à destination de son cocontractant. L'enjeu est bien évidemment d'uniformiser le contentieux des actes de gestion, la résiliation d'un contrat est alignée dans une certaine mesure sur le régime de l'abrogation des actes unilatéraux.

³⁵⁰⁸ Sur le pouvoir de résiliation unilatérale en matière contractuelle, G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, 1945, p. 391 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 7^e éd., LGDJ, 2010, p. 240 et s.

³⁵⁰⁹ Sur ce point, R. DRAGO, « Paradoxes sur les contrats administratifs », in *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 151. V. aussi du même auteur, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, n°12, 1990, p. 117.

³⁵¹⁰ Sur ce point, N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., 2011, *op. cit.*, p. 318 – B. PLESSIX, « Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif », *préc.*.

³⁵¹¹ CE, 31 juill. 2009, *Société Jonathan Loisirs*, *préc.*

³⁵¹² CE, sect., 13 juil. 1968, *Société Établissements Serfati* : *Rec.*, p. 468 ; *AJDA*, 1968, p. 582, concl. L. Bertrand ; *RDP*, 1969, p. 123, note M. Waline.

676. Cependant, le pouvoir de résiliation du gestionnaire est confronté au renouveau du contentieux contractuel et de l'office du juge du contrat, initié par l'arrêt *Commune de Béziers*³⁵¹³. L'affaire concernant l'EPAD a été le moment pour le Conseil d'État de réévaluer les conditions de la résiliation d'un contrat domanial, signant par la même occasion une convergence des régimes de la résiliation contractuelle³⁵¹⁴. Il est rappelé, conformément au considérant de principe de l'arrêt *Commune de Béziers*, « qu'il incombe au juge du contrat, saisi par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité ». Plusieurs éléments sont notables. Le juge du contrat apprécie la régularité ou le bien-fondé de la mesure dans le cadre du plein contentieux. En la matière, l'attention du juge doit porter sur les règles de compétences mais surtout sur le bien-fondé de la mesure, à savoir sa motivation : poursuit-elle un motif d'intérêt général ou se fonde-t-elle sur une faute du cocontractant ? Dans la négative, plusieurs possibilités sont ouvertes et l'office du juge ne porte plus uniquement sur l'annulation de la mesure : soit l'irrégularité de la mesure de résiliation donne droit à une demande de poursuite des relations contractuelles, soit elle est moindre et donne seulement droit à indemnité. La transposition de ce raisonnement dans les relations entre le gestionnaire et les occupants contractuels pose question : dans quelle mesure le juge du contrat peut-il décider de la poursuite des relations contractuelles ? De prime abord, le régime du pouvoir de gestion laisse peu de place à cette éventualité. La souplesse du cadre d'habilitation ouvre diverses possibilités de rupture des relations contractuelles, d'autant plus que le juge du contrat n'intervient pas en principe dans le champ de l'opportunité de la mesure de résiliation. Le terrain indemnitaire semble donc plus propice pour résoudre le conflit entre les parties. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'État *Sté Orange c/ CROUS* fournit un éclaircissement dans la mesure où le juge du contrat annule la mesure de résiliation et décide du maintien des relations contractuelles³⁵¹⁵. Les membres du Conseil d'État font une référence

³⁵¹³ CE, ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers* : *JCP A*, 2010, p. 2072, note F. Linditch ; *AJDA* 2010, p. 142, chron. Liéber et Botteghi ; *BJCP*, 2010, n° 69, p. 138, concl. Glaser ; *RFDA*, 2010, p. 506, concl. Glaser ; *RDI*, 2010, p. 265, note Noguellou ; *RDP*, 2010, p. 553, note Pauliat ; *GAJA*, n° 118.

³⁵¹⁴ CE, 23 mai 2011, *EPAD c/ Sté Véolia* : *JCP A*, 2011, act. 406 ; *Contrats-Marchés publ.*, 2011, comm. 217, note Soler-Couteaux.

³⁵¹⁵ CE, 11 oct. 2012, *Société Orange France* : *JCP A*, 2012, act. 699 ; *AJDA*, 2012, p. 1931.

implicite à la « loyauté contractuelle »³⁵¹⁶, garante ici de la stabilité contractuelle. Contrairement à la Cour d'appel, le Conseil d'État déplace le débat, s'immiscant un peu plus dans les relations contractuelles et évaluant l'attitude des parties au moment de l'exécution du contrat. Au lieu de se focaliser exclusivement sur le bien-fondé de la mesure de résiliation, il la confronte aussi au contenu des stipulations contractuelles. Du point de vue du juge, bien que la résiliation soit guidée par la poursuite d'un intérêt général – intérêt du domaine public occupé, consistant dans la nécessité de réaliser d'importants travaux –, elle va à l'encontre d'un engagement contractuel en vertu duquel « le gestionnaire s'engageait, en cas de travaux indispensables, à faire tout son possible pour trouver une solution de substitution afin de permettre au preneur de continuer à exploiter ses équipements ». Conformément à cette clause, le juge a décidé de maintenir la relation contractuelle.

677. Dans ces différentes jurisprudences, il ne s'agit pas de la protection ou de la reconnaissance d'un droit face à la puissance du pouvoir de gestion, mais d'une appréciation plus étendue de la légalité de la mesure de résiliation. En cas de légalité avérée, le droit de l'occupant reste faible devant la puissance publique gestionnaire.

B. La faible juridicité des droits sur le domaine public

678. La faible résistance vis-à-vis du pouvoir de gestion est une caractéristique du droit sur le domaine public. Celui-ci forme une catégorie particulière parmi les droits subjectifs et même plus précisément parmi les droits publics subjectifs. Hormis quelques hypothèses particulières (2), le droit sur le domaine public ne peut pas être porteur d'une exigence de maintien de l'occupation sur le domaine public (1).

1. Un droit précaire sur le domaine public

679. Outre les motifs qui fondent l'intervention de l'administration, la puissance du pouvoir de gestion réside dans sa dimension négatrice du droit de l'utilisateur sur le domaine public. La faible juridicité du droit de l'occupant face à l'autorité gestionnaire est appréhendée de différentes manières : soit le droit de l'occupant est distinct de la catégorie du droit acquis, soit il est analysé comme un simple droit personnel, soit il a la particularité d'être un droit administratif bien qu'il puisse être de type réel. Tous ces points de vue convergent vers un élément commun : l'effacement du droit de l'utilisateur devant la force juridique du pouvoir de

³⁵¹⁶ Sur cette notion, É. CHEVALIER, « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », *JCP A*, n° 50, p. 2392.

gestion. Le modèle du droit subjectif en droit privé est ici peu utile puisqu'il obéit à ses propres règles de suppression, conformes à l'idée d'une justice commutative où l'unilatéralité est en principe exclue. Pour prendre l'exemple du droit réel civil, ses principales modalités de suppression sont la prescription, la déchéance³⁵¹⁷ et, en particulier, la renonciation. La volonté du titulaire du droit est donc centrale dans l'extinction du droit réel civil, à l'opposé du droit sur le domaine public où celle-ci ne joue qu'un rôle résiduel. Au sujet du domaine public, l'abrogation peut satisfaire une demande de l'usager. Lorsque le gestionnaire et l'occupant sont liés par un contrat, ils peuvent aussi décider d'un commun accord de l'extinction du droit par le biais de la résolution conventionnelle. Mais, hormis ces hypothèses, la suppression du droit est le produit de la volonté unilatérale du gestionnaire.

680. Le modèle du droit acquis ne peut pas non plus être de mise, et ce quel que soit le rôle fonctionnel qui lui est imputé. Outre l'imprécision qui entoure cette notion³⁵¹⁸, elle n'est pas transposable dans le monde des relations entre le gestionnaire et l'usager du domaine public, et ce pour plusieurs raisons. Soit le droit acquis est l'instrument du maintien d'une norme ancienne, à savoir l'acte de gestion, et son recours est alors inutile car la suppression du droit sur le domaine public répond d'un mécanisme non rétroactif ; soit le droit-acquis s'analyse comme une forme de « droit défensif »³⁵¹⁹ opposable au pouvoir de gestion, et son recours est également superfétatoire puisque l'acte de gestion est certes créateur de droits sur le domaine public, mais non d'un droit acquis.

2. La question de l'acte de gestion créateur de droits

681. Excepté le cas des concessions funéraires, le domaine public hertzien est le seul cas où le droit sur le domaine public jouit d'une certaine fixité face au pouvoir de gestion. La locution « droit acquis » n'apparaît pas, le juge vise les « décisions créatrices de droit »³⁵²⁰. Or, l'usage de cette notion sème le trouble dans les différentes catégories de droit sur le domaine public.

³⁵¹⁷ Sur ce point, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 426 et s. – F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., *op. cit.*, 2008, p. 467-469.

³⁵¹⁸ Sur ce point, A. DEMICHEL, *Le droit administratif. Essai de réflexion théorique*, LGDJ, 1978, p. 110 et s. – L. TALLINEAU, *Les actes particuliers non créateurs de droits. Essai critique de la théorie des droits acquis en droit administratif*, thèse, Poitiers, 1972, p. XIII et s. – G. ÉVEILLARD, *Les dispositions transitoires en droit public français*, *op. cit.*, p. 637.

³⁵¹⁹ Sur cette notion, A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, *op. cit.*, p. 193.

³⁵²⁰ CE, sect., 10 oct. 1997, n° 134766, Sté Strasbourg FM : *Rec.*, p. 1997, p. 355, concl. Pécresse ; *JCP G*, 1997, IV, 2506, obs. M.-Ch. Rouault : « Considérant, d'une part, qu'à cette date, les autorisations d'usage de fréquences pour la diffusion de programmes à vocation nationale délivrées à d'autres sociétés concurrentes, pour la même zone et pour des services de la même catégorie, étaient devenues définitives faute d'avoir été contestées dans le délai de recours contentieux ; que le Conseil supérieur de l'audiovisuel était tenu de respecter les autorisations ainsi délivrées qui étaient créatrices de droits pour leurs bénéficiaires ; qu'il n'avait donc pas à procéder à un nouvel appel aux candidatures concernant l'ensemble des fréquences déjà attribuées ».

Cette notion est un prisme déformant parce qu'elle laisse entendre que l'acte de gestion ne serait créateur de droit que dans des situations dérogatoires et marginales. En réalité, ce n'est pas le cas. L'acte de gestion est simplement créateur d'un droit particulier et précaire.

682. Dans l'arrêt *Neuf Telecom*, le juge administratif use d'un argument textuel afin de limiter les possibilités d'abroger les titres d'autorisation sur le domaine public hertzien³⁵²¹. Il juge d'abord que « l'autorité administrative ne peut abroger une décision non réglementaire créatrice de droits, en l'absence de demande en ce sens du titulaire des droits, que dans les cas prévus par les lois et règlements en vigueur ». Les modalités du droit *au* domaine public se prolongent dans le droit *sur* le domaine public. Le juge administratif considère ensuite que l'autorité gestionnaire est soumise à la contrainte de la prédétermination des motifs en amont de toute prise de décision et, de surcroît, il se porte garant de la liaison juridique du pouvoir de gestion : « si les dispositions de l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques permettent à l'ARCEP de subordonner les autorisations d'utilisation des fréquences qu'elle délivre à des conditions destinées, notamment, à assurer une bonne utilisation des fréquences, et si elles lui permettent, en particulier, de prévoir les conditions dans lesquelles ces autorisations pourront être modifiées durant leur période de validité pour tenir compte de ces objectifs, elles ne l'autorisent pas à abroger ces autorisations selon des modalités et pour des motifs autres que ceux prévus à l'article L. 36-11 du même code ».

683. L'alignement du régime de l'abrogation sur celui du retrait, opéré par la jurisprudence *Coulibaly*³⁵²², ne remet pas en cause les spécificités de la révocation des droits sur le domaine public. Dans les premiers moments de l'occupation, l'autorité gestionnaire ne peut abroger l'acte d'autorisation, s'il est illégal, que dans un délai de quatre mois suivant la prise de décision. Néanmoins, le droit sur le domaine public hertzien appartient à la catégorie des « droits conditionnés ». Ses effets et sa pérennité s'apprécient dans le temps. Le cas du domaine public hertzien ne relève pas de la possibilité, prévue par la jurisprudence *M^{me} Soulier*³⁵²³, d'abroger des actes de gestion pour inexistence de motifs de fait ou de droit entraînant son illégalité, c'est-à-dire que « si un changement de circonstances de fait ou de droit se produit, ils deviennent illégaux et il doit pouvoir y être mis fin pour l'avenir, quel que

³⁵²¹ CE 30 juin 2006, Société Neuf Télécom : *Rec.*, p. 309 ; *AJDA*, 2006, p. 1703, note P.-A. J. et p. 1720, note A. Sée ; *JCP* 2007, II, 10177, note A. Chaminade ; *RJEP*, 2007, p. 162, note F. Fontaine et G. Weigel.

³⁵²² CE, sect., 6 mars 2009, Coulibaly : *Rec.*, p. 79, concl. C. de Salins ; *AJDA*, 2009, p. 455 ; *ibid.*, p. 817, obs. A. Lienhard, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *RFDA* 2009. 215, concl. C. de Salins ; *ibid.*, p. 439, note G. Éveillard.

³⁵²³ CE, sect., 6 nov. 2002, M^{me} Soulier : *Rec.*, p. 369 ; *AJDA*, 2002, p. 1434, chron. F. Donnat et D. Casas ; *RDP*, 2003, p. 408, chron. C. Guettier ; *RFDA*, 2003, p. 225, concl. S. Austry, p. 240, note P. Delvolvé.

soit le moment où survient ce changement de circonstances, et alors même qu'ils ne sont plus retirables »³⁵²⁴. La jurisprudence *Coulibaly* ne remet pas en cause la réserve de compétence attribuée au gestionnaire. Tout porte à croire que, sur le fondement de l'article L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques, le gestionnaire du domaine public hertzien reste habilité à révoquer le droit en fonction des motifs prédéterminés. Pour reprendre la distinction chère au Professeur J. Moreau, l'acte de gestion peut être créateur de droit, mais non de droit acquis³⁵²⁵.

684. *Conclusion §1.* Droit imparfait ou droit précaire, le droit sur le domaine public n'est cependant pas dénué de toute juridicité. L'évolution récente du droit positif renouvelle le rapport de droit. Le pouvoir de gestion peut toujours exclure un administré de l'usage d'une dépendance, mais il s'exerce dans le cadre d'un nouveau rapport de droit : le pouvoir de gestion est confronté au droit de l'occupant à être indemnisé.

§2. LE POUVOIR DE GESTION CONFRONTÉ AU DROIT DE L'OCCUPANT À ÊTRE INDEMNISÉ

685. L'indemnisation de l'occupant, à la suite de l'abrogation ou de la résiliation du titre d'occupation, s'inscrit dans une recherche plus accrue de la protection des intérêts économiques et financiers des occupants privés. En effet, « si l'insécurité du statut des investisseurs s'est atténuée à mesure que se sont multipliées les garanties réelles, elle est également compensée par l'extension des garanties indemnitaires dont bénéficie l'occupant »³⁵²⁶. Même si l'exigence d'indemnisation ne touche pas l'ensemble des fins anticipées (I), lorsqu'elle est admise, elle modifie le cadre des rapports juridiques entre le gestionnaire et les usagers du domaine public (II).

I. Le champ de l'indemnisation pour résiliation ou abrogation anticipée

686. Le droit à indemnisation ne bénéficie pas d'un traitement uniforme en droit positif. Il est applicable en matière de résiliation de contrat d'occupation du domaine public. Le droit à indemnisation occupe une place subsidiaire en cas d'abrogation d'autorisation unilatérale du domaine public. La dissymétrie des régimes traduit la persistance d'une approche différenciée en droit positif, entre le contrat domanial et l'autorisation unilatérale (A). Le régime des droits

³⁵²⁴ G. ÉVEILLARD, « L'abrogation des décisions administratives créatrices de droits. Note sous l'arrêt du Conseil d'État, section, 6 mars 2009, *Coulibaly* », *RFDA*, 2009, p. 439.

³⁵²⁵ J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, 1989, p. 241.

³⁵²⁶ Ph. YOLKA, *La propriété publique, op. cit.*, p. 375. V. aussi, P. DELVOLVÉ, « Contrats publics et sécurité publique », in Conseil d'État, Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La Doc. fr., 2008, p. 353.

réels sur le domaine public est néanmoins le vecteur d'une convergence : l'indemnisation est reconnue indépendamment de la nature de l'acte juridique (B).

A. La dissymétrie persistante des régimes d'indemnisation

687. En dépit de la convergence des régimes de l'autorisation unilatérale et du contrat³⁵²⁷, une différenciation persiste au sujet de l'indemnisation. Malgré les vœux de certains Commissaires du gouvernement³⁵²⁸, le juge n'a pas modifié la jurisprudence *Taillandier* : le titulaire d'une autorisation unilatérale ne bénéficie pas, en principe, d'un droit d'indemnisation³⁵²⁹, sauf si l'abrogation est prononcée illégalement³⁵³⁰, c'est-à-dire si elle est fondée sur « des considérations étrangères au statut du permissionnaire »³⁵³¹. Seules quelques solutions éparses reconnaissent une indemnisation, notamment lorsque le retrait résulte de travaux étrangers à la dépendance domaniale³⁵³². L'article A. 26 du Code du domaine de l'État et le régime des « autorisations conventionnelles » admettent également une indemnisation, si le titre en dispose dans ce sens, pour les constructions ou installations d'intérêt général que l'occupant a réalisées, et lorsqu'elles ont été expressément agréées par le maître du domaine³⁵³³.

688. Mais la question a été renouvelée par la jurisprudence *Société Jonathan Loisirs*³⁵³⁴. En s'inspirant du régime général des contrats administratifs³⁵³⁵, le Conseil d'État énonce que « si l'autorité domaniale peut mettre fin avant son terme à un contrat portant autorisation d'occupation du domaine public pour un motif d'intérêt général et en l'absence de toute faute de son cocontractant, ce dernier est toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de cette résiliation unilatérale dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait

³⁵²⁷ C. MAMONTOFF, « Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public », in *Mélanges Guibal, op. cit.*, p. 517 ; S. MANSON, « L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de mise en ordre, préc. » ; F. ALHAMA, « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », *AJDA*, 2010, p. 1515 ; P. DELVOLVÉ, « L'utilisation privative des biens publics. Essai de synthèse », préc. – J. DUFAU, *Le domaine public, op. cit.*, 2001, p. 379 ; E. FATÔME, « À propos de la réglementation de l'occupation du domaine public après le code général de la propriété des personnes publiques », *Mélanges D. Labetoulle, op. cit.*, p. 329.

³⁵²⁸ THÉRY concl. sur CE, 19 mars 1968, Ville de Bordeaux : *AJDA*, 1968, p. 352.

³⁵²⁹ CE, 6 mai 1932, Dlle Taillandier, préc. V. aussi, CE, 24 nov. 1993, SA Atlantique Bâtiments Construction.

³⁵³⁰ CE, 12 déc. 1952, Sauret : *Rec.*, p. 593 – CE 14 nov. 2011, Assoc. ADIMAD, *Rec.*, p. 550 ; *AJDA*, 2012, p. 159, concl. Thiellay ; *JCP A.*, 2011, actu. 735 obs. L. E. ; DA, 2012, note Ferrari ; *RLCT*, fév. 2012. 43, note Deupuis.

³⁵³¹ L. LAISNÉ, *Étude du régime des permissions de voirie, op. cit.*, p. 90 ; L. TROTABAS, *De l'utilisation du domaine public, op. cit.*, p. 112.

³⁵³² CE, Ass., 29 mars 1968, Ville de Bordeaux c/ Sté Menneret et Cie, préc.

³⁵³³ C. BRÉCHON-MOULÈNES, « Une technique juridique explosive : l'autorisation conventionnelle d'occupation du domaine public », in *Mélanges Burdeau, op. cit.*, p. 753. Sur le mécanisme de l'article A. 26 du Code du domaine de l'État, v. J.-P. LEBRETON, *Les occupations du domaine public, op. cit.*, p. 228.

³⁵³⁴ CE, 31 juill. 2009, Société Jonathan Loisirs, préc.

³⁵³⁵ CE, 15 avril 1959, Ville de Puteaux et Schawab : *Rec.*, p. 236 – CE, 10 nov. 1965, Vallois : *Rec.*, p. 600.

obstacle »³⁵³⁶. Le Conseil d'État lève les ambiguïtés de la jurisprudence antérieure³⁵³⁷, au sujet de l'indemnisation de l'occupant titulaire d'un contrat d'occupation, mais la doctrine s'est interrogée sur l'extension de cette jurisprudence aux occupations unilatérales. L'interprétation, dans le sens d'une telle extension, est permise dans la mesure où le Rapporteur public N. Boulouis affirme dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Jonathan Loisirs*, d'une part, qu'il « n'y a pas lieu de faire de différence selon que l'autorisation d'occuper le domaine est unilatérale ou contractuelle » et, d'autre part, qu'il serait « curieux qu'une distinction sans critère ni réelle portée serve de base à une différenciation dans le domaine du droit à indemnisation »³⁵³⁸. Mais la formation de jugement n'a pas, semble-t-il, suivi les conclusions de N. Boulouis. Comme le souligne justement F. Alhama, « il faut, pour interpréter l'arrêt *Société Jonathan Loisirs* comme posant un principe d'indemnisation applicable indistinctement aux titres unilatéraux et contractuels, estimer que le Conseil d'État a non seulement implicitement reviré sa jurisprudence antérieure relative au permissionnaire, mais aussi implicitement “annulé” le principe posé par l'article A. 26 du code du domaine de l'État »³⁵³⁹. Force est de constater que ces éléments ne sont pas présents dans l'argumentation du Conseil d'État. En somme, le juge administratif modernise la situation de l'occupant contractuel, en posant le principe de l'indemnisation à la suite d'une résiliation « dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle », mais il maintient implicitement le principe de l'absence d'indemnisation à la suite de l'abrogation d'une autorisation unilatérale³⁵⁴⁰. « Cette différence de régime offre [certainement] une certaine souplesse à l'administration dans la gestion de son patrimoine »³⁵⁴¹, mais la position du juge administratif, confirmée par la jurisprudence *Commune de Limoges*³⁵⁴², s'inscrit à contre-courant d'une évolution, dans le sens d'un renforcement de la situation de l'occupant.

B. Une convergence des régimes par la technique des droits réels

689. L'instauration des droits réels sur le domaine public induit une convergence des régimes respectifs du contrat et de l'occupation unilatérale : toute suppression d'un droit réel sur le domaine public suppose un droit d'indemnisation. L'article L. 2122-9 du Code général

³⁵³⁶ Pour un exemple d'une indemnisation exclue en raison d'une clause contractuelle, v. CAA, Bordeaux, 17 mai 2011, Degryse c/ Commune de Grand-Village-Plage, n° 10BX01607.

³⁵³⁷ CE sect. 4 janv. 1954, Leroy : *Rec.*, p. 3 ; CE 27 nov. 1946, Société des chaux et ciments hydrauliques d'Algérie : *Rec.*, p. 281 ; CE 20 nov. 1957, Sieur Landais : *Rec.*, p. 628 ; CE ass. 29 mars 1968, Ville de Bordeaux c/ Société Menneret : *Rec.*, p. 217

³⁵³⁸ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 31 juill. 2009, Société Jonathan Loisirs : *BJCP*, 2009, p. 483.

³⁵³⁹ F. ALHAMA, « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », préc.

³⁵⁴⁰ Sur ce point, C. CHAMARD-HEIN, comm. CE, 31 juil. 2009, Société Jonathan Loisirs : *GDDAB*, n° 57, p. 504.

³⁵⁴¹ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 1^{re} éd., *op. cit.*, 2011, p. 321.

³⁵⁴² CE, 19 janv. 2011, Commune de Limoges : *Rec.*, T. 923 ; *AJDA*, 2011, p. 616, note Dreyfus ; *DA*, 2011, n° 30, obs. Brenet ; *JCP A.*, 2011, 2101, note Vila ; *Contrats Marchés publ.* 2011, n°87, note Eckert ; *JCP A.*, 2012, 2013, chron. Chamard-Heim ; *RGCT*, 2011, p. 71, note Ngampio-Obélé-Bélé.

de la propriété des personnes publiques dispose qu' « 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 ». La disposition du Code reprend la formulation de l'article L. 34-3 du Code du domaine de l'État, s'inspirant elle-même de celle de l'article L. 13-13 du Code de l'expropriation. De même, l'article L. 1311-7 du Code général des collectivités territoriales reprend l'énoncé de l'article L. 2122-9 du Code général de la propriété des personnes publiques, au sujet des occupations du domaine public local. Dans les deux cas, le titre peut donc préciser les modalités de l'indemnisation. Cependant, les termes « préjudice direct, matériel et certain » demandent à être précisés. Dans la mesure où l'article R. 2122-18 du Code général de la propriété des personnes publiques n'apporte aucune indication sur les modalités de l'évaluation du préjudice, la clarification apportée par jurisprudence *Société Jonathan Loisirs* est bienvenue. En effet, le juge rapproche l'indemnisation de la réparation d'un préjudice. L'indemnisation doit en effet réparer « le préjudice direct et certain en résultant, tel que la perte des bénéfices découlant d'une occupation du domaine conforme aux prescriptions de la convention et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine, qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation ». Autrement dit, l'indemnisation couvre le *damnum emergens* – les dépenses exposées –, et le *lucrum cessans* – la perte des bénéfices³⁵⁴³. Au sujet du *damnum emergens*, le juge administratif a retenu la perte de la licence acquise pour la vente de boissons, et l'amortissement d'éléments d'ameublement dans le cadre de l'utilisation du domaine public. Cependant, le juge ne retient pas le préjudice résultant de la perte du fonds de commerce, n'ayant pas d'existence juridique sur le domaine public³⁵⁴⁴.

690. Le juge administratif dialogue avec le législateur. Il s'inspire de la formulation en matière de droits réels pour la transposer en matière contractuelle. Le juge administratif aligne le régime de l'indemnisation, en cas de retrait d'un titre constitutif de droit réel, sur le régime d'indemnisation en cas de résiliation d'un contrat domanial. Une telle lecture permet d'effacer les « incohérences »³⁵⁴⁵ au sujet des régimes des droits réels. Bien que les dispositions relatives au BEA n'apportent aucune précision sur l'indemnisation³⁵⁴⁶, le titulaire de ce contrat

³⁵⁴³ Sur la distinction entre *damnum emergens* et *lucrum cessans*, v. Ph. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, *Economica*, 1989, p. 303-306 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. III, LGDJ, 1956, p. 165.

³⁵⁴⁴ Position confirmée par CE, 19 janv. 2011, Commune de Limoges, préc.

³⁵⁴⁵ P. DELVOLVÉ, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *RFD*, 2010, p. 584.

³⁵⁴⁶ M. RAUNET et B. CHEUVREUX, « Droits réels et personnes publiques. Un véritable maquis juridique. À quand une véritable réforme ? », in *Mélanges E. Fatôme, op. cit.*, p. 409.

domanial est susceptible de bénéficier du régime prévu par la jurisprudence *Société Jonathan Loisirs*, lui-même inspiré de celui du droit réel.

II. Les implications de l'indemnisation sur les rapports entre le gestionnaire et les occupants du domaine public

691. Le fondement de l'indemnisation doit néanmoins être discuté. De prime abord, en s'inspirant du droit contractuel³⁵⁴⁷, il est possible de considérer que l'indemnisation est le produit d'une responsabilité contractuelle sans faute. Une telle analyse aurait l'avantage d'assurer un lien entre la légalité d'un acte de gestion – une résiliation fondée sur un motif d'intérêt général – et le préjudice subi par l'occupant. Autrement dit, « la mesure licite préjudiciable est le fait générateur d'une responsabilité à la charge de l'administration qui n'est dès lors pas toujours conditionnée par une inexécution »³⁵⁴⁸. Une telle analyse semble néanmoins imparfaite, puisqu'elle réduit l'indemnisation au fait contractuel ; elle se révèle donc impropre à rendre compte de l'ensemble des régimes d'indemnisation.

692. En second lieu, la question de l'indemnisation semble affecter une autre dimension du droit sur le domaine public : son opposabilité. L'administration ne peut supprimer un droit sur le domaine public sans tenir compte de la situation de l'occupant, et sans en tirer des conséquences sur le terrain indemnitaire. Selon la théorie de l'obligation passive universelle, l'administration est considérée comme le sujet passif de l'obligation issue du droit réel. Une précision doit néanmoins être apportée au sujet de la notion d'opposabilité. Elle est une autre manière d'appréhender le droit. À côté de l'approche structurelle du droit – le rapport entre sujets de droits – l'opposabilité permet de caractériser le droit selon son « rayonnement »³⁵⁴⁹ juridique, mais son usage est impropre pour rendre compte des relations entre l'usager et l'autorité gestionnaire. La doctrine confond les notions d'exigibilité, d'inviolabilité et d'opposabilité. Par exemple, Roubier associe le triptyque droit personnel, exigibilité, opposabilité relative au triptyque droit réel, inviolabilité, opposabilité absolue³⁵⁵⁰. Mais lorsqu'il s'agit de l'opposabilité, il est surtout question de « la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe »³⁵⁵¹. L'opposabilité est distincte des notions « d'effet juridique, de force obligatoire, d'autorité,

³⁵⁴⁷ Sur ce point, L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, « NBT », 2010, p. 311.

³⁵⁴⁸ C.-É. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Étude de droit comparé interne*, Dalloz, « NBT », 2011, p. 51

³⁵⁴⁹ M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, p. 14.

³⁵⁵⁰ R. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 250-251.

³⁵⁵¹ J. DUCLOS, *L'opposabilité*, *op. cit.*, p. 22.

d'inviolabilité, d'exigibilité»³⁵⁵² ; elle procède du « devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte »³⁵⁵³. La confusion entre opposabilité du droit et indemnisation, faite par HAURIOU dans son opuscule sur *La gestion administrative* et qui persiste dans les analyses doctrinales, ne mérite pas d'être retenue. En effet, l'indemnisation ne relève pas de cette logique d'assimilation, mais touche directement aux rapports d'altérité entre le gestionnaire et l'occupant. Elle illustre un rapport de droit ultime au moment d'une abrogation ou d'une résiliation d'un titre d'occupation.

693. Une dernière analyse consiste à considérer le droit sur le domaine public comme la source de l'indemnisation de l'occupant, à la suite de la résiliation ou de l'abrogation de son titre. L'indemnisation est alors replacée dans un rapport de droit entre le gestionnaire et l'usager. Le pouvoir du gestionnaire n'est plus un pouvoir négateur de droits, il s'apparente plutôt à un pouvoir de modification de la structure du rapport de droit : le droit réel sur le domaine public et le droit issu d'un contrat administratif se muent ainsi en droit à indemnisation. Une telle analyse possède le mérite de rendre compte du régime de l'indemnisation, pour y inclure celui des droits réels et celui du droit issu d'un contrat domanial. Elle pourrait aussi servir d'outil de compréhension à la possible reconnaissance d'un droit à indemnisation, en cas de résiliation d'un titre unilatéral.

CONCLUSION CHAPITRE II

694. Le partage des utilités instauré par la théorie des droits réels ne prive pas le gestionnaire des prérogatives qui lui assurent la maîtrise du bien public au stade de l'utilisation du domaine public. Mais l'identification et la caractérisation de ces prérogatives est éclairée par le rapport de droit(s) institué entre le gestionnaire et l'usager, c'est-à-dire par la prise en compte des droits (et parfois de l'absence de droits) de l'administré. L'analyse du droit positif met en exergue trois prérogatives essentielles de la personne publique, signes de sa maîtrise du domaine public : tout d'abord, la prérogative de réglementation permet au gestionnaire d'imposer des conditions particulières d'utilisation du domaine public, financières ou non ; ensuite, la prérogative de contrôle lui assure la maîtrise du bien public malgré la circulation des utilités, et s'exprime essentiellement à travers la technique de l'agrément ; enfin, la prérogative d'exclusion permet au gestionnaire d'exclure un usager de l'utilisation du domaine public. Ces prérogatives s'exercent néanmoins dans un cadre renouvelé, caractérisé par une prise en

³⁵⁵² M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, *op. cit.*, p. 16.

³⁵⁵³ J. DUCLOS, *L'opposabilité*, *op. cit.*, p. 23.

compte accrue des intérêts et des droits des usagers, dont la protection est renforcée par le contrôle du juge. La portée de ces prérogatives peut donc être neutralisée par les droits des administrés, et réciproquement. Leur analyse ne peut donc se satisfaire d'une approche substantielle, et doit s'inscrire dans le cadre d'un rapport de droit(s). En ce sens, l'approche structurelle permet de rendre compte des interactions entre les prérogatives de la puissance publique gestionnaire et les droits des administrés sur le domaine public, elle permet aussi de constater les modalités de la maîtrise du bien public dont dispose la personne publique.

CONCLUSION TITRE II

695. Au stade de l'utilisation du domaine public, les rapports de droit sont caractérisés par un partage des utilités entre le gestionnaire et l'occupant, si bien que leur relation est structurée autour du domaine public, dans la convergence (ou la divergence) de leurs rapports respectifs à la chose. Or, l'émergence et l'introduction des droits réels modifie ce cadre relationnel. Le droit réel, analysé à la lumière du droit de superficie, confère à l'occupant un pouvoir sur la chose qui peut orienter sa relation avec la personne publique, dans le sens d'une collaboration, d'une participation de l'administré à la gestion du bien public. En ce sens, le rapprochement entre le droit réel et le droit de superficie inscrit le droit de l'occupant dans une relation avec l'autorité gestionnaire. Le droit réel de l'occupant, ainsi défini, a principalement pour objet la jouissance d'un espace, la possibilité de construire des ouvrages sur le domaine public, et la possibilité d'être propriétaire de ces ouvrages, en raison d'une limitation de l'accession de la propriété publique.

Ces droits ne bouleversent pas l'exercice du pouvoir de gestion, ils s'inscrivent dans sa maîtrise du domaine public. Si le droit réel est l'expression du pouvoir de gestion, cette maîtrise se traduit aussi par des prérogatives particulières qui assurent sa prédominance sur les utilisations du domaine public. Le gestionnaire peut toujours imposer des obligations, le droit réel ne fait pas obstacle au pouvoir d'exclusion, la circulation des utilités est soumise à la puissance tutélaire du pouvoir de gestion. C'est pourquoi les mécanismes de valorisation et l'introduction des libertés modèrent simplement le cadre de son exercice et imposent certains ajustements, dans une perspective plus favorable à l'utilisateur : la faculté d'imposer des obligations à l'occupant doit respecter la libre activité de ce dernier et les prérogatives d'exclusion incarnées par l'autorité gestionnaire sont équilibrées par le droit à indemnité dont dispose l'utilisateur. Mais l'interaction entre le gestionnaire et l'occupant implique une réciprocité : si les prérogatives du gestionnaire sont parfois limitées par les droits de l'occupant, elles en constituent aussi la limite. Quels qu'en soient les effets, la prise en compte

des droits des administrés entraîne ainsi nécessairement une relecture des prérogatives de l'autorité gestionnaire.

CONCLUSION PARTIE II

696. La caractérisation des fondements de la puissance publique propriétaire constituait la première étape d'une tentative de définition subjectiviste du pouvoir de gestion, qui, pour être complète, impliquait une relecture des interactions entre le gestionnaire et les administrés (usagers, candidats-usagers ou occupants). Le rapport de droit(s), que le pouvoir de gestion institue entre la personne publique et l'administré, se réalise successivement au stade de l'accès puis au stade de l'utilisation du domaine public, mais selon des modalités différentes. Pour prendre la mesure de ces rapports de droit, le recours à la théorie des droits publics subjectifs est incontestablement utile, car il permet d'appréhender le statut de l'utilisateur face au pouvoir de gestion. Ce n'est que par une prise en compte simultanée des droits de l'utilisateur et des pouvoirs du gestionnaire qu'il est possible de constater que l'utilisateur est un acteur de la relation, et non seulement un objet du pouvoir.

Dans cette perspective, le recours à la théorie des droits publics subjectifs a permis de caractériser la possibilité pour l'administré de revendiquer l'accès au domaine public. La levée de certains obstacles théoriques et le maniement du fonds conceptuel relatif à cette théorie ont permis de penser un droit public subjectif *au* domaine public, défini comme un pouvoir d'exiger de l'administré, en fonction d'obligations qui pèsent sur le gestionnaire, lequel pourrait alors être l'objet d'un pouvoir juridique. Cette approche a permis d'identifier un premier mécanisme de maîtrise du bien public : l'autorité gestionnaire exerce une prérogative de médiation entre l'administré et le bien. Une tendance jurisprudentielle et un enrichissement du cadre normatif multiplient les hypothèses de reconnaissance d'un droit public subjectif au domaine public. Mais la résistance des acteurs du droit positif a tendance à s'opposer aux évolutions qui abonderaient dans le sens d'une prise en compte accentuée des droits des administrés au domaine public. La jurisprudence *Société EDA* inaugurait certes l'applicabilité directe des règles de concurrence, dans un sens favorable aux droits des administrés, mais l'arrêt RATP relativise largement la portée de cette jurisprudence.

Au stade de l'utilisation du domaine public, la théorie des droits réels constitue un médium permettant d'appréhender les rapports de droit(s) entre le gestionnaire et les occupants. Dans ce cadre, le droit réel de l'occupant ne s'oppose pas au pouvoir de gestion, il est au contraire le produit du pouvoir de gestion, qui concède ce droit. Mais les droits réels, et *a fortiori* leur lien avec le pouvoir de gestion, n'ont pas été admis par le juge. Leur introduction est le fruit de l'intervention du législateur, qui présente l'inconvénient de multiplier les mécanismes de droit réel. Ainsi, notre approche reposait sur un double enjeu : caractériser une

unité du droit réel à partir du droit de superficie, et inscrire le droit réel dans le *domaine* de la propriété publique. Les droits réels n'étant alors envisagés ni comme une aliénation ni comme un démembrement de la propriété, ils ouvrent la perspective d'une « relation apaisée » entre le gestionnaire et l'occupant. Le rapprochement entre le droit réel et le pouvoir de gestion permet enfin d'identifier une autre prérogative issue du pouvoir de gestion : la faculté d'octroyer des droits réels sur le domaine public. Les nouvelles modalités d'utilisation du domaine public ne s'effectuent pas au détriment de la maîtrise du pouvoir de gestion sur le domaine public, caractérisée par trois prérogatives principales : la prérogative de réglementation, la prérogative de contrôle et la prérogative d'exclusion. Mais ces prérogatives doivent nécessairement être replacées et analysées dans le cadre d'un rapport de droit entre le gestionnaire et les administrés. Les facultés du gestionnaire dépendent des droits des administrés, la prérogative d'exclusion répond par exemple à l'absence de droit au maintien sur le domaine public. Les modalités du rapport juridique sont donc au cœur de toute tentative de définition du pouvoir de gestion du domaine public.

CONCLUSION GÉNÉRALE

697. L'étude du pouvoir suggère qu'on se situe à la frontière du droit et du politique³⁵⁵⁴. L'étude du pouvoir de gestion nous conduit à la lisière du droit public, du droit privé et du droit économique.

698. Le pouvoir de gestion est aujourd'hui une « évidence »³⁵⁵⁵. Sans doute, le pouvoir de gestion est désormais un acquis jurisprudentiel, ancré dans le droit positif. Mais, entre l'heure de sa consécration dans la jurisprudence *Société nationale d'éditions cinématographiques*³⁵⁵⁶ et le moment de notre étude, le pouvoir de gestion est traversé par différentes évolutions : l'application du droit de la concurrence, l'invocabilité des libertés, l'avènement du Code général de la propriété des personnes publiques, l'introduction des droits réels. Cet ensemble d'évolutions impose de réinvestir l'analyse du pouvoir de gestion, et d'observer la manière dont il les intègre, et dont elles reflètent sa spécificité. Quels sont les principes constitutifs de ce pouvoir ? Quels sont ses fondements et comment le définir ? Pour répondre à ces questions, le prisme contentieux ou l'étude *stricto sensu* de la jurisprudence sont insuffisants, non que ces prismes doivent être rejetés, mais la singularité de ce pouvoir impose de le penser dans son évolution, c'est-à-dire comme une construction juridique qui croise les voies des acteurs du droit positif et les voix de la doctrine. Cette étude a donc inscrit le pouvoir de gestion du domaine public dans une perspective diachronique, confrontant les débats qui ont entouré son émergence aux débats actuels qui entourent sa qualification, son fondement et ses effets. L'éclairage de l'Histoire révèle que le pouvoir de gestion cristallise des conflits de représentation, autour de la singulière accolade de la puissance et de la propriété. L'enjeu était donc double, puisqu'il s'agissait d'éclairer les enjeux actuels à la lumière de la généalogie du pouvoir de gestion, et d'inscrire dans sa définition sa dimension relationnelle, c'est-à-dire les rapports de droit qu'il institue avec les administrés, parfois occultés au profit du seul rapport à la chose. Seule une approche subjectiviste pouvait favoriser une lecture dynamique du pouvoir de gestion, à travers ses interactions, c'est-à-dire ses interférences avec les usagers. La notion de personnalité publique est au cœur de l'appréhension du pouvoir de gestion : elle est un des

³⁵⁵⁴ O. BEAUD, « Souveraineté », in Ph. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^e éd., PUF, « Quadrige », 2012, p. 735.

³⁵⁵⁵ C. CHAMARD-HEIM, comm. CE, sect., 20 déc. 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques : GDDAB*, n° 41, p. 363-364.

³⁵⁵⁶ CE, Sect., 20 déc. 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, préc.

vecteurs de son émergence, elle est surtout un des termes de la relation qu'il implique. La conception d'une personnalité publique unitaire est une matrice pour le pouvoir de gestion, une condition *sine qua non* de son émergence, et ainsi un élément fondamental de sa définition.

699. Pour embrasser ces différents aspects et caractériser la singularité du pouvoir de gestion, afin d'aboutir à une définition, deux temps se sont imposés. Il s'agissait d'abord d'interroger le fondement du pouvoir de gestion, objet de controverses doctrinales et de théories diverses, qui nous ont semblé être l'objet d'un certain nombre d'écueils.

Mais la question du fondement invitait d'abord à remonter le temps. Les outils de la technique juridique qui permettent d'appréhender le pouvoir de gestion du domaine public ont été élaborés en amont de celui-ci et sont autant de vecteurs pour le saisir : outre la personnalité publique, la puissance publique, la propriété administrative puis la propriété publique sont le creuset de toute réflexion sur le pouvoir de gestion. Mais l'approche généalogique possède une autre vertu : elle met en exergue la dimension duelle du pouvoir de gestion, revivifiée par les questionnements actuels, particulièrement par sa qualification d'activité économique en droit de l'Union européenne, et par son traitement singulier en droit interne. Comment la dimension propriétaire du pouvoir de gestion a-t-elle pu, et peut-elle encore, se conjuguer avec son identité de puissance publique ? Faut-il réfuter cette association, en ne tablant que sur un seul aspect, ou l'embrasser ?

Le pouvoir de gestion a, semble-t-il, formé un pont entre le *dominium* et l'*imperium*, transcendant dans une certaine mesure la séparation entre la souveraineté et la propriété. Le pouvoir de gestion est surtout une construction juridique dotée d'une dimension fonctionnelle : fournir un fondement juridique aux interventions patrimoniales de l'administration sur le domaine public. Mais, fondée sur une *association* entre la propriété et la puissance publique, la construction théorique du pouvoir de gestion souffre d'une ambiguïté concernant la signification de la *puissance*. À travers une dissection et une confrontation des discours doctrinaux, que nous envisageons dans un rapport dialogique, à la fois synchronique et diachronique, les problèmes posés par l'association de la puissance publique et de la propriété ont émergé. Entre autres, la légitimation de la puissance, incarnée par le pouvoir de gestion, à travers l'effet d'exaltation qui lui confère son exorbitance, nous a semblé discutable, notamment parce que la puissance qu'elle insuffle dans le pouvoir de gestion est nécessairement la réfutation d'une puissance qui lui serait inhérente, mais aussi parce que le recours à la notion d'exorbitance ne permet pas de caractériser pleinement une puissance sur une chose. Notre réflexion cherchait donc à lever l'ambiguïté qui entoure la notion de puissance dans son appréhension théorique. Expression de la maîtrise d'un espace, et surtout

puissance sur une chose, le pouvoir de gestion tend aussi à être un pouvoir sur les personnes. Cette ambiguïté se révèle avec plus de vigueur lorsque le pouvoir de gestion est confronté aux libertés économiques, et particulièrement au droit de la concurrence. L'approche substantielle portée par le droit interne et européen de la concurrence a ébranlé les schémas de l'association entre la puissance publique et la propriété. La spécificité du pouvoir de gestion est surtout éclairée par sa confrontation avec la liberté du commerce et de l'industrie, et par le traitement différencié que lui imprime le droit positif à l'occasion de cette confrontation. Il s'agissait donc de spécifier théoriquement un pouvoir spécifique, en accentuant le lien qu'il tisse avec la propriété, et en réinvestissant les potentialités du *dominium*. Appréhendé comme un *dominium* public, le pouvoir de gestion est alors une puissance inscrite dans la propriété publique, et non plus une propriété définie par la puissance publique. La première étape de notre réflexion a donc abouti à un dépassement de l'association entre puissance publique et propriété, afin de rendre compte d'une *assimilation* des deux notions, au sein du pouvoir de gestion du domaine public.

700. Mais tout rapport juridique est toujours un rapport entre personnes, même s'il a pour objet une chose. La démarche subjectiviste mise en œuvre dans la première étape de notre raisonnement, trouve une résonance particulière dans la seconde, dans la mesure où elle permet de rendre compte de la dimension dynamique et relationnelle du pouvoir. *Quid* des rapports du pouvoir de gestion avec les administrés ? *Quid* des droits que ces derniers peuvent, ou ne peuvent pas, opposer au pouvoir de gestion ? Une force ne peut être définie qu'en fonction des résistances qui lui sont opposées. Le pouvoir de gestion ne peut être défini que compte tenu des droits des administrés. S'est donc imposée, dans la perspective de notre définition, la nécessité d'appréhender la puissance publique gestionnaire à la lumière des droits des administrés, qui en constituent la variable d'intensité. Nous avons tenté de distinguer les différentes formes qu'emprunte cette relation, en l'envisageant selon deux temps : le temps de l'accès au domaine public, qui correspond à un droit de l'administré *à* la chose, et le temps de l'utilisation du domaine public, qui correspond à un droit de l'administré *sur* la chose.

Le recours à la théorie des droits publics subjectifs, comme éléments d'une grammaire du droit, s'est imposé pour analyser les rapports entre les candidats-usagers et l'administration au moment de l'accès au domaine public. L'analyse du droit positif requérait un outil à même d'éclairer ces relations, ce qui nous a conduit vers une redéfinition théorique du droit public subjectif au domaine public, grille de lecture permettant de délimiter différentes hypothèses où l'administré peut *exiger l'accès* au domaine public, et celles où cette revendication lui est impossible. En somme, mesurer le droit de l'administré au domaine public est une manière de

mesurer la liaison juridique du pouvoir de gestion, non plus de fonder sa puissance, mais d'en évaluer l'intensité, à travers l'analyse de ses concrétisations.

Si les droits de l'administré constituent une revendication au moment de l'accès, les modalités de la relation sont différentes au stade de l'utilisation du domaine public. Si les droits réels sont un élément de droit positif, ils constituent aussi un enjeu de définition des rapports entre le gestionnaire et les usagers. Une conception unitaire du droit réel, par un rapprochement avec le droit de superficie, permet d'analyser les relations tissées entre les deux parties de la relation. Si le droit réel peut instituer des mécanismes de collaboration et une réciprocité du rapport à la chose, il n'en reste pas moins que les prérogatives de la puissance publique gestionnaire lui assurent la maîtrise du bien public et une prédominance sur les utilisations : le pouvoir de gestion est un pouvoir de réglementation, de contrôle et d'exclusion, qui limite les droits de l'usager. Droit *au* domaine public et droit *sur* le domaine public permettent ainsi de saisir le cadre des relations entre le pouvoir de gestion et les administrés, et de mesurer l'intensité de la puissance publique gestionnaire.

701. Le fil de cette étude nous a donc permis d'élaborer une définition du pouvoir de gestion du domaine public : *le pouvoir de gestion est une puissance publique propriétaire (un dominium public) sur le domaine public, qui s'inscrit dans des rapports de droit(s) avec les administrés, usagers et candidats-usagers.*

702. Une évolution est notable, qui converge vers une prise en compte plus importante des intérêts individuels, dans la perspective d'une protection accrue de de la sphère juridique des administrés. Les évolutions du droit positif modifient ainsi le cadre des relations entre le pouvoir de gestion et les administrés, sans pour autant le bouleverser, voire, sur certains points, le juge administratif fait encore preuve de conservatisme. La jurisprudence *RATP* signe le retour d'une lecture plus traditionnelle des relations entre le gestionnaire et les usagers. Surtout, la non reconnaissance de l'obligation de mise en concurrence, de la propriété commerciale de l'occupant, de l'indemnisation à la suite de l'abrogation d'une autorisation unilatérale, dénotent encore un attachement à certains piliers du vieux droit domanial. Des pistes de réflexions sont encore à explorer.

703. En définitive, l'étude des relations entre le pouvoir de gestion et les usagers a permis d'évoquer des thèmes plus généraux, tels que la patrimonialisation des actes administratifs, et d'en proposer une lecture à la lumière de la propriété des droits. Notre étude est innervée par l'idée que la propriété, qu'elle soit publique ou privée, constitue non seulement le support des

rapports aux choses, mais constitue un modèle de rapport entre les personnes juridiques. Propriété publique, puissance publique propriétaire, propriété des ouvrages édifiés sur le domaine public, propriété des droits réels sont la preuve que la propriété constitue « un mécanisme fondamental du droit »³⁵⁵⁷, y compris du « droit public des biens »³⁵⁵⁸.

³⁵⁵⁷ F. Zenati, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.*, 2006, p. 446.

³⁵⁵⁸ Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, 14^e éd., *op. cit.*, p. 2.

BIBLIOGRAPHIE

Avertissement : La présente bibliographie ne regroupe pas l'ensemble des travaux consultés ou même cités et se limite aux documents qui se sont révélés indispensables pour mener à bien la présente étude.

§1. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

AHRENS (H.), *Cours de droit naturel*, Leipzig, F.A. Brockhaus, 1868.

ARNAUD DE PRANEUF (A.), *Traité des juridictions administratives et particulièrement des conseils de préfectures*, Dupont, 1868.

AUBRY (C.) et **RAU** (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, 5^e éd., Marchal et Billard, 1897.

AUBY (J.-M.) et **DUCOS-ADER** (R.), *Droit administratif*, Dalloz, 7^e éd., 1986.

AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1869.

BATBIE (A.), *Précis du cours de droit public et administratif*, Cotillon, 5^e éd., 1885.

BÉNOIT (F.-P.), *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968.

BENTHAM (J.), *Traité de législation civile et pénale*, 1802, rééd. 2010, Dalloz.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, « Méthodes du droit », 2012.

BERTHÉLEMY (H.), *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 9^e éd., 1920.

BIGOT (G.), *Introduction historique au droit administratif*, PUF Droit, 2002.

BONNARD (R.), *Précis de droit public*, 6^e éd., Sirey, 1944.

BONNIN (C.-J.-B.), *Abrégé des Principes d'administration* publié d'après la troisième édition, Amable-Costes, 1829.

BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif*, PUF, « Thémis Droit public », 1995.

CABRILLAC (M.), **MOULY** (Ch.), **CABRILLAC** (S.) et **PÉTEL** (Ph.), *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010.

CAPITANT (H.) et **COLIN** (A.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 1930, 6^e éd., Dalloz

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. III. *Les biens*, 19^e éd., PUF, 2000.

CHANTAGREL (J.), *Droit administratif théorique et pratique*, Masson, 1859.

COLLIARD (C.-A.), *Libertés publiques*, Dalloz, 1989, p. 857.

CORMENIN (L. M. de), *Questions de droit administratif*, 3^e éd., Goblet, 1826.

CORMENIN (L. M. de), *Questions de droit administratif*, 5^e éd., Thorel, 1840.

COTELLE (M.), *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, t. I, Dalmont et Dunod, 1862.

- DARESTE (R.)**, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'Administration*, 1862, La Mémoire du droit, « Collection de la Faculté Jean Monnet », rééd. 2012.
- DAVIEL (A.)**, *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau*, Hingray, 1837.
- DEBBASCH (Ch.)**, **BOURDON (J.)**, **PONTIER (J.-M.)**, **RICCI (J.-C.)**, *Droit administratif des biens*, 3^e éd., PUF, « Thémis Droit public », 1999.
- DEBBASCH (Ch.)**, *Science administrative*, 3^e éd., Dalloz, 1976.
- DELVINCOURT (C. E.)**, *Cours de Code Napoléon*, Paris, Delestre-Boulage, 1824.
- DELVOLVÉ (P.)**, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.
- DEMENTHON (H.)**, *Traité du domaine de l'État*, 6^e éd., Dalloz, 1964.
- DEMOLOMBE (Ch.)**, *Cours de code Napoléon*, t. IX, Paris, Auguste Durand, 1852.
- DOMAT (J.)**, *Œuvres*, Rémy, Paris, 1835.
- DUCROCQ (Th.)**, *Cours de droit administratif*, t. II, 2^e éd., E. Thorin, 1877.
- DUCROCQ (Th.)**, *Traité des édifices publics d'après la législation, civile, administrative et criminelle*, Cotillon, 1865.
- DUFAU (J.)**, *Le domaine public*, 5^e éd., Le Moniteur, 2001.
- DUFOR (G.)**, *Traité général de droit administratif appliqué*, Marchal et Billard, 1868-1901, 12 vol.
- DUGUIT (L.)**, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^e éd., Bocard, 1927.
- DURANTON (A.)**, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., t. 4, Paris, Thorez et Guilbert, 1844.
- EISENMANN (Ch.)**, *Cours de la faculté de droit de Paris*, 1952.
- EISENMANN (Ch.)**, *Cours de droit administratif*, t. I 1982 et t. II 1983, LGDJ.
- FOUCART (E.-V.)**, *Éléments de droit public et administratif*, 4^e éd., Marescq et Dujardin, 1855.
- FOULQUIER (N.)**, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2011.
- GAUDEMET (Y.)**, *Droit administratif des biens*, t. II, 14^e éd., LGDJ, 2011.
- GAUDRY (J. A. J.)**, *Traité du domaine comprenant le domaine public, le domaine de l'Etat, le domaine de la couronne, le domaine public municipal, le domaine privé des communes, le domaine départemental*, Auguste Durand, 1862.
- GAUTIER (A.)**, *Cours de droit administratif. Précis de matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, t. II, A. Lahure.
- GÉRANDO (J. M DE)**, *Institutes du droit administratif français*, Nève, 1829-1836, 2^e éd. : 1842-1846.
- GHESTIN (J.) (dir.)**, *Traité de droit civil. Les biens*, 2^e éd., LGDJ, 2010, p. 333.
- GHESTIN (J.)** et **GOUBEAUX (G.)**, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1977.
- GLAIS (M.)** et **LAURENT (P.)**, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, 1^{re} éd., 1983, PUF.
- GODFRIN (P.)** et **M. DEGOFFE**, *Droit administratif des biens*, 10^e éd., A. Colin, 2012.

- GONOD (P.), MELLERAY (F.) et YOLKA (Ph.)** (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, « Traités », 2011 (2 vol.).
- HALPÉRIN (J.-L.)**, *Histoire du droit des biens*, Economica, « Corpus Histoire du Droit », 2008
- HALPÉRIN (J.-L.)**, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e éd., PUF, « Quadrige manuels », 2012.
- HAURIOU (M.)**, *Précis de droit administratif : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences*, Larose, (à partir de la 6^e éd), Sirey (dernière édition 1933 12 éd.)
- HAURIOU (M.)**, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., Sirey, 1923.
- HAURIOU (M.)**, *Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916.
- HAURIOU (M.)**, *Principes de droit public*, Dalloz, 1^{re} éd., 1910, rééd. 2010.
- HENNEQUIN (H.)**, *Traité de législation et de jurisprudence suivant l'ordre du Code civil*, t. II, Librairie de Videcoq, 1838-1841.
- JÈZE (G.)**, *Cours élémentaires de sciences des finances et de législation financière française*, M. Giard & E. Brière, 1912.
- JÈZE (G.)**, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., Giard, 1925.
- JOSSERAND (L.)**, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 2^e éd., Sirey, 1932.
- JUGLART (M. de) et MAZEAUD (H.)**, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit civil*, vol. 1, 5^e éd., Montchrestien, 1972
- LABAND (P.)**, *Le droit public de l'Empire allemand*, Préf. M.-F. Larnaude, V. Giard & E. Brière, 1901.
- LAFERRIÈRE (E.)**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., Berger-Levrault et Cie, 1896.
- LAFERRIÈRE (F.)**, *Cours de droit public et administratif*, Cotillon, 1854-1858.
- LARROUMET (C.)**, *Droit civil. Les biens*, t. II, *Droits réels principaux*, Economica.
- LAUBADÈRE (A. DE)**, *Traité de droit administratif*, t. I, 9^e éd., LGDJ, 1984.
- LAUBADÈRE (A. DE)**, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., LGDJ, 1951.
- LAUBADÈRE (A. DE), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.)**, *Traité des contrats administratifs*, t. I, 2^e éd., 1984, LGDJ
- LAUBADÈRE (A. DE)**, *Traité de droit administratif*, t. II, 6^e éd., LGDJ, 1975.
- LAVROFF (G.)**, *Le domaine des collectivités locales*, Dalloz, 1990.
- LECHALAS (G.)**, *Manuel de droit administratif, services des ponts et chaussées*, t. III, Baudry, 1889-1898.
- LÉVY (J.-P.) et CASTALDO (A.)**, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010.
- MACAREL (L.-A.), BOULATIGNIER (J.)**, *De la fortune publique en France*, Paris, Pourchet, 1838.
- MAINGUY (D.), DEPINCÉ (M.) et RESPAUD (J.-L.)**, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 2010.
- MALAURIE (Ph.) et AYNÈS (L.)**, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Répertoire Defrénois, 2009.

- MALAUURIE-VIGNAL (M.)**, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., A. Colin, 2003.
- MARAIS (B. DU)**, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz et Presse de Sciences Pô, « Amphi », 2004.
- MARIE (J.-F.)**, *Éléments de droit administratif, à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, L. Larose et Forcel, 1890.
- MAYER (O.)**, *Le droit administratif allemand*, t. III, V. Girard et E. Brière, 1903-1906.
- MEGRET (J.)**, *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. 3, éd. de l'Université de Bruxelles, 1970.
- MICHOUD (L.)**, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 1920, rééd. 1998 (2 tomes).
- MOREAU (F.)**, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., A. Fontemoing, 1909.
- MOREAU (J.)**, *Droit administratif*, PUF, 1989.
- MOUNIER (E.)**, *De la propriété capitaliste à la propriété humaine*, Paris, Desclée De Brouwer, 1936.
- NICINSKI (N.)**, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, « Systèmes Droit », 2004.
- PARDESSUS (J.-M.)**, *Traité des servitudes ou services fonciers*, 5^e éd., Garnery, 1820.
- PÉQUIGNOT (G.)**, *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, 1945.
- PORTALIS (J.-E.-M.)**, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844.
- PRADIER-FODÉRÉ (M.-P.)**, *Précis de droit administratif*, 7^e éd., Paris, Pédone, 1872.
- PROUDHON (J.-B.)**, *Traité du domaine de propriété, ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Lagier, 1839.
- PROUDHON (J.-B.)**, *Traité du domaine public, ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, 2^e éd., Lagier, 1833.
- RAPP (L.) et TERNEYRE (Ph.)**, *Droit public des affaires*, Lamy, Paris, 2004
- RÉCY (R. DE)**, *Traité du domaine public*, t. I, Dupont, 1893.
- RENARD (G.)**, *Cours élémentaire de droit public*, Sirey, 1922.
- RENOUARD (A.-C.)**, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Guillaumin, 1860.
- RICHER (L.)**, *Droit des contrats administratifs*, 7^e éd., LGDJ, 2010.
- RIVERO (J.)**, *Précis de droit administratif*, 1^{re} éd. 1960, rééd. Dalloz, 2011, p. 27.
- ROLLAND (L.)**, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., 1930, Dalloz.
- ROUGEVIN-BAVILLE (M.)**, **DENOIX DE SAINT MARC (R.)** et **LABETOULLE (D.)**, *Leçon de droit administratif*, Hachette Supérieur, coll. P.E.S, 1989.
- SAVIGNY (F. Carl von)**, *Traité de droit romain*, t. II, F. Didot, 1855.
- SEILLER (B.)**, *Droit administratif*, t. I, 3^e éd., Flammarion, 2010.
- SUEUR (Ph.)**, *Histoire du droit public français. XV^e-XVIII^e siècles*, t. I, PUF, 2001.

- TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.)**, *Droit civil. Les personnes*, 8^e éd., Dalloz, 2012.
- TOULLIER (C.-B.-M.)**, *Droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie et la pratique*, Paris, Renouard, 1839.
- TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.)**, *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, « Traités », 2012 (2 vol.).
- TROPLONG (R.-T.)**, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. I, Hindray, 1852.
- TROTABAS (L.)**, *Manuel de droit public et administratif*, 9^e éd., LGDJ, 1956.
- VEDEL (G.)**, *Droit administratif*, 4^e éd., PUF, « Thémis », 1968.
- VIGNES (E.)**, *Traité des impôts en France considérés sous le rapport du droit, de l'économie politique et de la statistique*, t. I, 3^e éd., Guillaumin, 1872.
- WALINE (M.)**, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969.
- WALINE (M.)**, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Sirey, 1951.
- WODON (L.)**, *Traité des choses publiques*, Bruylant-Christophe, 1870.
- WODON (L.)**, *Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires*, t. I, Bruylant, Bruxelles, 1866
- ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.)**, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, p. 338.
- ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.)**, *Manuel de droit des personnes*, 1^{re} éd., PUF droit, 2006.

§2. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

OUVRAGES SPÉCIAUX

- AMSELEK (P.)**, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du Droit*, LGDJ, 1962.
- BEAUD (O.)**, *La puissance de l'État*, PUF, « Leviathan », 1994.
- BENTHAM (J.)**, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J.H Burns et H.L.A Hart, in *The Collected of Jeremy Benthan*, Londres, 1970.
- BÉQUET (L.)**, *De la personnalité civile des diocèses fabriques et consistoires et de leur capacité à recevoir des dons et legs*, A. Marescq-Ainé, 1880.
- BERNS (T.)**, *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, éd. Léo Scheer, « Non & Non », 2005.
- BONNARD (R.)**, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1934, rééd. Dalloz, 2006
- BURDEAU (G.)**, *L'État*, Seuil, « Points-Politique », 1970, rééd. 2009
- CAILLOSSE (J.)**, *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, « Voies du Droit », 2008.

- CARRÉ DE MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I 1920 et t. II 1922, rééd. Dalloz, « Bibliothèque Dalloz », 2003.
- CHENOT (B.)**, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, EDCE, n°4, 1950.
- CLAMOUR (G.)** (dir.), *Contrats et propriétés publiques*, LexisNexis, « Colloques & débats », 2011.
- COMBOTHECRA (X.-S.)**, *La conception juridique de l'État*, Larose, Paris, 1899.
- DABIN (J.)**, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruylant-Sirey, 1935.
- DABIN (J.)**, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2008
- DUCROCQ (Th.)**, *De la Personnalité civile de l'État, d'après les lois civiles et administratives de la France*, Thorin et fils, 1894
- DUEZ (P.)**, *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, rééd. Dalloz, 2012
- DUGUIT (L.)**, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. Dalloz, 2003.
- DUGUIT (L.)**, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913.
- DUGUIT (L.)**, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, La Mémoire du Droit, réimpression de l'édition de 1920.
- GÉNY (F.)**, *Sciences et technique en droit privé positif*, Sirey, 1921 (3 vol.)
- HAURIOU (M.)**, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Dalloz, 1899, rééd. 2012, p. 1.
- HAURIOU (M.)**, *Leçon sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, Paris, Larose et Forcel, 1899.
- JACQUELIN (R.)**, *Une conception d'ensemble du droit administratif*, V. Giard & E. Brière, 1899.
- JELLINEK (G.)**, *L'État moderne et son droit*, 1911, rééd. Panthéon Assas, LGDJ, « Les introuvables », 2005 (2 vol.).
- JOSSERAND (L.)**, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Dalloz, 1939.
- JOUANJAN (O.)**, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, PUF, « Léviathan », 2005.
- KELSEN (H.)**, *Théorie générale des normes*, 1996, trad. O. BEAUD et F. MALKANI, PUF, « Léviathan ».
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, Bruylant LGDJ, « La pensée juridique », 2^e éd., 1962, rééd., 1999.
- KERVÉGAN (J.-F.)**, **MARMASSE (G.)** (dir.), *Hegel penseur du droit*, éd. CNRS, 2003.
- LATOURNERIE (M.-A.)**, *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien, coll. « Clefs / Politique », 2004.
- LENOIR (Y.)**, *Les domaines de l'État et des autres personnes publiques*, Sirey, 1966.
- LEROY-BEAULIEU (P.)**, *L'État moderne et ses fonctions*, Guillaumin, 1900.

- MACPHERSON** (C.-B.), *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, trad. franç. Fuchs, Gallimard, 1971.
- MAGNET** (J.), *Éléments de comptabilité publique*, LGDJ, 1991.
- MICHAUD-QUANTIN** (P.), *Universitas. Expression du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*, Vrin, 1970.
- MODERNE** (F.), *La sous-traitance des marchés publics. Essai sur une institution hybride*, Dalloz, 1995.
- MOREAU** (F.), *Le règlement administratif. Étude théorique et pratique de droit public français*, 1902, Paris, A. Fontemoing
- PEZ** (T.), *Le domaine public hertzien. Attribution et exploitation des fréquences radioélectriques*, LGDJ, « Systèmes Droit », 2011,
- PORTALIS** (J.-E.-M.), *Exposé des motifs du titre de la propriété, Écrits et discours juridiques et politiques*, rééd. PUAN, 1988.
- RENARD** (G.) et **TROTABAS** (L.), *La fonction sociale de la propriété privée*, Sirey, 1930.
- RENARD** (G.), *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, vol. 1, Sirey, 1930.
- RIPERT** (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946.
- RIPERT** (G.), *La règle morale dans l'obligation civile*, LGDJ, 1947.
- ROUBIER** (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, rééd. Dalloz 2005
- SALEILLES** (R.), *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*, F. Pichon, 1901.
- SALEILLES** (R.), *De la personnalité juridique*, 2^e éd., Rousseau, 1922
- SALEILLES** (R.), *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, L. Larose et Forcel, 1889.
- SALEILLES** (R.), *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, A. Chevalier-Marescq & cie, 1902.
- SAVATIER** (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1964.
- SAVATIER** (R.), *Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, 2^e éd., Floch, 1950.
- TROPER** (M.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, « Leviathan », 2001.
- UNTERMAIER** (E.), *Culte, culture et domanialité publique, l'organisation de concerts dans les églises*, mémoire sous la direction de Sylvie Caudal, Publication de l'université Jean-Moulin Lyon 3, 2005.
- VAN DEN HEUVEL** (J.), *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Pedone, 1884.
- VAREILLES-SOMMIÈRES** (G. de. L. de), *Les personnes morales*, Pichon, 1902.
- VECCHIO** (G. del), *Philosophie du droit*, trad. J. Alexis d'Aynac, Dalloz, 1953, rééd. 2004, p. 326
- VILLEY** (M.), *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, rééd. 2009.

VILLEY (M.), *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969.

WALINE (M.), *L'individualisme et le Droit*, Dalloz, réed. 2007.

WORMS (R.), *Organisme et société*, Giard et Brière, 1896.

THÈSES

AMADÉI (J.-P.), *Domaine public et décentralisation*, Thèse Montpellier, 1996.

ANTOINE (A.), *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, « BDP », 2009

APOLLIS (B.), *Autorisations sanitaires et hospitalisation privée. Contribution à l'étude des autorisations administratives dans leurs rapports avec les personnes privées*, *Les Études Hospitalières*, « Thèses », 2008.

ARCELIN (L.), *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003.

ASSIS DE ALMEIDA (J.-G.), *La notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence*, Thèse Paris II, 1994.

AUBY (J.-B.), *La notion de personne publique en droit administratif*, Thèse Bordeaux, 1979.

AUDIER (J.), *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1979.

BARTHÉLEMY (J.), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Larose et Forcel, 1899.

BERNARD (L.), *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, Sirey, 1910.

BERRA (D.), *Le principe de libre disposition des biens*, thèse Nancy, 1969.

BETTIO (N.), *La circulation des biens des personnes publiques*, LGDJ, « BDP », 2009.

BEURDELEY (M.), *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, Thèse, 1928

BOFFA (R.), *La destination de la chose*, Defrénois, « Doctorat & Notariat », 2008.

BOURDEAU (B.), *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, Thèse Poitiers, 1980.

BRAUD (Ph.), *La notion de liberté publique et ses implications en droit français*, LGDJ, 1968.

BROUANT (J.-P.), *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, thèse, Paris I, 1995.

BUCHER (C.-É.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Étude de droit comparé interne*, Dalloz, « NBT », 2011.

CAILLOSSE (J.), *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, Thèse, Rennes

CALMETTE (J.-F.), *La rareté en droit public*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2004.

CARAYON (J.), *La cession des concessions et des permissions*, A. Rousseau, 1934.

CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, « NBT », 2004.

- CHAPUS (R.)**, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, 1954.
- CHARBIT (N.)**, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2002.
- CHIFFLOT (N.)**, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, « NBT », 2009.
- CHRÉTIEN (P.)**, *La distinction des domaines comme forme symbolique. Recherches relatives au droit des biens publics*, Thèse Paris I, 1990.
- CLAMOUR (G.)**, *Intérêt général et concurrence. Essai de pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, « NBT », 2006
- CLOUZOT (L.)**, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Dalloz, « NBT », 2012.
- CORNELOUP (V.)**, *La notion de compétence des autorités administratives en droit français. Contribution à une théorie générale des aptitudes à agir*, Thèse Paris II, 2000.
- DANOS (F.)**, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2007.
- DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER (O. de)**, *La signification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé*, Thèse Aix-Marseille, 1994.
- DE LA MOUTTE (J. M.)**, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse, Toulouse, 1951,
- DEFOORT (B.)**, *La décision administrative*, Thèse Paris II, 2012.
- DENIZEAU (Ch.)**, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Dalloz, « BDP », 2004.
- DENOYER (J.-F.)**, *L'exploitation du domaine public*, LGDJ, 1969.
- DEZOBRY (G.)**, *La théorie des facilités essentielles. Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, « Bibliothèque de droit international et communautaire », 2009.
- DIEUDÉ (R.)**, *Étude juridique des servitudes administratives*, Thèse Montpellier, Imprimerie du Sud, 1942.
- DREYFUS (F.)**, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Paris, Berger, 1973.
- DUCLOS (J.)**, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984.
- DUMONT (F.)**, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse Lyon, 2001.
- DUPRÉ DE BOULOIS (X.)**, *Le pouvoir de décision unilatérale. Étude de droit comparé interne*, LGDJ, « BDP », 2006
- DUPUIS (G.)**, *Les privilèges de l'administration*, thèse dactyl., Paris II, 1962.
- DUVERGER (M.)**, *L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics*, LGDJ, 1941.
- ECKERT (G.)**, *Droit administratif et commercialité*, thèse, Strasbourg III, 1994.
- EMERICH (Y.)**, *La propriété des créances : approche comparative*, LGDJ, 2008.
- FATÔME (E.)**, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation sur le domaine public affecté à l'usage de tous*, Thèse Caen, 1974.
- FORTSAKIS (T.)**, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, LGDJ, « BDP » 1987.

- FOULQUIER (N.)**, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, « NBT », 2003.
- FOURMOND (S.)**, *Occupations privatives du domaine public et droit des patrimoines : le droit des biens à l'aune de l'obligation réelle*, Thèse Nantes, 2000.
- FROMONT (M.)**, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, Paris, LGDJ, « BDP », 1960.
- GAILLARD (E.)**, *La notion de pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.
- GAILLET (A.)**, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Dalloz, « NBT », 2012.
- GARIDOU (B.)**, *Recherche sur la théorie de la propriété publique en droit administratif français*, Toulouse 1, 2003.
- GASTAUD (J.-P.)**, *Personnalité morale et droit subjectif*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1977.
- GÉNY (V.-B.)**, *La collaboration des administrés avec l'administration*, Thèse, Nancy, 1930.
- GERVAIS (A.)**, *Le retrait des autorisations d'utilisation privative du domaine public*, Thèse Montpellier, 1942.
- GINOSSAR (S.)**, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.
- GIRARD (A.-L.)**, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, « NBT », 2012.
- GODÉ (P.)**, *Étude critique de la notion de manifestation tacite de volonté*, PUF, 1977.
- GONOD (P.)**, *Édouard Laferrrière. Un juriste au service de la République*, LGDJ, « BDP », 1997.
- GOYET (C.)**, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, LGDJ, 1983.
- GUGLIELMI (G. J.)**, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ, « BDP », 1991.
- GUILLOUARD (J.)**, *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs : autorisations, actes d'exécution, concession*, 1903
- GUINCHARD (S.)**, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, 1976.
- HAUSER (J.)**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971.
- HOEPFFNER (H.)**, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, « BDP », 2009.
- HUET-GUYARD (J.-M.)**, *La distinction du domaine public et du domaine privé*, Domat-Montchrestien, 1939
- INSERGUET-BRISSET (V.)**, *Propriété publique et environnement*, Paris, LGDJ, 1994.

- JALLU** (O.), *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne, considérée comme principe des transmissions à titre universel*, Thèse Paris, 1902.
- JANSSE** (L.), *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Domat-Montchrestien, 1938.
- KATZ** (D.), *Juge administratif et droit de la concurrence*, PUAM, 2004.
- KLEIN** (C.), *La police du domaine public*, LGDJ, 1966.
- KOVAR** (J.-P.), *L'État et les modes d'organisation du marché*, Thèse Strasbourg III, 2005.
- KRIEF-SEMITKO** (C.), *La valeur en droit civil français. Essai sur les biens, la propriété et la possession*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2009.
- KTISTAKI** (S.), *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, LGDJ, « BDP », 1991
- LAFAGE** (P.), *Le pouvoir de gestion du domaine public. Essai sur les mutations d'une prérogative administrative*, Thèse Chambéry, 2000.
- LAISNÉ** (L.), *Étude du régime des permissions de voirie*, Thèse, 1938.
- LAJUS-THIZON** (E.), *L'abus en droit pénal*, Dalloz, « NBT », 2011
- LAPEYRIE** (A.), *Les développements de l'article 295 du Traité CE pour la construction communautaire*, Thèse Toulouse I, 2007.
- LAUBADÈRE** (A. DE), *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Sirey, 1935.
- LAURENT** (J.), *La propriété des droits*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 2012.
- LE BERRE** (C.), *Le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Thèse, 2006, Paris X.
- LENOIR** (Y.), *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, Paris, Sirey, 1966.
- LEPINTE** (H.), *Des occupations du domaine public*, Paris, 1899.
- LÉVIS** (M.), *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Économica, 1989
- LEYTE** (G.), *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècle)*, Presses universitaires de Strasbourg, 1996.
- LINDITCH** (F.), *La notion de personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, « BDP », 1997.
- LIVET** (P.), *L'autorisation préalable et les libertés publiques*, LGDJ, 1974.
- LOGÉAT** (C.), *Les biens affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, 2011.
- MAILLOT** (D.), *La place du principe de la liberté du commerce et de l'industrie en droit administratif français*, Thèse, 1964, p. 145.
- MAMONTOFF** (C.), *Domaine public et entreprises privées. La domanialité mise en péril par la marché*, L'Harmattan, « logiques juridiques », 2003.
- MARCUS** (L.), *L'unité des contrats publics*, Dalloz, « NBT », 2010.
- MAROGER** (G.), *L'affectation à l'usage du public des biens des patrimoines administratifs*, Paris, 1942.

- MARTY (J.-P.)**, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, t. I, thèse Toulouse, 1976.
- MAULIN (É.)**, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, « Leviathan », 2003.
- MÈLE (P.)**, *Le droit de propriété en droit communautaire*, Thèse Paris X, 2006.
- MELLERAY (F.)**, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, « BDP » 2001.
- MODERNE (F.)**, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, Thèse Bordeaux IV, 1960.
- MONTEIL (M.)**, *Formation et évolution de la notion de domanialité publique*, Sirey, 1902.
- MOYSAN (H.)**, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, « BDP », 2001.
- NÉRET (J.)**, *Le sous-contrat*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1979.
- NOGUELLOU (R.)**, *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, « BDP »
- PASSEZ (C.)**, *Les permissions de voirie*, Thèse, Paris, 1938.
- PAULAT (H.)**, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, PUF, 1994.
- PELLÉ (S.)**, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, « NBT », 2007.
- PICARD (E.)**, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, « BDP », 1984 (2 tomes).
- PLESSIX (B.)**, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon Assas, 2003.
- PY (P.)**, *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, LGDJ, 1976.
- RACLET (A.)**, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, « NBT », 2002.
- RANGEON (F.)**, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986.
- REGRAY (P.)**, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, Rousseau, 1900.
- RIALS (S.)**, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, 1980.
- RIGAUD (L.)**, *La théorie des droits réels administratifs*, Paris, Sirey, 1914.
- RIGAUD (L.)**, *Le droit réel. Histoire et théories, son origine institutionnelle*, Thèse Toulouse, 1912
- RIPERT (G.)**, *De l'exercice du droit de la propriété : dans ses rapports avec les propriétés voisines*, 1902, A. Rousseau, 1902.
- RODRIGUES (S.)**, *Services publics et services d'intérêt économique général dans la Communauté européenne. Éléments de droit comparé et analyse du droit communautaire*, Thèse, Paris I, 1999.
- ROUSSET (M.)**, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1967.

- SABIRAU PEREZ** (M.-A.), *Secteur public et concurrence*, PUP, 1998.
- SANDEVOIR (P.)**, *Étude sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1964.
- SCAPEL (J.)**, *La notion d'obligation réelle*, PUAM, 2002.
- SÉGUR (L.)**, *Des permissions de voirie*, 1912, Y. Cadoret.
- SÉVELY-FOURNIÉ (C.)**, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Dalloz, « NBT », 2010.
- SFEZ. (L.)**, *Essai sur la contribution du doyen Haurion au droit administratif français*, LGDJ, « BDP », 1966.
- TALLINEAU (L.)**, *Les actes particuliers non créateurs de droits. Essai critique de la théorie des droits acquis en droit administratif*, thèse, Poitiers, 1972.
- TEITGEN (P.-H.)**, *La police municipale*, Sirey, 1934.
- TEITGEN-COLLY (C.)**, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981.
- TERNEYRE (Ph.)**, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Economica, 1989
- TEYSSIÉ (B.)**, *Les groupes de contrats*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1975.
- TOSI (L.)**, *Acte translatif et titularité des droits*, LGDJ, 2006.
- TRESCHER (B.)**, *Les activités économiques des entreprises sur le domaine public*, Thèse, Strasbourg, 1999.
- TRUCHET (D.)**, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977.
- TUSSEAU (G.)**, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, « NBT », 2006.
- VANUXEN (S.)**, *Les choses saisies par la propriété*, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc, t. 35, 2012.
- VAUTROT-SCHWARZ (Ch.)**, *La qualification juridique en droit administratif*, LGDJ, « BDP », t. 263, 2009.
- VEDEL (G.)**, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, 1934.
- VEGTING (W.-G.)**, *Domaine public et res extra commercium*, Sirey, 1950.
- VERDOT (R.)**, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », 1963.
- WALINE (M.)**, *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, Jouve, 1925
- XIFARAS (M.)**, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.
- YOLKA (Ph.)**, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, « BDP », 1997.
- ZENATI (F.)**, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse Lyon, 1981.

§3. ARTICLES, CONCLUSIONS ET NOTES D'ARRÊT

ARTICLES

- ALHAMA (F.)**, « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », *AJDA*, 2010, p. 1515.
- ALLINNE (P.)**, « Domanialité publique et ouvrages complexes », *AJDA*, 1977, p. 523.
- AMSELEK (P.)**, « Une curiosité du droit public financier : les impositions autres que fiscales ou parafiscales », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1998, p. 89.
- AMSELEK (P.)**, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.*, 1997, p. 337.
- ARNAUD (A.-J.)**, « *Imperium* et *dominium* : Domat, Pothier et la codification », *Droits*, n° 22, 1995, p. 55-56.
- ATIAS (Ch.)**, « Destins du droit de propriété. Ouverture », *Droits*, 1985, n° 1, p. 5.
- AUBY (J.-B.)**, « Propriété et gestion domaniale », *DA*, 2011, repère 7.
- AUBY (J.-M.)**, « Les contrats comportant occupation du domaine public », *D.*, 1953, chron. p. 99.
- AYNÈS (L.)**, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 9.
- AZOULAI (L.)**, « L'État », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, « Thèmes & commentaires », 2010, p. 159.
- BEIGNIER (B.)**, « Droits (Classification) », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, p. 534
- BACHELIER (G.)**, « Le concept du "domaine public" : un concept toujours pertinent », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetonlle*, Dalloz, 2007, p. 35.
- BACHELIER (G.)**, « Les transferts de propriété entre personnes publiques », *JCP A*, 2006, p. 1249.
- BARCKHAUSEN (H.)**, « Étude sur la théorie générale du domaine public », *RDP*, 1902, p. 430.
- BARTHÉLEMY (J.)**, « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *RDP*, 1912, p. 505.
- BASTID (P.)**, « Les aisances de voirie. Étude de doctrine et de jurisprudence », *RDP*, 1930.
- BATAILLER (F.)**, « Les "Beati possidentes" du droit administratif (Les actes administratifs créateurs de privilèges) », *RDP*, 1965, p. 1051.
- BAZEX (M.)**, « Accès des concurrents de la SNCF aux gares de voyageur », *DA*, déc. 2011, comm. 103.

- BAZEX (M.)**, « La libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative », *Gaz. Pal.*, 2001, p. 5.
- BAZEX (M.)**, « Le droit communautaire et l'accès des entreprises du secteur concurrentiel aux réseaux publics », *Revue des affaires européennes*, 1994/2, p. 103.
- BAZEX (M.)**, « Le droit public de la concurrence », *RFDA*, 1998, p. 798.
- BEAUD (O.)**, « Compétence et souveraineté », in Travaux de l'AFDA, *La compétence*, LexisNexis, 2008, p. 5.
- BEAUD (O.)**, « L'honneur perdu de l'État ? », *Droits*, 1992, p. 3.
- BEAUD (O.)**, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, t. I, Dalloz, « Traités », 2012, p. 207
- BELLIVIER (F.)**, « Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La Science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, PUS, 1997, n° 1, p. 165.
- BERGEL (J.-L.)**, « Du *numerus clausus* des droits réels ? », *RDI*, 2010, p. 409.
- BERLIN (D.)**, « Droit communautaire et régime exorbitant du droit commun », *AJDA*, n° spéc., 20 juin 1996, p. 39.
- BERTEL (J.-B.)**, « L'accession artificielle immobilière », *RTD Civ.*, 1994, p. 737.
- BERTHÉLEMY (H.)**, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, p. 14
- BERTHON (G.)**, « Le régime des passations des concessions domaniales à la croisée des chemins », *RFDA*, 2009, p. 483.
- BIENVENU (J.-J.)**, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits*, 1985, p. 153.
- BIGOT (G.)**, « Personnalité publique et puissance publique », in Travaux de l'AFDA, *La personnalité publique*, LexisNexis, « Colloques et débats », 2007, p. 17.
- BIOY (X.)**, « La propriété éminente de l'État », *RFDA*, 2006, p. 963.
- BLANC (F.)**, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », *RDP*, 2009, p. 1553.
- BLANC (G.)**, « Transfert et cession de contrats administratifs : le déclin des critères subjectifs d'autorisation et de contrôle », *JCP E*, 1999, p. 2050.
- BOISSARD (S.)**, « La libération du transport ferroviaire de voyageurs en France et le régime des gares », *RJEP*, 2010, étude n° 6.
- BONASSIES (P.)**, « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen », in *Études dédiées à Alex Weil*, Dalloz, 1983, p. 51.

- BONNARD (R.)**, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 5.
- BONNARD (R.)**, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1922, p. 389.
- BONNARD (R.)**, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, p. 695.
- BONNET (V.)**, « La durée de la propriété », *RRJ*, 2002, I, p. 273.
- BOULET-SAUTEL (M.)**, « De Chopin à Proudhon : naissance de la notion moderne de domaine public », *Droits*, 1995, p. 91.
- BOUSSARD (S.)**, « L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du "service public par nature" », *RFDA*, 2008, p. 43.
- BOUTAYEB (C.)**, « Liberté d'utilisation du domaine public et affectation domaniale », *RDP*, 2001, n° 1, p. 2
- BRACONNIER (S.)**, « Domaine public : la liberté du commerce et de l'industrie réhabilitée, mais bridée.. », *AJDA*, 2012, p. 1129.
- BRACONNIER (S.)**, « La qualification erratique des contrats de mobilier urbain », *RDI*, 2013, p. 367.
- BRÉCHON-MOULÈNES (C.)**, « La place du juge administratif dans le contentieux économique public », *AJDA*, 2000, p. 679.
- BRÉCHON-MOULÈNES (C.)**, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, 1998, p. 644.
- BREDIN (J.-D.)**, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 117.
- BRENET (F.)**, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », *DA*, 2007, n° 8, étude 14.
- BRIMO (A.)**, « Le doyen Maurice Hauriou et l'État », *APD*, p. 99.
- BROUANT (J.-P.)**, « Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ? », *LPA*, 1994, n° 84.
- BROUANT (J.-P.)**, « L'usage des fréquences de communication audiovisuelle et la domanialité publique », *AJDA*, 1997, p. 115.
- BROUGEILLES (R.)**, « Le droit et l'obligation ou le rapport juridique », *RTD civ.*, 1909, p. 299.
- BROUSSOLLE (D.)**, « Commentaire de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau ferré de France », *AJDA*, 1997, p. 456.
- BRULLIARD (G.)**, « Domaine public et contrats de louage », *DH*, 1938, chron., p. 21.
- BRUNET (P.)**, « Le conflit de qualifications : le cas des actes réglementaires en forme de conventions », *Revue des contrats*, 2005/2, p. 434.

- BURDEAU (F.)**, « Naissance d'un droit », in *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, p. 521
- BRÉCHON (C.)**, « Une technique juridique explosive : l'autorisation conventionnelle d'occupation du domaine public », in *Mélanges Burdeau, LGDJ*, 1977, p. 753.
- CAILLOSSE (J.)**, « Le droit administratif français saisi par la concurrence », *AJDA*, 2000, p. 99.
- CALMETTE (J.-F.)**, « Brèves remarques juridiques sur la mise aux enchères des licences UMTS », *CJEG*, 2003, p. 67.
- CANIVET (G.)**, « Le droit de propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles », *Rev. Lamy droit des aff.*, 2006, p.79.
- CARTELIER (L.)**, « Les services publics européens, la concurrence et l'intérêt général », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz*, p. 14
- CASSESE (S.)**, « Le droit administratif global : une introduction », *DA*, 2007, n° 5, Étude n° 8.
- CATTAN (J.)**, « La question de la séparation des entreprises de réseaux verticalement intégrées : un facteur de divergence au cœur de la régulation sectorielle », *RJEP*, n° 692, Décembre 2011, p. 3.
- CHALTIEL (F.)**, « La souveraineté et l'Union européenne à la croisée des chemins », *Petites affiches*, 22 janvier 2003, n° 16, p. 6
- CHAMARD-HEIM (C.)**, « Les transferts domaniaux – Changement d'affectation », *J. Cl Propriétés publiques*, Fasc. n° 52.
- CHAPUS (R.)**, « Nationalité et exercice de fonctions publiques », in *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, Paris, Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 1.
- CHARBIT (N.)**, « L'application du droit de la concurrence : affrontement sur la voie publique ? », *RTD. com.*, 2004, p. 47.
- CHARLIER (R.-E.)**, « Les contrats comportant occupation du domaine public », *JCP*, 1943, I, p. 372.
- CHAUVEAU (M.)**, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit.*, 1931, p. 539.
- CHÉROT (J.-Y.)**, « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges d'A. Pirovano, Frison-Roche*, 2003, p. 569
- CHÉROT (J.-Y.)**, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », in *Le juge administratif et le contentieux économique, AJDA*, 2000, p. 687.
- CHEVALIER (É.)**, « La loyauté contractuelle : portée d'une notion novatrice en droit des contrats administratifs », *JCP A*, n° 50, p. 2392.
- CHEVALLIER (J.)**, « Doctrine juridique et science juridique », *Droits et Société*, n° 50, 2002, p. 103

- CHEVALLIER (J.)**, « L'intérêt dans l'Administration française », *RISA*, Paris, 1975, p. 325
- CHEVALLIER (J.)**, « L'obligation en droit public », *APD*, 2000, p. 179
- CHEVALLIER (J.)**, « La fin des écoles », *RDP*, 1997, p. 690.
- CHEVALLIER (J.)**, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, 1988, p. 57.
- CHIFFLOT (N.)**, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *in* Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, LexisNexis, « Colloques et débats », 2012, p. 173.
- CLAMOUR (G.)**, « Domaine public et droit de la concurrence : consolidation de l'édifice prétorien », *Revue Lamy de la concurrence*, Mai/Juillet 2005, n° 3, p. 57
- CLAMOUR (G.)**, « Liberté contractuelle et propriété publique mobilière », *in* G. CLAMOUR (dir.), *Contrats et propriétés publiques*, LexisNexis, « Colloques & débats », 2011, p. 237.
- CONSTANTINESCO (L.-J.)**, « La Constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, p. 281.
- COUZINET (P.)**, « La théorie de la gestion publique dans l'œuvre de Maurice Hauriou », *in* *La Pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Annales de la Faculté de Toulouse, 1968, p. 157.
- CUCHE (P.)**, « Domaniaité publique, service public et partenariat public-privé », *DA*, oct. 2003, p. 5.
- DABIN (J.)**, « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *APD*, 1964, p. 17
- DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O. DE)**, « Fonds de commerce et domaine public », *AJDA*, 2002, p. 792.
- DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O. DE)**, « Le patrimoine immatériel de l'État », *in* *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 23.
- DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O. DE)**, « Le statut du commerçant installé sur le domaine public. Faut-il mettre fin à l'exclusion de l'exercice de la propriété commerciale sur le domaine public ? », *AJDI*, 2005, p. 633.
- DAVID-BEAUREGARD-BERTHIER (O. DE)**, « Domaine public et droits réels. Commentaire de la 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 », *JCP*, 1995, I, p. 3812.
- DEGOFFE (M.)**, « L'obligation de motiver les décisions relatives à l'occupation du domaine public », *BJCL*, 4/2006, p. 238.
- DELACOUR (E.)**, « Les contrats publics des personnes privées en droit français », *in* *Mélanges M. Guibal*, t. I, *in* *Mélanges en l'honneur du professeur M. Guibal*, t. I, Presses de la Faculté de Montpellier, p. 633.
- DELALOY (G.)**, « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP*, 2006, p. 575.

- DELAUNAY (B.)**, « L'attribution d'une quatrième licence de téléphonie mobile n'est pas discriminatoire », *AJDA*, 2009, p. 1248.
- DELAUNAY (B.)**, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres », *RJEP*, octobre 2009, étude 11.
- DELBEZ (L.)**, « La révocation des actes administratifs », *RDP*, 1928, p. 463.
- DELVOLVÉ (P.)**, « La notion de directive », *AJDA*, 1974, p. 459.
- DELVOLVÉ (P.)**, « Constitution et contrats publics », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 468
- DELVOLVÉ (P.)**, « Droit de propriété et droit public », in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 149.
- DELVOLVÉ (P.)**, « L'utilisation privatives des biens publics », *RFDA*, 2009, p. 229.
- DELVOLVÉ (P.)**, « La patrimonialité des actes administratifs : rapport de synthèse », *RFDA*, 2009, p. 44.
- DELVOLVÉ (P.)**, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, 2003, p. 481.
- DELVOLVÉ (P.)**, « Propos introductifs. Droits subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Travaux de l'AFDA, Les droits publics subjectifs des administrés, op. cit.*, p. 3.
- DEMOGUE (R.)**, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *RTD civ.*, 1907, p. 245.
- DESURVIRE (D.)**, « L'atomisation de la propriété », *LPA*, 29 juil. 1994, n° 90, p. 11.
- DISTEL (M.)**, « La réforme des marchés d'intérêt national », *AJDA*, 2006, p. 2263.
- DRAGO (R.)**, « Nature juridique de l'espace hertzien », in *Mélanges Juglart*, 1986, p. 363.
- DRAGO (R.)**, « Paradoxes sur les contrats administratifs », in *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 151.
- DROSS (W.)**, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ.*, 2012, p. 419.
- DRUESNE (G.)**, « Puissance publique et libertés: les limites à la liberté de circulation des personnes dans la Communauté économique européenne », in *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, Paris, Ed. de l'Université et de l'enseignement, 1981, p. 711.
- DUBOIS (L.)**, « La notion d'emplois dans l'administration publique », *RFDA*, 1987, p. 354.
- DUFAU (J.)**, « À qui revient la propriété des ouvrages édifiés ? », *Moniteur TP*, 11 juillet 1997, n° 4885, p. 42.
- DUFAU (J.)**, « Domaine public. Règles générales d'utilisation », *J.Cl. adm.*, Fasc. 406-20
- DUFAU (J.)**, « Propriété publique et domanialité publique », *AJDA*, 2012, p. 1381.

DUGUIT (L.), « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », in *Mélanges M. Hauriou*, 1929, p. 258.

DUGUIT (L.), « Théorie générale de l'acte juridique », *RDP*, 1919, p. 322.

DUPUIS (G.), « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 209.

DUVERGER (M.), « L'œuvre et la doctrine de Roger Bonnard », *RDP*, 1944, p. 4.

FATÔME (É.) et **TERNEYRE** (Ph.), « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux. Retour sur l'arrêt Jean Auroux », *AJDA*, 2009, p. 1868.

FATÔME (É.) et **TERNEYRE** (Ph.), « La loi du 25 juillet 1994 : observations complémentaires », *AJDA*, 1994, p. 780.

FATÔME (É.) et **TERNEYRE** (Ph.), « Le statut des biens des délégations de service public. Après l'arrêt Commune de Douai », *AJDA*, 2013, p. 724.

ECKERT (G.), « Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges », *AJDA*, 2009, p. 1490.

ECKERT (G.), « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in G. **CLAMOUR** (dir.), *Contrats et propriété publics*, LexisNexis, Coll. « Colloques & débats », 2011, p. 53.

EISENMANN (Ch.), « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *RDP*, 1954, p. 753.

ESMEIN (A.), « La jurisprudence et la doctrine », *RTD Civ.*, 1902. t. I, p. 5.

FABRE-MAGNAN (M.), *Propriété, patrimoine et lien social*, *RTD civ.*, 1997, p. 583

FARJAT (G.), « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 1986, p. 9.

FATÔME (É.) et **RAUNET** (M.), « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : BEA de valorisation », *AJDA*, 2010, p. 2475

FATÔME (É.), « À propos de la réglementation de l'occupation du domaine public après le Code général de la propriété des personnes publiques », in *Mélanges de l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 329

FATÔME (É.), « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 2003, p. 1192.

FATÔME (É.), « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA*, 2007, p. 959.

FATÔME (É.), « Ordre public et domaine public », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 187.

FAURE (B.), « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP*, 2008, p. 233.

FÉVROT (O.), « Les contrats d'occupation du domaine public des collectivités territoriales face au droit communautaire », *RLCT*, 2008, n° 37, p. 80.

- FOULQUIER (N.)**, « Extensions du bail emphytéotique administratif et généralisation du crédit-bail », *RDI*, 2009, p. 541.
- FOULQUIER (N.)**, « Gestion du domaine public et droit de la concurrence : acte 2, 14 ans après », *RDI*, 2012, p. 566.
- FOULQUIER (N.)**, « Les catégories du droit des biens publics », J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 698.
- FOULQUIER (N.)**, « Rapport de synthèse », in Travaux de l'AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, « Colloques et Débats », 2011, p. 231.
- FOURMOND (S.)**, « L'obligation réelle et le domaine public », in *Perspectives du droit public. Mélanges offerts à J.-C. Hélin*, Litec, 2004, p. 287.
- FOURNIER (A.)**, « Hypothèque », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, § n° 60.
- FRANDELLA (F.)**, « Le dogme de la souveraineté de l'État. Un bilan », traduit de l'italien par Maria Maddalena Castelli, *APD*, 1997, p. 115.
- FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « Le modèle du marché », *APD*, t. 40, 1995, p. 286.
- FRISON-ROCHE (M.-A.)**, « Libre propos sur le service public marchand dans la perspective de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle », *RJDA*, 1995, p. 847.
- FUCHS (O.)**, « La conciliation des intérêts dans le contentieux administratif de la concurrence », *AJDA*, 2006, p. 746.
- GARDIES (J.)**, « La fixation des redevances pour occupation du domaine public », *AJ travaux*, 1953, p. 392.
- GAUDEMAR (H. DE)**, « Les sujétions de puissance publique », in Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, LexisNexis, 2011, p. 197
- GAUDEMET (J.)**, « *Dominium et imperium*, les deux pouvoirs sous la Rome ancienne », *Droits*, n° 22, 1995, p. 3 et s.
- GAUDEMET (Y.)**, « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *RDP*, 2012, p. 1223.
- GAUDEMET (Y.)**, « Contrat de partenariat et domaine public », in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2008, p. 539.
- GAUDEMET (Y.)**, « Du domaine de la couronne au domaine public. Étude d'histoire des doctrines », in *Mélanges J.-F. Lachaume. Le droit administratif : permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 525.
- GAUDEMET (Y.)**, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *Mélanges F. Terré*, p. 567.
- GAUDEMET (Y.)**, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », in *Mélanges en l'honneur de G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 309.

- GAUDEMET (Y.)**, « La circulation des propriétés publiques », *JCP N*, 2006, étude n° 1343.
- GAUDEMET (Y.)**, « La superposition de propriétés privées du domaine public », *D.*, 1978, chron., p. 293.
- GAUDEMET (Y.)**, « Les cessions et transmissions du droit réel de la loi du 25 juillet 1994 », *JCP N.*, 1996, p. 1263.
- GAUDEMET (Y.)**, « Les constructions en volume sur le domaine public », *CJEG*, 1991, p. 297.
- GAUDEMET (Y.)**, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 2006, p. 1094.
- GAUDEMET (Y.)**, « Libertés publiques et domaine public », in *Mélanges J. Robert*, 1998, p. 125.
- GAUDEMET (Y.)**, « Réflexions sur le rôle de la doctrine en droit public aujourd'hui », *RDA*, 2011, p. 32.
- GAUTHIER (C.)**, « Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit français des propriétés publiques », *Cahier de droit européen*, Vol. 43, 2007, p. 381.
- GAUTHIER (L.)**, « L'accès des tiers au réseau ferroviaire français », *AJDA*, 2003, p. 1441.
- GÉRANDO (J. M. DE)**, « Discours d'ouverture du Cours de Droit public et administratif », *Thémis*, t. I, 1819.
- GERVAIS (A.)**, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I, Paris Dalloz, p. 241.
- GIVERDON (C.)**, « L'outillage juridique », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'hommage de François Terré*, PUF – Dalloz – Éd. du *JurisClasser*, 1999, p. 276.
- GLAIS (M.)**, « Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence », in *Rapport du Conseil d'État*, « Collectivités publiques et concurrence », *La documentation française*, 2002, p. 403.
- GODFRIN (Ph.)**, « Une prudente audace : la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *CJEG*, 1995, chr., p. 1.
- GONZALEZ (G.)**, « Domaine public et droit de la concurrence », *AJDA*, 1999, p. 387.
- GROS (M.)**, « L'affectation, critère central de la domanialité publique », *RDP*, 1992, p. 749.
- GRZEGORCZYK (C.)**, « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, 1989, p. 9.
- GUILLAUME (E.)**, « Les principes d'égalité et de proportionnalité à l'épreuve des licences U.M.T.S », *Les petites affiches*, 12 oct. 2001, n° 204, p. 4
- HAKIM (N.) et MELLERAY (F.)**, « La Belle Époque de la pensée juridique française », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.) *La doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, « Méthodes du droit », 2009, p. 1.
- HALPERIN (J.-L.)**, « Propriété et souveraineté de 1789 à 1804 », *Droits*, 1995, p. 67-78.

HALPÉRIN (J.-L.), « Propriétés et droit subjectif : deux destins liés ? » (<http://hal-ens.archives-ouvertes.fr/hal-00460386>).

HANSEN (Ph.), « L'instabilité jurisprudentielle en matière d'occupation privative du domaine public », *AJDA*, 2009, p. 1079.

HAURIOU (A.), « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Sirey, 1934, p. 92.

HAURIOU (M.) et **BEZIN** (G. de), « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD. Civ.*, 1903, p. 541.

HAURIOU (M.), « Danger des monopoles de fait établis par occupation de la voie publique. Le gaz et l'électricité », *RDP*, 1894, p. 78.

HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et la fondation », in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n° 4, p. 2.

HAURIOU (M.), « Notice sur les œuvres de Léon Michoud », *RDP*, 1916, p. 504.

HECQUARD-THÉRON (M.), « De la prérogative de puissance publique à la prérogative de décision », in *Mélanges Mourgeon, Bruyant*, 1998, p. 671.

HUBRECHT (H.-G) et **MELLERAY** (F.), « Le Code général de la propriété des personnes publiques », *DA*, août 2006, étude n° 15.

HUBRECHT (H.-G.), « L'exorbitance du droit des propriétés publiques », in F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2003, p. 219.

IDOT (L.), « L'«activité économique», un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE*, 2009/3, p. 353

IDOT (L.), « L'ouverture des transports ferroviaires à la concurrence », *Cab. dr. eur.*, 1995, n° 3-4, p. 263.

IDOT (L.), « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in CREDECO, *l'ordre concurrentiel, colloque en l'honneur d'Antoine PIROVANO*, 2002.

IDOT (L.), « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récents... », *Europe, Chronique*, Janvier, p. 1 ; du même auteur, « La notion d'entreprise », *RDS*, 2001, p. 191.

ISRAËL (J.-J.), « L'activité commerciale sur le domaine public », *CJEG*, 1991, n° hors-série, p. 83.

JACQUINOT (N.), « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA*, 2003, p. 658.

JANICOT (L.), « La qualification des sous-contrats d'occupation du domaine public. L'invocabilité des contrats administratifs par les tiers », *RFDA*, 2012, p. 692.

- JEANNENEY (J.-A.)** et **CHICHPORTICH (M.)**, « Les ressources rares », *RJEP*, Janvier 2010, étude n° 1
- JÈZE (G.)**, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *RDP*, 1914, p. 311.
- JÈZE (G.)**, « De la situation juridique du particulier faisant usage du service public », in *Mélanges M. Hauriou*, Sirey, 1929, p. 253.
- JÈZE (G.)**, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP*, 1923, p. 58.
- JÈZE (G.)**, « Théorie générale des motifs déterminants », *RDP*, 1902, p. 401.
- JOSSERAND (L.)**, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », in *Mélanges Sugiyama*, p. 95
- JOSSERAND (L.)**, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Mélanges F. Gény*, Sirey, 1934, p. 333.
- JOUANJAN (O.)**, « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Travaux de l'AFDA, Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, « Colloques et Débats », 2011, p. 25.
- JOUANJAN (O.)**, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politiques », *Droits*, 1999, n° 28, p. 47.
- JOUANJAN (O.)**, « Les aventures du sujet dans la narration villeyenne de l'histoire de la pensée juridique », *Droit et société*, 2009/1, n° 71, p. 27.
- KORNPROBST (B.)**, « La compétence liée », *RDP*, 1961, p. 935
- KOVAR (R.)**, « La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée », *Europe*, juillet 1994, p. 1.
- LA RICA (J.-P. DE)**, « Domanialité publique et droit communautaire : "Peau de chagrin" ou nouvelle mutation ? », in G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR et D. RITLÉNG (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, PUS, 2007, p. 373.
- LACHAUME (J.-F.)** et **PAULIAT (H.)**, « La gestion du domaine : une nécessaire protection », *JCP A*, n° 6, 13 fév. 2012, p. 2048.
- LACHAUME (J.-F.)**, « L'évolution de la propriété publique », in *Évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991, p. 10.
- LAGET-ANNAMAYER (A.)**, « Occupation du domaine public et intérêt général. D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée », *AJDA*, 2003, p. 1201.

- LAGRANGE** (M.), « L'évolution du droit de la domanialité publique », *RDP*, 1974, p. 5.
- LAMARCHE** (T.), « L'imprescriptibilité et le droit des biens », *RTD Civ.*, 2004, p. 403.
- LANGELIER** (E.), « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens ? », *RDP*, 2011, p. 1493.
- LARNAUDE** (F.), « Analyses et comptes rendus sur l'ouvrage de MICHOU », *RDP*, 1906, p. 576.
- LATOURNERIE** (R.), « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in *Le Conseil d'État. Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Sirey, 1952, p. 259.
- LATOURNERIE** (R.), « Étude sur la classification des diverses situations juridiques », *RDP*, 1933, p. 327.
- LAUBADÈRE** (A. DE), « Domaine public, propriété administrative et affectation », *RDP*, 1950, p. 21.
- LAUBADÈRE** (A. de), « Les concessions dans les Cimetières », *RDP*, 1936, p. 614.
- LAULHÉ** (J.), « La vénalité des actes administratifs », *AJDA*, 1961, p. 424.
- LAVAL** (N.), « Développement économique et domaine public », *LPA* juil. 1997, n° 82.
- LAVIALLE** (Ch.), « Article 19. Proposition de rédaction. La propriété publique », in J.-J BIENVENU, J. PETIT, B. PLESSIX et B. SEILLER (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, 2012, p. 289.
- LAVIALLE** (Ch.), « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien Régime », *Droits*, 1992, p. 19.
- LAVIALLE** (Ch.), « Décentralisation et domanialité », *RFDA*, 1996, p. 953.
- LAVIALLE** (Ch.), « Des liens entre la souveraineté nationale et le droit de propriété », *LPA*, 14 juillet 1989.
- LAVIALLE** (Ch.), « Du domaine public comme fiction juridique », *JCP G.*, 1994, p. 259.
- LAVIALLE** (Ch.), « Existe-t-il un domaine public naturel », *CJEG*, 1987, p. 630.
- LAVIALLE** (Ch.), « L'acte de gestion domaniale », in *Mouvement du droit public, du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 265.
- LAVIALLE** (Ch.), « L'imprescriptibilité du domaine public », *RFDA*, 1985, p. 27.
- LAVIALLE** (Ch.), « L'occupation sans titre du domaine public », *AJDA*, 1981, p. 563.
- LAVIALLE** (Ch.), « La doctrine universitaire et le droit domanial », in *Les Facultés de Droit inspiratrices du Droit ?*, Actes des Colloques n°3, PUT, 2005, p. 121.
- LAVIALLE** (Ch.), « La loi du 13 février 1997 créant "Réseau ferré de France" et le nouveau régime des domaines et transports ferroviaires », *RFDA*, 1997, p. 768.
- LAVIALLE** (Ch.), « Le domaine public : une catégorie menacée ? », *RFDA*, 1999, p. 578.

- LAVIALLE** (Ch.), « Regards sur trente ans d'évolution du droit domanial », in *Regard critique sur quelques (r)évolutions récentes du Droit*. Les travaux de l'IFR - Mutation des Normes Juridiques. PUT, p. 251
- LAVIALLE** (Ch.), « La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État », *RFDA*, 1994, p. 1106.
- LE MIERE** (A.) et **HASDAY** (D.), « Attribution des autorisations d'occupation du domaine public : cadre juridique et conditions de mise en concurrence », *CP-ACCP*, mai 2005, n° 44, p. 53
- LEGAL** (H.), « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », *AJDA*, 2007, p. 949.
- LEUFFLEN** (P.), « Externalisation du domaine et protection du service public : le point de vue d'un notaire », *AJDA*, 2007, p. 962.
- REVET** (Th.), « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine*, 2004, n° 124.
- LIBCHABER** (R.), « La recodification du droit des biens », *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297.
- LLORENS** (F.), « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats Marchés publ.*, 2005, étude n° 7, p. 12.
- LOMBARD** (M.), « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambiguë entre protection et valorisation des propriétés publiques », *ALD*, 1994, p. 183.
- LONGCHAMPS** (F.), « Sur le problème du droit subjectif dans les rapports entre l'individu et le pouvoir », in *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 305.
- LOUVARIS** (A.), « Droit de la concurrence et acte administratif : quel est le juge compétent ? », *D.*, 2000, p. 607.
- MAIA** (J.), « Débat sur les frontières de l'«activité économique» imposable à la TVA », *RJF*, 2/02, p. 102.
- MAJORANA** (D.), « La notion de droit subjectifs », *RLT*, 1906, p. 1.
- MAMONTOFF** (C.), « Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Guibal*, t. I, Presses de la Faculté de Montpellier, t. I, p. 517.
- MANSON** (S.), « L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre », *RDP*, 2009, p. 19.

MARCOU (G.), « Le droit administratif allemand dans la science juridique française », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, PUS, 1997, p. 258.

MAUGÜE (C.) et **BACHELIER** (G.), « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1073.

MAUGÜE (C.) et **BACHELIER** (G.), « La ratification du code général de la propriété des personnes publiques, enfin ! », *AJDA*, 2009, p. 1177.

MAULIN (E.), « Compétence, capacité et pouvoir », in Travaux de l'AFDA, *La compétence*, LexisNexis, « Colloques et débats », LexisNexis, 2008, p. 33.

MAZÈRES (J. A.), « Qu'est-ce que la puissance publique », in Ph. Raimbault (dir.), *La Puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz-Sirey, 2006, p. 32.

MELLERAY (F.), « Le code général de la propriété des personnes publiques. Définitions et critères du domaine public », *RFDA*, 2006, p. 906.

MELLERAY (F.), « L'exploitation du domaine public », *RJEP/CJEG*, 2006, p. 423.

MELLERAY (F.), « La délicate fixation du montant de la redevance due pour l'occupation privative du domaine public », *AJDA*, 2013, p. 545.

MELLERAY (F.), « La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique. Remarques sur la modernisation annoncée du domaine public », *AJDA*, 2004, p. 490.

MELLERAY (G.), « Domaine public et fiscalité », *AJDA*, 1980, p. 323.

MESTRE (A.) et HAURIOU (M.), « Analyses et comptes rendus : L'État, le droit positif et la loi positive par Léon Duguit », *RDP*, 1902, p. 346.

MESTRE (A.), « Le refus des permissions de voirie », *Rev. des concessions*, 1924, p. 113.

MESTRE (A.), « Les cessions des permissions de voirie », *Rev. Gén. d'Électricité*, 1931, p. 773.

MESTRE (A.), « Remarque sur la notion de propriété d'après Duguit », *APD*, 1932, p. 163.

MICHOUD (L.), « Compte-rendu : Précis de droit administratif par Maurice Hauriou », *RGA*, 1893, t. 48, p. 6

MICHOUD (L.), « La notion de personnalité morale », *RDP*, 1899, p. 193.

MICHOUD (L.), « La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française », *RGA*, 1911, p. 257.

MICHOUD (L.), « Raymond Saleilles et le droit public », *RDP*, 1912, p. 369.

MIGNOT (M.), « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ*, 2006, n° 4, p. 1807

MILLARD (E.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droits et société*, 1995, p. 381.

- MILLET (M.)**, « Léon Duguit », in P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XIIIe – XXe siècle)*, Puf, « Quadrige », 2007, p. 275.
- MODERNE (F.)**, « Sous le signe du subjectivisme juridique. Regard sur l'œuvre d'Eduardo Garcia de Enterría », *RFDA*, 2004, p. 101.
- MOOR (P.)**, « “Droit subjectif” et “sujet de droit” dans une théorie du droit comme processus », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 141
- MORAND-DEVILLER (J.)**, « La crise du domaine public. À la recherche d'une institution perdue », in *Le droit administratif, permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 737.
- MORAND-DEVILLER (J.)**, « La valorisation économique du domaine public », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 276.
- MOREAU (J.)**, « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel », *AJDA*, 1965, p. 3.
- MOREAU (J.)**, « Polices administratives : théorie générale », *J.Cl. adm.*, Fasc. 200, 2-1993, n° 99.
- MOURGEON (J.)**, « De quelques rapports entre les libertés et la domanialité publique », in *Mélanges P. Couzinet*, p. 607
- MOUSSERON (J.-M.)**, « Valeurs, biens, droits », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, 1991, Dalloz, p. 277
- MOUSSERON (J.-M.)**, RAYNARD (J.) et REVET (Th.), « De la propriété comme modèle », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281.
- NICINSKI (S.)**, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », in *Bien public, bien commun, Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 373.
- NICINSKI (S.)**, « “Lease américain”, équipements publics et droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 538.
- NICINSKI (S.)**, « Droit de la concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publique*, G. Clamour (dir.), LexisNexis, 2011.
- NICINSKI (S.)**, « L'ouverture du réseau ferroviaire à la concurrence », *AJDA*, 2009, p. 1027
- NICINSKI (S.)**, « La délivrance des autorisations d'occupation du domaine public et le droit de la concurrence », *AJDA*, 2005, p. 200.
- NICINSKI (S.)**, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », in *Confluences. Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2008, p. 659
- NICINSKI (S.)**, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », *AJDA*, 2004, p. 751.

NICINSKI (S.), « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Guibal*, t. I, Presses de la Faculté de Montpellier, p. 45.

NOGUELLOU (R.), « La cession de contrat », *RDC*, 2006, p. 966

NOGUELLOU (R.), « Les rapports domaniaux entre personnes publiques », *RFDA*, 2006, p. 957.

OST (F.), « Droit et intérêt », in *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990, p. 10.

PAYNOT-ROUVILLOIS (A.), « Personne morale », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p. 1153.

PERROUD (T.), « Le gestionnaire du domaine public peut-il fixer le montant de la redevance d'occupation ? », *AJDA*, 2012, p. 1680.

PETIT (J.), « La police administrative », in P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. II, Dalloz, « Traités », 2011, p. 23.

PETIT (J.), « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », in *Mélanges Jacques Moreau*, p. 345

PHILIP (L.), « Impositions de toutes natures, redevances, cotisations sociales et prélèvements obligatoires », in *Mélanges P. Amselek, Bruylant*, Bruxelles, 2005, p. 682

PICARD (É.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6.

PICARD (É.), v. « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 651.

PIGNARRE (G.), « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie », *RDC*, 2011, p. 611.

PISANI (C.) et BOSGIRAUD (C.), « Premières réflexions de la pratique sur le Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1098.

PISANI (E.), « Administration de gestion, administration de mission », *RFSP*, 1956, p. 315.

PLESSIX (B.), « Droits subjectifs des administrés et doctrine de la III^e République », *Travaux de l'AFDA, Les droits publics subjectifs des administrés*, LexisNexis, « Colloques et Débats », 2011, p. 33.

POIRMEUR (Y.) et FAYET (E.), « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit », in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP, PUF, 1993, p. 97.

POLLET (R.), « Le calcul des redevances pour les occupations temporaires du domaine public national », *RPDA*, 1956, n° 5, p. VII.

PONTIER (J.-M.), « La décentralisation et le temps », *RDP*, 1991, p. 1217.

PONTIER (J.-M.), « Sur un éventuel droit d'accès aux manifestations culturelles organisées sur la voie publique », *RFDA*, 2002, p. 72.

PRIETO (C.), « Influence du droit communautaire et originalité du droit français de la concurrence », *Droit prospectif*, 1998-1, n°12, p. 43.

- QUELQUEJEU (B.)**, « La nature du pouvoir selon Hannah Arendt », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2001, p. 511
- QUIOT (G.)**, « La distinction entre État-administrateur et État-Propriétaire : clef du partage des compétences juridictionnelles pour les litiges administratifs en France au début du 19^e siècle », *JEV*, n° 8, 1996, p. 76.
- RAPP (L.)**, « De quelques rapport entre la réalité et la domanialité publique : à propos de la domanialité publique virtuelle », in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 633.
- RAPP (L.)**, « Le droit des communications entre réglementations et régulation », *AJDA*, 2004, p. 2047.
- REDOR (M.-J.)**, « L'État dans la doctrine publiciste française du début du siècle », *Droits*, n°15, 1992, p. 91.
- RÉZENTHEL (R.)**, « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public », *AJDA*, 2001, p. 1025.
- RÉZENTHEL (R.)**, « L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public : vers la fin d'un malentendu », *Gaz. Pal.*, 8-10 février 1998, p. 2.
- RIALS (S.)**, « Du métier universitaire », *RA*, n° 291, mai-juin 1996, p. 292.
- RIALS (S.)**, « Pouvoir discrétionnaire », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, p. 3
- RICHER (L.)**, « La subdélégation de service public et les notions voisines », *CP-ACCP*, oct. 2002, p. 52.
- RICHER (L.)**, « Le juge économiste ? », *AJDA*, 2000, p. 703.
- RICHER (L.)**, « Sous-traitance : questions de vocabulaire », *ACCP*, 2005, p. 28.
- RICOU (B.)**, « L'attribution des licences de téléphonie mobile de troisième génération », *RFDA*, 2011, p. 539.
- RIDEAU (J.)**, « L'incertaine montée vers l'Union de droit », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, 2000, p. 1
- RIEG (A.)**, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *APD*, 1957, p. 126.
- RIGAUX (F.)**, « Les concepts de souveraineté et de propriété dans la doctrine du XVII^e et du XVIII^e siècle », *Festschrift für W. Wengler, Inter Recht*, Berlin, 1973, p. 351.
- RIPERT (H.)**, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoir de gestion dans les situations contractuelles », *RDP*, 1905, p. 5.
- RIVERO (J.)**, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 30.

- RIVERO (J.)**, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.*, 1951, chron. 99.
- RIVERO (J.)**, « Hauriou et la notion de service public », in *Mélanges Mestre*, p. 461.
- ROHAN (P.-A.)** et **LEONETTI (R.)**, « Vers une définition prétorienne d'un domaine public mobilier *praeter legem* : à propos de l'affaire APRR », *AJDA*, 2012, p. 208.
- ROLIN (F.)**, « Les incidences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sur le droit domanial », *AJDA*, 2003, p. 2130.
- ROUBIER (P.)**, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *APD*, 1964, p. 83.
- ROUBIER (P.)**, « De la légitimité des situations juridiques », in *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, Bruylant, Sirey, 1963, p. 275.
- ROUBIER (P.)**, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *APD*, 1962, p. 1.
- ROUBIER (P.)**, « Les prérogatives juridiques », *APD*, 1964, p. 86.
- ROUSSEAU (Ch.)**, « Le régime juridique de la circulation », *RDP*, 1932, p. 399.
- ROUYÈRE (A.)**, « Droits publics subjectifs des administrés et droits fondamentaux », in *Travaux de l'AFDA, Les droits publics subjectifs des administrés*, 2011, LexisNexis, « Colloques & Débats », 2011.
- SABLIÈRE (P.)**, « Les servitudes sur le domaine public », *CJEG*, 1991, p. 149.
- SABOURIN (P.)**, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP*, 1971, p. 589.
- SALEILLES (R.)**, « Droit civil et droit comparé », *RIE*, 1911, p. 28
- SALEILLES (R.)**, « Loi du 30 mars 1887 », *Rev. Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1891, p. 636.
- SANLAVILLE (F.)**, « De la personnalité du Département », *RGA*, 1899, p. 129.
- SAUVIGNON (E.)**, « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », *AJDA*, 1971, p. 200.
- SAVATIER (R.)**, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.*, 1982, p. 2.
- SÉRIAUX (A.)**, « Propriété », *Rép. civ. Dalloz*, 2009.
- SÉRIAUX (A.)**, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD Civ.*, 1994, p. 801.
- SEUROT (L.)**, « Gaston Jèze et le domaine public », *RFDA*, 2012, p. 171.
- SÈVE (R.)**, « Détermination philosophique d'une théorie juridique : "La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau" », *APD*, 1979, p. 248.
- SINGER (J.)**, « Les droits d'accès et de vue des riverains des voies publiques », *AJDA*, 1965, p. 260.

- SOLEILHAC** (T.), « Vers une commercialité des autorisations administratives », *AJDA*, 2007, p. 2178.
- STREBLER** (J.-P.), « L'implantation des publicités scellées au sol », *AJPI*, 1993, p. 854.
- STREBLER** (J.-P.), « L'usage du domaine public à des fins publicitaires », *AJPI*, 1996, p. 462.
- STREBLER** (J.-P.), « Le juge administratif et la réglementation locale de publicité », *AJPI*, 1996, p. 987
- STROWEL** (A.), « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et Posner », *APD*, 1992, p. 143
- SUBRA DE BIEUSSES** (P.), « L'utilisation d'un édifice religieux sans l'accord du prêtre affectataire porte atteinte à une liberté fondamentale », *AJDA*, 2006, p. 91.
- TARDIVEL** (B.), « Le nécessaire aménagement de la théorie des mutations domaniales », *AJDA*, 2003, p. 492.
- TERNEYRE** (Ph.) et **BOYER** (L.), « Le bail emphytéotique administratif comme technique de valorisation économique du domaine public des collectivités locales », *LPA*, 10 juill. 1996, p. 15.
- TERNEYRE** (Ph.) et **NOYER** (B.), « Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales », *Rev. fr. décentralisation*, 1996, p. 171.
- TERNEYRE** (Ph.), « La compétence du juge administratif », *AJDA*, 2000, p. 697.
- THÉRY** (F.), « Compétence », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, p. 250
- THILL-TAYARA** (M.) et **COUADOU** (C.), « Le droit d'accès à l'épreuve des installations essentielles », CCC, 1999, chron n° 6, p. 4.
- THOMAS** (Y.), « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 1995, n°21, p. 46.
- TIMSIT** (G.), « Compétence liée et principe de légalité », *D.*, 1964, chr. XXXI, p. 218.
- TINIÈRE** (R.), « Puissance publique et droit de l'Union européenne. L'europanisation de la puissance publique », in Travaux de l'AFDA, *La puissance publique*, LexisNexis, 2011, p. 227.
- TRUCHET** (D.), « Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 769.
- TRUCHET** (D.), « Rhétorique universitaire des juristes contemporains », *Droits*, 2002, p. 57.
- TRUCHET** (D.), « Avons-nous besoin du droit administratif ? », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1052.
- TRUCHET** (D.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », EDCE, 1999, n° 50, p. 362.

- TRUCHET (D.)**, « Les ondes appartiennent-elles au domaine public », *RFDA*, 1989, p. 257.
- TUSSEAU (G.)**, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA*, 2009, p. 641.
- UBAUD-BERGERON (M.)**, « L'incompétence », in Travaux de l'AFDA, *La compétence*, LexisNexis, 2008, p. 145.
- UBAUD-BERGERON (M.)**, « Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'État », *AJDA*, 2003, p. 1361.
- UNTERMAIER (É.)**, « Les églises et le code général des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 2210.
- VAUTROT-SCHWARTZ (Ch.)**, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA*, 2009, p. 568.
- VEDEL (G.)**, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP G*, 1948, I, n° 682.
- VENEZIA (J.-C.)**, « Puissance publique, puissance privée », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, 1977, p. 363.
- VERPEAUX (M.)**, « La codification devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2004, p. 1849.
- VIDAL (M.)**, « La propriété dans l'école de l'exégèse en France », *Quaderni Fiorentini*, n° 5-6, 1976-1977, p. 21.
- VIDAL-NAQUET (A.)**, « L'irréductibles théorie des mutations domaniales », *RFDA*, 2005, p. 1106.
- VIDELIN (J.-C.)**, « Les biens des établissements publics de coopération intercommunale », *AJDA*, 2001, p. 829.
- VILAR (C.)**, « Fonds de commerce et marché d'intérêt national », *RTD com.*, 1973, p. 27.
- VILLEY (M.)**, « Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique », in *Mélanges Fernand De Visser*, 1949, t. II, p. 417.
- VILLEY (M.)**, « Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Rev. historique de droit français et étranger*, 1946-1947, p. 224.
- VILLEY (M.)**, in *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, *APD*, 1964, p. 104.
- VUILLEMIN (J.)**, « Régime civil, droit et raison », *Droit et Société*, 1992, p. 105.
- WALINE (M.)**, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, t. 1, 1963, p. 359 et s.
- WALINE (M.)**, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP*, 1930, p. 216.

- WATRIN** (G.), « Quelques rapports entre les notions de police, domaine public et service public », *RDP*, 1936, p. 147.
- WEINGARTEN** (F.), « La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire », *CJEG*, 1998, p. 461.
- WHITMAN** (J. Q.), « Jhering parmi les Français, 1870-1918 », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, PUS, 1997, p. 151.
- WOEHLING** (J.-M.), « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », in ravaux de l'AFDA, *La compétence*, LexisNexis, « Colloques et débats », LexisNexis, 2008, p. 139.
- XIFARAS** (M.), « L'individualisme possessif, spéculatif (et néanmoins romain) de Hegel, quelques remarques sur la théorie hégélienne de la propriété », in Jean-François Kervégan, Gilles Marmasse (dir.), *Hegel penseur du droit*, CNRS, 2003, p. 63.
- XIFARAS** (M.), « Le Code hors du Code. Le cas de la transposition de la propriété au droit administratif », *Droits*, 2006, p. 49.
- YOLKA** (Ph.), « Personnalité publique et patrimoine » in Travaux de l'AFDA, *La personnalité publique*, Actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'AFDA, Litec, 2007, p. 35.
- YOLKA** (Ph.), « Établissements publics de santé et bail emphytéotique administratif », *JCP A.*, 2005, n° 1364.
- YOLKA** (Ph.), « L'impact de la LOPPSI sur le régime du bail emphytéotique administratif », *JCP A.*, n° 15, 11 avril 2011, p. 2143
- YOLKA** (Ph.), « L'insaisissabilité des biens publics », *JCP Adm*, 2007, p. 2307.
- YOLKA** (Ph.), « Le bail rural administratif », *JCP A.*, novembre 2008, p. 34.
- YOLKA** (Ph.), « Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques », *JCP Adm.*, 2006, p. 452
- YOLKA** (Ph.), « Pour une théorie des droits subjectifs des personnes publiques », *AJDA*, 2013, p. 313.
- YOLKA** (Ph.), « Propriété commerciale des occupants du domaine public : crever l'abcès », *JCP A.*, 2012, p. 2209.
- YOLKA** (Ph.), « Reconversion de l'hôtel de la Marin. Le bateau ivre ? », *AJDA*, 2011, p. 429.
- YOLKA** (Ph.), « Sur l'externalisation en matière administrative », *JCP A.*, 2012, p. 2130.
- ZENATI** (F.), « Droit de superficie », *RTD Civ.*, 1995, p. 656.
- ZENATI** (F.), « Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.*, 2003, p. 667
- ZENATI** (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.*, 1993, p. 305.

CONCLUSIONS

- ALBER (S.)**, concl. sur CJCE, 29 octobre 1998, Commission c/ Espagne, aff. C-114/97 : *Rec.*, I, p. 6717.
- BERGEAL (C.)**, concl. sur CE, 19 juill. 1997, Ville de Cannes : *RFDA*, 1998, p. 535.
- BONICHOT (J.-C.)**, concl. sur CE, 18 décembre 1985, Legendre : *AJDA*, 1986, p. 112.
- CATHELINEAU (J.)**, note sous TA, Bordeaux, 17 octobre 1962, Froment, D. 1963, p. 575
- CHENOT (B.)**, concl. sur CE, 5 mai 1944, Compagnie maritime de l'Afrique orientale, *RDP*, 1944, p. 236.
- CHENOT (B.)**, concl. sur CE, 6 fév. 1948, Société Radio Atlantique et Société Radio Club Landais : *RDP*, 1948, p. 244.
- FOUQUET (O.)**, concl. sur CE, 22 déc. 1989, Chambre de commerce et d'industrie du Var : *RFDA*, 1990, p. 649
- GULDNER (E.)**, concl. sur CE, 20 déc. 1957, Sté nationale d'éditions cinématographiques : *S.*, 1958, jurispr. p. 73.
- KOKOTT (J.)**, concl. sur CJCE, 16 juin 2007, T-Mobile Austria GmbH et a. c/ Autriche, *Rec.*, p. I-05189.
- LÉGER (M.)**, concl. sur CJCE, 15 janv. 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a, aff. C-44/96 : *Rec.*, I, p. 73
- MANCINI (M. G. F.)**, concl. sur CJCE, Commission c/ République française, aff. C-307/84 : *Rec.*, p. 1725
- MAYRAS (M.)**, concl. sur CJCE, 21 juin 1974, Belgique c/ Reyners, aff. 2/74 : *Rec.*, p. 657
- MISCHO (J.)**, concl. sur CJCE, 17 oct. 1989, Ufficio distrettuale delle imposte dirette dommages et intérêts Fiorenzuola d'Arda, aff. 231/87 et 129/88, *Rec.*, p. 3233.
- MOSSET**, concl. sur CE, 2 nov. 1956, Sieur Biberon : *Rec.*, p. 403, in C. DEBBASCH et M. PINET, *Les grands textes administratifs*, Sirey, 1970, p. 270.
- PIVETEAU (D.)**, concl. sur CE, 5 déc. 1997, Commune de Bachy : *AJDA*, 1998, II, p. 258.
- RIVET** concl. sur CE, 14 déc. 1921, Préfet des Côtes-du-Nord, *RDP*, 1922, p. 92.
- ROUGEVIN-BAVILLE (M.)**, concl. sur CE, 25 janv. 1980, Gadiaga : *Rec.*, p. 44.
- STAHL (J.-H.)**, concl. sur l'arrêt CE, 26 mars 1999, Société EDA, *RFDA*, 1999, p. 427.
- TESAURO (G.)**, concl. sur CJCE, 19 janv. 1994, SAT c/ Eurocontrol, aff. C-364/92 : *Rec.*, p. I-45

ALIBERT (R.), note sous CE, 10 mars 1933, Ministre des finances et 2 novembre 1934, Ministre de l'intérieur : *S.*, 1935, III, p. 105-106.

BRENET (F.), « La propriété des installations édifiées ou acquises par l'occupant "ordinaire" du domaine public », *DA*, nov. 2010, comm. 140.

BRENET (F.), « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public », *DA*, 2012, comm. n° 89.

BRENET (F.), « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public », *DA*, 2012, comm. n° 89.

CAPITANT (R.), note sous CE, 17 février, *Commune de Barran, D.*, 1933, III, 49.

CHAMARD-HEIM (C.), comm. sur CE, sect., 20 déc. 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques : *GDDAB*, 1^{re} éd., Dalloz, 2013, p. 355.

ÉVEILLARD (G.), « L'abrogation des décisions administratives créatrices de droits. Note sous l'arrêt du Conseil d'État, section, 6 mars 2009, Coulibaly », *RFDA*, 2009, p. 439.

FATÔME (É.) et **TERNEYRE (Ph.)**, « Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ? Note sous CE, 21 avril 1997, Ministre du Budget c/ Société Sagifa », *RFDA*, 1997, p. 935.

FATÔME (É.) et **TERNEYRE (Ph.)**, « Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ? Note sous CE, 21 avril 1997, Ministre du Budget c/ Société Sagifa », *RFDA*, 1997, p. 935.

FOULQUIER (N.), « Appartenance au domaine public d'un bien affecté à un service public non géré par la personne publique propriétaire », *DA*, n° 3, Mars 2008, comm. 3

GIRARDOT (T.-X.) et **RAYNAUD (F.)**, chron. sur CE, ass., 24 octobre 1997, Madame de Laubier : *D.*, 1998, p. 202.

HAURIOU (M.), note sous CE, 16 juil. 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans : *S.*, 1909, III, p. 97, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, Sirey, t. III, p. 215.

HAURIOU (M.), note sous CE, 16 juil. 1909, Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans : *S.*, 1909, III, p. 97, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, Sirey, t. III, p. 215.

HAURIOU (M.), note sous CE, 17 janv. 1923, Ministre des Travaux et Gouverneur général de l'Algérie c/ Société Piccioli frères, Sirey, 1925, III, p. 17.

HAURIOU (M.), note sous CE, 25 avril 1890, Raymond c. Defaye et Ville de Limoges : *S.*, 1892, III, p. 81, in *La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, p. 266 et s.

HAURIOU (M.), note sous CE, 25 mai 1906, Ministre du commerce c/ Chemins de fer d'Orléans : *S.*, 1908, III, p. 65.

HAURIOU (M.), note sous CE, 25 nov. 1921, Dame Niveleau et autres : *S.* 1923, III, p. 17, *in La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, p. 294

HAURIOU (M.), note sous CE, 27 déc. 1901, Pécard frères c. Maire de Nevers, Préfet de la Nièvre et Ville de Nevers, *S.*, 1902, III, p. 33, *in La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, p. 303.

HAURIOU (M.), note sous CE, 6 juin 1902, Goret c. Maire de Bar-le-Duc, *S.*, 1903, III, p. 65, *in La jurisprudence administrative de 1892-1929*, t. III, p. 308.

HAURIOU (M.), note sous CE, 7 février 1913, Mure : *S.*, 1913, III, p. 81.

J.-P. MARKUS, note sous CE, 26 mars 1999, Sté EDA, *D.*, 2000, p. 204

JÈZE (G.), note sous CE 17 janvier 1923, *Piccioli*, *RDP*, 1923, p. 568.

JÈZE (G.), note sous CE, 14 mai 1915, Poincloux : *RDP*, 1915, p. 463

JÈZE (G.), note sous CE, 15 avril 1910, Sté des automobiles Brasier : *RDP*, 1910, p. 697.

LAROQUE (P.), note sur CE, 13 janvier 1933, Mironneau, *S.*, 1933, III, p. 41.

MANSON (S.), « Gestion domaniale et libertés économiques. Étude sous CE Sect. 26 mars 1999 Société EDA », *RDP*, 1999, p. 1543.

MESTRE (A.), note sous C. Cass., 18 avril 1910, C^{ie} des tramways électriques de Lille : *S.*, 1911, I, p. 33.

MESTRE (A.), note sous C. Cass., 8 nov. 1909, Verdet : *S.*, 1912, I, p. 521.

RENAUD (L.), note sous CE, 28 juin 1957, Compagnie générale d'éclairage et de chauffage par le gaz et l'électricité : *CJEG*, J, I.

UBAUD-BERGERON (M.), note sous CE, 29 nov. 2004, Sté Autoroutes du Sud de la France, *AJDA*, 2005, p. 1182

INDEX

A

Abus de position dominante	210, 456
Acte d'autorité	102, 114
Acte de gestion.....	102, 105, 121, 185, 197, 200, 217, 323, 419
Acte de police.....	144
Activité économique ...	156, 163, 165, 166, 167, 171, 172 , 179, 181, 184, 185, 409
Affectataire	228, 231, 233, 244, 248
Affectation	67, 147, 150, 229, 315, 334, 349, 350, 390
Effet d'exaltation.....	149, 265
Affectation	
Affectation-incorporation	237
Affectation	
Affectation-incorporation	238
Affectation	
Affectation-destination	238
Aisance de voirie	379, 381
Analyse économique	209
ARCEP.....	464
Article 345 TFUE.....	175, 177, 182
Article 544 du Code civil.....	260
Autorité de la concurrence.....	470
Autorité publique	161

B

Bail emphytéotique administratif	483, 525, 548, 551
Bernard.....	71
Berthélemy.....	39, 48, 101
Bonnard.....	68, 349

C

Candidat-usager	360, 392
Capitant.....	72, 148
Carré de Malberg	62
CEDH.....	155
Cession de contrat.....	615
Cession de droit.....	600, 605, 609
Disposition	613
Propriété	613
Théorie.....	602, 603, 611
Changement d'affectation	240
Changements d'affectation simple	241
Coercitio étatique.....	164
Collaboration.....	109
Collaboration économique.....	484
Commerce juridique.....	51 , 105, 106, 107, 123, 128, 285, 291, 495, 606
Compétence (notion)	435
Compétence liée	433, 436
Concession	103

Concession de sépulture	503
Concession de voirie	506
Concurrence.....	185
Conseil de la concurrence	185, 187, 195, 210
Contrat administratif	130, 334
Contrat de partenariat public-privé.....	529
Contrat domanial	574
Convention de gestion	243

D

Domaine divisé.....	246
Domaine privé.....	90, 118, 149, 180
Domaine public	64, 85
Définition	236
Domaine public ecclésiastique.....	229, 232, 239
Domaine public ferroviaire	467
Droit d'accès	471
Domaine public hertzien.....	168, 170, 461, 616
Domaine public maritime	244
Domanialité publique.....	147, 433
Protection constitutionnelle	403
Dominium	23, 29, 36, 85, 140, 168, 223, 261, 283, 288
Droit au domaine public	318 , 351, 361, 368, 372, 377, 439
Droit au renouvellement d'un titre d'occupation	
Absence	620
hypothèses particulières.....	623
Droit de garde	35 , 38
Droit de l'Union européenne	155
Droit de la concurrence	169, 188, 192, 213, 413, 441, 466, 479
Applicabilité directe.....	216
opposabilité	447
Droit de superficie	552, 553, 554
Droit des fidèles	382
Droit exclusif	480
Droit individuel	385
Droit personnel	546
Droit public subjectif au service public	355
Droit réel	380, 388, 491, 515
démembrement.....	492
Règle de l'accession	536
Droit réel administratif	247, 496, 524, 544
Aliénation	562
compétence	533
Crédit-bail	541
Définition	547, 550
Démembrement	508, 514, 560
Domaine public local	530
Domaine public national.....	528
Droit de superficie	555
Emphytéose	503
Hypothèque	538, 540
Mécanisme de collaboration	535
Obligation réelle	565
Opposabilité	494, 513
Théorie.....	493

Droit subjectif	52, 113, 142, 267, 275, 278, 279, 318, 340, 372
Droit sur le domaine public	
Taxinomie	609
Titularité	601
Droit-créance	374
Droit-fonction	298, 300
Duguit	60, 67, 68, 105, 321, 322, 362, 371, 508
Duverger	348

E

Entreprise	162
État (définition européenne)	155
Exorbitance	90, 149, 263, 304
Exploitation patrimoniale	289
Externalisation	241, 244

F

Fiducie	77
Fisc	74
Fonds de commerce	607
Foucart	41

G

Gestion	117
Gestion administrative	105, 108, 116, 340, 504
Gestion privée	117, 118
Gestion publique	112, 129
Guillouard	103

H

Hauriou	57, 58, 75, 77, 78, 79, 91, 113, 128, 320, 497, 507
---------	-----------------------------------------------------

I

Imperium	23, 36, 66, 85, 144, 234, 249, 257
Impérium	164
Inaliénabilité	107, 508, 511, 537
Indemnisation	636
Infrastructure essentielle	455, 469
conditions de l'accès	459
Qualification	458
Intérêt économique	408, 415, 580
Intérêt financier	126, 139
Intérêt général	123, 165, 400, 416, 626, 629
Meilleure utilisation du domaine public	213
Intérêt juridiquement protégé	421

J

Jacquelin	111, 112
-----------	----------

Jellinek	56
Jèze	68, 69, 122, 135, 324, 325
Jhering	275

L

Laferrière	97, 99
Liberté d'aller et de venir	125, 353, 358, 368, 404
Liberté d'entreprendre	220, 428, 429
Liberté de circulation	409
Liberté de communication	405, 462
Liberté de culte	426
Liberté du commerce et de l'industrie	128, 218, 353, 407, 439, 449
Liberté fondamentale	426
Liberté individuelle	339, 341, 385, 402
Licence UMTS	465
Loyer	135

M

Marché	162
Protection	213
Marché d'entreprise de travaux publics	545
Marché d'intérêt national	410
Marché local	410
Maroger	72, 146, 148
Mayer	73, 74, 88
Michoud	54, 56, 80, 110
Moreau	112
Mutations domaniales	249, 250, 254

O

Obligation de mise en concurrence et de publicité	475, 476, 480, 485
Obligation juridique	349, 436, 575

P

Patrimoine	68, 168, 286
Patrimonialité	36, 96, 105, 112, 126, 140, 145, 292, 604
Permis de stationnement	131, 132, 136, 227, 333, 501
Permission de voirie	121, 123, 124, 131, 136, 137, 227, 333, 344, 473, 502
Personnalité juridique	45, 50, 57, 60, 63, 67, 79
Personnalité civile	46, 49, 103
Propriété collective	47, 48
Réalité sociale	54
Théorie de la fiction légale	43
Théorie de la fiction légale	44
Théorie de la fiction légale	48
Théorie de la fiction légale	49
Personnalité publique	43, 53, 65, 78, 79, 90, 110, 150, 267, 276, 295
Police	36, 87, 89, 106, 119, 125, 141, 142, 164, 166, 264, 453
Pouvoir	

Notion	297, 301
Pouvoir de contrôle.....	593, 614
Pouvoir de gestion	
dualité des fondements	226
Pouvoir d'exclusion	618
Pouvoir discrétionnaire	432, 444
Pouvoir sur les personnes	578
Pouvoir sur une chose.....	578
Précarité.....	505, 526, 625
Principe de transparence	477
Propriété	34, 176, 205
Théorie.....	278, 279, 291
Propriété administrative ...	76, 77, 78, 80, 86, 89, 92, 136, 145, 149, 227
propriété collective	49
Propriété privée	23, 30, 34, 71, 75, 261
Propriété publique	75, 146, 147, 148, 176, 246, 303
Acte d'administration.....	289
Acte de disposition.....	290
Protection constitutionnelle	258, 523
Titularité.....	259, 267, 270
Protection de l'usager du domaine public.....	579
Proudhon.....	28, 30, 31, 32, 379
Public (notion).....	36, 40, 70, 83, 335, 367
Puissance publique.....	23, 33, 34, 71, 86, 87, 90, 96, 103, 108, 113, 141, 150, 159, 162, 184, 277, 301
Activité.....	164
approche substantialiste.....	263

R

RATP (jurisprudence).....	219, 448
Recours en responsabilité	423
Recours pour excès de pouvoir	420
Redevance	133, 134, 136, 138, 179, 181, 583, 586
Composante	588
Droit de la concurrence.....	592
Modulation du montant.....	592
Montant (contrôle)	591
Valeur (notion).....	585
Valeur économique.....	589
Référé liberté	425, 427
Référé suspension	425
Réglementation.....	570
Réseau ferré de France	467
Résiliation	622, 628
Responsabilité	579
Responsabilité contractuelle	637
Roubier.....	370

S

Salleilles.....	69, 78, 82
Service public	114, 125, 126, 128, 199, 200, 303, 354, 370, 404, 411
Accès	324
Servitude	509, 519

Servitude de droit public.....	72
SIEG	165
Situation juridique	326, 328, 343, 370, 572
notion	302
Situation juridique individuelle.....	331
Situation légale et réglementaire	336
Situation juridique subjective	364, 370, 422
<i>Société EDA</i> . 150, 198, 208, 209, 212, 413, 414, 445, 577, 581	
Sous-contrat.....	594, 595
Qualification	596
Souveraineté.....	16, 29, 31, 36, 40, 42, 60, 61, 66, 81, 98, 144, 157, 158, 161, 162, 167, 221, 231, 256, 274, 319
Sphère juridique de l'administré	
Notion.....	304
Subrogation.....	617
Subrogation réelle.....	618

T

Technique de l'agrément	614, 615
Téléphonie mobile	170
Théorie de l'institution.....	60
Transfert de gestion.....	245
Transfert de gestion volontaire.....	240
Transferts de gestion forcés.....	248
Transport en commun	125
Trotabas	136, 137, 331, 332

U

Usagers	297, 312
<i>Usus publicus</i>	514
<i>usus, fructus, abusus</i>	260
Utilisation collective.....	124
Utilisation du domaine public.....	346, 440
anormalité	232
Usage anormal.....	228
Utilisation collective	366, 383, 386, 429
Utilisation compatible.....	230
Utilisation conforme.....	227, 230, 328, 355, 434, 444
Utilisation privative.....	331, 391, 582

V

Valorisation.....	89, 489
Vente en l'état futur d'achèvement.....	544
<i>vinculum juris</i>	268, 450, 498

W

Waline.....	63, 84
Willenstheorie.....	44, 53, 272

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale	1
§1. L'appréhension du pouvoir de gestion comme pouvoir juridique.....	3
§2. Une proposition de définition du pouvoir de gestion.....	8
§3. Plan de la recherche.....	16
Partie I – Le pouvoir de gestion du domaine public : une puissance publique propriétaire 19	
Titre I. La formation de la puissance publique gestionnaire.....	23
Chapitre I. La généalogie d'une puissance publique propriétaire	25
Section I. La dichotomie entre la puissance publique et la propriété au XIX ^e siècle : un obstacle à l'émergence du pouvoir de gestion	26
§1.- La distinction entre la souveraineté et la propriété au XIX ^e siècle au fondement de la construction du domaine public	27
I. La construction d'une puissance publique domaniale	28
A. La lecture proudhonienne de la distinction des domaines de souveraineté et de propriété	28
B. La distinction entre la propriété et la puissance publique dans la doctrine publiciste du XIX ^e siècle	33
II. Les nouvelles théories de la « domination » de l'administration sur le domaine public	38
§2.-Les approches restreintes de la personnalité publique	43
I. La théorie de la fiction légale, une personnalité d'ordre exclusivement civil	44
II. La théorie de la propriété collective, une autre théorie de la personnalité civile	47
Section II. L'association entre la puissance publique et la propriété au XX ^e siècle : un vecteur de l'émergence du pouvoir de gestion	52
§1.- Le renouveau de la personnalité juridique de l'État et des collectivités territoriales	53
I. Les approches réalistes de la personnalité morale ou l'unité juridique de l'État	54
II. La personnalité morale selon Hauriou ou la théorie de l'institution	57
III. La pénétration de l'idée de la personnalité publique dans la doctrine administrativiste	60
A. La critique du guiste de la personnalité publique	60
B. La consolidation de la théorie de la personnalité publique unitaire.....	62
§2.- le lien entre la personnalité juridique et la propriété du domaine public.....	64
I. Les difficultés tenant au rattachement de la propriété du domaine public à la personnalité publique	65
A. Une personnalité publique sans propriété sur le domaine public	65
B. Les théories du domaine public sans propriété et sans personnalité	67
C. La propriété du domaine public en dehors de la facette publique de la personnalité publique.....	69
1. L'approche de Saleilles de la propriété du domaine public	69
2. L'approche de Bernard de la propriété du domaine public	71
3. L'approche de Capitant et de Maroger de la propriété du domaine public.....	72
II. Le rapprochement entre la personnalité publique et la propriété publique	73
A. Otto Mayer ou la théorie allemande de la propriété publique.....	73
B. Maurice Hauriou et la théorie de la propriété administrative	75
§3.- Le renouvellement des rapports entre la puissance publique et la propriété	80
I. La relation étroite entre la souveraineté et la propriété	81
A. La souveraineté au fondement de la propriété de l'État	81
B. La confusion entre le souverain et le <i>Public</i>	83
II. De la puissance publique dans l'exercice de la propriété du domaine public	86
A. Le pouvoir de police, une prérogative propriétaire	86
B.L'intégration de la puissance publique dans le domaine de la propriété administrative	90
Conclusion Chapitre I	92
Chapitre II. L'édification d'une puissance publique patrimoniale	95
Section I. Le dépassement théorique de l'opposition entre puissance publique et patrimonialité	96
§1.- Les actes de gestion exclus de la puissance publique.....	96
I. La signification de la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion	97

II. L'appréhension des pouvoirs du domaine public à travers le prisme de la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion	102
§2. L'inclusion de la puissance publique dans les actes de gestion	105
I. L'insertion de la puissance publique dans le commerce juridique.....	105
II. Une diffusion graduée de la puissance publique	111
III. La place de la gestion du domaine public dans la théorie de la gestion administrative	114
Section II. La question de l'unité de la puissance publique face à la construction jurisprudentielle de la gestion patrimoniale du domaine public	119
§1.- La construction d'un pouvoir patrimonial	120
I. La construction juridique de l'acte de gestion domaniale	120
A. Le processus d'autonomisation de l'acte de gestion	120
1. L'autonomisation de la gestion en matière d'occupation privative.....	121
2. L'autonomisation de la gestion en matière d'usage collectif.....	124
B. La consécration de l'autonomie de l'acte de gestion	127
II. Le rapprochement entre la redevance et le pouvoir de gestion	133
A. Les vicissitudes doctrinales de la notion de redevance.....	133
B. La clarification apportée par le juge sur la définition de la redevance	138
§2. Les débats doctrinaux autour de l'identité du pouvoir de gestion	140
I. Les théories en faveur de l'exclusivité du pouvoir de police sur le domaine public	140
II. L'appréhension du pouvoir de gestion à travers le prisme de l'exorbitance	145
Conclusion chapitre I.....	151
Conclusion du titre I.....	151

Titre II. La reconstruction de la puissance publique gestionnaire.....153

Chapitre I : Le constat d'une spécificité du pouvoir de gestion en droit positif.....	155
Section I. L'approche européenne de la gestion du domaine public.....	155
§1. La définition européenne de la puissance publique	156
I. Le lien entre l'exercice de la souveraineté et la puissance publique	157
A. Le rôle de la souveraineté dans la détermination des fonctions étatiques	158
B. L'exercice de la souveraineté : une définition européenne de la puissance publique.....	162
II. La dissociation européenne entre la gestion domaniale et la puissance publique.....	166
A. La dissociation définitionnelle entre la gestion domaniale et la puissance publique	166
B. La distinction entre la gestion domaniale et la puissance publique : un principe prescriptif	171
§2. La gestion du domaine public : une activité économique en droit de l'Union européenne.....	172
I. L'article 345 TFUE, fondateur d'une lecture économique de la propriété publique.....	173
II. La notion d'entreprise, vectrice d'une lecture économique de la gestion domaniale.....	177
A. La gestion domaniale ou la mise à disposition de l'infrastructure.....	178
B. L'onérosité de la mise à disposition de l'infrastructure	180
C. La gestion de l'infrastructure, une activité susceptible d'être exercée par une personne privée.....	182
Section II. La lecture économique du pouvoir de gestion en droit interne	185
§1. La labélisation du pouvoir de gestion en puissance publique.....	185
I. Le Conseil de la concurrence, porte-parole du raisonnement européen	187
A. La préservation apparente de la réserve de compétence du juge administratif	189
B. La séparation entre l'acte de gestion et l'activité de gestion.....	191
II. La compétence du juge administratif sur les actes de gestion	196
A. Une compétence réaffirmée	197
B. Une compétence consolidée.	198
1. La répartition des compétences initiée par le Tribunal des conflits.....	198
2. La réception de la jurisprudence du Tribunal des conflits.	202
§2. L'inauguration d'une nouvelle lecture du pouvoir de gestion	205
I. L'approfondissement de l'économicité du pouvoir de gestion.....	205
A. L'inauguration d'un nouveau commerce économique sur le domaine public.....	206
1. La détermination du marché pertinent et le domaine public.	207
2. L'infraction concurrentielle et le domaine public.....	210
B. L'adaptation des concepts concurrentiels à la domanialité publique.....	211

II. La spécificité de la gestion domaniale au sein de la puissance publique.....	214
A. Un traitement différencié du pouvoir de gestion en droit positif.....	214
1. La logique initiée par la jurisprudence <i>Société EDA</i>	215
2. La logique initiée par la jurisprudence <i>RATP</i>	218
B. Une caractérisation spécifique du pouvoir de gestion	220
Conclusion du chapitre.	222
Chapitre II. La redéfinition théorique d'un pouvoir spécifique	223
Section I. La propriété publique : unique fondement du pouvoir de gestion.....	223
§1. Le pouvoir de gestion : expression du <i>domaine</i> de la propriété publique.....	226
I. Les théories favorables à la dualité du pouvoir de gestion sur le domaine public	226
A. La théorisation de la dualité du pouvoir de gestion par le Professeur É. Fatôme	226
B. La persistance de la dualité du pouvoir de gestion dans les analyses doctrinales.....	230
II. Lecture critique de la théorie de la dualité des pouvoirs de gestion	232
A. La controverse actuelle autour du fondement du pouvoir de gestion	233
B. Les apories de la dualité des fondements du pouvoir de gestion	235
§2. L'unité du domaine de la propriété publique face à l'éclatement des pouvoirs sur le domaine public.....	240
I. Le principe de l'habilitation du propriétaire dans les transferts de gestion volontaires	240
A. Les mécanismes d'externalisation volontaire sans changement d'affectation.....	241
B. L'externalisation volontaire par le transfert de gestion.	244
C. L'appréhension du pouvoir de l'affectataire en termes de propriété.....	245
II. L'unité du <i>domaine</i> de la propriété publique face aux transferts de gestion forcés	248
A. Les mutations domaniales : un argument en faveur du dualisme gestionnaire	250
B. Les mutations domaniales et le Code général de la propriété des personnes publiques..	252
Section II. L'association problématique entre la puissance publique et la propriété publique.....	256
§1. Les conditions problématiques de l'association entre la puissance publique et la propriété publique	256
I. La surdétermination des fondements de la puissance publique gestionnaire.....	257
II. L'incompatibilité avec la doctrine de l'assimilation entre la propriété publique et la propriété privée	258
III. Les limites du principe de l'exaltation de l'affectation dans la définition de la puissance publique gestionnaire	262
A. L'unité substantielle de la puissance publique en débat.	262
B. L'effet d'exaltation de l'affectation : une limite à la distinction entre la propriété publique et la domanialité publique.....	264
§2. Les conséquences problématiques de l'association entre puissance publique et propriété publique	266
I. L'association entre la propriété et la puissance publique : une multiplication de l'objet du droit subjectif.....	266
A. Les différentes approches de la titularité du droit subjectif des personnes publiques	267
B. Le lien tautologique entre la propriété et la puissance publique.....	268
II. L'association entre la puissance publique et la propriété : un problème de définition du droit subjectif.....	271
A. L'impossible recours aux théories classiques du droit subjectif dans la définition du pouvoir de gestion	272
1. Le modèle de la <i>Willenstheorie</i>	272
2. Le modèle du droit subjectif - intérêt juridiquement protégé	275
3. Le modèle de la théorie mixte du droit subjectif.....	276
B. Pour une autre approche du droit subjectif.....	278
Section III. Le <i>dominium</i> public ou la puissance publique gestionnaire	282
§1. La réhabilitation du <i>dominium</i> dans la définition de la puissance gestionnaire	283
I. La personnalité juridique au fondement du <i>dominium</i>	285
A. La personnalité juridique : un mécanisme d'appropriation	285
1. La personnalité publique, support d'un patrimoine	285
2. La capacité d'acquérir incluse dans la personnalité publique	287
B. La dimension active de la propriété	288
II. Le rapport de puissance entre la personne publique et la dépendance domaniale	290

A. Le recours du concept de <i>dominium</i> dans la définition de la puissance gestionnaire.....	291
B. La structure de la puissance gestionnaire	292
§2. La détermination de la puissance publique gestionnaire comme transformation du droit subjectif en pouvoir	294
I. Le rattachement à la personnalité publique dans la définition de la puissance publique gestionnaire.....	295
II. La teneur publique de la puissance gestionnaire	297
A. La mutation du droit subjectif en pouvoir de gestion	297
1. Le dépassement de l'opposition entre le droit subjectif et le pouvoir.....	298
2. La transformation de la propriété publique en pouvoir de gestion	302
B. Le pouvoir de gestion ou le rapport de supériorité sur les usages domaniaux.....	303
Conclusion Chapitre II	305
Conclusion titre II	306
Conclusion Partie I.	309

Partie II – Le pouvoir de gestion du domaine public : une puissance publique en interaction

.....**311**

Titre I. Les interactions au stade de l'accès au domaine public.....315

Chapitre I. Penser un droit subjectif au domaine public face au pouvoir de gestion.....	317
Section I. Les controverses autour de la nature juridique du droit d'accès au domaine public.....	318
§1. L'approche objectiviste de l'accès au domaine public.....	320
I. L'accès au domaine public dominé par le droit objectif.....	321
A. L'accès au domaine public réglé par le droit objectif.....	322
B. L'accès au domaine public réglé par le service public.....	324
II. La systématisation d'un « droit » au domaine public	325
A. Le « droit » au domaine public ou la faculté légale attribuée à l'administré.....	326
B. La signification contentieuse du pouvoir légal	328
III. La reconnaissance de la situation juridique individuelle de l'usager	331
A. L'occupation privative ou la constitution d'une situation juridique individuelle.....	331
B. La différenciation juridique entre les usages communs et les usages privatifs	335
§2. Les théorisations d'un droit public subjectif au domaine public	336
I. La nature juridique de l'accès au domaine public selon Hauriou.....	337
A. L'individualisation juridique généralisée à l'ensemble des usages domaniaux	338
1. La classification des usages domaniaux.....	338
2. La relation entre les usages et l'exercice des libertés individuelles	339
B. Le champ limité des droits subjectifs au domaine public.....	340
1. Les hypothèses limitées de droit d'accès au domaine public.....	341
2. Une vision restrictive du <i>vinculum juris</i>	342
II. Le développement de l'idée d'un droit subjectif au domaine public.....	345
A. L'extension du champ des droits publics subjectifs au domaine public	346
1. La promotion du droit au domaine public selon Bonnard.....	346
2. La promotion du droit subjectif au domaine public selon Duverger	348
B. La théorie des droits subjectifs au domaine public selon Maroger.....	349
1. La conception du droit public subjectif au domaine public	350
2. La diversité des déclinaisons du droit public subjectif au domaine public.....	352
Section II. La définition théorique du droit subjectif au domaine public	355
§1. Le fondement juridique du droit d'accès au domaine public	358
I. L'affectation domaniale constitutive de situations juridiques	360
A. La création de situations juridiques au bénéfice des administrés	360
1. La double dimension de l'affectation domaniale	361
2. La modification de la définition de la situation juridique	362
B. La variation de la situation juridique de l'usager en fonction de l'affectation.....	366
1. La situation juridique de l'usager et l'affectation à l'usage de tous	366
2. La situation juridique de l'usager et l'affectation au service public	370
II. La réalisation de la situation juridique dans l'exercice du droit au domaine public.....	370
A. Le droit public subjectif au domaine public et l'idée d'appropriation	371

B. Le droit public subjectif au domaine public et les voies de droit	373
1. La revendication et les sanctions juridiques de l'accès	373
2. Le droit d'accès ou <i>la volonté</i> d'accéder au domaine public	374
§2. L'objet du droit subjectif au domaine public	377
I. La théorisation problématique de l'accès au domaine public à partir de la notion de droit réel	378
A. La confusion théorique autour de certains droits d'accès	379
1. Le droit des riverains	379
2. Le droit des fidèles sur les dépendances affectées au culte	382
B. La généralisation du droit réel administratif dans la caractérisation de l'accès au domaine public	383
1. L'exercice d'un droit réel administratif au fondement de l'accès au domaine public ...	384
2. Le droit réel et les usages collectifs ordinaires	385
II. Le droit public subjectif au domaine public : un rapport médiat à la chose	387
A. La médiation par le pouvoir de gestion au niveau de l'accès au domaine public	389
1. La médiation positive du pouvoir de gestion en matière d'occupations privatives	389
2. La médiation négative du pouvoir de gestion en matière d'utilisations communes	392
B. Le droit public subjectif de l'usager : un droit créance	394
Conclusion Chapitre I	396
Chapitre II. Identifier les droits subjectifs au domaine public face au pouvoir de gestion	397
Section I. Une prise en compte accrue des intérêts des usagers dans l'accès au domaine public	399
§1. L'intégration des intérêts par la domanialité publique	399
I. L'approfondissement de la relation entre le domaine public et l'exercice des libertés	401
A. La constitutionnalisation des éléments domaniaux et l'exercice des libertés	402
B. Le rapport multiple entre le domaine public et les libertés	405
II. La prise en compte des intérêts économiques par la domanialité publique	407
A. Une prise en compte limitée des intérêts économiques	408
1. Les usages collectifs et les intérêts économiques	408
2. Les usages privatifs et les intérêts économiques	410
B. L'approfondissement de la prise en compte des intérêts économiques des usagers	412
1. L'invocabilité des libertés économiques à l'encontre du pouvoir de gestion	413
2. L'intégration des préoccupations économiques dans l'intérêt général	415
§2. L'enrichissement de la protection contentieuse des intérêts de l'administré face au pouvoir de gestion	417
I. La protection des intérêts par le recours pour excès de pouvoir	418
A. La dimension individualiste du recours pour excès de pouvoir	419
B. Le protection d'un intérêt par le recours pour excès de pouvoir	421
II. La multiplication des voies de droit face aux actes de gestion	422
A. Le recours en responsabilité face aux actes de gestion	423
B. La contestation des actes de gestion par les procédures de référé	424
1. La contestation des actes de gestion par le biais du référé-suspension	424
2. La contestation d'un acte de gestion par le biais d'un référé-liberté	425
Section II. Les obligations juridiques et les droits publics subjectifs des administrés	432
§1. Des obligations juridiques à intensité variable	433
I. La liaison juridique du pouvoir de gestion	434
A. La question du recours à la notion de compétence	434
B. Les critères d'identification des obligations juridiques	436
II. Les différentes hypothèses de liaison du pouvoir de gestion	438
A. Le domaine de la liaison juridique du pouvoir de gestion	439
1. La liaison juridique du pouvoir de gestion et les usages collectifs conformes	440
2. La liaison juridique du pouvoir de gestion et les usages privatifs conformes	442
B. L'encadrement de la discrétionnalité du pouvoir de gestion à l'égard des usages compatibles	446
§2. La multiplication des hypothèses de liaison juridique du pouvoir de gestion	452
I. Le pouvoir de gestion soumis aux prescriptions de police	453
II. La soumission du pouvoir de gestion à des réglementations spécifiques	454
A. L'appréhension de la gestion domaniale par la théorie des infrastructures essentielles ..	455

1. L'appréhension du domaine public facilitée au regard des critères d'identification	455
2. L'organisation de l'accès des tiers à l'infrastructure essentielle	458
B. Des réglementations spécifiques pour certaines dépendances domaniales	461
1. La réglementation de l'accès au domaine public hertzien	461
2. La réglementation de l'accès au domaine public ferroviaire.....	467
III. La création législative d'un droit d'accès au le domaine public.....	472
§3. La question de l'encadrement procédural de la délivrance des occupations du domaine public	474
I. L'hétérogénéité des fondements imputés à l'obligation de publicité et de mise en concurrence	475
A. L'intégration des contrats domaniaux dans la catégorie des contrats de la commande publique.....	476
B. La promotion d'un lien entre le droit de la concurrence et l'obligation de publicité et de mise en concurrence.	478
II. La classification des obligations de publicité et de mise en concurrence	480
A. Le champ de l'obligation de publicité et de mise en concurrence en droit positif.	481
B. Une autre lecture de l'obligation de publicité et de mise en concurrence	484
Conclusion Chapitre II	486
Conclusion Titre I	487

Titre II. Les interactions au stade de l'utilisation du domaine public.....489

Chapitre I. Les droits réels : une relecture des interactions entre le pouvoir de gestion et les occupants.....	491
Section I. L'absence de lien entre le pouvoir de gestion et la constitution de droits réels sur le domaine public	493
§1. La construction théorique des droits réels administratifs	494
I. La théorie des droits réels administratifs : la volonté d'adapter la notion de droit réel à la domanialité publique	495
A. Les premières tentatives de théorisation des droits réels administratifs.....	496
B. L'héritage de la théorie des droits réels administratifs.....	497
II. L'instauration d'un <i>vinculum juris</i> entre l'administration propriétaire et les occupants privatifs	498
A. La perception du droit réel comme un droit subjectif	499
1. Le fondement individuel du droit réel administratif	499
2. Le <i>domaine</i> du droit réel administratif.....	501
B. Le commerce administratif au fondement des droits réels administratifs	504
§2. L'exclusion des droits réels de la domanialité publique	507
I. La critique de la théorie des droits réels administratifs par l'école du service public	508
A. La critique de Duguit	508
B. La critique de Jèze	510
II. L'incompatibilité entre la domanialité publique et les droits réels administratifs	511
A. L'impossibilité de constituer des aliénations sur le domaine public.....	512
B. L'opposabilité inexistante à l'égard de l'administration	513
Section II. L'établissement du lien entre le pouvoir de gestion et la constitution de droits réels sur le domaine public	518
§1. L'instauration d'un rapport entre le pouvoir de gestion et les droits réels sur le domaine public	521
I. La création législative des droits réels sur le domaine public.....	521
A. La relecture des principes cardinaux de la domanialité publique.....	522
B. La compréhension des occupations privatives par le prisme du droit réel.....	524
1. La réhabilitation du droit réel dans la domanialité publique	525
2. Le renforcement des droits réels sur le domaine public	529
3. Le statut de l'occupation ordinaire en question.....	534
II. L'instauration de mécanismes réels sur le domaine public	536
A. Les garanties réelles attribuées à l'occupant privatif.....	536
1. La constitution d'hypothèques sur le droit réel ou sur les ouvrages construits sur le domaine public	537
2. Le recours au crédit-bail	541

B. Les mécanismes de collaboration	543
§2. La détermination du rapport de droit entre le gestionnaire et l'occupant privatif	547
I. L'objet du droit réel en question.....	547
A. La dualité ou l'unicité du droit réel	547
1. L'approche unitaire du droit réel sur les ouvrages	548
2. L'approche dualiste du droit réel administratif	549
3. L'unicité du droit réel sur le domaine public	550
B. Le rapprochement entre le droit réel administratif et le droit de superficie	551
1. Le recours à la notion de droit de superficie	552
2. Le fondement de la propriété privée sur les ouvrages	556
II. Le rapport entre le droit réel et la propriété publique	560
A. L'appréhension des droits réels par la notion démembrement.....	561
B. Les apories de la notion de démembrement	562
C. La distinction structurelle entre la propriété publique et les droits réels.....	564
Conclusion Chapitre I.....	566
Chapitre II. La prédominance du pouvoir de gestion sur les utilisations du domaine public.....	569
Section I. Le pouvoir de gestion, un pouvoir de réglementation.....	570
§1. La détermination des conditions d'utilisation du domaine public.....	571
I. La puissance créatrice du pouvoir de gestion	572
A. Les instruments juridiques au service de la gestion du domaine public.....	572
B. Le pouvoir de gestion : un pouvoir de réglementation des utilisations et des activités se déroulant sur le domaine public.....	576
II. Les limites de la puissance créatrice du pouvoir de gestion	579
§2. La détermination des conditions financières de l'utilisation du domaine public	582
I. L'appréhension des conditions financières de l'occupation domaniale par la notion de redevance.....	583
A. La redevance : un produit du domaine	583
B. La redevance ou l'appréhension juridique de la création de valeur sur le domaine public.....	584
II. Les modalités de la détermination du montant de la redevance.....	587
A. Les composantes de la redevance.....	587
B. L'encadrement de la détermination du montant de la redevance	590
Section II. Le pouvoir de gestion : un pouvoir de contrôle	593
§1. La circulation des utilités sur le domaine public	593
I. Les mécanismes de sous-contrats.....	594
II. La cessibilité ou la transmissibilité des droits sur le domaine public	598
A. La question de l'appartenance des droits sur le domaine public.....	600
1. Une autre approche de la titularité des droits sur le domaine public	601
2. Les ajustements apportés à la théorie du patrimoine	604
B. La question de la disposition des droits sur le domaine public.....	608
1. La taxinomie des droits cessibles sur le domaine public.....	608
2. Le fondement de la cession des droits sur le domaine public	611
§2. Les modalités du contrôle du gestionnaire	613
I. Le rôle de la technique de l'agrément dans la gestion du domaine public.....	614
II. La marge d'appréciation du gestionnaire.....	615
III. Les conséquences de la cession	617
Section III. Le pouvoir de gestion, un pouvoir d'exclusion	618
§1. Les différentes modalités du pouvoir d'exclusion	619
I. Le pouvoir de gestion et l'absence de droit au renouvellement d'un titre d'occupation.....	620
A. Le principe de l'absence de droit au renouvellement d'un titre d'occupation	620
B. La reconnaissance de certains droits au renouvellement du titre d'occupation	623
II. Le pouvoir de gestion et l'absence de droit au maintien du titre avant son terme	625
A. Les modalités de la négation du droit sur le domaine public.....	625
1. Les motivations au fondement de la négation du droit sur le domaine public	625
2. La suppression non rétroactive du droit sur le domaine public	627
B. La faible juridicité des droits sur le domaine public.....	630
1. Un droit précaire sur le domaine public	630
2. La question de l'acte de gestion créateur de droits	631

§2. Le pouvoir de gestion confronté au droit de l'occupant à être indemnisé.....	633
I. Le champ de l'indemnisation pour résiliation ou abrogation anticipée.....	633
A. La dissymétrie persistante des régimes d'indemnisation	634
B. Une convergence des régimes par la technique des droits réels.....	635
II. Les implications de l'indemnisation sur les rapports entre le gestionnaire et les occupants du domaine public.....	637
Conclusion Chapitre II	638
Conclusion Titre II	639
Conclusion Partie II	641
Conclusion générale.....	643
Bibliographie.....	649
§1. Ouvrages généraux, traités et manuels	649
§2. Ouvrages spéciaux et thèses.....	653
Ouvrages spéciaux	653
Thèses	656
§3. Articles, conclusions et notes d'arrêt	662
Articles	662
Conclusions	683
Notes et commentaires.....	684
Index	687
Table des matières	691

