



HAL
open science

La liberté de gestion du domaine public

Athoumani Yhoulam

► **To cite this version:**

Athoumani Yhoulam. La liberté de gestion du domaine public. Droit. Université Paris-Est, 2021. Français. NNT : 2021PESC0011 . tel-03592546

HAL Id: tel-03592546

<https://theses.hal.science/tel-03592546v1>

Submitted on 1 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA LIBERTÉ DE GESTION DU DOMAINE PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 29 novembre 2021 à 13 H 30,

Par

Athoumani YHOULAM

Sous la direction de Monsieur **Jean-Jacques ISRAËL**
Professeur Emérite en droit public à l'Université Paris-Est Créteil
Et doyen honoraire de la faculté de droit

Membres du jury :

Monsieur Jean-Jacques ISRAËL (Directeur de thèse)
Professeur Emérite et doyen honoraire à l'Université Paris-Est Créteil

Monsieur Thomas PERROUD (Rapporteur)
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Madame Fanny TARLET (Rapporteuse)
Professeure à l'Université de Montpellier

Monsieur Simon GILBERT (Examinateur)
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs ».

Principales abréviations

AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
Aff.	Affaire
AJCT	L'actualité juridique-Collectivités territoriales
AJDA	L'actualité juridique du droit administratif
AJDI	L'actualité juridique du droit immobilier
Ass.	Assemblée
Bibl.	Bibliothèque
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CE	Conseil d'État
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CJCE	Cour de justice de la Communauté Européenne
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. Const	Conseil Constitutionnel
DA	Droit administratif
Déc.	Décision
éd.	Édition
Fasc.	Fascicule

GRIDAUH Groupement d'intérêt public de recherche dans les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et de l'habitat

Ibid.	Ibidem
JS	Jurisport
J.-Cl. A	Jurisclasseur administratif
J.-Cl. CT	Jurisclasseur collectivités territoriales
J.-Cl. Pp	Jurisclasseur Propriétés publiques
JCP A	La semaine juridique administration et collectivités territoriales
JCP	La semaine juridique
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Ord.	Ordonnance
PUF	Presses universitaires de France
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue de droit public
RDSS	Revue du droit sanitaire et social
Rec.	Recueil
RFDA	Revue française de droit administratif
RGD	Revue générale du droit
RJ COM	Revue de jurisprudence commerciale
RJEP	Revue juridique d'économie publique
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Sect.	Section
t.	Tome
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
V.	Voir

Sommaire

Partie I/ Le principe de la liberté de gestion du domaine public

Titre 1/ La liberté de gestion du domaine public : conséquence de l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public

Chapitre 1/ La propriété publique – publique : fondement de la liberté de gestion du domaine public

Chapitre 2/ L'autorité domaniale et la meilleure exploitation du domaine public

Titre 2/ Le rapport entre l'autorité domaniale et les usagers du domaine public : un rapport exorbitant du droit commun

Chapitre 1/ L'attribution des droits réels au profit de l'occupant privatif du domaine public : des droits réels dépendant de la personne publique propriétaire dudit domaine

Chapitre 2/ Le rapport entre le domaine public et son voisinage : un rapport exorbitant du droit civil justifié par la propriété publique – publique

Partie II/ L'exercice d'une activité économique sur le domaine public : une limite à la liberté de gestion du domaine public

Titre 1/ Le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le respect du droit de la concurrence : une limite indéniable à la liberté de gestion du domaine public

Chapitre 1/ L'obligation de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : une limite à la liberté de gestion du domaine public

Chapitre 2/ La liberté de gestion du domaine public encadrée par des règles issues du droit de la concurrence

Titre 2/ La préservation de la liberté de gestion du domaine public

Chapitre 1/ La primauté de la liberté de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie

Chapitre 2/ La préservation de la liberté de gestion du domaine public et le droit de la concurrence

*À ma fille et à mon fils
Uhayna-Nour et Samwels,*

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« 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 »¹.

1. Le domaine public a toujours été une notion évolutive. Très récemment encore², il a fait l'objet d'une transformation. C'est sans doute parce qu'il demeure le lieu des libertés économiques qu'il ne cesse de faire l'objet des mutations. Ces dernières ont été opérées dans le but de maintenir un certain équilibre entre, d'un côté la liberté de gestion du maître domanial et, de l'autre côté, la liberté des personnes utilisatrices dudit domaine. Cet équilibre est nécessaire en ce qu'il permet de sauvegarder les critères de la domanialité publique. Ainsi, la présente recherche tend à démontrer que l'autorité domaniale, bien que soumise au respect des règles du droit de la concurrence et au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, dispose d'une marge de manœuvre dans la gestion du domaine public. Nous nous proposons donc de démontrer que le droit positif de la domanialité a opté pour la préservation de cette liberté de gestion du domaine public. La récente réforme issue de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques est l'une des preuves parfaites de la préservation de cette liberté de gestion du domaine public³. Autrement dit, entre la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale et la liberté des personnes privées, le droit positif fait prévaloir la première sur la seconde. Cette liberté de gestion est préservée en raison du fait que le maître du domaine doit être à la recherche de plusieurs intérêts. Dans un arrêt rendu en date du 7 février 2020, la Cour administrative d'appel a précisé que, « la faculté qu'à

¹ Maurice HAURIUO - *Précis du droit administratif et du droit public*, Sirey, 10^e éd., 1921, p.687.

² Notamment avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

³ Comme l'a expliqué le professeur FOULQUIER, cette réforme « a certes instauré la procédure de sélection préalable, mais en préservant au maximum la liberté de choix des gestionnaires » ; v- Norbert FOULQUIER, « L'absence de notification de l'identité du bénéficiaire de l'autorisation domaniale après une procédure de sélection » - note sous CE, 31 octobre 2017, *Sté MB Terrassements Bâtiments*, n°410772, Lebon, AJDA, 2017, p.2165.

l'autorité gestionnaire du domaine public de renouveler une autorisation d'occupation privative en fixant un montant de redevance supérieur à celui prévu par la précédente autorisation n'est pas subordonnée à la justification de faits survenus ou portés à sa connaissance postérieurement à la délivrance de l'autorisation initiale. Elle est seulement tenue [...] de fixer ce montant tant dans l'intérêt du domaine que dans l'intérêt général et en tenant compte des avantages de toute nature que le titulaire de l'autorisation est susceptible de retirer de l'occupation du domaine public »⁴.

2. Le domaine public est, d'après le professeur YOLKA, défini selon « trois conditions cumulatives : la propriété publique, l'affectation publique et un aménagement idoine »⁵. Ces critères de définition du domaine public sont énumérés par l'article L.2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques. D'abord, cette disposition prévoit le critère organique. Le domaine public doit, entièrement, appartenir à une personne publique. Sur ce point, la jurisprudence⁶ a toujours exigé une pleine propriété. C'est ainsi que « la domanialité publique impliquant une situation d'exclusivité du propriétaire domanial et lui imposant autant d'obligations que de prérogatives veut la plénitude des attributs du propriétaire »⁷. Ensuite, cette disposition prévoit le critère matériel. Le domaine public, dans ce cas, doit être affecté soit à l'usage du public, c'est-à-dire que les usagers utilisent directement le domaine public⁸, soit affecté à un service public mais néanmoins, cette dernière affectation doit avoir fait l'objet d'un aménagement indispensable. Ces deux critères, organique et matériel, suffisent pour faire distinguer le domaine public du domaine privé de l'administration. On lit dans la doctrine, à propos de cette distinction, que le domaine privé de l'administration est

⁴ CAA, Nantes, 7 fév. 2020, *Grand Port Maritime de Nantes Saint-Nazaire*, n°18NT00759.

⁵ Philippe YOLKA - « Distinction du domaine public et du domaine privé » - J.cl. Pp, n°18., Fasc.10, 2009.

⁶ CE, 19 mars 1965, *Société Lyonnaise des Eaux et de l'Eclairage*. Le juge, dans cette affaire, a décidé que le bien en question n'appartenait pas « dans sa totalité, soit à l'Etat, soit à une collectivité publique territoriale ». En allant dans le même sens, la Haute juridiction administrative, dans l'arrêt *Cie d'assurances préservatrice foncière* du 11 février 1994, a dégagé le même principe en affirmant qu'un bien se trouvant en copropriété entre une personne publique et une personne privée ne peut appartenir au domaine public : v- CE, 11 fév. 1994, n°109564.

⁷ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.77, t.2.

⁸ L'arrêt de principe est l'arrêt rendu par le CE, dans l'affaire « *Marécar* » à propos des cimetières. Pour le juge administratif, « le cimetière est affecté à l'usage du public et qu'il doit dès lors être compris parmi les dépendances du domaine public » : v- CE, 28 juin 1935, *Marécar*, Rec. Lebon, p.734. Par ailleurs, le code de 2006 ne retient pas le critère de l'aménagement indispensable aux biens affectés à l'usage direct du public, contrairement aux jurisprudences antérieures : v- CE, 22 avril 1960, *Berthier*, RDP, 1960, p.1223 ; v- CE, 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, AJDA, 1975, p.348.

« destiné à procurer à l'administration des revenus ou des services et s'oppose par là au domaine public affecté dans son ensemble à une destination d'intérêt général »⁹.

3. Par ailleurs, la notion du domaine public, bien que cette appellation date du 19^e siècle, demeure « une théorie ancienne [qui] remonte à l'ancien régime »¹⁰. Cette évolution historique s'est effectuée en plusieurs étapes. D'abord, sous l'ancien régime, le domaine public était connu sous l'appellation de domaine de la couronne. Il « comprenait un ensemble de biens matériels très diversifiés, auxquels s'ajoutaient de nombreux droits incorporels »¹¹. En réalité, ledit domaine était objet de propriété du Roi, quand bien même frappé d'inaliénabilité¹². Ensuite, sous la période de la révolution, les règles du domaine ont changé. Autrement dit, le domaine de la couronne était devenu domaine de la Nation¹³ et le principe de l'inaliénabilité du domaine était supprimé. Enfin, ce n'est qu'à partir du début du 19^e siècle que l'expression 'domaine public' est devenue une expression définitive. Ce domaine public, composé du domaine public naturel et artificiel, comprend donc l'ensemble des biens des personnes publiques affectés à l'utilité publique.

4. Par-delà l'aspect historique, il convient de préciser que le domaine public demeure un espace des libertés, y compris économiques. Pour cette raison, il apparaît comme étant l'endroit stratégique pour les opérateurs, car demeurant comme un espace porteur d'intérêts. S'intègrent alors, au sein du domaine public, des règles qui s'appliquaient jusque-là aux personnes privées. Par voie de conséquence, une conciliation s'impose entre, d'un côté, les règles de la domanialité publique et, de l'autre côté, les règles encadrant le marché. Cette conciliation est nécessaire pour préserver à la fois la liberté de gestion du maître domanial, laquelle est exercée dans le but d'assurer une bonne gestion dudit domaine, et la liberté des opérateurs privés, c'est-à-dire celle d'exercer leurs activités économiques sur le domaine public, mais à condition que l'occupation ou l'utilisation soit conforme ou compatible avec

⁹ Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE - *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2016, p.183.

¹⁰ Gustave PEISER - *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Mémentos, 2015, p.2.

¹¹ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.13.

¹² L'Edit de Moulins de février 1566 a confirmé ce principe d'inaliénabilité.

¹³ Le décret du 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 a donc modifié l'appellation domaine de la couronne et a ainsi transféré le domaine à la Nation. Selon L'article 2 de ce décret : « Les chemins publics, rues et places des villes et, en général, toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérés comme des dépendances du domaine public ».

l'affectation à l'utilité publique¹⁴ et ait reçu, concernant les utilisations compatibles, un titre domanial¹⁵.

5. Cette pénétration des règles issues du droit privé, tels que le droit de la concurrence et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, dans les règles de la domanialité publique a conduit une partie des recherches¹⁶ à considérer que la liberté de gestion du domaine public est remise en cause. Or, en réalité, même s'il y a des nouvelles règles qui s'imposent à l'autorité domaniale dans la gestion du domaine public, il est à constater que ladite liberté est préservée. Certes, certaines règles viennent limiter la liberté dont dispose l'autorité domaniale néanmoins, il ne s'agit pas là d'une totale remise en cause. Il s'agit, tout simplement, d'un équilibre entre deux libertés, la liberté de l'autorité domaniale et la liberté des personnes privées. Au demeurant, c'est toujours l'autorité domaniale qui demeure maître de son domaine.

6. Dès lors, nous allons d'abord aborder la question de la définition du domaine public (section 1) pour ensuite, présenter l'objet de notre recherche (section 2) et son intérêt (section 3). Enfin, nous présenterons la problématique de notre recherche (section 4).

Section 1/ La définition du domaine public

7. Le domaine public est aujourd'hui défini par le code général de la propriété des personnes publiques (paragraphe 3). Cette définition a été influencée par la doctrine (paragraphe 1) puis par la jurisprudence (paragraphe 2).

¹⁴ V- CE, 19 juin 1931, *Ville de Sarreguemines*, Rec. Lebon, p.657 : la Haute juridiction administrative a décidé que l'autorisation n'est plus possible que si elle a vérifié que l'occupation est compatible avec l'affectation, en l'espèce, « à l'usage public ». Il est, ainsi, nécessaire pour le gestionnaire de vérifier que l'occupation demeure compatible avec le critère de l'affectation des biens du domaine public.

¹⁵ L'article L.2122-1 du CGPPP dispose que, « 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 ».

¹⁶ Quelques exemples de thèses ayant évoquée l'idée de remise en cause des règles du domaine public par les règles du marché. V- Hervé MOYSAN – *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 290, 2001 ; Aussi, v - Catherine MAMONTOFF – *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, L'Harmattan, 2003 ; v- Aurélien ANTOINE – *Prérogatives de Puissance Publique et droit de la concurrence*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 261, 2009 ; v- Sophie COMELLAS – *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales. Réflexion sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, L'Harmattan, 2014.

Paragraphe 1/ La définition du domaine public selon la doctrine

8. Si, aujourd'hui, il existe une définition textuelle du domaine public, elle reste le fruit des efforts réalisés par la doctrine. En effet, une première doctrine a tenté de donner une définition du domaine public sur le fondement du droit romain (I). La seconde est celle qui s'est référée à la période révolutionnaire pour donner une définition du domaine public (II). La troisième doctrine date dès le 19^e siècle et a réussi à donner une définition du domaine public (III).

I/ La définition du domaine public sur le fondement du droit romain

9. Sur le fondement du droit romain, une certaine doctrine donna la définition du domaine public. Mais rappelons-le, en droit romain, l'expression domaine public n'était pas utilisée comme telle. D'ailleurs M. GARBOULEAU a bien soutenu dans sa thèse que « c'est en vain que l'on chercherait dans les textes du droit romain l'expression de domaine public »¹⁷. Toutefois, ils existaient des indices qui ont pu inspirer cette doctrine à donner la définition du domaine public.

10. En effet, les choses ont été divisées, par les jurisconsultes romains, en plusieurs catégories, à savoir, « [...] les choses qui sont dans notre patrimoine et choses qui sont hors de notre patrimoine. Ils subdivisent ces dernières en choses communes, choses publiques, choses *universitatis*, et chose *nullius* »¹⁸. Ainsi, à travers ces choses « hors de notre patrimoine », sont tirées les choses faisant partie du domaine public, celles qui ne peuvent pas faire l'objet d'un acte de commerce et qui sont inaliénables et imprescriptibles. De plus, en droit romain, il était distingué les choses susceptibles de propriété et donc relevant du domaine privé et celles qui ne peuvent pas faire l'objet de propriété et relevant ainsi du domaine public.

11. C'est donc sur le fondement du droit romain qu'une partie de la doctrine essaya de définir le domaine public en le distinguant du domaine privé. Il faut rappeler que le terme domaine signifie « la propriété de chaque chose ». À ce propos, M. de la PLANCHE a souligné que sous l'ancien régime, la monarchie distinguait deux sortes de domaines. Le premier appartenant à tous et donc insusceptible de propriété et le second faisant l'objet de propriété. Pour lui, « [...] le domaine public était composé des possessions attachées à leur

¹⁷ Paul GARBOULEAU - *Du domaine public en droit romain et en droit français*, Thèse, Durand, 1859, p.5.

¹⁸ *Ibid*, p.8.

couronne [...]. Le domaine privé était le patrimoine personnel du roi »¹⁹. Ce disant, le domaine public comprenait l'ensemble des biens destinés à l'usage de tous et insusceptibles de propriété. En allant dans ce sens, le professeur DUFAU a avancé que « [...] sur les biens affectés à l'usage de tous, le roi n'avait pas un droit de propriété, mais simplement un droit de surintendance ou de police »²⁰. Ainsi, ces biens étaient frappés d'inaliénabilité. Cette approche a été défendue par Jean DOMAT lorsqu'il écrivit que, « tout ce que la nature et les lois rendent commun, ou à tous les hommes, ou à un peuple, ou à quelque ville, ne peut être vendu. Ainsi, les ports, les grands chemins, les places publiques, les murs et toutes autres choses que cet usage commun et public met hors du commerce ne peuvent être vendues »²¹.

12. Bien que la distinction domaine public et domaine privé fût absente, la doctrine s'inspira du droit romain pour expliquer qu'il y avait des biens destinés à tous et ceux qui relèvent du droit de la propriété. Les premiers faisaient partie du domaine public tandis que les seconds appartenaient au domaine privé. Le domaine public est, aux yeux de cette doctrine, l'ensemble des biens mis à la disposition de tous et insusceptibles d'aliénation et sur lesquels le roi exerce un droit de garde et de police et non un droit de propriété.

II/ La définition du domaine public sur le fondement des textes révolutionnaires

13. Une autre doctrine a tenté de définir le domaine public en tenant compte des textes adoptés sous la période révolutionnaire. Bien que cette notion « domaine public » n'apparut dans aucun texte de la révolution, puisqu'il n'existait toujours pas de distinction entre domaine public et domaine privé, certains indices apparaissaient, toutefois, permettant de distinguer ces deux domaines.

14. Rappelons que la révolution a modifié les règles de la domanialité qui s'appliquaient sous la période de l'ancien régime. En effet, le domaine de la couronne est devenu domaine de la nation par un décret en date des 22 novembre-1^{er} décembre 1790. À propos de ce décret, le professeur BONNARD a expliqué qu'il a apporté des modifications considérables, en ce sens que « [...] les biens affectés à l'usage de tous cessent d'être considérés comme des *res communes* et sont ainsi incorporés dans le domaine de la nation »²². Eu égard à ce décret, seule l'affectation des biens du domaine de la nation à l'usage de tous fait demeurer la

¹⁹ Lefèvre de la PLANCHE - *Mémoires sur les matières domaniales ou traité du domaine*, Desaint & Saillant, 1764, p.3, t.1.

²⁰ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.13.

²¹ Jean DOMAT - *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Librairie ordinaire du roi, 2^e éd., 1689, p.148, t.1.

²² Roger BONNARD - *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p.533.

condition de l'appartenance du bien au domaine public. C'était le cas, des ports et rivages, rues, fleuves, lais et relais de la mer et qui étaient des biens insusceptibles de faire l'objet d'une propriété privée. En revanche, les autres biens susceptibles de propriété privée ne pouvaient appartenir au domaine de la nation. Il s'agit des biens incorporels et des biens destinés au commerce.

15. Au vu de ces considérations, la doctrine tenta de distinguer le domaine public du domaine privé. D'ailleurs, l'article 2 dudit décret précisa que « les chemins publics, rues et places des villes et, en général, toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérés comme des dépendances du domaine public ». Même si le professeur DUFAU a expliqué qu'« en réalité, l'expression domaine public n'a aucune signification précise. Elle est utilisée comme synonyme de domaine national »²³, il est compris dans cet article que le domaine public ne pouvait faire l'objet d'une appropriation privée et comprend l'ensemble des biens affectés à l'usage de tous.

III/ La définition doctrinale du domaine public dès le 19^e siècle

16. À partir du début du 19^e siècle, la doctrine distingua, de façon explicite, le domaine public du domaine privé. L'expression 'domaine public' a vu le jour dès le 19^e siècle. L'auteur principal de cette distinction fut le professeur PROUDHON. Il a expliqué que, « puisque le domaine indique l'idée de la puissance que l'homme exerce sur les choses, et que, d'après notre organisation sociale, cette puissance se départit en trois degrés, on doit distinguer trois espèces de domaines, qui sont le domaine de la souveraineté, le domaine public et le domaine privé »²⁴. Toutefois, si la reconnaissance de l'existence d'un domaine public immobilier n'a souffert d'aucune contestation, celle du domaine public mobilier avait divisé la doctrine. En effet, s'agissant du domaine public mobilier, une partie de la doctrine avait nié son existence. Elle excluait les biens mobiliers de la domanialité publique²⁵. Une

²³ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.14.

²⁴ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON - *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Victor Lagier, 1833, p.62, t.1.

²⁵ Par exemple, le doyen BERTHÉLEMY avait exclu « de la domanialité les meubles, quels qu'ils soient ; tableaux des musées, objet d'art, collections, livres et manuscrits des bibliothèques » : v- Henry BERTHÉLEMY – *Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 2^e éd., 1902, p.394. Aussi, Théophile DUCROCQ a expliqué que les biens du domaine public doivent répondre à trois conditions : l'absence de propriété, l'affectation à l'usage public et aux services publics et enfin le bien doit « être une portion du territoire français » : v- Théophile DUCROCQ – *Cours de droit administratif*, Ernest Thorin, 6^e éd., 1881, Pp. 109 à 111, t.2.

autre doctrine a reconnu l'existence d'un domaine public mobilier. Pour cette deuxième doctrine, le domaine public comprend aussi les biens mobiliers²⁶.

17. Toutefois, PROUDHON défendit l'approche selon laquelle le domaine public ne pouvait faire l'objet d'une affectation à un service public. Ce disant, le domaine public comprend les seuls biens affectés à l'usage de tous. BERTHÉLEMY, DUCROCQ et BLOCK partageaient cette approche et ils excluaient l'idée d'insérer dans le domaine public les biens affectés au service public²⁷, sauf par détermination de la loi. Cette doctrine s'inspira, en effet, de l'article 538 du code civil en vertu duquel, « les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public ». Cette doctrine expliquait, finalement, qu'un bien fait partie du domaine public soit par nature et donc inaliénable et affecté à l'usage de tous, soit par détermination de loi.

18. Une autre doctrine défendit une approche large du domaine public en considérant que celui-ci comprend l'ensemble des biens affectés soit à l'usage de tous soit affectés à un service public. Pour cette doctrine, au-delà du critère de l'affectation du bien à l'usage de tous, elle considéra que le domaine public, frappé d'inaliénabilité, comprend les biens affectés, aussi, à un service public. Ces deux affectations, selon le professeur BONNARD, « [...] ne s'excluent pas mais se complètent plutôt l'une l'autre »²⁸. Rappelons que le doyen

²⁶ Le doyen BONNARD a souligné que les biens mobiliers font partie du domaine public. Selon lui, « sont également des biens affectés à l'usage de tous, les objets d'art des musées et les livres des bibliothèques publiques. Les dépendances affectées aux services publics comprennent [...] les objets mobiliers affectés aux services publics » : v- Roger BONNARD – *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p.546. Aussi, Léon DUGUIT, avec sa théorie de l'échelle de domanialité, a reconnu le domaine public mobilier mais uniquement les meubles qui étaient « [...] objets du service public [ou] indispensables au service public » : v- Léon DUGUIT – *Traité de droit constitutionnel*, De Boccard, 3^e éd., 1928, p. 360, t.3.

²⁷ Sur ce point, PROUDHON a défini le domaine public comme le domaine s'appliquant « à des choses qui, asservies à l'usage de tous, sont, par leur destination, placées hors du commerce ou hors des règles de la propriété ordinaire » : v- Jean-Baptiste-Victor PROUDHON - *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Victor Lagier, 1833, p.1, t.2; Le professeur BERTHÉLEMY allait dans le même sens en limitant le domaine public aux seuls biens « qui sont à l'usage de tout le monde soit par leur nature, comme les fleuves, soit par leur destination, comme les routes, des règles spéciales leur seront appliquées » : v- Henry BERTHÉLEMY - *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 2^e éd., 1902, p.390. L'économiste Maurice BLOCK a défini le domaine public comme « certaines fractions affectées à l'usage de tous, et c'est cette affectation qui leur donne le caractère de domaine public » : v- Maurice BLOCK - *dictionnaire de l'administration française*, Berger- Levrault, 2^e éd., 1891, p.899.

²⁸ Roger BONNARD - *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p.539.

HAURIOU est à l'origine de cette doctrine²⁹. Il expliqua que le domaine public comprenait l'ensemble des biens affectés à l'utilité publique. De ce fait, il était favorable à l'idée que la personne publique puisse, aussi, intervenir en vue de satisfaire un besoin de service public. Une conception soutenue par le professeur DUGUIT qui va expliquer que « [...] le fondement même de la domanialité publique est l'idée d'affectation à un service public »³⁰. Deux critères donc définissent le domaine public. D'abord le critère de l'affectation à l'usage du public, et puis celui de l'affectation à un service public, car, pour reprendre l'expression du professeur de LAUBADÈRE, « la domanialité publique est étendue aux biens affectés aux services publics »³¹.

19. Cette seconde conception de la définition du domaine public, affectation à l'usage de tous ou affectation à un service public, a été reprise par la jurisprudence.

Paragraphe 2/ Le domaine public : une notion définie par la jurisprudence

20. Après la définition donnée par doctrine, la jurisprudence a donné aussi la sienne. D'abord, rappelons que la jurisprudence a reconnu l'existence d'un domaine public mobilier³². Et sur ce point, la doctrine souligne que « la jurisprudence arrimait régulièrement la domanialité publique des meubles aux critères conceptuels du domaine public, en le faisant reposer, au moins partiellement, sur la notion d'affectation à l'usage du public ou à un service public »³³. Le domaine public comprend donc l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers.

²⁹ Le doyen HAURIOU a expliqué que, « la doctrine qui restreint le domaine public aux seules proportions du territoire affectés à l'usage de tous et insusceptibles de propriété privée ne tient compte, ni de tous les faits, ni de tous les textes, ni des exigences pratiques d'un bon critérium ». Il affirmait que « sont dépendances du domaine public toutes les choses qui, étant propriétés administratives, ont été l'objet d'une affectation formelle à l'utilité publique. Cette affectation résulte tantôt d'événements naturels complétés par des actes administratifs, comme le mouvement des eaux complété par des déclarations de navigabilité pour les fleuves, tantôt seulement d'actes administratifs. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit perpétuelle, il suffit qu'elle soit actuelle et formelle » : v- Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^e éd., 1933, Pp.805 à 806 ; v- Roger BONNARD - *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p.539 : selon lui, « la domanialité publique procède effectivement tantôt de la destination à l'usage de tous, tantôt de l'affectation à un service public ».

³⁰ Léon DUGUIT - *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing & Cie, 2^e éd., 1923, p.324, t.3.

³¹ André de LAUBADÈRE - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1975, p.124.

³² Cass. Civ. 2 avril 1963, *Réunion des musées de France* : selon le juge, les biens mobiliers de la personne publique font partie du domaine public « dès lors que leur conservation et présentation au public sont l'objet même du service public ». V- CE, 28 mai 2004, n°241304 : selon le juge, « considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le litige soumis au juge de cassation par Aéroport de Paris a trait à des matériels informatiques et à des logiciels. Qu'en jugeant que ces biens mobiliers ne pouvaient être regardés comme des dépendances du domaine public, la cour administrative, [...] n'a pas commis d'erreur de droit ».

³³ Christophe ROUX – *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Mémentos, 1^e éd., 2019, p. 67.

21. Par ailleurs, la jurisprudence a retenu la définition du domaine public selon une conception large. Pour elle, le domaine public comprend l'ensemble des biens qui, appartenant à une collectivité publique (I), sont affectés soit à l'usage direct du public (II), soit affectés à un service public (III) sous réserve que ces deux affectations aient reçu un aménagement spécial, bien que cette notion d'aménagement spécial n'ait pas été définie explicitement par la jurisprudence (IV).

I/ Le domaine public, objet de propriété selon la jurisprudence

22. La première condition de la domanialité publique demeure la propriété publique. Un bien fait partie du domaine public dès lors qu'il appartient à une personne publique. Sur ce point, les deux juridictions ont adopté la même approche, celle de faire de la propriété la première condition de l'appartenance d'un bien au domaine public.

23. D'abord, ce fut le juge de l'ordre judiciaire qui a reconnu, pour la première fois, le critère de la propriété publique. Un bien ne peut appartenir au domaine public que s'il est l'objet d'une propriété publique. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont reconnu l'existence d'une propriété publique. Dans sa décision du 12 décembre 1832, la Cour de cassation a considéré que « les communes sont propriétaires des chemins ruraux, comme l'Etat est « propriétaire des chemins ou routes dont l'entretien est à sa charge ». Cette position a été affirmée dans un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 16 février 1836 où il a été affirmé la propriété de l'État sur les biens dont il avait la gestion.

24. Puis, le juge administratif, au début du 20^e siècle, adopta la position de la doctrine relative à la propriété administrative. Il a reconnu l'approche selon laquelle une personne publique peut exercer son droit de propriété sur un bien du domaine public. Ainsi, dans son arrêt '*Ville de Paris*', à propos de mutations domaniales, le Conseil d'État affirma qu'une commune puisse exercer un droit de propriété sur une voie publique communale. Pour le juge, « [...] la ville de Paris a conservé les droits de propriété qu'elle pouvait avoir sur les parcelles dont il s'agit et qu'elle recouvrera, en cas de désaffectation, le plein exercice de ses droits »³⁴. Cette position a été confirmée, également, dans l'arrêt '*Piccioli*', lorsque la Haute juridiction administrative considéra que « [...] le charbon dont les sieurs Piccioli réclament d'une part, a été extrait des déblais effectués au cours des travaux par eux exécutés dans le port d'Oran,

³⁴ CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris*, n°22925, n°22960.

c'est-à-dire dans des terrains appartenant à l'Etat »³⁵. Cet arrêt, d'après la doctrine, « [...], a surtout servi de point d'appui à la réflexion d'Hauriou »³⁶, c'est-à-dire, la reconnaissance de l'idée de l'existence de la propriété administrative. Depuis, la position du juge administratif sera la même et plusieurs arrêts³⁷ suivront cette approche.

II/ Le domaine public et l'affectation à l'usage direct du public

25. La jurisprudence administrative a, en effet, dégagé des critères matériels pour définir le domaine public. Et elle a commencé par ce critère de l'affectation du bien à l'usage de tous³⁸ qui « est donc chronologiquement le premier retenu pour reconnaître la domanialité publique »³⁹. C'est donc dans l'arrêt '*Marécar*' que le juge administratif considéra que tout bien affecté à l'usage de tous rentre automatiquement dans le domaine public.

26. Toutefois, le Conseil d'État a considéré que la simple affectation à l'usage de tous ne suffit pas à incorporer le bien au domaine public. Ledit bien doit, aussi, faire l'objet d'un aménagement spécial pour son utilisation par le public. Ainsi pour la jurisprudence, les biens affectés à l'usage direct du public doivent recevoir un aménagement spécial pour qu'ils fassent partie des biens du domaine public. Le Conseil d'État décida, à ce propos, qu'une place, parce qu'elle était « affectée à l'usage du public et aménagée à cette fin, [...] faisait partie du domaine public de la commune »⁴⁰. Ce disant, certains biens, alors affectés à l'usage de tous, ne faisaient pas partie du domaine public pour la simple raison qu'ils n'avaient pas reçu des aménagements spéciaux. En effet, l'aménagement spécial était devenu un critère qui accompagnait celui de l'affectation du bien à l'usage direct du public. Pour le professeur de LAUBADÈRE, « la jurisprudence inaugurée par l'arrêt Berthier a rompu avec cette conception en étendant à ces dépendances du domaine affecté à l'usage du public le critère de l'aménagement spécial [...] »⁴¹.

³⁵ CE, 17 janvier 1923, *Piccioli*, n°77666.

³⁶ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Rozen NOGUELLOU - *Grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3^e éd., 2018, p.9.

³⁷ V- CE, 28 juin 1935, *Marécar*, Rec. Lebon, p. 734. À propos du domaine public funéraire, le Conseil d'État a considéré que « [...] le cimetière fait partie (...) du domaine public de la commune » ; v- CE 17 mai 1946, *Commune de Vieux-Boucau*, Rec. Lebon, 135.

³⁸ CE, 28 juin 1935, *Marécar*, Rec. Lebon, p. 734 : le juge a considéré que le bien (cimetière) « affecté à l'usage du public et [...] doit dès lors être compris parmi les dépendances du domaine public ».

³⁹ Jacqueline MORAND-DEVILLER - *Droit administratif des biens*, LGDJ, coll. Cours, 9^e éd., 2016, p.51.

⁴⁰ CE, 22 avril 1960, *Berthier*, Rec. Lebon, 1960, p. 264. V- CE 30 Mai 1975, *Gozzoli*, n°83245 : pour le Conseil d'État, il a considéré qu'une « partie de la plage [...] est affectée à l'usage du public et fait l'objet d'un entretien dans des conditions telle qu'elle doit être regardée comme bénéficiant d'un aménagement spécial à cet effet. Que dès lors, cette parcelle fait partie du domaine public communal ».

⁴¹ André de LAUBADÈRE - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1975, p.127.

III/ Le domaine public et l'affectation à un service public

27. Le juge a fini par élargir le domaine public aux biens affectés à un service public⁴² pourvu qu'ils fassent, également, l'objet d'un aménagement spécial. En effet, tout bien affecté à un service public ne fait pas partie, automatiquement, des biens du domaine public. Il faut que le bien utilisé soit aménagé en vue de la réalisation de la mission du service public. C'est le cas des bâtiments administratifs affectés à un service public, lesquels bâtiments ne font partie du domaine public qu'à la condition d'avoir reçu un aménagement spécial en vue de la réalisation du service. La Haute juridiction administrative a considéré, à propos des bâtiments administratifs municipaux, que « l'Hôtel-de-ville de Saint-Etienne est la propriété de la Ville. [...] Que cet immeuble a été spécialement aménagé en vue du groupement des services publics municipaux auquel il est affecté. Qu'il constitue une dépendance du domaine public communal »⁴³. Plusieurs arrêts⁴⁴ vont dans le même sens en ne retenant que les deux critères – affectation à un service public et l'aménagement spécial – pour que le bien fasse partie des dépendances du domaine public. C'est ainsi que pour considérer que le contrat signé par une personne publique revêt le caractère d'un contrat de droit privé, le Conseil d'État a considéré que « si la construction d'ateliers-relais par une commune a pour objet de favoriser son développement économique en complétant ses facultés d'accueil des entreprises et relève donc d'une mission de service public, cette circonstance ne suffit en revanche pas à faire regarder ces ateliers, qui ont vocation à être loués ou cédés à leurs occupants, comme étant affectés, une fois construits, à un service public et, sous réserve qu'ils aient fait l'objet d'un

⁴² CE, 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, n°20180 : selon le Conseil d'État, « la partie des terrains que groupe le port industriel constitue l'un des éléments de l'organisation d'ensemble que forme le port de Bonneuil-sur-Marne. Qu'elle est, dès lors, au même titre que les autres parties de ce port, affectée à l'objet d'utilité générale qui a déterminé la concession à l'Office national de la Navigation de la totalité de ces terrains et en raison duquel ceux-ci se sont trouvés incorporés, du fait de cette concession, dans le domaine public de l'Etat ». En l'espèce, des terrains privés loués à des entreprises privées pour des fins privées. Le terrain a reçu des aménagements dont la gestion a été confiée à une personne publique, gérant une mission de service public. Pour la doctrine, « il n'est plus aujourd'hui contesté que l'affectation à un service public puisse être, en elle, même, à côté de l'affectation à l'usage du public, une source directe de domanialité publique » : v- André de LAUBADÈRE - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1974, p.129.

⁴³ CE, 17 mars 1967, *Ville de Saint-Etienne*, n°64440.

⁴⁴ V- CE, 23 octobre 1968, *Préfet de la Seine*, n°73249 : le Conseil d'État, à propos des palais de justice, a considéré que, « [...] le palais de justice, propriété de département de la seine, est affecté au service public de la justice et a été spécialement aménagé à cet effet. Qu'il appartient ainsi au domaine public dudit département ». V - CE, 25 novembre 1981, *Commune de la Roche-Sur-Foron Haute Savoie*, n°20539 : le Conseil d'État a considéré que « la salle des fêtes de la Roche-Sur-Foron dans laquelle sont organisés des séances cinématographiques sous le contrôle d'une commission municipale de surveillance et qui est utilisée par la municipalité et les associations locales pour des concerts, réunions, bals, conférences ou congrès est affectée à des activités culturelles ou récréatives d'intérêt général présentant un caractère de service public pour lesquelles elle est spécialement aménagée ».

aménagement spécial , à les incorporer de ce seul fait dans le domaine public de la commune »⁴⁵.

28. Toutefois, certains biens affectés au service public ne nécessitent pas un aménagement spécial pour qu'ils fassent partie du domaine public. Ceci s'explique par le fait que ces biens « sont considérés comme tout naturellement adaptés aux nécessités du service public et compris, de ce fait, dans le domaine public »⁴⁶.

IV/ La notion d'aménagement spécial non définie explicitement par la jurisprudence

29. La jurisprudence a fait du critère de l'aménagement spécial un critère complétant celui de l'affectation à l'usage de tous et de l'affectation au service public. Ce disant, l'affectation à l'utilité publique doit être suivi d'un aménagement spécial. Ainsi, le juge administratif, pour considérer que des locaux occupés par des usagers font partie du domaine public, a précisé que l'administration « a réalisé d'importants travaux de restauration et aménagement spéciaux [...]. Que dès lors, les locaux occupés, en vertu d'une convention conclue le 27 mai 1982, doivent être regardés comme constituant une dépendance du domaine public de la commune »⁴⁷. Autrement dit, en l'absence d'un aménagement spécial, un bien même affecté à l'utilité publique ne pouvait être considéré comme appartenant au domaine public. Sur ce point, le juge administratif a considéré que les « parcelles sur lesquelles l'occupant, dans l'exercice de son activité de manadier [...], faisait paître ses troupeaux de taureaux et de chevaux, ne comportaient pas d'aménagement de nature à inclure ces parcelles précises dans le domaine public »⁴⁸. Bien que la jurisprudence ait inclus la notion d'aménagement spécial pour définir le domaine public, elle ne l'a pas défini explicitement.

30. En effet, cette notion « manque de rigueur »⁴⁹ comme l'a expliqué le professeur DUFAU et d'ajouter que « cette conception de l'aménagement spécial n'est plus, comme on l'a dit, qu'une clause de style qui se traduit inévitablement par une extension, peut-être discutable, du champ d'application de la domanialité publique ». C'est ainsi que le juge administratif « n'est exigeant ni sur l'importance matérielle de l'aménagement, ni sur sa

⁴⁵ CE, 11 juin 2004, *Commune de Mantes-La-Jolie*, n°261260.

⁴⁶ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.57.

⁴⁷ CE, 1 juin 2005, *René*, n°277092, AJDA, 2005, p.1747.

⁴⁸ CE, 6 juin 2005, *Syndicat mixte pour la protection et la gestion de la Camargue Gardoise*, n° 265227, AJDA, 2005, p.1700.

⁴⁹ Jean DUFAU, *op.cit.*, p.63.

spécialité ni enfin sur son degré de réalisation »⁵⁰. Plusieurs arrêts l'ont démontré. C'est le cas de l'arrêt du Conseil d'État, *Dauphin*, qui considéra que, « l'allée des Alysamps, qui appartient à la ville d'Arlès, est affecté à un service public de caractère culturel et touristique et qu'elle a fait l'objet d'aménagements spéciaux en vue de cet usage. Qu'ainsi cette allée a été incorporée au domaine public »⁵¹. C'est le cas de l'arrêt *Dame Gozzoli* où le juge administratif a considéré que, « la parcelle dont s'agit ne fait pas partie du domaine public maritime, mais qu'il résulte de l'instruction que la partie de la plage où elle est située est affectée à l'usage du public et fait l'objet d'un entretien dans des conditions telles qu'elle doit être regardée comme bénéficiant d'un aménagement spécial à cet effet. Que, dès lors, cette parcelle fait partie du domaine public communal »⁵². Il y a aussi la décision du Conseil d'État du 5 février 1965, *société Lyonnaise des transports*, qui considéra que, « que le garage situé dans les dépendances de l'Hôtel terminus à Lyon sur un terrain appartenant à la SNCF appartient au domaine public du chemin de fer, dès lors qu'il est affecté au service public du chemin de fer et spécialement aménagé en vue de l'objet auquel il est destiné »⁵³. Dans ces décisions, le seul fait que le bien ait reçu un aménagement spécial suffit, une fois affecté à l'utilité publique, à l'incorporer au domaine public. Toutefois, la jurisprudence n'apporte aucune précision quant à la véritable signification à cette expression 'aménagement spécial'.

31. Finalement, à défaut d'une définition jurisprudentielle de cette notion, la doctrine a donné sa définition en tenant compte des décisions rendues par le juge administratif. C'est ainsi que le terme aménagement spécial renvoie, selon la doctrine, à « un ensemble important d'opérations permettant l'adéquation du bien au but du service »⁵⁴. De la même sorte qu'on pouvait apercevoir cet aménagement par évidence. Pour le professeur CHAPUS, « il est évident que sont spécialement aménagées en vue de leur adaptation aux besoins à satisfaire des dépendances telles que les voies publiques, les halles et marchés, les lavoirs publics, les stades municipaux, les parcs de stationnement, les cimetières publics, les édifices du culte »⁵⁵.

32. Aujourd'hui, et au-delà des définitions doctrinales puis jurisprudentielles du domaine public, la loi a donné de manière explicite une définition générale du domaine public.

⁵⁰ Laure MARCUS, Alix PERRIN, « La volonté de l'administration d'incorporer un bien au domaine public » - note sous CAA de Paris, 2001, Institut de France, RFDA, 2003, p.67.

⁵¹ CE, 11 mai 1959, *Dauphin*, Rec. Lebon, p.294.

⁵² CE, 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, Rec. Lebon, p.325.

⁵³ CE, 5 févr. 1965, *Société Lyonnaise des transports*, n°57781.

⁵⁴ Charles DEBBASCH, Jacques BOURDON, Jean-Marie PONTIER, Jean-Claude RICCI - *Droit administratif des biens*, PUF, 1994, p. 43.

⁵⁵ René CHAPUS - *Droit administratif général*, Montchrestien, 14^e éd., 2000 p.382, t.2.

Paragraphe 3/ Le domaine public : une notion définie par le code général de la propriété des personnes publiques de 2006

33. Le code de 2006 définit, aussi, le domaine public. Ce dernier comprend l'ensemble des biens immobiliers et mobiliers appartenant à la personne publique. Contrairement au domaine public immobilier, le code de 2006 ne mentionne pas le critère de l'affectation concernant le domaine public mobilier. En effet, l'article L.2112-1 du CGPPP retient deux critères : l'appartenance du bien mobilier à la personne publique et le caractère d'un intérêt public que représente ce bien. En revanche, il n'est pas précisé dans cet article que ledit bien doit faire l'objet d'une affectation. Selon cet article, « sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique [...] ». Il est à comprendre, à travers cet article, que des biens mobiliers peuvent faire parties des biens du domaine public sans qu'il y ait, au préalable, un acte d'affectation. Mais cela n'empêche pas non plus de considérer que certains biens mobiliers puissent faire parties du domaine public mobilier de la personne publique et affectés, par exemple, à un service public. C'est le cas de l'exposition de certains tableaux contenant des images dans les musées. L'exposition de ces tableaux et qui présente un intérêt public du point de vue de l'art sert à l'accomplissement d'une mission de service public.

34. En outre, s'agissant du domaine public immobilier, il est à rappeler que de la même manière que le juge administratif, le code général de la propriété des personnes publiques a gardé les mêmes critères (I) tout en apportant des aménagements (II).

I/ Des critères identiques que ceux retenus antérieurement par la jurisprudence

35. Le code général de la propriété des personnes publiques a, pour définir le domaine public, repris les critères antérieurement dégagés par le juge administratif. Autrement dit, « des critères invariablement requis »⁵⁶ qui sont le critère organique et le critère matériel.

36. En effet, s'agissant du critère organique, le domaine public doit être objet de propriété. Ce disant, la collectivité publique doit être propriétaire du bien pour que celui-ci fasse partie des dépendances du domaine public. On lit que, « la propriété est une condition sine qua non

⁵⁶ Christine PAILLARD - « Collectivités propriétaires » - J.-cl.Pp, n°1, 2018.

de la domanialité publique »⁵⁷ et c'est ce qui ressort, d'ailleurs, de l'article L.2111-1, à propos du domaine public immobilier, dudit code selon lequel, « sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionné à l'article L.1 est constitué des biens lui appartenant [...] ». Cette disposition ne fait que reprendre « le terme utilisé par le code du domaine public de l'Etat, qui consacrait une jurisprudence traditionnelle [...] »⁵⁸, laquelle consacra le droit de propriété publique sur le domaine public. Idem pour le domaine public mobilier, il doit appartenir à la personne publique comme le précise L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

37. S'agissant des critères liés à l'utilité publique, le code général de la propriété des personnes publiques reprend invariablement les critères jusque-là jurisprudentiels, en ce sens qu'il précise qu'une fois que les biens relèvent de la propriété d'une personne publique, ils feront partie du domaine public lorsqu'ils « [...] sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public [...] ». Ainsi, pour la première affectation, cela suppose que le bien du domaine public est utilisé de manière directe par les administrés collectivement ou de façon privative. Pour la seconde affectation, elle suppose que ledit bien permet la réalisation de cette mission de service public. Ainsi, les administrés ne l'utilisent pas directement mais par le biais du service public. Ces deux critères permettent donc aux biens de faire partie du domaine public. Ils ne sont pas cumulatifs, ils sont, néanmoins, alternatifs.

38. Par ailleurs, il est à préciser qu'avant même la rédaction du CGPP, ces deux critères ont acquis une valeur constitutionnelle et s'imposent au législateur. On lit dans la décision du Conseil constitutionnel que « l'habilitation accordée au gouvernement par l'article 34 déferé [...], n'autorise pas le gouvernement à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public. Que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté [...] »⁵⁹. Il est vrai que cette décision « porte sur des biens affectés au service public »⁶⁰ toutefois, et comme l'a souligné le professeur FATÔME, « il paraît logique de considérer que, de la même manière qu'en ce qui concerne les biens affectés au service public, ce qui importe du point de

⁵⁷ Ibid, n°3.

⁵⁸ Damien DUTRIEUX - « Domaine. Domaine public des personnes publiques- Définition. Consistance. Constitution. Protection » - J.-cl. Enregistrement Traité, Fasc.20, n°3.

⁵⁹ Cons. Const, n°2003-473, DC 26 juin 2003, *loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

⁶⁰ Laurent RICHER – *Les bases constitutionnelles du droit du domaine public*, colloque du 10 janvier 2020 organisé par le GRIDAUH, intitulé « Hommage au professeur Étienne Fatôme », RFDA, 2020, p.918.

vue constitutionnel, dans la mesure tout au moins où l'usage du public auquel ils sont affectés correspond à l'exercice d'une liberté publique, est que leur régime juridique soit tel que le respect des exigences constitutionnelles correspondant à cet exercice ne soit pas privé de garanties légales »⁶¹.

39. En outre, il est à noter que le code général de la propriété des personnes publiques a apporté des modifications. En effet, le législateur a réservé le critère de l'aménagement aux seuls biens affectés à un service public.

II/ L'aménagement de certains critères jurisprudentiels par le code général de la propriété des personnes publiques

40. Le code général de la propriété des personnes publiques a apporté quelques modifications sur des critères qui étaient, jusque-là, jurisprudentiels.

41. D'abord, l'expression 'aménagement spécial' a été remplacée par celle de 'aménagement indispensable'. La doctrine explique que ces deux expressions ne sont pas à confondre. Selon le professeur RAPP, « l'expression est nouvelle, si l'exigence, qu'elle recouvre, est ancienne. Il ne faut la confondre ni avec l'aménagement spécial traditionnellement évoqué en jurisprudence, ni avec l'ouverture au public »⁶². Mais comme l'aménagement spécial, l'expression aménagement indispensable reste un critère ambigu et manque de définition textuelle. Malgré cette ambiguïté, on peut considérer que cette expression 'aménagement indispensable', « implique un agencement immobilier qui contribue à l'adaptation du bien à la mission de service public pour lequel il est affecté, il peut consister en un travail public, ou en un aménagement tenu qui pourrait s'apparenter à un entretien, aux dimensions ou à la disposition du bien [...] »⁶³.

42. Ensuite, le code général de la propriété des personnes publiques applique ce critère de l'aménagement indispensable aux seuls biens affectés au service public et exclut ceux des biens affectés à l'usage direct du public, contrairement à la jurisprudence antérieure qui avait admis que le critère de l'aménagement spécial concernait à la fois les biens affectés à l'usage direct du public et aux biens affectés au service public. Il est sans doute que « le critère de

⁶¹ Étienne FATÔME – « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public » - *AJDA*, 2003, p.1192.

⁶² Lucien RAPP - « Entrée et sortie des biens : la propriété choisie » - *RFDA*, 2006, p.916.

⁶³ Christelle BALLANDRAS-ROZET - « L'aménagement indispensable, un critère discutable du domaine public » - *AJDA*, 2007, p.571.

l'aménagement indispensable devait se montrer plus restrictif que celui de l'aménagement spécial »⁶⁴. Ou comme l'a montré M. FÉVROT, « le critère de l'aménagement indispensable consacré par l'article L.2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques vise à réduire le champ de la domanialité publique »⁶⁵.

43. En effet, selon l'article L.2111-1 de ce code, « [...] le domaine public [...] est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public, pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable ». Toutefois, il est à rappeler que cette modification n'est pas rétroactive. Autrement dit, « la notion d'aménagement indispensable ne s'applique pas aux biens qui sont entrés dans le domaine public avant l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques »⁶⁶, comme l'a précisé la haute juridiction administrative « qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui appartenaient antérieurement au domaine public et qui, depuis le 1^{er} juillet 2006, ne rempliraient pas les conditions désormais fixées par son article L.2111-1 »⁶⁷. Ceci suppose donc que les biens, demeurant antérieurement audit code, affectés à l'usage de tous et ayant fait l'objet d'un aménagement spécial font toujours partie des dépendances du domaine public, sauf texte législatif contraire⁶⁸.

44. Par ailleurs, ce critère d'aménagement indispensable demeure nécessaire pour qu'un bien affecté à un service public fasse partie du domaine public. C'est ainsi que le juge administratif a considéré que, « une piste de SKI alpin qui n'a pu être ouverte qu'en vertu d'une telle autorisation a fait l'objet d'un aménagement indispensable à son affectation au

⁶⁴ Joseph ANDREANI - « Aménagement indispensable et portée de l'obligation de déclassement » - *AJDA*, 2008, p.2338.

⁶⁵ Olivier FÉVROT, « Critère de l'aménagement indispensable et application de la loi dans le temps » - note sous CAA de Lyon, 29 avril 2008, *Société Boucherie André*, n°07LY02216, *RDI*, 2008, p.552.

⁶⁶ Philippe GODFRIN, Michel DEGOFFE - *Droit administratif des biens*, Sirey, coll. Université, 12^e éd., 2018, p.41.

⁶⁷ CE, 3 octobre 2012, *Commune de Port-Vendres*, n°353915. V- CAA Lyon, 29 avril 2008, *Sté Boucheries André*, n°07LY02216 : le juge administratif d'appel avait considéré que « le seul fait que cette parcelle ait ensuite cessée d'être affectée au service public n'a pu avoir pour effet de la faire sortir du domaine public. Que la requérante ne peut utilement invoquer les dispositions de l'article L.2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, selon lesquelles le bien affecté à un service public doit recevoir un aménagement indispensable l'exécution des missions de ce service, ces dispositions ne pouvant avoir pour effet de faire sortir du domaine public des biens qui en faisaient partie avant leur entrée en vigueur ».

⁶⁸ V- CE, 7 mai 2012, *Société Brasserie du Théâtre*, n°342107.

service public de l'exploitation des pistes de ski. Que, par suite, font partie du domaine public de la commune [...] les terrains d'assiette d'une telle piste qui sont sa propriété »⁶⁹.

45. Il reste maintenant à la question de savoir comment identifier le critère de l'aménagement indispensable. Le juge administratif, très récemment, a indiqué qu'il faudrait que l'aménagement soit certain. On comprend, par-là, que le juge retient les réalisations effectuées de manière évidente et certaine et qui facilitent la réalisation des missions de service public pour lesquelles le bien est affecté. Dans son arrêt rendu le 29 mai 2017, '*Commune de Baillargues*', le Conseil d'État a considéré que, « quand une personne publique a pris la décision d'affecter un bien qui lui appartient à un service public et que l'aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public peut être regardé comme entrepris de façon certaine, eu égard à l'ensemble des circonstances de droit et de fait, telles que, notamment, les actes administratifs intervenus, les contrats conclus, les travaux engagés, ce bien doit être regardé comme une dépendance du domaine public »⁷⁰.

46. En outre, on retrouve parmi les critères de la domanialité publique, le critère de la propriété publique. Ce disant, pour que le bien fasse partie du domaine public, il doit appartenir à une personne publique, autorité chargée de la gestion dudit bien. Sur la base de ce droit de propriété, ladite autorité dispose d'une liberté de gestion. Toutefois, comme il sera expliqué dans cette étude, en l'état actuel du droit positif, cette liberté de gestion connaît des limites mais sans pour autant disparaître totalement.

Section 2/ L'objet de notre recherche : la liberté de gestion du domaine public

47. À travers cette étude, l'objectif est de montrer que la gestion du domaine public est laissée à la liberté de l'autorité domaniale, propriétaire et/ ou gestionnaire dudit domaine. Pour parvenir à démontrer une telle approche (paragraphe 1), il convient de présenter cette liberté comme étant le principe (paragraphe 2) pour ensuite présenter ses limites comme étant l'exception (paragraphe 3).

⁶⁹ CE, 28 avril 2014, *Commune de Val D'Isère*, n°349420

⁷⁰ CE, 29 mai 2017, *Commune de Baillargues*, n°401884.

Paragraphe 1/ L'approche de notre recherche

48. L'approche retenue dans cette étude consiste à démontrer que les règles anciennes et actuelles de la domanialité publique ont toujours opté pour la préservation de la liberté de gestion de l'autorité domaniale. L'on pourrait, par exemple, croire qu'avec l'obligation de respecter les règles issues du droit de la concurrence et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de gestion du domaine public est écartée mais néanmoins, nous constatons que ladite liberté est toujours préservée. Car, Il y a une nécessité de préserver cette liberté en raison notamment de la finalité de l'action de l'autorité domaniale : intérêt du domaine, intérêt général, protection de l'affectation ou simplement assurer une meilleure gestion du domaine public.

49. De ce fait, à travers notre recherche, il sera question de présenter les prérogatives dont dispose l'autorité domaniale dans la gestion du domaine public et qui justifient sa liberté de gestion du domaine public. Ces prérogatives sont celles qui sont mises en œuvre en vue de la valorisation du domaine public. Ainsi, dans cette étude, l'approche retenue est la préservation de la liberté de gestion bien que celle-ci ait été bouleversée par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et par le droit de la concurrence. Dès lors, la liberté de gestion de l'autorité domaniale se manifeste par ses prérogatives en matière de gestion du domaine public en raison d'abord, de l'existence de son droit de propriété et ensuite, des rapports exorbitants entre elle et les administrés. Qu'il est donc nécessaire d'expliquer ce qu'on entend par gestion du domaine public (I) et présenter, par la suite, la délimitation de notre sujet (II).

I/ La gestion du domaine public

50. Muriel de FABRÈGUES explique que, « la gestion est au cœur de la vie de beaucoup d'entre nous [...]. Dès l'antiquité, gérer comprenait la combinaison des trois actions les plus symboliques de la gestion de notre époque : planifier, organiser et contrôler »⁷¹. Aujourd'hui, dans la gestion du domaine public, on retrouve ces actions. En effet, l'autorité domaniale, en vue de la bonne gestion de son domaine, dispose d'un plan de gestion, d'une organisation et vérifie si les utilisations de son domaine sont bien conformes ou compatibles à l'affectation.

51. La gestion du domaine public renvoie à deux aspects. D'abord, elle renvoie aux obligations qui s'imposent à l'autorité domaniale ; gérer, c'est veiller sur son bien. Il s'agit,

⁷¹ Muriel de FABRÈGUES - *Introduction à la gestion*, Dalloz, 2^e éd., 2012, p.1.

par-là, de protéger le domaine public, d'assurer sa valorisation ainsi que sa meilleure exploitation. Ensuite, la gestion du domaine public renvoie aux rapports qui existent entre l'autorité domaniale et les particuliers sur le domaine public. Autrement dit, gérer le domaine public c'est aussi prendre des mesures qui lient les usagers dudit domaine.

52. Cependant, la notion de la gestion du domaine public avait suscité beaucoup de réactions, notamment dans la question de savoir si la gestion du domaine public fait partie de la 'gestion administrative'. Le doyen HAURIUO a expliqué que, « la gestion serait l'exécution même des services publics »⁷², l'on se demanderait si, dans ce cas, la gestion du domaine public sert à exécuter des missions de service public. Si aujourd'hui, la doctrine contemporaine distingue la gestion du domaine public de la gestion des services publics, une chose est certaine, la gestion du domaine public a toujours fait partie intégrante de la gestion administrative. On lit dans le précis de droit administratif de HAURIUO que, « les personnes administratives ont sur la masse des biens qui constituent leur domaine public deux espèces de droits, des droits de police et des droits de gestion qui sont domaniaux »⁷³. Toutefois, en revenant sur la question posée, le doyen HAURIUO a affirmé que la gestion du domaine est aussi une gestion de service public. Pour lui, tout ce qui sert à aider au bon fonctionnement du service public fait partie de la gestion de service public. Selon lui, on entend « par moyen de gestion des services publics, [...] les organisations de choses et les opérations qui fournissent aux services publics les éléments généraux de leur fonctionnement, c'est-à-dire [...] des choses [dépendance du domaine public], [...] »⁷⁴. Au vu de cette approche, le domaine public comprend l'ensemble des biens destinés à la satisfaction d'une mission de service public. Autrement dit, derrière un bien de dépendance du domaine public, il y a une mission de service public. À ce propos, la doctrine va jusqu'à affirmer que, même au sein du « bien affecté [...] directement à l'usage du public [...], l'idée de service public »⁷⁵ est bien présente.

53. Aujourd'hui, une partie de la doctrine contemporaine distingue la gestion des services publics de la gestion du domaine public. Les deux forment, certes, la gestion administrative mais se distinguent, toutefois. Cette doctrine est celle défendue par le professeur YOLKA. Selon lui, « 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 gestions distinctes : la gestion des services publics et la gestion des propriétés

⁷² Maurice HAURIUO - *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Larose, 1899, p.5.

⁷³ Maurice HAURIUO - *Précis de droit administratif*, Larose, 4^e éd., 1900, p.610.

⁷⁴ Maurice HAURIUO - *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 10^e éd., 1921, p.563.

⁷⁵ Roland DRAGO - « Nature juridique de l'espace hertzien » - *In Mélanges Juglart*, 1986, p.364.

publiques »⁷⁶. On entend, ainsi, par gestion du domaine public les opérations, organisations et contrôles réalisés sur les biens qui appartiennent à l'administration. Bien que certains biens puissent être affectés à un service public, la distinction entre gestion de service public et gestion du domaine public demeure.

54. Cela dit, affirmer que la gestion du domaine public rentre dans la gestion administrative, c'est aussi affirmer que cette gestion constitue un acte purement administratif, un acte juridique par lequel le propriétaire du domaine édicte, à l'aide des prérogatives de puissance publique, en vue de gérer son bien. Sur ce point, la doctrine admet, à l'unanimité, que l'acte de gestion du domaine public est un acte administratif en raison de la présence des prérogatives de puissance publique. Pour le professeur LAVIALLE, « [...] la gestion du domaine public est qualifiée [...] d'activité de puissance publique [...] »⁷⁷. Pour le commissaire de gouvernement, STAHL, « [...] les actes de gestion du domaine public sont, au sein, des actes administratifs, sans doute parmi ceux qui sont les plus marqués par les prérogatives de puissance publique »⁷⁸. On peut donc considérer que gérer un bien c'est aussi administrer.

55. Par ailleurs, étant donné que notre recherche porte sur la gestion, toute notion qui va au-delà de cette gestion ne sera pas abordée dans notre sujet.

II/ La délimitation de notre recherche

56. Notre sujet se limite à la gestion du domaine public. Nous allons donc exclure, dans cette étude, les notions qui ne rentrent pas dans la gestion du domaine public. Ceci s'explique par le fait que la gestion du domaine public n'est pas assimilable au pouvoir de police exercé sur le domaine public. Cela dit, deux mesures différentes sont exercées sur le domaine public ; l'acte de gestion et l'acte de police. En effet, la doctrine explique que « [...], l'administration dispose de deux types de prérogatives : elle peut tout d'abord utiliser son pouvoir général de police. Le domaine public, lorsqu'il est ouvert au public, sera par excellence le lieu où devront être assurés l'ordre public, la sécurité et la salubrité. L'administration, parce qu'elle est propriétaire, dispose également d'un pouvoir de gestion étendu. Le domaine public est un

⁷⁶ Philippe YOLKA - *La propriété publique. Élément pour une théorie*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 191, 1997, p.291.

⁷⁷ Christian 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.

⁷⁸ Jacques-Henri STAHL – Conclusion sur CE, 26 mars 1999, Société EDA, *AJDA*, 1999, p.427.

bien économique, une richesse. Il est normal que la collectivité cherche à assurer la meilleure utilisation possible de son patrimoine. Ce n'est plus un souci d'ordre qui sera à la base de la réglementation, mais le désir de tirer le meilleur parti possible des différentes dépendances domaniales »⁷⁹. Ainsi, suivant ce raisonnement, nous n'aborderons pas la question de l'usage commun du domaine public. La réglementation de cet usage commun ne relève pas de la compétence de l'autorité de gestion mais l'autorité agissant en qualité d'autorité de police. D'ailleurs, à propos de cette distinction, l'on peut prendre comme exemple récent d'illustration la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire. Rappelons que la covid-19 n'a pas épargné le domaine public et ce « [...] virus n'ayant évidemment aucun respect pour la propriété publique »⁸⁰ selon les termes du professeur FOULQUIER. En effet, cette loi n'a pas imposé l'obligation du « passe sanitaire » pour les utilisations privatives du domaine public. Il en va autrement pour les utilisations collectives du domaine public. Ceci s'explique par le fait que l'autorité domaniale est investie, s'agissant des utilisations collectives, des pouvoirs de police. Sur ce point, le Conseil constitutionnel, à propos des restrictions apportées par cette loi notamment au droit à la liberté d'aller et venir et donc de circuler librement sur le domaine public ouvert à tous, a considéré que ces restrictions sont justifiées par la poursuite de « l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de santé publique »⁸¹.

57. Nous nous limiterons donc à la gestion du domaine public pour deux raisons. La première raison tient au fait que la gestion a une finalité d'ordre économique et patrimonial (A). La deuxième raison s'explique par le fait que la gestion du domaine public se distingue des mesures de police exercées sur le domaine public (B).

A/ La gestion du domaine public : une finalité d'ordre économique et patrimonial

58. Dire que la gestion du domaine public a une finalité d'ordre économique et patrimonial, c'est une manière de distinguer les actes de gestion des actes de police. Pour cela, tout acte qui n'est destiné ni à la valorisation économique dudit domaine ni au maintien à la fois de l'intérêt dudit domaine et de l'intérêt général et ni à son affectation ne rentre pas dans

⁷⁹ Philippe GODFRIN, Michel DEGOFFE – *Droit administratif des biens*, Sirey, coll. Université, 12^e éd., 2018, p.115.

⁸⁰ Norbert FOULQUIER – « Les occupants de la propriété publique et la covid 19. Une protection infectée de deux incompétences législatives ? » - RDI, 2020, p.364.

⁸¹ Décision n°2021-824 DC du 5 août 2021, loi relative à la gestion de la crise sanitaire.

la gestion. Autrement dit, gérer le domaine public vise deux objectifs : protéger et valoriser économiquement le domaine public.

59. Or, seules les utilisations privatives du domaine public peuvent être à l'origine de la valorisation économique du domaine public, en ce sens qu'elles permettent de rentabiliser ce domaine. Alors que s'agissant des utilisations collectives, elles ne constituent pas des moyens pouvant engendrer des revenus au profit de l'administration. Ces utilisations ne sont que des utilisations communes et les administrés ont un accès libre sans être soumis à aucune contrepartie financière. Il est vrai que certaines activités économiques sont exercées sur le domaine public ouvert à tous, mais telles activités⁸² feront l'objet d'une mesure de réglementation émanant, non pas de l'autorité de gestion, mais de l'autorité de police.

60. Ainsi, parce que l'usage commun du domaine public est un droit pour les administrés, et donc absence de contrepartie financière en cas d'utilisation, il ne rentre pas, dans ce cas, dans la gestion du domaine public. Pour cette raison, la confrontation entre l'administration et l'exercice de certaines libertés [le cas de la liberté de stationnement, la liberté de circulation, etc...] sur le domaine public ne fera pas l'objet d'une étude dans notre thèse. Seule la confrontation entre l'administration et l'exercice des libertés économiques sur le domaine public fera l'objet d'une étude, car cela rentre dans la gestion du domaine public.

61. Notre explication s'explique par le fait qu'il existe deux actes qui peuvent être exercés sur le domaine public ; l'acte de gestion et l'acte de police. Seul le premier est relatif à la gestion du domaine public. Ainsi, la question de la liberté de gestion se pose essentiellement lorsque le maître du domaine agit en tant qu'autorité de gestion. En revanche, lorsqu'il agit en tant qu'autorité de police, il ne dispose pas de liberté de gestion mais plutôt des pouvoirs de police. Selon la doctrine, « les actes de police doivent toujours respecter les libertés publiques des administrés, ces mêmes libertés ne sont pas opposables à l'administration lorsqu'elle intervient au titre d'un pouvoir de gestion »⁸³.

⁸² Il s'agit, par exemple, des activités professionnelles de taxis, de l'ouverture des auto-écoles, lesquelles sont exercées sur le domaine public et soumises sous le régime, non pas de la gestion du domaine public, mais applicable en matière de police administrative.

⁸³ Jean DUFAU – *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p. 392.

B/ Les mesures de gestions du domaine public : des mesures se distinguant des mesures de police

62. La réglementation de gestion se distingue de la réglementation de police. Cette dernière « destinée à assurer l'ordre public général [...] » est différente de la première « qui détermine les conditions de délivrance et d'utilisation des titres permettant les utilisations privées »⁸⁴.

63. Cette étude, en portant sur la liberté de gestion du domaine public, se limite donc à la réglementation de gestion. Cette dernière se distingue de la réglementation de police qui régleme les usages collectifs du domaine public. Il ne sera pas traité, dans cette étude, la question de certaines libertés faisant l'objet d'une réglementation de police, comme la liberté de circulation, la liberté de stationnement et certaines libertés d'ordre économique (activités professionnelles de taxi et ouverture d'une auto-école sur le domaine public ouvert à tous). Ces libertés font l'objet non pas d'une réglementation de gestion mais plutôt d'une réglementation de police.

64. Aujourd'hui, pour pouvoir distinguer les deux, la doctrine nous explique qu'il y a deux éléments. En effet, « [...], deux éléments permettent de les distinguer : d'une part, les motifs de la réglementation, d'autre part, le fait que la réglementation issue des pouvoirs de gestion n'est pas sanctionnée pénalement, à la différence des règlements de police qui eux le sont »⁸⁵. Cela dit, nous rappelons que l'autorité domaniale peut agir soit en tant qu'autorité de police soit en tant qu'autorité de gestion. Ce qui nous intéresse dans notre recherche demeure dans la gestion du domaine public, c'est-à-dire, les mesures de réglementation prises par l'administration en tant qu'autorité de gestion. Et ne pas traiter la question de la réglementation de police signifie que la question de la liberté de gestion ne se pose pas lorsque l'administration agit en tant qu'autorité de police. Ceci s'explique par la finalité de l'action de l'autorité de police qui est celle de la préservation de l'ordre public sur le domaine public. Dans cette hypothèse, l'autorité ne dispose pas de liberté de gestion mais de pouvoir de police administrative.

⁸⁴ Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE – *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.127.

⁸⁵ Philippe GODFRIN, Michel DEGOTTE – *Droit administratif des biens*, Sirey, coll. Université, 12^e éd., 2018, p. 115.

65. En intitulant notre sujet de 'liberté de gestion du domaine public', c'est aussi exclure la question de la réglementation de certaines libertés exercées sur le domaine public par l'autorité de police, car les mesures de gestion ne sont pas assimilables aux mesures de police. Selon la doctrine, la « [...] réglementation de gestion, non assortie de sanctions pénales, [...] détermine les conditions de délivrance et d'utilisation des titres permettant les utilisations privatives »⁸⁶. C'est ainsi que notre travail se limite à l'acte de gestion différent de l'acte d'autorité. On entend par acte d'autorité, l'acte de police. Pour HAURIOU, « il existe deux modes d'activités de l'administration, l'un qui est la voie d'autorité, l'autre qui est la voie de gestion »⁸⁷. Ainsi, dans la mesure où la gestion du domaine public rentre dans la gestion administrative, elle se distingue, donc, de l'acte de police. Le professeur YOLKA explique, en ce sens, que « les actes de gestion sont [...] des mesures d'administration du domaine qui emportent des effets des droits à l'égard des particuliers, mais qui se distinguent des pouvoirs de police »⁸⁸. En conséquence, seront exclues dans notre recherche les mesures qui relèvent de l'autorité de police.

66. Il est important de rappeler que, jusqu'au 20^e siècle, l'autorité domaniale n'exerçait que des mesures de police sur son domaine. Son rôle se limitait à la sécurité, tranquillité et commodité sur le domaine public. Le Conseil d'État, sur ce point, avait toujours considéré que l'autorité domaniale exerce ces pouvoirs « dans un intérêt de police et de service public »⁸⁹. Mais très vite, dès le début du 20^e siècle, la jurisprudence a admis que l'autorité domaniale est dotée d'une attribution de gestion, en ce sens qu'elle peut être chargée d'assurer la meilleure exploitation du domaine public. Il ressort de l'arrêt du Conseil d'État, *société nationale d'éditions cinématographiques*, « 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 »⁹⁰. Depuis, la gestion du domaine public se distingue de la mission de police exercée sur ledit domaine. Le professeur YOLKA explique que la gestion a deux conceptions. D'abord, la gestion est « au sens matériel, une activité interne de l'administration qui consiste

⁸⁶ Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE – *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2016, p. 114.

⁸⁷ Maurice HAURIOU - *La gestion administrative. Étude théorique de droit administrative*, Larose, 1899, p.2.

⁸⁸ Philippe YOLKA - *La propriété publique. Élément pour une théorie*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 191, 1997, p.213.

⁸⁹ CE, 25 février 1864, *Lesbats*, Rec. Lebon, p.210 ; v- CE, 29 novembre 1878, *Dehaynin*, Rec. Lebon, p. 466.

⁹⁰ CE, 20 mars 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, Rec. p.702.

à gérer un bien »⁹¹. Ensuite « les actes de gestion sont des mesures de droit à l'égard des particuliers, mais qui se distinguent des mesures de police ».

67. Il reste maintenant à se demander si l'administration, au-delà des mesures de police qu'elle exerce sur le domaine public, dispose d'une liberté de gestion sur ledit domaine. En effet, si l'on part de l'idée que la propriété est un droit, l'on peut admettre que l'autorité domaniale dispose d'une liberté de gestion en raison de son droit de propriété qu'elle exerce sur son domaine. Ce disant, la propriété constitue le fondement de la liberté de gestion du domaine public. Mais il est défendu dans cette étude que la propriété exercée sur le domaine public est une propriété publique différente de la propriété publique exercée sur le domaine privé. En conséquence, cette propriété publique est divisée en deux propriétés : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée⁹². Cette propriété publique que cette étude qualifie de publique est à l'origine de la liberté de gestion du domaine public. Toutefois, l'exercice de cette liberté de gestion n'est pas sans limite, mais au demeurant, elle est toujours maintenue malgré le bouleversement par les règles issues du droit de la concurrence⁹³ et par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie⁹⁴. Nous soulignons, en conséquence, que la liberté de gestion demeure le principe et de ce fait, le maître du domaine demeure libre dans la gestion du domaine public.

Paragraphe2/ La liberté de gestion du domaine public : le principe

68. Le principe de la liberté de gestion du domaine public suppose que l'autorité domaniale dispose d'une marge de manœuvre dans la gestion dudit domaine. De ce fait, elle demeure la maîtresse de ce domaine et assure sa gestion de manière libre (II). Cette liberté s'explique par l'existence d'un droit de propriété sur ledit domaine (I).

I/ L'existence d'un droit de propriété sur le domaine public : une source de liberté de gestion du domaine public

69. La liberté de gestion est la marge de manœuvre dont dispose l'autorité domaniale propriétaire pour gérer son bien de manière à assurer les intérêts dudit bien. Cette autorité est tenue d'assurer une bonne gestion de ses biens de dépendance du domaine public et de ce fait, pour y parvenir, elle se voit doter d'une liberté d'action ; le but étant d'assurer les intérêts de

⁹¹ Philippe YOLKA, op.cit., p.211.

⁹² V. infra, première partie, p.70.

⁹³ V. infra, deuxième partie, Pp. 241 et suivantes.

⁹⁴ V. infra, deuxième partie, Pp. 290 et suivantes.

son domaine public. L'exploitation, l'entretien, la protection, l'affectation, la valorisation et l'octroi des titres domaniaux rentrent tous dans la gestion de son domaine. Pour la doctrine, « cette liberté ne fait que traduire ses prérogatives de propriétaire du domaine et de protecteur de son affectation »⁹⁵. Ainsi, toute sorte de décision prise en matière de gestion domaniale se fonde, en principe, sur le droit de propriété. Jean- Pierre AMADEI a écrit, par exemple, que, « la fonction assignée à un bien, à savoir l'affectation, est une compétence de la personne publique propriétaire »⁹⁶. En étant donc propriétaire, l'autorité domaniale dispose d'une liberté d'action dans la gestion du domaine public. La reconnaissance d'un droit de propriété sur le domaine public (A) est source de liberté en raison de l'existence d'un régime exorbitant du droit commun (B).

A/ La reconnaissance d'un droit de propriété sur le domaine public

70. La thèse de la reconnaissance d'un droit de propriété sur le domaine public a été défendue par le doyen HAURIOU. Selon lui, « la domanialité publique est essentiellement une forme de propriété administrative inaliénable et imprescriptible »⁹⁷. Contrairement à PROUDHON⁹⁸, à BERTHÉLEMY⁹⁹, à DUCROCQ¹⁰⁰, le doyen HAURIOU défendit l'approche selon laquelle le domaine public est objet de propriété. Ainsi, par exemple, l'interdiction d'aliéner les biens de dépendance du domaine public vise à protéger l'affectation dudit domaine. Or, cette protection est assurée par le maître du domaine qui agit en tant que propriétaire. Pour HAURIOU, « la règle de l'inaliénabilité [...] est la conséquence immédiate de l'affectation. Les dépendances du domaine public sont inaliénables à cause de leur affectation [...] »¹⁰¹.

71. Le professeur BONNARD a, aussi, partagé cette thèse. Pour justifier l'idée d'une propriété sur le domaine public, il a expliqué que « l'élément premier et irréductible de la

⁹⁵ Norbert FOULQUIER – *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. Manuels, 4^e éd., 2018, p.398.

⁹⁶ Jean-Pierre AMADEI - « Domanialité publique, propriété administrative et affectation à la lumière de la décentralisation » - *AJDI*, 1996, p.981.

⁹⁷ Maurice HAURIOU – *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1933, p.781.

⁹⁸ Selon lui, « le domaine public [...] ne s'applique [...] qu'à des choses qui [...] placées hors du commerce ou hors des règles de la propriété ordinaire » : v - Jean-Baptiste-Victor PROUDHON – *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, Victor Lagier, 1833, p.1, t.2.

⁹⁹ Selon lui, « le domaine public n'est pas susceptible de propriété. On dit en général que les droits des administrations sur le domaine public ne sont pas des droits de propriété » : v- Henry BERTHÉLEMY – *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 2^e éd.,1902, p.396.

¹⁰⁰ Selon lui, « l'idée de domanialité publique est radicalement exclusive du droit de propriété défini par le droit romain et par l'article 544 du code civil [...] » : v- Théophile DUCROCQ – *Cours de droit administratif*, Ernest Thorin, 6^e éd., 1881, p.107, t. 2.

¹⁰¹ Maurice HAURIOU – *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 10^e éd., 1921, p. 618.

propriété, c'est le fait de disposer librement de l'utilité d'une chose pour s'en réserver l'utilité ou pour attribuer à d'autres cette utilité tout en conservant l'emprise et détention »¹⁰². C'est véritablement ce qu'on retrouve dans le domaine public. En effet, le maître du domaine conserve 'l'emprise et la détention', car il a la maîtrise des biens de dépendance du domaine public. C'est pour quoi « certains pouvoirs exercés sur le domaine public par l'administration ne pouvaient guère s'expliquer que par l'idée de propriété »¹⁰³.

72. En outre, rappelons que la propriété publique comprend l'ensemble des biens, du domaine public comme du domaine privé, de la personne publique, néanmoins, la propriété exercée sur le domaine public a une signification particulière dans la mesure où l'autorité domaniale intervient à l'aide des prérogatives de puissance publique. Pour cette raison, l'autorité domaniale est dotée d'une liberté de gestion différente de la liberté de gestion du domaine privé.

B/ La propriété publique sur le domaine public : source de liberté en raison de sa soumission à un régime exorbitant du droit commun

73. La liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale s'explique par l'exercice d'une propriété publique sur le domaine public. Toutefois, l'on pourrait se demander si cette même liberté existe aussi sur le domaine privé, dans la mesure où la propriété publique comprend aussi les biens du domaine privé de l'administration ?

74. La réponse est négative. La liberté de gestion dont nous parlons, ici, est celle qui découle des prérogatives de puissance publique. D'après la doctrine, le « pouvoir de gérer le domaine public peut être analysé comme une prérogative de puissance publique »¹⁰⁴. Il s'agit donc d'une liberté de gestion différente de celle exercée sur le domaine privé de l'administration. Car, s'agissant de la gestion du domaine privé, même si l'administration le gère librement comme le précise L. 2221-1¹⁰⁵ du code général de la propriété des personnes publiques, ce sont en principe les règles du droit privé qui s'appliquent. Ainsi, la personne publique, en gérant son domaine privé, se comporte au même titre qu'un particulier et la gestion de son domaine privé est soumise, en principe, aux règles issues du droit privé. En

¹⁰² Roger BONNARD – *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p. 551.

¹⁰³ Ibid, p. 14.

¹⁰⁴ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, François BRENET, Clémence BREIL – *Code général de la propriété des personnes publiques*, Dalloz, coll. Dalloz Professionnels, 10^e éd., 2020, p.333.

¹⁰⁵ Selon cet article, « les personnes publiques [...] gèrent librement leur domaine selon les règles qui leur sont applicables ».

effet, « dès lors que la personne publique n'affecte pas le bien à une fonction d'intérêt général [...], le régime de ce bien est alors celui du droit commun »¹⁰⁶. En conséquence, l'on assiste à un rapport d'égalité entre l'autorité domaniale et les administrés lorsqu'ils sont confrontés à une question relevant du domaine privé. C'est le cas de la délimitation du domaine privé qui « est effectuée selon la procédure du bornage qui met à égalité les deux voisins, l'administration et la personne privée »¹⁰⁷. Ceci s'explique par le fait que l'autorité domaniale se comporte comme une personne ordinaire et ses actes sont qualifiés d'acte de droit privé. Ce sont donc les règles de droit privé qui s'appliquent.

75. Pour ces raisons, il est défendu, dans cette étude, que la propriété publique exercée sur le domaine public confère à l'autorité domaniale une large liberté d'action puisque ladite autorité agit à l'aide des prérogatives de puissance publique. Il y a par là un rapport d'inégalité entre l'administration propriétaire et les administrés. Car, s'agissant de la gestion du domaine public, l'autorité domaniale poursuit un but d'intérêt général en raison de l'affectation des biens du domaine public à l'utilité publique. Les actes de gestion de l'autorité domaniale propriétaire prennent en ce cas la forme d'actes administratifs édictés à l'aide des prérogatives de puissance publique. De ce fait, la propriété publique exercée sur le domaine public n'accorde pas la même liberté que la propriété publique exercée sur le domaine privé, puisque dans la première, elle se tourne vers un but d'intérêt général. Alors que dans la seconde, l'administration propriétaire agit au même titre qu'un particulier et poursuit un but d'ordre privé.

76. Dès lors, il est proposé, dans cette thèse, la division de la propriété publique – ensemble des biens du domaine privé et du domaine public de l'administration- en deux propriétés : la propriété publique-publique et la propriété publique-privée. Les deux découlent de la propriété publique. Ainsi, de la même manière que l'on ne peut parler du domaine public sans l'existence d'un droit de propriété, l'on ne peut assimiler la propriété publique exercée sur le domaine public à celle exercée sur le domaine privé de l'administration. Et contrairement à la propriété publique exercée sur le domaine privé, la propriété publique exercée sur le domaine public est soumise à un régime exorbitant du droit commun. De ce fait, le domaine public demeure un domaine librement géré par l'administration propriétaire. Une liberté de gestion exercée à l'aide des prérogatives de puissance publique.

¹⁰⁶ Philippe GODFRIN, Michel DEGOFFE – *Droit administratif des biens*, Sirey, coll. Université, 12^e éd., 2018, p. 7.

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 12.

II/ Le domaine public, un domaine librement géré par les personnes publiques propriétaires

77. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, il est a été affirmé que l'autorité domaniale gère librement son domaine public (A). Toutefois, quand bien même la réforme de 2017 subordonne les titres domaniaux au respect de procédure de sélection, le législateur-délégué a préservé cette liberté de gestion (B).

A/ L'affirmation de la liberté de gestion par le code général de la propriété des personnes publiques

78. Le code général de la propriété des personnes publiques a affirmé la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale. En effet, l'article L.2123-1 dudit code précise que, « les personnes publiques mentionnées à l'article L.1 gèrent ou font gérer leur domaine public ». Cette disposition suppose, d'une manière large, que l'acte de gestion domaniale est édicté de façon libre. L'autorité domaniale a le choix de gérer à titre personnel ou confier la gestion à une autre personne. Cela suppose que la gestion du domaine public est laissée à la liberté de son maître.

79. C'est le cas de l'acte d'affectation du domaine public. En effet, cet acte d'affectation demeure, pour reprendre l'expression du professeur de LAUBADÈRE, « l'une des prérogatives attachées à la propriété du domaine public »¹⁰⁸. Il revient, ainsi, à la personne publique propriétaire de décider, librement, la destination du bien. Sur ce point, l'article L.2111-1 renvoie à l'autorité domaniale le soin de décider librement l'affectation des biens, lesquels sont « soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ». Aussi, pour la protection de l'affectation du domaine public, il appartient au maître du domaine de la protéger. Cette obligation d'assurer la protection de l'affectation des dépendances à l'utilité publique octroie à l'autorité domaniale une liberté de gestion, dans la mesure où elle pourrait intervenir, à tout moment et sans contrainte, pour faire cesser tout

¹⁰⁸ André de LAUBADÈRE - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd, 1975, p.149.

comportement qui compromettrait cette affectation. Et, rappelons-le, la reconnaissance d'une telle liberté ne peut s'expliquer « [...] que par l'idée de propriété du domaine »¹⁰⁹, comme l'a indiqué le professeur BONNARD.

80. Il en va, de même, pour l'incorporation ou le classement qui demeurent des actes administratifs unilatéraux et qui « émanent normalement du propriétaire du bien concerné »¹¹⁰.

81. C'est le cas, également, de l'occupation ou utilisation privative du domaine qui nécessite, au préalable, un titre émanant de l'autorité domaniale, laquelle autorité « n'est jamais tenue d'accorder »¹¹¹ ledit titre. Le code général de la propriété des personnes publique précise, à travers l'article L.2122-1, que « 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 ». L'octroi de ce titre relève de la compétence de l'autorité domaniale. À ce propos, s'agissant des autorisations du domaine public, le doyen HAURIOU a expliqué que, « 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 »¹¹².

82. Cette liberté est aussi préservée par la nouvelle réforme du code général de la propriété des personnes publiques, issue de l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

B/ La préservation de la liberté de gestion par la réforme du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques

83. Aujourd'hui, encore, le législateur affirme que le maître domanial dispose d'une liberté de gestion. Dans sa récente réforme relative à la propriété des personnes publiques du 19 avril 2017, il a laissé à l'autorité domaniale le choix de déterminer librement la procédure de sélection à mettre en place. L'expression 'librement' y est mentionnée. En effet, l'article L.2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, issu de ladite ordonnance, dispose que, « sauf disposition législative contraire, lorsque le titre mentionné à

¹⁰⁹ Roger BONNARD - *Précis de droit administratif*, 1943, 4^e éd., p.551.

¹¹⁰ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET, Fabrice HOURQUEBIE - *Code général de la propriété des personnes publiques, Annoté et commenté*, Dalloz, 7^e éd., 2017, p.125.

¹¹¹ CE, 23 mai 2012, RATP, n°348909.

¹¹² Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 10^e éd., 1921, p.687.

l'article L.2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection [...] ». Bien qu'il y ait une obligation de subordonner les titres domaniaux au respect de procédure de sélection, l'expression 'librement' suppose que « les gestionnaires du domaine [demeurent] attachés à l'idée de jouir d'une certaine liberté dans l'attribution de ces titres »¹¹³. On sait très bien qu'entre la procédure adaptée et celle de la procédure formalisée, la première demeure une procédure plus avantageuse au profit de l'autorité domaniale. En effet, il est à rappeler que la procédure adaptée traduit, initialement, « un produit du compromis entre la volonté de conserver aux acheteurs publics une certaine marge de manœuvre, et la nécessité d'intégrer [...] les principes de publicité et de mise en concurrence »¹¹⁴.

84. De plus, l'article L 2122-1-1 n'impose pas à l'autorité domaniale de justifier les raisons pour lesquelles elle aurait choisi de recourir à une de ces deux procédures citées. Ainsi, lorsqu'elle optera pour le choix de la procédure adaptée, lequel lui est favorable, l'autorité domaniale ne sera pas tenue de justifier ce choix. La réforme de 2017 se contente seulement d'indiquer que l'autorité domaniale dispose d'une certaine liberté lors du choix de la procédure de sélection. On comprend par-là que le but du législateur vise à la préservation de la liberté de gestion du domaine public.

85. Cependant, il est nécessaire de rappeler que le domaine public constitue, également, une source de revenu pour l'administration, en ce sens que ledit domaine peut faire l'objet d'une occupation ou utilisation privative et moyennant une redevance. Il est donc pour l'intérêt de l'administration de renforcer ces occupations privatives qui demeurent « vecteur [s] évident[es] essentiel [les] de la politique contemporaine de développement de la valorisation du domaine public »¹¹⁵. Le domaine public a besoin des opérateurs économiques pour sa valorisation. Autant le maître du domaine dispose d'une liberté, autant cette liberté ne doit pas faire obstacle à la liberté des opérateurs économiques, lesquels sont à l'origine de la valorisation, surtout économique, du domaine public.

¹¹³ Frédéric LOMBARD - « Aux origines de l'ordonnance du 19 avril 2017 imposant l'obligation d'une procédure de sélection préalable à l'attribution des titres domaniaux » - *AJCT*, 2017, p.480.

¹¹⁴ Frédéric ROLIN - « Adaptée, vous avez dit procédure adaptée ? » - in IDPA (dir.), *Florilèges du droit public*, Recueil de Mélanges en l'Honneur de Jean-Pierre BOIVIN, La Mémoire du droit, 2012, p.221.

¹¹⁵ Fabrice MELLERAY - « L'utilisation privative du domaine public » - *AJDA*, 2013, p.992.

Paragraphe3/ L'exception au principe de la liberté de gestion du domaine public

86. Parce que « le domaine public, (est) siège d'activités commerciales »¹¹⁶, sa gestion ne doit pas porter atteinte à la liberté des administrés, surtout lorsque ces derniers envisagent d'occuper ledit domaine en vue d'exercer leurs activités commerciales. Il est évident qu'aujourd'hui l'administration doit concilier sa liberté de gestion du domaine public avec la liberté des particuliers intéressés par l'exercice des activités économiques au sein du domaine public. Autant les opérateurs économiques ont besoin du domaine public, autant celui-ci a besoin de ces opérateurs, en ce sens que l'exercice des activités économiques contribue à la valorisation économique du domaine public et permet, ainsi, de rentabiliser ledit domaine.

87. À propos de cette notion de rentabilité, le professeur ISRAËL s'interrogea : « Oserons-nous le terme de rentabilité, en parlant de rentabilité d'une richesse collective ? »¹¹⁷. La réponse est affirmative, dans la mesure où la rentabilité du domaine public a toujours existé depuis l'ancien régime¹¹⁸. Selon la professeure BOUSSARD, « le pouvoir de gestion oblige l'autorité publique à assurer la conservation du domaine public mais l'autorité gestionnaire doit également agir dans l'intérêt de la meilleure utilisation ou meilleure exploitation du domaine public et tirer ainsi profit de l'exploitation commerciale de la voirie publique »¹¹⁹. Il est clair que l'autorité domaniale gagne si son domaine public fait l'objet d'une occupation privative en vue de l'exercice d'une activité économique, dans la mesure où cette occupation donne lieu au paiement d'une redevance. Mais aussi, ces occupations contribuent à la valorisation dudit domaine. Pour le professeur FOULQUIER, « même si la précarité des titres domaniaux est toujours de principe, les droits des occupants ont été considérablement renforcés, d'une part pour mieux attirer les investissements sur le domaine, d'autre part afin de faciliter financièrement la construction des ouvrages affectés à des services publics »¹²⁰.

¹¹⁶ Sophie COMELLAS - *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales*, L'Harmattan, 2014, p.23.

¹¹⁷ Jean-Jacques ISRAËL - « activité économique et domaine public », acte colloque, organisé par la faculté de droit de Paris Saint-Maur, 20 et 21 septembre 1990, n° hors-série des CJEG, oct.1991.

¹¹⁸ Sébastien BERNARD a expliqué que « les biens domaniaux ont, tout au long de l'ancien régime, constitué une source habituelle et importante de revenus » : v - Sébastien BERNARD - *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 218, 2001, p.211.

¹¹⁹ Sabine BOUSSARD - « Autorités publiques et exploitation commerciale de la voirie publique » - *JCP A*, n° 29-33, 25 Juillet 2016, p.2.

¹²⁰ Norbert FOULQUIER - *La consistance des droits des occupants du domaine public*, colloque du 10 janvier 2020, organisé par le GRIDAUH, intitulé « Hommage au professeur Étienne FATÔME », *RFDA*, 2020, p.926.

Par voie de conséquence, cette situation conduit à la remise en cause de la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale.

88. D'une part, parce que le respect des droits de l'occupant privatif implique la prise en compte du principe de la liberté du commerce et de l'industrie par le maître du domaine public. Ce disant, ledit maître, en édictant son acte de gestion du domaine public, ne doit empêcher, sans motif valable, les opérateurs économiques d'accéder au domaine public au risque de méconnaître ledit principe. Par ailleurs, bien que la liberté de gestion de l'autorité domaniale soit remise en cause, celle-ci n'est pas totale. En effet, cette liberté de gestion est préservée. C'est ce qui ressort des arrêts du Conseil d'État de 2012, '*RATP*' et '*Ville de Tours*' selon lesquels l'autorité domaniale dispose d'une large liberté dans la gestion de son domaine. La professeure TARLET a écrit, dans sa thèse, à propos de la Jurisprudence '*Ville de Tours*' que celle-ci « va permettre aux propriétaires publics une plus grande maîtrise sur leurs biens »¹²¹. En partant de l'idée selon laquelle l'autorité domaniale n'est pas dans l'obligation d'accorder des titres domaniaux, elle demeure libre dans la gestion de ses biens. D'autant plus que dans la jurisprudence '*RATP*' comme dans la jurisprudence '*Ville de Tours*', il est affirmé que la décision de gestion du domaine public « n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ». Cette affirmation fait prévaloir la liberté de l'autorité domaniale sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Rappelons que dans l'affaire '*Ville de Tours*', le Conseil d'État avait considéré que la prise de vue d'une image relative à l'art et à la collection des musées constitue une utilisation privative du domaine public mobilier, conformément à l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Toutefois, la prise de vue d'un bien appartenant à une personne publique n'est pas regardée comme étant une occupation ou utilisation privative du domaine public. C'est ce qui ressort de l'arrêt du Conseil d'État du 13 avril 2018¹²² '*établissement public du domaine national de Chambord*'.

89. D'autre part, les règles issues du droit de la concurrence sont intégrées dans la gestion du domaine public. Ce faisant, l'acte de gestion du domaine public ne doit être à l'origine d'une violation des règles issues du droit de la concurrence. Il faut rappeler que, par exemple,

¹²¹ Fanny TARLET – *Les biens publics mobiliers*, Dalloz, Nouvelle Bibl. de Thèse, V.170, 2017, p.532.

¹²² Dans cet arrêt, le juge a considéré que « si l'opération consistant en la prise de vues d'un bien appartenant au domaine public est susceptible d'impliquer, pour les besoins de la réalisation matérielle de cette opération, une occupation ou une utilisation du bien qui excède le droit d'usage appartenant à tous, une telle opération ne caractérise toutefois pas, en elle-même, un usage privatif du domaine public » : v- CE, 13 avril 2018, *établissement public du domaine national de Chambord*, n°397047.

« l'occupation [du domaine public] est susceptible d'affecter le jeu de la concurrence »¹²³, lorsqu'elle a comme but l'exercice d'une activité économique, et dans ce cas l'acte de gestion du domaine public est soumis au respect des règles du droit de la concurrence. Cette question de l'intégration des règles issues du droit de la concurrence dans la gestion du domaine public est, aujourd'hui, d'actualité.

90. En effet, depuis l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété publique, toute décision de l'autorité domaniale relative à l'octroi des titres domaniaux [en vue d'exercer une activité économique] est subordonnée au respect d'une obligation de publicité et de mise en concurrence. Ce respect demeure une obligation de la part de l'autorité domaniale et constitue, ainsi, une limite à la liberté de gestion du domaine public. Cependant, il est à rappeler qu'avant l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, le code de la propriété des personnes publique était silencieux à propos de la soumission des actes de gestion du domaine public aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Ce silence a fait intervenir le juge administratif et celui-ci considéra « qu'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'autre ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance. Qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur une marché concurrentiel »¹²⁴. En revanche, bien que la jurisprudence n'ait imposé une obligation de publicité préalable et de mise en concurrence, l'acte de gestion du domaine public ne devait, tout de même, méconnaître les règles issues du droit de la concurrence. Car, à la lecture de la jurisprudence '*Société Million et Marais*'¹²⁵, un arrêt fondateur du droit public de la concurrence, il est relevé que l'acte administratif, unilatéral ou contractuel, « ne doit pas avoir pour effet de placer une entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ». Dans cette même approche, les arrêts '*RATP*' et '*Ville de Tours*' rendus en 2012 interdisaient au maître domanial de délivrer un titre domanial qui contreviendrait au droit de la concurrence et au principe de la liberté du commerce et de l'industrie¹²⁶.

¹²³ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p. 285, t.2.

¹²⁴ CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, n°338272.

¹²⁵ CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n°169907.

¹²⁶ CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909. V - CE, 29 octobre 2012, *Ville de Tours*, n°341173.

Section 3/ L'intérêt de notre recherche

91. L'étude portant sur la liberté de gestion du domaine public mérite, encore aujourd'hui, d'être abordée. En effet, plusieurs raisons montrent l'intérêt d'étudier cette question. Car, l'on pourrait croire que l'autorité domaniale aurait perdu toutes ses prérogatives dont elle disposait en matière de gestion domaniale. Or, l'on s'aperçoit toujours que le droit positif de la domanialité confère à l'autorité domaniale une liberté de gestion. Certes, plusieurs recherches effectuées antérieurement¹²⁷ ont défendu l'approche de la remise en cause des règles de la domanialité publique par les règles du marché en revanche, cette étude démontre ici qu'au-delà de cette remise en cause, qui n'est qu'un moyen d'équilibre entre la liberté de gestion et les libertés économiques, la liberté de gestion du domaine public est préservée. À titre d'exemple, très récemment dans un arrêt rendu en date du 7 février 2020, la Cour administrative d'appel a fait prévaloir la liberté de gestion du domaine public sur la liberté des personnes privées découlant du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour le juge administratif d'appel « la faculté qu'à l'autorité gestionnaire du domaine public de renouveler une autorisation d'occupation privative en fixant un montant de redevance supérieur à celui prévu par la précédente autorisation n'est pas subordonnée à la justification de faits survenus ou portés à sa connaissance postérieurement à la délivrance de l'autorisation initiale. Elle est seulement tenue de fixer ce montant tant dans l'intérêt du domaine que dans l'intérêt général et en tenant compte des avantages de toute nature que le titulaire de l'autorisation est susceptible de retirer de l'occupation du domaine public »¹²⁸. Dans les faits, un bénéficiaire d'une autorisation d'occupation privative du domaine public portuaire de Grand Port Maritime de Nantes Saint-Nazaire, après avoir demandé le renouvellement de ce titre pour une durée minimale de 20 ans avec un prix de redevance identique à celui de la précédente autorisation au motif qu'il souhaiterait réaliser des investissements nécessaires à l'exploitation et au développement du Port à sec, a vu le prix de redevance augmenté par le gestionnaire dudit domaine.

¹²⁷ Quelques exemples de thèses évoquant l'idée de remise en cause des marges de manœuvre dont dispose le maître du domaine. V- Hervé MOYSAN - *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 290, 2001 ; v- Sophie COMELLAS - *les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales. Réflexion sur la mise en place de formalités préalable à la délivrance*, L'Harmattan, 2014 ; v- Aurélien ANTOINE - *Prérogatives de Puissance Publique et droit de la concurrence*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 261, 2009 ; v - Catherine MAMONTOFF - *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, L'Harmattan, 2003.

¹²⁸ CAA, Nantes, 7 février 2020, *Grand Port Maritime de Nantes Saint-Nazaire*, n°18NT00759.

92. Par-delà les démonstrations avancées, cette recherche permet de revoir également la question de la propriété publique qui, au regard du droit positif, reste une question non tranchée de manière définitive. Là encore, l'étude portant sur cette liberté de gestion du domaine public mérite d'être traitée, en raison du rapport existant entre la propriété publique et le maître du domaine. Dès lors, il est proposé, à travers cette recherche, de diviser cette propriété publique en deux propriétés : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée. Cette division est nécessaire pour différencier la gestion du domaine public de celle du domaine privé de l'administration, en ce sens que dans la première gestion, le maître du domaine se voit doter d'une liberté de gestion découlant de son droit propriété publique – publique.

93. C'est donc sous cette approche que se résume notre recherche, c'est-à-dire de démontrer que la nécessité de préserver la liberté de gestion du domaine public est indispensable. Et que le droit positif, tout en posant des règles qui bouleversent cette liberté, la préserve en même temps. D'ailleurs, l'exemple le plus récent est la réforme portant sur la propriété des personnes publiques du 19 avril 2017. Il est précisé que les délivrances d'autorisations d'occupation du domaine public sont soumises, au préalable, au respect d'une procédure de sélection, mais au demeurant, il est laissé à la liberté du gestionnaire de choisir le type de procédure à mettre en place. Autrement dit, bien que l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques ait « certes instaurée la procédure de sélection préalable à l'octroi des titres domaniaux, mais à reculons et en préservant au maximum la liberté de choix des gestionnaires »¹²⁹.

94. De même pour le respect des délivrances des titres domaniaux au respect du principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie. Quand bien même l'autorité domaniale est tenue de respecter ce principe, la jurisprudence fait primer la liberté de gestion du domaine public. En effet, le fait que la jurisprudence ait considéré 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 »¹³⁰,

¹²⁹ Norbert FOULQUIER, « L'absence de notification de l'identité du bénéficiaire de l'autorisation domaniale après une procédure de sélection » - note sous CE 31 octobre 2017, *Sté MB Terrassement Bâtiment*, n°410772, Lebon, *AJDA*, 2017, p. 2165.

¹³⁰ CE, 23 mai. 2012, *RATP*, n°348909.

c'est une manière de considérer que « les libertés économiques ne priment pas sur la liberté accordée aux personnes publiques dans la gestion de leur domaine public »¹³¹.

Section 4/ La problématique de la recherche

95. L'expression de M. SAUVE selon laquelle, « les personnes publiques ont progressivement pris conscience de la valeur économique de leurs biens »¹³² suppose que ces biens génèrent des ressources au profit de l'autorité domaniale. Ainsi par exemple, la redevance, loyer versé par les occupants du domaine public, reste la source la plus sûre pour valoriser économiquement les dépendances du domaine public. Mais aussi, la simple occupation par les opérateurs économiques conduit à la valorisation du domaine public. Toujours est-il que l'occupation ou l'utilisation du domaine public présente des caractères à la fois précaires et révocables, et que nul n'a droit à l'obtention d'un titre domanial. Il y a là, sans doute, une manifestation de la liberté de gestion du domaine public.

96. À partir de là, les problématiques de notre recherche tournent autour de deux axes. D'abord, sur la question de savoir si aujourd'hui, encore, l'on peut parler de la liberté de gestion du domaine public. Ensuite, l'on soulèvera l'interrogation suivante, celle de savoir si l'obligation de prendre en compte les règles issues du droit de la concurrence et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie fait-t-elle obstacle à la liberté de gestion du domaine public.

97. Pour la question du maintien de la liberté de gestion de l'administration, cette étude opte pour son maintien en raison de l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public. La propriété publique, que cette étude qualifie de publique, demeure le fondement même de la liberté de gestion de l'administration propriétaire. En demeurant propriétaire, l'administration dispose d'une liberté de gestion. Rappelons que depuis la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 1986 selon laquelle « les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relative au droit de propriété et à la protection qui lui est due [...] ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la

¹³¹ François BRENET, « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public » - note sur CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, *DA*, n°11, 2012, comm. 89.

¹³² Jean-Marc SAUVE - « La Valorisation économique des propriétés des personnes publiques », actes du Colloque, organisé par le Conseil d'État, 6 juillet 2011, à l'École nationale d'administration, n°3, *Droit et Débats*, p.13.

propriété de l'Etat et des autres personnes publiques »¹³³, cette décision assure une garantie constitutionnelle d'un droit de propriété des personnes publiques sur le domaine public.

98. Ensuite, le deuxième axe reste dans la manière de concilier cette liberté de gestion avec les libertés dont bénéficient les éventuels occupants ou utilisateurs du domaine public. Aujourd'hui, le domaine public est devenu « un terrain d'équilibre entre les prérogatives de la personne publique propriétaire et les droits des tiers, qu'il s'agisse des usagers de la dépendance ou des entreprises souhaitant y exercer une activité commerciale »¹³⁴, il est évident que « la liberté des personnes privées [l'exemple des utilisateurs du domaine public] semble être un obstacle à la liberté des personnes publiques [l'exemple de la liberté de gestion du maître domaniale] »¹³⁵. Dans ce cadre, la liberté de gestion du maître domaniale est chamboulée, en ce sens qu'elle est soumise au respect des libertés des personnes privées.

99. Le domaine public demeure le siège au sein duquel plusieurs activités sont exercées. Et en tant que lieu où s'exerce des activités économiques, la prise en compte des règles s'appliquant à ces activités s'impose. Ainsi, entre le principe de la liberté de gestion du domaine public (**Première partie**) et la prise en compte des règles de la concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le domaine public incarne un espace conciliateur entre plusieurs libertés, la liberté de l'autorité domaniale et la liberté des personnes privées, dont le but est d'assurer une meilleure gestion dudit domaine. Il est donc certain que l'exercice d'une activité économique sur le domaine public constitue une limite à la liberté de gestion de l'autorité domaniale (**Deuxième partie**).

¹³³ Depuis 2008, l'expression « titre égal » n'apparaît pas dans la décision du conseil constitutionnel en ce sens où ce dernier affirmait dans la décision du 24 juillet 2008 que « le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'État et des autres personnes publiques, résultent respectivement, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17. Que ces principes font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine ».

¹³⁴ Marion UBAUD-BERGERON, « Pouvoirs du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie » - note sous CE, 29 octobre 2012, Ville de Tours c/ EURL photo Josse, *RJEP*, n°707, 2013, comm 14.

¹³⁵ Michel GUIBAL - « Commerce et industrie » - Répertoire de droit commercial, 2003.

Partie I/ Le principe de la liberté de gestion du domaine public

100. Cette étude tend à démontrer que l'autorité domaniale demeure libre dans la gestion du domaine public. À l'origine de cette liberté de gestion : la propriété publique, laquelle, rappelons-le, comprend l'ensemble des biens – du domaine privé et du domaine public – de l'administration. Toutefois, cette thèse défend l'idée selon laquelle la propriété publique exercée sur le domaine privé n'est pas assimilable à la propriété publique exercée sur le domaine public. Dès lors, cette recherche tend à proposer la division de cette propriété publique – ensemble des biens du domaine privé et du domaine public de l'administration – en deux propriétés : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée.

101. Aujourd'hui encore, la question de la propriété publique fait l'objet d'une divergence doctrinale¹³⁶. Néanmoins, celle-ci n'a pas apporté véritablement de réponse¹³⁷ sur la question de savoir si la propriété publique exercée sur le domaine public fait-elle naître la même liberté que celle qui est découlée de la propriété publique sur le domaine privé de l'administration. Et pourtant la question mérite d'être posée. Car, cette divergence porte seulement sur la question de savoir si la propriété publique est similaire à celle de la propriété privée ou si elle est bien distincte de celle-ci. De ce fait, cette étude, tout en réaffirmant l'unité de la propriété, divise, cependant, la propriété publique en deux : la propriété publique - publique et la propriété publique - privée.

102. Il est donc évident que l'on ne peut parler de liberté de gestion du domaine public sans affirmer, au préalable, l'existence d'un droit de propriété sur ledit domaine. Raymond SALEILLES expliqua « qu'il faut bien le reconnaître, on aura beau inventer de nouveaux

¹³⁶ Selon la doctrine, « il existe, en l'état actuel de la réflexion doctrinale, non pas une, mais deux théories de la propriété publique » : v- Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET – *Code général de la propriété des personnes publiques, annoté et commenté*, Dalloz, 8^e éd., 2018, p.52.

¹³⁷ En effet, ces deux courants doctrinaux s'opposent simplement sur la nature de la propriété publique et privée. Pour les uns, il y a des « [...] des indications [qui] font penser que la propriété des personnes publiques n'est pas de nature différente de celle des personnes privées ; en d'autres termes, qu'il n'existe pas de propriété administrative distincte de la propriété privée » : v - Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.22, t.2. Pour les autres, « la propriété des personnes publiques est identique, du domaine privé au domaine public. Simplement, le droit public colore la propriété, indépendamment de l'affectation » : v- Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Rozen NOGUELLOU – *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3^e éd., coll. Grands arrêts, 2018, p.12.

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 en fasse, à la notion de propriété »¹³⁸. Ainsi, le fait que « l'administration [soit] propriétaire de son domaine public »¹³⁹, la gestion de celui-ci est assurée de manière libre. Cette liberté de gestion du domaine public s'explique par le fait que le maître du domaine dispose des prérogatives qui, lors de la gestion dudit domaine, lui permettent de protéger celui-ci, de le conserver et d'assurer sa valorisation, surtout économique. Le professeur DUFAU a expliqué que « le souci de protéger les biens du domaine public contre les risques de démembrement, d'empiètement ou de dégradation a donné naissance à un ensemble de règles qui confèrent [...] à l'administration des prérogatives ou des sujétions exorbitantes du droit commun »¹⁴⁰. Ainsi, toutes les mesures relatives à la gestion du domaine public sont prises à l'aide des prérogatives de puissance publique et ce de manière libre par l'autorité domaniale. À cet effet, il est né une relation inégalitaire entre l'autorité domaniale et les usagers du domaine public. Cette relation en est une manifestation de la liberté de gestion du domaine public en tant qu'elle « offre une certaine liberté d'action à l'administration »¹⁴¹ propriétaire.

103. Cette liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale est la conséquence de l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public (**Titre 1**). De plus, cette propriété publique exercée sur le domaine public crée un rapport exorbitant du droit commun, lequel présente un caractère inégalitaire entre l'administration propriétaire et les usagers du domaine public (**Titre 2**).

¹³⁸ Raymond SALEILLES - *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Larose, 1889, p.103.

¹³⁹ André de LAUBADÈRE - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1974, p.137.

¹⁴⁰ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.203.

¹⁴¹ Norbert FOULQUIER - *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. Manuels, 4^e éd., 2018, p.398.

TITRE 1/ La liberté de gestion du domaine public : conséquence de l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public

104. Au lendemain de l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques, les débats¹⁴² n'avaient pas manqué à propos de l'idée selon laquelle les personnes publiques demeurent propriétaires de leurs domaines. Et l'idée d'admettre ce droit de propriété sur le domaine public implique nécessairement une reconnaissance d'une liberté de gestion du maître domaniale ; pour la simple raison que, comme l'a expliqué le professeur CHAZAL, « définir la propriété revient à déterminer les prérogatives conférées au propriétaire [...] un droit réel le plus complet »¹⁴³.

105. Il est, par ailleurs, étonnant de constater que l'expression 'Liberté de gestion' n'est pas l'expression préférée par une grande partie de la doctrine et par la jurisprudence. La doctrine¹⁴⁴ et la jurisprudence¹⁴⁵ utilisent l'expression 'pouvoir de gestion' du domaine public. Alors que l'expression 'liberté de gestion' semble être forte en termes de légitimité, dans la mesure où la liberté est définie comme un droit au sens de l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Surtout que l'exercice d'un pouvoir découle de la liberté dont l'on dispose. D'ailleurs, l'article 4 de cette même déclaration précise que, « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui [...] ».

106. C'est ainsi que notre démarche consiste à privilégier plutôt l'expression 'liberté de gestion', et ce pour deux raisons. D'abord, on lit dans l'article 34 de la Constitution que « [...] la loi détermine les principes fondamentaux [...], de la libre administration des

¹⁴² Philippe YOLKA - Personnalité publique et patrimoine, actes du colloque des 14 et 15 juin 2007, *Colloques et Débats*, In AFDA, coll. Litec, 2007, p.35.

¹⁴³ Jean-Pascal CHAZAL - « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser ? » - RTD civ, 2014, p.769.

¹⁴⁴ Le professeur BONNARD a utilisé l'expression 'Pouvoir de gestion'. Selon lui, la reconnaissance « à l'administration des pouvoirs sur le domaine public ne peut s'expliquer que par l'idée de propriété du domaine » : v- Roger BONNARD - *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p.551. Dans le même sens, le professeur LAVIALLE a expliqué que « le pouvoir de gestion appartient, comme en droit privé, normalement au propriétaire du domaine » : v- Christian LAVIALLE, « Expulsion du domaine public : compétences respectives du propriétaire et du gestionnaire » - note sous CE, 1^{er} juin 2016, *Société Mahoraise*, RFDA, 2016, p.1120.

¹⁴⁵ En effet, on retrouve dans plusieurs arrêts l'expression 'pouvoir de gestion' : v- CE, 20 décembre, 1957, *Société Nationale d'éditions cinématographiques*, 1957, Rec. Lebon, p.702 ; v- CE, 3 mai 1963, *commune de Saint-Brévin-les-pins*, n°45478 : pour le juge, « considérant que si, dans l'exercice de ses pouvoirs de gestion du domaine public maritime [...] ». V- CE, 10 avril 1991, *ville de Marseille*, n°114039 : pour le juge « [...] qu'il appartient au maire, dans l'exercice de ses pouvoirs de gestion du domaine public communal [...] ». V- CE, 7 octobre 1988, *commune d'Issy-les-Moulineaux*, n°69050, où le juge a considéré « [...] que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à l'exercice des pouvoirs de gestion du domaine public ». V- CE, 26 juillet 2018, *SOAVAL*, n°418417 : pour le juge, « [...] la SNCF a le pouvoir d'accorder sur ce domaine des autorisations d'occupation ».

collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources [...] ». De la même manière, l'article L.1111-1 du code général des collectivités territoriales précise que « les communes, les départements et les régions s'administrent librement [...] ». Alors que gérer c'est aussi administrer, ceci revient à affirmer la liberté de gestion du maître domanial. Aujourd'hui encore, l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques opte pour le choix de l'expression liberté. Pour la première fois que la loi aborde cette question des marges de manœuvre dont dispose l'autorité domaniale, elle emploie le terme 'liberté'. On lit dans l'article L2122-1-1 du CG3P créé par cette ordonnance que « [...] l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection [...] ».

107. Ensuite, au niveau de la doctrine, le doyen HAURIOU a déjà utilisé cette expression 'liberté' au lieu de 'pouvoir'. Selon lui, « 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 propriétaire »¹⁴⁶. Il a développé également que les actes de gestion sont tous des droits appartenant à l'administration propriétaire. Ces droits, en effet, confèrent des prérogatives engendrant une liberté de gestion du maître domanial. Selon lui, « les droits que l'on avait l'habitude de considérer comme des conséquences de la garde et de la surintendance du domaine doivent être considérés désormais comme des prérogatives de la propriété publique [...]. Tous ces droits trouvent leur racine dans les facultés de la propriété »¹⁴⁷. Aujourd'hui, une certaine doctrine n'exclut pas cette expression 'liberté' de gestion pour expliquer la marge de manœuvre dont dispose l'administration dans la gestion du domaine public, cette doctrine qualifie cela de liberté. Notre projet rejoint donc cette doctrine.

108. Il est, en outre, important de rappeler que cette propriété publique sur le domaine public est spécifique. Elle diffère, dans son régime, de la propriété des personnes privées et voire de la propriété publique exercée sur le domaine privé de l'administration. De ce fait, la gestion des biens des personnes privées ainsi que la gestion des biens du domaine privé de l'administration sont différentes de la gestion des biens du domaine public appartenant à celle-ci ; pour une simple raison que, « la gestion domaniale doit en tout état de cause être poursuivie dans l'intérêt général »¹⁴⁸. Or, il est à rappeler que ni la gestion du domaine privé ni celle des personnes privées ne visent en principe l'intérêt général. C'est ainsi qu'il est

¹⁴⁶ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 10^e éd., 1921, p.687.

¹⁴⁷ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose, 4^e éd., 1900, p.631.

¹⁴⁸ Jean DUFAU - « Propriété publique et domanialité publique » - AJDA, 2012, p.1381.

proposé de diviser la propriété publique en deux propriétés : une propriété publique – publique et une propriété publique -privée.

109. Dès lors, la propriété publique – publique exercée sur le domaine public constitue le fondement même de la liberté de gestion dudit domaine (Chapitre 1). Cette liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale lui permet d'assurer une meilleure exploitation du domaine public (Chapitre 2).

CHAPITRE 1/ La propriété publique – publique : fondement de la liberté de gestion du domaine public

110. La question de propriété publique ne cesse de provoquer des débats. Très récemment encore, un colloque¹⁴⁹ a eu lieu et portant sur ladite question. Quant à cette étude, elle tend à expliquer que la propriété publique est à l'origine de la liberté de gestion du domaine public. Toutefois, elle rappelle que cette propriété publique - ensemble des biens du domaine privé et du domaine public de l'administration – produit deux effets différents ; un effet exorbitant du fait de la présence des prérogatives de puissance publique et un effet ordinaire au même titre que celui qu'on retrouve chez la propriété des personnes privées. Ce dernier « porte la marque de son assimilation initiale à une personne privée »¹⁵⁰. Pour cette raison, nous présentons la propriété publique exercée sur le domaine public comme étant une propriété non assimilable à la propriété publique exercée sur le domaine privé de l'administration. Pour cela, cette étude divise cette propriété publique en deux : la première est une propriété publique – publique et la deuxième est une propriété publique – privée.

111. Par ailleurs, cette étude s'intéresse à la propriété publique – publique qui constitue le fondement même de la liberté de gestion du domaine public. Elle fait naître un rapport d'inégalité entre l'administration propriétaire et les personnes privées puisqu'elle se dirige vers la recherche d'un but d'intérêt général. Contrairement à la gestion du domaine privé où l'on retrouve une certaine égalité entre l'administration propriétaire et les administrés. Ainsi par exemple, la délimitation du domaine privé, comme le souligne la doctrine, « est effectuée selon la procédure du bornage qui met à égalité les deux voisins, l'administration et la personne privée »¹⁵¹. Alors que s'agissant de la délimitation du domaine public, elle est faite de manière unilatérale et selon les règles de droit public.

112. L'exercice d'un droit de propriété publique, que nous qualifions de publique, sur le domaine public est à l'origine de plusieurs prérogatives reconnues à la personne publique propriétaire¹⁵², notamment, par exemple, « le droit d'user de l'action en revendication pour

¹⁴⁹ La propriété publique, actes du colloque des 13-14 juin 2019, *In AFDA*, Dalloz, 2020.

¹⁵⁰ Marine CHOUQUET – *Le domaine privé des personnes publiques : contribution à l'étude du droit des biens publics*, LGDJ, Thèse, Bibl. de droit public, Tome 295, 2017, p.3.

¹⁵¹ Philippe GODFRIN, Michel DEGOFFE – *Droit administratif des biens*, Sirey, coll. Université, 12^e éd., 2018, p. 12.

¹⁵² Le professeur de LAUBADÈRE évoquait plusieurs droits dont dispose l'autorité domaniale, comme « le droit d'exercer au profit de son domaine public l'action en revendication » et « le droit d'acquérir la mitoyenneté du mur limitrophe du domaine public », ou « le droit d'acquérir les biens par les effets accessoires de la propriété » : v- André de LAUBADÈRE - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1974, p.138.

récupérer les dépendances du domaine public dont elle aurait perdu la possession »¹⁵³. Cette action en revendication, qui peut être menée par le propriétaire du domaine public, découle d'un régime de revendication différent de celui prévu par l'article 2276 du code civil¹⁵⁴. C'est le cas de la revendication des archives publiques. À ce propos, Laurent MARTHINET a expliqué que le fait que les décisions rendues en matière des actions en revendications des archives publiques se fondent sur l'article L.212-1 du code du patrimoine¹⁵⁵ et non pas sur l'article 2276 du code civil, il y a là « un régime de revendication *sui generis* »¹⁵⁶.

113. La personne publique est propriétaire du domaine public (section 1). Cette propriété publique, que nous qualifions de publique, est le fondement même de la liberté de gestion. Celle-ci est la conséquence de l'existence d'une propriété publique-publique sur le domaine public (section 2).

Section 1 : La propriété des personnes publiques sur le domaine public

114. Par définition, la propriété est un droit¹⁵⁷ réel exclusif. Elle se présente « comme une relation juridique entre un bien et une personne »¹⁵⁸. C'est le droit, comme le précise l'article 544 du code civil, « de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ». En plus de ses trois attributs qui sont l'*usus*, *abusus* et *fructus*, la propriété est aussi « un droit inviolable et sacré, rangé au nombre des droits naturels et imprescriptibles de l'homme »¹⁵⁹. Selon le professeur CHAZAL, « définir la propriété revient à déterminer les prérogatives conférées au propriétaire. [...], un droit réel le plus complet »¹⁶⁰.

115. Aujourd'hui, il est reconnu l'existence d'un droit de propriété des personnes publiques sur le domaine public, quand bien même cette propriété publique est conçue comme

¹⁵³ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose, 4^e éd., 1900, p. 608.

¹⁵⁴ Selon cet article, « En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ».

¹⁵⁵ Selon cet article, « Les archives publiques sont imprescriptible. Nul ne peut détenir sans droit ni titre des archives publiques. Le propriétaire du document, l'administration des archives ou tout service public d'archives compétent peut engager une action en revendication d'archives publiques, une action en nullité de tout acte intervenu en méconnaissance du deuxième alinéa ou une action en restitution ».

¹⁵⁶ Laurent MARTHINET – « Questions sur les archives publiques : propriété, imprescriptibilité, revendication, accès » - RFDA, 2019, p. 1085.

¹⁵⁷ Pour le professeur BIOY, « la notion de propriété se recentre sur deux aspects : être titulaire d'un droit de propriété et se servir de la chose » : v - Xavier BIOY - « La propriété éminente de l'Etat » - RFDA, 2006, p. 963.

¹⁵⁸ Jean-François GIACUZZO - La propriété des personnes publiques, Actes du colloque des 15, 16 et 17 juin 2016, portant sur les controverses en droit administratif, *In AFDA, Dalloz*, 2017, p.105.

¹⁵⁹ Hélène FARGE - « Dossier propriété » - Justice & Cassation, 2015, p.5.

¹⁶⁰ Jean-Pascal CHAZAL - « La propriété : Dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser ? » - *RTD civ*, 2014, P.769.

présentant « une relation déséquilibrée » entre les personnes publiques. La professeure TARLET a expliqué que « ce n'est pas une grande surprise d'affirmer que les relations entre les personnes publiques sont déséquilibrées au bénéfice de l'État et au détriment des collectivités [...]. L'État-propriétaire [est] en position dominante »¹⁶¹. Toutefois, au-delà de cette hiérarchisation, la propriété publique devient une condition complémentaire de l'appartenance d'un bien au domaine public. Autrement dit, un bien ne peut faire partie du domaine public que s'il fait l'objet d'une propriété publique. Cette reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur leur biens a des origines très lointaines (Paragraphe 1) et a fini pas être consacrée, définitivement, par le droit positif (Paragraphe 2).

Paragraphe 1/ L'essence du droit de la propriété sur le domaine public

116. Tout bien appartenant à une personne publique constitue une propriété publique¹⁶² dans laquelle on retrouve deux sortes de biens, le domaine public et le domaine privé. À propos de la reconnaissance d'un droit de propriété sur le domaine public, le professeur YOLKA explique que « C'est d'Hauriou que date l'avènement d'une théorie française de la propriété publique, mais l'idée d'une propriété domaniale spécifique peut se prévaloir de précédents qui remontent aux droits savants »¹⁶³.

117. En parlant des droits savants, c'est faire référence au droit romain et au droit canonique¹⁶⁴. Ces deux droits sont, aux yeux de la doctrine contemporaine, à l'origine de la question relative à la propriété. En effet, la thèse favorable d'un droit de propriété sur le domaine public provient du doyen HAURIOU (II). En revanche, cette propriété publique a bien des origines lointaines (I).

¹⁶¹ Fanny TARLET – *Les acteurs publics de la propriété publique*, Actes du colloque des 13-14 juin 2019, Portant sur la Propriété publique, In *AFDA*, Dalloz, 2020, p. 61.

¹⁶² Sur ce point, Caroline CHAMARD-HEIM expliquait que « parmi les biens que les personnes utilisent pour leurs activités, une grande partie leur appartient. Ce sont des propriétés publique » : v- Caroline CHAMARD-HEIM - *Traité de droit administratif*, Sous la direction de Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Chapitre 3, Dalloz, 2011, p.284, t.2.

¹⁶³ Philippe YOLKA - *La propriété publique Élément pour une théorie*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 191, 1997, p.19.

¹⁶⁴ Selon le professeur HILAIRE, « ces deux systèmes juridiques, droit romain et droit canonique, sont différents par leur origine. Ils relèvent des deux sociétés et surtout de deux autorités, laïque et ecclésiastique, qui n'ont pas les mêmes finalités » : v- Jean HILAIRE - *Histoire du droit*, Dalloz, 14^e éd., 2017, p.53.

I/ Les origines lointaines relatives à la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens

118. La propriété publique a bien des origines très lointaines. Cela remonte bien avant le droit romain¹⁶⁵, quand bien même ce dernier reste la référence en la matière. En effet, dans les civilisations préromaines, l'idée de l'existence d'une propriété publique n'était pas exclue. Cela s'expliquait par le fait qu'il existait, au sein de ces civilisations, des critères manifestant l'existence d'un droit de propriété publique similaires à ceux qu'on retrouve aujourd'hui, c'est-à-dire, l'existence d'une entité qui était chargée d'assurer l'intérêt de toute la communauté, l'intérêt collectif. Cette entité devait fournir des prestations, assurer la sécurité de tous, et de ce fait, elle pouvait disposer des biens destinés à l'intérêt commun. Il était donc évident que ces biens fussent attribués à un propriétaire. Toutefois, à la différence du droit Romain, les civilisations préromaines¹⁶⁶ ne disposaient pas d'un droit autonome. Ces civilisations antérieures au droit romain faisaient des rois et dirigeants les propriétaires des biens mis à la disposition de tous, même si le concept de la notion de personnalité publique était inconnu.

119. La professeure CHAMARD-HEIM a, dans sa thèse, écrit que, « les premières propriétés publiques ont existé à partir du moment où des personnes se sont légitimement distinguées des autres en incarnant, de fait, l'autorité publique et en prenant en main le destin de la collectivité »¹⁶⁷. Cette propriété publique existait donc depuis les civilisations préromaines (A). En revanche, elle remonte, selon une grande partie de la doctrine positiviste, aux droits savants (B).

A/ La propriété publique dans les civilisations préromaines

120. « Les civilisations antiques du moyen orient auraient inventé le droit »¹⁶⁸, selon les termes du professeur CABRILLAC. En effet, à cette époque, la thèse de la propriété publique n'était pas exclue. La présence de la notion de l'intérêt commun suffisait à admettre

¹⁶⁵ Caroline CHAMARD-HEIM a expliqué que « des biens publics existaient déjà dans les civilisations antérieures dans lesquelles une personne, roi ou pharaon, incarnait légitimement l'autorité publique ».

¹⁶⁶ Le professeur LOVISI, sur ce point, parlait du droit antique. Un droit non autonome, quand bien même écrit, mais selon lui « Ignorent (parlant des droits) l'abstraction ». À propos ces civilisations, le professeur fait référence au « droit du proche- orient ancien » et « la Civilisation Grecque ». En revanche, il définissait le droit romain comme un droit autonome dans la mesure où celui-ci « a un objet propre, des sources propres, des méthodes propres » : v- Clair LOVISI - *Introduction Historique au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2016, Pp.2-38.

¹⁶⁷ Caroline CHAMARD-HEIM - *La distinction des biens publics et des biens privés : contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, Nouvelle Bibl. de Thèse, 2004, p. 45.

¹⁶⁸ Remy CABRILLAC - *Introduction général au droit*, Dalloz, 12^e éd., 2017, p.43.

l'existence d'un droit de propriété publique. La professeure CHAMARD-HEIM a expliqué que « le souverain ou le chef de la société doit donc impérativement disposer de biens et de revenus qui seront destinés à réaliser les missions qui sont les siennes »¹⁶⁹, ces biens étaient la propriété de ces personnes qui incarnaient l'autorité publique. Qualifiés « des droits du proche - orient ancien »¹⁷⁰, ce sont tous des droits préromains au sein desquels la propriété publique était présente. À titre d'exemple, dans la pensée de la Grèce antique où « la loi fit alliance avec la démocratie »¹⁷¹, la cité¹⁷² était propriétaire et exerçait un droit sur les citoyens.

121. Ces droits préromains ont marqué l'histoire en termes de développement¹⁷³, mais aussi, ils ont joué un rôle important dans l'évolution juridique, notamment en matière de propriété. Si « [...] une société s'organise et un gouvernement se constitue, on se trouve nécessairement en présence d'intérêts communs auxquels il faut pourvoir et de besoins généraux que l'Etat ou l'autorité publique qui en tient lieu doit s'attacher à satisfaire, qu'il s'agisse de voies de communication, de défense ou d'approvisionnement. Le souverain ou le chef de la société doit donc impérativement disposer de biens et de revenus qui seront destinés à réaliser les missions qui sont les siennes »¹⁷⁴. Lesdits biens étaient la propriété du souverain ou de celui qui avait la responsabilité de la cité.

122. En Europe comme en Afrique et au Moyen Orient, il existait bel et bien des biens qui appartenaient à la personne qui était à la tête de la cité et donc au roi, au chef ou à l'empereur. Ces biens, mis à la disposition de tous et de l'intérêt commun, étaient la propriété de ces personnes citées. En conséquence, l'idée de la propriété publique n'était pas exclue dans ces civilisations antiques, si on part de l'idée que la propriété publique se présente comme l'appartenance d'un bien à une personne publique.

123. En Europe, la Grèce antique et la Rome antique en sont les exemples en matière de propriété publique. Plusieurs sources fondamentales trouvent leurs fondements dans les

¹⁶⁹ Caroline CHAMARD-HEIM, op. cit., p.59.

¹⁷⁰ Clair LOVISI - *Introduction historique au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2016, p.10.

¹⁷¹ Ibid, p.18.

¹⁷² Caroline CHAMARD-HEIM expliquait que cette cité est connue sous la qualification de « Cités-Etats » propriétaires dont « L'existence d'une propriété publique permettrait de disposer des ressources nécessaires pour faire face aux charges communes [...] » : v- Caroline CHAMARD-HEIM, op.cit., p.68.

¹⁷³ Pierre AMIET expliquait, en parlant de l'antiquité orientale que « l'antiquité orientale revêt une importance unique et décisive autant que l'antiquité classique qu'elle a précédée et largement préparée. Il en est ainsi du fait du développement et donc du progrès global : technique certes, mais aussi et surtout intellectuel [...] » : v- Pierre AMIET - *L'antiquité orientale. Que sais-je ?*, PUF, 2017, p.3.

¹⁷⁴ Caroline CHAMARD-HEIM - *La distinction des biens publics et des biens privés : contribution à la définition de la notion de biens publics*, Thèse, Dalloz, Nouvelle Bibl. de Thèse, 2004, p. 59.

civilisations antiques¹⁷⁵, et ce fut le cas de la question de propriété publique. D'ailleurs, ce qui justifiait la liberté dont disposaient les cités-Etats ou l'Etat romain dans la gestion de leurs biens, était fondé sur le droit de propriété.

124. Il en va de même pour l'Afrique, en particulier en Egypte où la propriété publique existait. Les biens publics de l'Egypte antique étaient sous le contrôle des pharaons. L'historien de LAVELEYE a expliqué que, « à l'époque des Pharaons, la terre appartenait au souverain, semble-t-il »¹⁷⁶. Le souverain propriétaire assurait la gestion des terres de l'État. Il pouvait, par la voie de l'expropriation, s'approprier les biens des personnes privées mais, moyennant, « une juste indemnité »¹⁷⁷.

125. Au Moyen-Orient, l'idée de l'existence d'un droit de propriété du roi était indéniable. La professeure CHAMARD-HEIM a expliqué, dans sa thèse, à propos de la 'propriété publique en Mésopotamie' que « le roi mésopotamien était en effet très puissant et il possédait de nombreux biens [...] »¹⁷⁸. Dans la ville de Babylone, le roi exerçait un droit de propriété sur les terres puisqu'il représentait les dieux sur terre. Sur ce point, M. MOUNAYER a expliqué, dans sa thèse, à propos des lois de Hamourabi, que « la terre appartient théoriquement aux dieux et sous eux aux rois. C'est en eux que réside immuablement le principe de la propriété du sol, le droit éminent. Les dieux ont la propriété, le droit souverain de disposer parce qu'ils ont créé la terre. Les rois jouissent de ce droit suprême en tant que représentants des dieux, tandis que les citoyens n'exercent sur la terre qu'un simple droit de possession »¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Dans le Précis de Jean-Louis CLERGERIE, Annie GRUBER, Patrick RAMBAUD, intitulé « L'union Européenne », il est expliqué que « c'est toute l'antiquité qui est la source de la tradition européenne » : v- Jean-Louis CLERGERIE, Annie GRUBER, Patrick RAMBAUD - *L'union européenne*, Dalloz, coll. précis, 2016, p.2.

¹⁷⁶ Emile de LAVELEYE - *De la propriété et de ses formes primitives*, Félix Alcan, 4^e éd., 1891, p.354.

¹⁷⁷ Ibid., p.355.

¹⁷⁸ Caroline CHAMARD-HEIM - *La distinction des biens publics et des biens privés : contribution à la définition de la notion de biens publics*, Nouvelle Bibl. de Thèse, Dalloz, 2004, p.60.

¹⁷⁹ Nassib MOUNAYER - *Le régime de la terre en SYRIE. Etudes historiques, juridiques et économiques*, Thèse, LGDJ, 1929, p.6.

B/ Une propriété publique originaire des droits savants

126. Parler des droits savants, c'est aussi s'intéresser à deux droits, le droit romain et le droit canonique. Et historiquement, la naissance du droit de propriété publique découle du droit romain¹⁸⁰ et du droit canonique¹⁸¹.

127. D'abord, s'agissant du droit romain, il est à noter qu'à partir du moment où il est devenu un droit écrit¹⁸², la distinction entre les biens privés et les biens publics commençait à être claire. Ce qui est certain, c'est que la propriété publique existait à cette époque du droit romain. Paul GARBOULEAU a écrit que, « en droit romain, les mots *dominus*, *dominium*, désignent le droit par excellence, le droit le plus étendu qui existe sur les choses, le droit de propriété »¹⁸³. Ce droit de propriété publique ne s'exerçait que sur les biens autres que les biens du domaine public. Il est à rappeler, en effet, que les biens qui ont été destinés à l'utilité de tous ne pouvaient faire l'objet d'une propriété. Les autorités compétentes n'exerçaient qu'un droit de garde. Le professeur GIRARD expliqua, même s'il ne partageait pas cette idée, que « l'utilité en est même si complètement absorbée par la jouissance publique qu'on a prétendu que l'État n'en était pas propriétaire et qu'il avait seulement sur eux un droit de souveraineté »¹⁸⁴. En revanche, d'autres biens faisaient l'objet d'un droit de propriété et étaient aliénables. Il s'agit du domaine de la propriété dont « les personnes morales peuvent [...] faire tous les actes de propriété que fait un particulier sur sa chose »¹⁸⁵. Ceci s'explique par le fait qu'il existait deux sortes de biens, ceux du domaine privé et ceux du domaine public, même si l'expression domaine public n'était pas utilisée pendant la période du droit romain.

128. Le droit canonique, quant à lui, est « le droit de l'église catholique, dès le IV^e siècle, séparé de l'Etat romain »¹⁸⁶, et il procurait à l'Eglise des biens, destinés à l'accomplissement

¹⁸⁰ Dans son ouvrage, Claire LOVISI avance l'argument selon lequel le droit romain est divisé en trois périodes « correspondant en trois formes de procédures civiles » qui sont l'ancien droit, l'âge d'or du droit romain, et le Bas-Empire : v - Claire LOVISI - *Introduction historique au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2016, p.37.

¹⁸¹ Et parlant du droit canonique, Jean HILAIRE a écrit que « le droit canonique a eu une influence directe sur la formation des droits nationaux [particulièrement dans les matières de droit civil mais aussi en droit public] » : v- Jean HILAIRE - *Histoire du droit*, Dalloz, 14^e éd., 2017, p. 67.

¹⁸² Selon toujours le professeur HILAIRE « la compilation de Justinien a eu un grand prestige face au droit coutumier : Cela en tant que Droit écrit et un système juridique apparemment complet » : v- Jean HILAIRE, *Ibid.*, p.65.

¹⁸³ Paul GARBOULEAU - *Du domaine public en droit romaine et en droit français*, Thèse, Durand, 1859, p.6.

¹⁸⁴ Paul Frédéric GIRARD - *Manuel élémentaire de droit romain*, Arthur Rousseau, 4^e éd., 1906, p.239.

¹⁸⁵ Paul GARBOULEAU, *op. cit.*, p.8.

¹⁸⁶ Dominique Chagnollaude de SABOURET - *Dictionnaire élémentaire du droit*, Dalloz, 2^e éd., p.14.

des activités, dont elle était la propriétaire. L'Eglise exerçait, de ce fait un droit de propriété sur ces biens différent de la propriété des personnes privés.

129. Il est à noter que ces droits savants ont influencé le droit positif contemporain, notamment en ce qui concerne, le droit de la propriété publique. D'une manière générale, et comme l'a expliqué le professeur JOBBE-DUVAL, « le droit romain, qui valait seulement comme raison écrite exerça néanmoins une très grande influence sur la formation de la doctrine et de la jurisprudence »¹⁸⁷. Les sources contemporaines du droit de la propriété publique se sont fortement inspirées de ces droits savants, droit romain et droit canonique. En somme, un droit de propriété publique trouvant son origine dans le droit romain et dans le droit canonique. Ce droit de la propriété publique est celui qui fonde, aujourd'hui, la liberté dont dispose l'administration en matière de gestion du domaine public.

130. Au-delà de cet aspect historique, c'est du doyen HAURIOU que provient, du point de vue doctrinale française, la thèse de la théorie de la propriété administrative.

II/ L'attribution de la thèse de l'existence d'un droit de propriété publique au doyen Hauriou

131. Plusieurs auteurs¹⁸⁸ ont affirmé que l'idée de reconnaître une propriété sur le domaine public émane du doyen HAURIOU. Bien que cette notion de propriété sur le domaine public ait fait l'objet d'un débat doctrinal controversé, le concept du doyen HAURIOU, avec ses arguments incontestables, a fini par s'imposer. Aujourd'hui, le droit positif de la domanialité s'est allié à l'idée d'une propriété sur le domaine public.

132. Pour le doyen HAURIOU, dans la mesure où le bien affecté à l'utilité publique ne pouvait faire l'objet d'une propriété privée, il est, dans ce cas, reconnu un droit de propriété sur le domaine public ; la raison en est que la personne publique exerce des droits similaires au droit de propriété des personnes privées sur leurs biens. Et toujours pour le doyen HAURIOU, « le droit du domaine public est un droit de propriété modifié dans ses effets par

¹⁸⁷ Emile JOBBE-DUVAL - *L'enseignement du droit romain : son utilité, son état actuel*, Marescq Ainé, 1904, p.14.

¹⁸⁸ C'est le cas du professeur BONNARD dans son ouvrage « précis de droit administratif ». Il a cité HAURIOU, en note de bas de page, à propos de la question relative à la distinction du domaine public et du domaine privé en vue de réaffirmer l'idée de propriétés administratives : v- Roger BONNARD - *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p.538. Le professeur de LAUBADÈRE, dans son « *Traité de droit administratif* », a écrit que « C'est à Hauriou que revient le mérite d'avoir introduit dans la doctrine l'idée de la propriété des collectivités administratives sur leur domaine public » : v- André de LAUBADÈRE - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1975, p.137.

l'utilité publique »¹⁸⁹. Un droit de propriété sur le domaine public différent de celui du droit de propriété des personnes privées. Cette différence s'explique par le fait que cette propriété publique sur le domaine public « est rattachée à la puissance publique et [qui] est caractérisée dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose »¹⁹⁰.

133. En réalité, le doyen HAURIOU admet l'existence d'une seule propriété administrative contenant les trois composantes qui sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Pour lui, la propriété a la même nature, en ce sens que peu importe la catégorie des biens, du domaine privé ou du domaine public, l'administration est propriétaire. Ce qui change demeure dans le régime puisque « le domaine privé est administré par des procédés de la vie privée, le domaine public est administré par des procédés de la vie publique »¹⁹¹. À ce propos d'ailleurs, il est proposé dans cette étude de diviser cette propriété publique en deux propriétés : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée.

134. Il est vrai que le domaine public est frappé d'inaliénabilité mais cette condition n'écarte pas la faculté laissée à l'administration de disposer de son bien. D'ailleurs, en reprenant l'idée de HAURIOU, BONNARD explique que « l'idée d'inaliénabilité impose l'idée de propriété. L'inaliénabilité ne saurait s'appliquer qu'à une chose appropriée [...]. Si l'administration n'était que le gérant du domaine public, la question d'aliénation ne se poserait pas, car, par définition, un gérant ne peut pas aliéner »¹⁹². Quant à l'*usus*, il y existe sur le domaine public, car, l'administration peut conserver l'utilité du bien lorsqu'il est affecté à un service public. S'agissant du *fructus*, il est admis que l'administration a le droit de percevoir une redevance pour occupation privative de son domaine public. Au regard de ces éléments, l'administration exerce bien un droit de propriété sur le domaine public. L'utilité publique prouve cette propriété au motif que « 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 terrains »¹⁹³.

135. Ainsi, plusieurs arguments sont avancés pour justifier l'exercice du droit de propriété sur le domaine public. D'abord, les biens du domaine public ne peuvent faire l'objet d'une

¹⁸⁹ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif*, Larose et Forcel, 1892, p.492.

¹⁹⁰ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose, 4^e éd., 1900, p.629.

¹⁹¹ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif*, Larose, 8^e éd., 1913, p.738.

¹⁹² Roger BONNARD - *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p.549.

¹⁹³ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose, 4^e éd., 1900, p.631.

appropriation par les personnes privées¹⁹⁴ en raison de leurs affectations à l'utilité publique. C'est donc le principe de l'exclusivité du domaine public aux seules personnes publiques. S'ajoutent, également, les prérogatives de la personne publique exercées sur le domaine public qui ne peuvent s'expliquer que par l'idée de l'exercice d'un droit de propriété. C'est le cas de l'affectation ou de la désaffectation qui demeurent des prérogatives du propriétaire. Il en va ainsi pour la délimitation du domaine public qui demeure un acte de gestion domaniale édicté à l'aide de prérogative de puissance publique. Aussi, la question de la conservation dudit domaine fait partie des actes relevant de la compétence du propriétaire. Par ailleurs, aujourd'hui, la propriété publique est bien consacrée par le droit positif.

Paragraphe 2/ Une propriété publique sur le domaine public consacrée par le droit positif

136. Définie comme « le droit dont disposent les personnes publiques sur les biens qui composent leur patrimoine »¹⁹⁵, la propriété publique comprend l'ensemble des biens appartenant aux personnes publiques, d'une part, les biens relevant du domaine privé de la personne publique et d'autre part, les biens du domaine public. Tous ces biens font partie de la propriété de la personne publique, laquelle est « [...] entendue comme la propriété des personnes publiques sur leurs biens »¹⁹⁶. En revanche, la propriété exercée sur le domaine public contient, rappelons-le, des règles spécifiques exorbitantes du droit commun en raison surtout de l'affectation des biens du domaine public à l'utilité publique.

137. Aujourd'hui, ce droit de propriété publique sur le domaine public est devenu un droit législatif. Plusieurs sources consacrent le droit de propriété publique (I), mais ce n'est qu'à partir de sa codification que le droit de propriété publique est devenu un droit précis (II).

I/ Le droit de propriété publique, un droit régi par des sources diverses

138. Régies par plusieurs sources à la fois internes (A) et externes (B), ces sources engendrent un régime propre au droit de propriété des personnes publiques exercé sur le domaine public.

¹⁹⁴ Le doyen HAURIUO a écrit que « les dépendances du domaine public ne sont pas et ne peuvent pas être des objets de propriété pour des particuliers, dans le même moment où elles sont affectées à la domanialité publique » : v- Maurice HAURIUO - *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^e, 1933, p.781.

¹⁹⁵ Jean-Gabriel SORBARA – *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 1^e éd., 2016, p.21.

¹⁹⁶ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd, 2014, p.18, t.2

A/ Un droit de propriété publique consacré par des sources internes

139. Comme il sera abordé dans les paragraphes suivants, la propriété publique constitue un fondement de la liberté de gestion du domaine public. Autrement dit, c'est en raison de ce droit de propriété exercé sur le domaine public que l'autorité domaniale est dotée d'une liberté de gestion. Cette liberté de gestion est tributaire du droit de la propriété. Et il est donc évident comme l'a écrit le professeur LAVIALLE que « le propriétaire public, dès lors que l'usage est compatible avec l'affectation, est compétent pour autoriser ou non les installations sur son domaine et en retirer un revenu comme tout propriétaire privé », et toujours selon le professeur LAVIALLE, « cette compétence est considérée comme un attribut du droit de propriété »¹⁹⁷. Cette compétence dont dispose l'autorité domaniale dans la gestion du domaine public prouve, en effet, sa liberté de gestion dudit domaine.

140. Aujourd'hui, sa consécration va au-delà de la consécration jurisprudentielle, puisque la Constitution le régit. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juin 1986¹⁹⁸, est venu mettre en place une protection du droit de la propriété publique au même titre que la propriété des personnes privées. Il a donc élargi l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789 disposant que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Il s'agit, donc, d'une extension de cet article 17 de ladite déclaration, c'est-à-dire que le droit de propriété concerne aussi la propriété des personnes publiques. Il n'est plus seulement un droit de l'homme, mais comme l'a écrit le professeur SORBARA, il est aussi « Un droit de l'Etat »¹⁹⁹. Au regard de cet article 17, les personnes publiques ne doivent être privées de leur propriété. D'ailleurs, pour faire une distinction entre les articles 2 et 17 de la déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a considéré que dans le cadre de l'atteinte

¹⁹⁷ Christian LAVIALLE, « Expulsion du domaine public : compétences respectives du propriétaire et du gestionnaire » - note sous Conseil d'Etat, 1^{er} juin 2016, *Société Mahoraise d'acconage, de représentation et de transit*, RFDA, 2016, p.1120.

¹⁹⁸ DC, n°86-2017, des 25 et 26 juin 1986, Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social. En l'espèce, était contestée cette loi de sa conformité à la constitution en tant qu'elle permettait au gouvernement de prendre, par ordonnance, pendant un délai imité, des mesures qui sont du domaine de la loi. Ainsi, plusieurs articles de ladite loi ont été contestés, parmi lesquels, l'article 4 et 5 de la loi. Selon le Conseil constitutionnel, statuant sur la question relative à l'incessibilité des biens publics à un prix inférieur à leur valeur, « la protection [du droit de propriété découlant à l'article 17 de la DDHC] ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques ».

¹⁹⁹ Jean-Gabriel SORBARA - *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 1^e éd., 2016, p.27.

portée à l'article 17, il s'agit d'une privation, alors que dans le cadre de l'atteinte portée à l'article 2 de cette déclaration, il s'agit d'une limite au droit de propriété²⁰⁰.

141. Plusieurs dispositions à valeurs constitutionnelles régissent, également, la propriété publique. Le préambule de 1946 précise, dans son alinéa 9, que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Cet alinéa prouve ainsi l'existence constitutionnelle du droit de la propriété publique²⁰¹. Il en va de même pour l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et des citoyens qui fait de la propriété, un des droits de l'homme. Et pour reprendre l'expression de la professeure LANGELIER, sur le « plan constitutionnel, le droit des biens repose sur la consécration des propriétés publiques, privées »²⁰², il est, de ce fait, indéniable de considérer que la propriété publique trouve son fondement dans la constitution.

142. Par-delà les articles cités plus haut, d'autres articles constitutionnels consacrent non pas la propriété elle-même, mais sa protection. Il s'agit donc du principe d'égalité qui consiste, selon la professeure LANGELIER, à assurer une « protection constitutionnelle de la valeur financière des biens publics »²⁰³ et ce dans le but de « garantir que la personne publique fera usage de ses biens conformément à ses obligations constitutionnelles »²⁰⁴. Et pour parvenir à cet objectif, il est interdit à la personne publique propriétaire de vendre son bien à un prix inférieur à sa valeur,²⁰⁵ par respect au principe d'égalité²⁰⁶, qui est à la fois un

²⁰⁰ Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision du 12 novembre 2010, n°2010-60 QPC, que l'atteinte à l'article 17 de la déclaration de l'homme ne constitue pas une limite mais une privation au droit de la propriété. En l'espèce, la Cour de cassation avait posé une question prioritaire de constitutionnalité au conseil de constitutionnalité sur la conformité de l'article 661 du code civil à la constitution. Le requérant a soulevé l'article 2 et 17 de la déclaration pour contester les dispositions. Pour répondre à cette question, le conseil constitutionnel distingue l'article 2 de l'article 17 de la Déclaration. L'atteinte portée au premier constitue une limite au droit de propriété alors que s'agissant du second article, l'atteinte portée au droit de propriété constitue une privation. Selon le conseil constitutionnel, « en l'absence de privation de ce droit, l'accès à la mitoyenneté autorisé par le texte en cause n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ».

²⁰¹ Dans la mesure où le préambule de 1946 est, depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association, une norme constitutionnelle et donc à une valeur constitutionnelle.

²⁰² Elise LANGELIER - « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens » - RDP, 2011, p.1493.

²⁰³ Ibid., p.1493.

²⁰⁴ Jean-Gabriel SORBARA - *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 1^e éd., 2016, p.30.

²⁰⁵ Le Conseil constitutionnel a consacré ce principe d'interdiction des biens des personnes publiques à vils prix. La décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 1986, Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, consacrant ce principe d'égalité pour protéger la propriété publique (Voir Cons.58 et 59).

²⁰⁶ Le principe d'égalité demeure un principe de la République, faisant partie de la devise nationale et donc Liberté, Egalité, Fraternité. Cela signifie que ce principe interdit toute sorte de traitement différent envers les citoyens. En revanche, à ne pas confondre l'égalité devant la loi et l'égalité de fait. Sophie DENIZEAU a présenté

principe à valeur constitutionnelle et un principe général de droit²⁰⁷. Selon le professeur SORBARA « ce n'est donc pas le droit de propriété qui est ici en cause, mais la qualité publique de l'organe qui en est le détenteur »²⁰⁸.

143. La jurisprudence administrative a consacré, aussi, le droit de propriété publique. Plusieurs décisions du Conseil d'État affirment l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public. Dès le 19^e siècle, des critères de propriété publique identifiés par le Conseil d'État, certes de façon indirecte²⁰⁹, manifestaient l'existence de ladite propriété. Mais il a fallu attendre sa décision du 17 janvier 1923, *PICCIOLI*, pour constater de manière affirmative l'existence de la propriété des personnes publiques sur leurs biens. Pour le Conseil d'État, « les terrains appartenaient à l'Etat », à l'intérieur desquels un « charbon a été extrait des déblais effectués au cours des travaux exécutés dans le port d'Oran ».

B/ La propriété publique régie par des sources externes

144. « Le droit légiféré et jurisprudentiel des biens publics est aujourd'hui surplombé, aussi, par certaines règles internationales »²¹⁰. Des sources internationales ordinaires et européennes régissent ce droit de propriété publique. Elles consacrent, ainsi, ce droit et reconnaissant l'existence d'un droit de propriété exercé par les Etats.

145. Ce fut le cas du protocole additionnel, complétant la Convention européenne des droits de l'Homme signée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur en 1953, signé à Paris le 20 Mars 1952, en vertu duquel, aux termes de l'article 1^{er}, « toute personne physique ou morale a le droit au respect de ses biens ». Au regard de cet article, la doctrine considère qu'il ne précise pas clairement la notion de droit de propriété²¹¹. En effet, cet article ne dit pas tout. Mais que faut-il entendre par « droit au respect de ses biens » ?

ce principe d'égalité comme étant « le socle de l'ensemble des libertés fondamentales » : v- Sophie DENIZEAU - *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Dyna'sup droit, 2008, p.161.

²⁰⁷ En faisant référence à la décision du Conseil constitutionnel en date du 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, et la jurisprudence du Conseil d'État du 9 mars 1951, *société des concerts du conservatoire*.

²⁰⁸ Jean-Gabriel SORBARA – *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 1^e éd., 2016, p.103.

²⁰⁹ CE, 7 décembre 1854, CE 9 janvier 1872, et autres.

²¹⁰ Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.19.

²¹¹ Anne-Françoise ZATTARA-GROS a écrit que « si l'article 1^{er} du protocole 1 annexé à la convention européenne proclame l'existence d'un droit au respect de ses biens, il est elliptique sur ce que recouvre une telle expression » : v- Anne-Françoise ZATTARA-GROS - « Conv.EDH, Protocole 1, Art. 1 : Droit de propriété » - Répertoire de droit européen, Dalloz, n° 3, 2014.

146. Répondre à cette question nécessite qu'on définisse le mot « Bien ». Celui-ci, « identifié à toute valeur détectée »²¹², suppose qu'il est, avant tout, une richesse susceptible de procurer des avantages à celui qui en possède. « Les biens sont donc des propriétés »²¹³, en conséquence, le respect aux biens des personnes s'impose. Et on entend par « respect au droit des biens » le respect au droit de propriété²¹⁴, autrement dit « le droit au respect des biens véhicule une notion de la propriété »²¹⁵. En conséquence, le premier article de ce protocole concerne aussi le droit de propriété publique²¹⁶, comme l'a souligné le professeur AUBY.

147. Le droit de l'Union, quant à lui, opte pour la neutralité à l'égard des États membres. Ces derniers sont libres de régir de façon autonome les règles qui s'appliquent en droit de propriété. Cette neutralité, on la retrouve dans l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne, en vertu duquel « les traités ne préjugent en rien le régime de propriété dans les États membres ». C'est une des compétences exclusives des États membres. Selon le professeur KOVAR, « les traités constitutifs des communautés européennes reconnaissent que la détermination du régime de la propriété relève de la compétence des Etats membres »²¹⁷ tout en ajoutant que ces traités « consacrent la neutralité du droit communautaire à l'égard de la nature de la propriété laissant les Etats membres libres de choisir entre la propriété privée et la propriété publique ». En revanche, cette neutralité est nuancée. Au-delà de cette neutralité consacrée par le traité, ce droit de propriété consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme est aussi garanti par le droit de l'Union européenne. Selon la Cour de justice, « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »²¹⁸. Il est donc évident que les États membres doivent respecter le droit de propriété tel qu'il est consacré par le protocole additionnel numéro 1 à la convention européenne des droits de l'homme.

²¹² Rémy LIBCHABER - « Biens » - RDI, n°4, 2016.

²¹³ Frédéric ZENATI-CASTAING - « La propriété : Mécanisme fondamental du droit » - RTD civ, 2006, p.445.

²¹⁴ Sur ce point, voir la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, affaire n°6833/74, opposant Marckx à la Belgique. Selon la Cour, l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention « garantit en substance le droit de propriété ». Aussi, dans un autre arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, elle précise que le premier alinéa l'article 1 du premier protocole additionnel signifie que « respect de la propriété » laisse comprendre que respect au droit des biens renvoie au respect du droit de la propriété : v- CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lonnroth*, n°7152/75.

²¹⁵ Anne-Françoise ZATTARA-GROS - « Conv.EDH, Protocole 1, Art.1 : Droit de propriété » - Répertoire de droit européen, Dalloz, n°3, 2014.

²¹⁶ Pour le professeur AUBY, à propos de la décision de la CEDH de 1994, « de cet arrêt de la Cour européenne, il ressort que la disposition qui, à l'article 1 du protocole n°1, protège le droit de propriété, s'applique aux propriétés publiques » : v- Jean-Bernard AUBY, « protection de la propriété publique et convention européenne des droits de l'homme » - note sous CEDH, 9 décembre 1994, n°10/1993, RDI, 1996, p.359.

²¹⁷ Robert KOVAR - « Droit de propriété » - Répertoire de droit européen, Dalloz, 2007, n°1.

²¹⁸ CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance For Natural HEALTH*, Affaire C-154/04, Point 122, site Curia.europa.

148. S'agissant du droit international ordinaire, la Déclaration universelle des droits de l'Homme consacre la propriété. Aux termes de l'article 17 « toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ». Cet article pose le principe général relatif au respect du droit de la propriété, aussi bien la propriété privée que la propriété publique. Quant au deuxième alinéa, il interdit la privation du droit de propriété mais laisse croire, de façon indirecte, à l'existence d'une exception à ce principe, c'est-à-dire la possibilité de priver une personne de sa propriété pour cause d'utilité publique.

II/ La clarté du code de 2006 sur l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public

149. Très riche est la présentation du code de la propriété des personnes publiques 2006 par le professeur GAUDEMET. Selon ses termes, « le code général de la propriété des personnes publiques est unique en son genre, au moins parmi les codifications actuelles. Il est unique parce que né d'une occasion et d'une volonté. Il est unique parce que, s'il constitue un incontestable progrès, il est aussi source d'interrogation et annonce les évolutions à venir autant qu'il clarifie et ordonne les solutions éparses du passé. Il est unique parce qu'il prétend amorcer le passage, sans rupture, de la conservation à la valorisation économique des biens des personnes publiques »²¹⁹. Ainsi, ledit code a légiféré des principes qui, jusque-là, étaient des principes d'ordre jurisprudentiel. C'est le cas de la propriété publique devenue, depuis l'ordonnance de 2006, un droit législatif. Son appellation l'illustre bien puisque le code porte le titre de « la propriété des personnes publiques ». Il est donc évident d'admettre la reconnaissance, par ledit code, d'un droit de propriété publique sur le domaine public. Cela montre bien que le code, selon le professeur SORBARA « s'attache par conséquent, contrairement à ses prédécesseurs des années cinquante et soixante, à traiter les personnes publiques non comme les gardiennes d'un domaine affecté qui leur échappe, mais comme les propriétaires de biens dont elles ont la gestion »²²⁰.

150. Ainsi, le code issu de l'ordonnance du 21 avril 2006, n°2006-460, demeure un code unificateur²²¹. Il est le code qui, après avoir consacré la propriété publique, rend celle-ci un

²¹⁹ Yves GAUDEMET - « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques » - RDP, 2012, p.1223.

²²⁰ Jean-Gabriel SORBARA - *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 1^{er} éd., 2016, p. 55.

²²¹ En ce sens que le code, selon la doctrine, ne fait que « réunir des textes épars, de les classer, de les ordonner dans un volume unique pour les rendre plus accessible et intelligibles et non de procéder à une modification des normes applicables » : v- Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-

droit bien déterminé. Et contrairement au code du domaine de l'État, l'actuel code consacre la propriété publique des personnes publiques et pas seulement, comme ce fut le cas du premier, la propriété de l'État. Autrement dit, de manière très large que l'ancien code, le code de 2006 énumère les règles qui s'appliquent à l'ensemble des biens faisant l'objet des propriétés publiques. Dès lors, en consacrant, de manière affirmative, la propriété administrative (A), le code général de la propriété des personnes publiques couvre l'ensemble des personnes publiques (B).

A/ Une consécration affirmative de la propriété publique par le CGPP

151. En effet, le code de 2006 fait mention directement de la propriété publique. En portant le nom de propriété publique, il consacre de façon explicite et large le droit de propriété des personnes publiques. Bien qu'il n'apporte aucune modification aux anciens textes, ledit code rectifie les incohérences du passé. Dans le rapport adressé au président de la République relatif à l'ordonnance relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, il est écrit que « le code du domaine de l'Etat reflète nécessairement ces contradictions ou ces insuffisances dans la mesure où il n'a pas fait l'objet d'une révision d'ensemble depuis 1970. Les règles applicables aux collectivités territoriales lui sont par définition étrangères, sans que le code général des collectivités territoriales, institué à droit constant, n'ait du reste totalement pris en charge l'ensemble du droit domanial des propriétés publiques locales. Le droit domanial applicable aux établissements publics est fragmentaire et souvent empirique, décalquant les règles applicables à l'Etat moyennant des aménagements plus ou moins explicites. [...] Une telle situation est source d'insécurité juridique »²²².

152. Face à cette insécurité juridique dont se souciaient les autorités, le code général de la propriété des personnes publiques apporte une précision et une clarté quant à la question de l'existence d'un droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens, tant du domaine privé que du domaine public. Ainsi, à la lecture des articles L 1 et L 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, il est affirmé un droit de propriété aux personnes publiques sur leurs biens. Il s'agit là d'un droit que les autorités domaniales exercent et qui engendre, en conséquence, une liberté de gestion. Toutefois, dans cette étude, il sera expliqué que la propriété publique exercée sur le domaine public est différente de celle exercée sur le

Charlotte LESERGENT, François BRENET, Fabrice HOURQUEBIE - *Code général de la propriété des personnes publiques*, Annoté et commenté, Dalloz, 7^e éd., 2017, Introduction, Dalloz, , p.48.

²²² Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, Publié au JO, le 22 avril 2006.

domaine privé. Ce droit de propriété est certes de même nature que celui des personnes privées²²³ mais, avec un régime juridique différent.

153. De ce fait, le domaine public est un domaine qui fait l'objet de propriété publique. Précisément, la propriété est une condition de l'appartenance d'un bien au domaine public. Mais il est aussi important de souligner, au regard du code général de la propriété des personnes publiques, que la propriété publique et le domaine public ne se confondent pas²²⁴, dans la mesure où la propriété publique est composée des biens du domaine privé et des biens du domaine public. Alors que le domaine public comprend l'ensemble des biens appartenant à une personne publique dont l'affectation est destinée à l'utilité publique. On lit dans ce code que « le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales, et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics », il est fait référence aux deux domaines, privé comme public. Par ailleurs, cette consécration reprend une position de la jurisprudence antérieure selon laquelle la propriété publique demeure une condition pour qu'un bien fasse partie du domaine public.

154. Maintenant, quant à la question de savoir si la propriété publique est exigée pour qu'un bien fasse partie du domaine public, le professeur DELVOLVÉ explique que ladite propriété n'est pas nécessaire, en ce sens que, selon ses termes, « la propriété n'est nécessaire ni suffisante pour reconnaître et protéger le domaine public » car, « les eaux et le fleuve font partie du domaine public sans être la propriété de la personne publique de laquelle ils dépendent »²²⁵. En commentant l'article L.2111-7 du code général de la propriété des personnes publiques, le professeur DELVOLVÉ ajoute que « l'eau est appropriable par quantités déterminées. Mais ce ne sont pas ces quantités qui, elle mêmes, font partie du domaine public. C'est la masse aquatique, considérée dans son ensemble, qui fait partie du domaine public, sans pouvoir être en tant que telle objet de propriété »²²⁶.

²²³ Le professeur GAUDEMET a écrit en ce sens. Et selon ses termes, « affirmer le droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens, et un droit substantiellement de même nature que celui du droit privé [...], telle est la proposition sur laquelle s'est tout entier construit le nouveau code comme en témoigne sa dénomination » : v- Yves GAUDEMET – « À propos de la valorisation économique des propriétés publiques » - RDP, 2012, p.1223.

²²⁴ Le professeur DUFAU a écrit que « les notions de propriété et domanialité répondent à des finalités différentes qui conditionnent l'application de régime également différents » : v- Jean DUFAU – « Propriété publique et domanialité publique » - AJDA, 2012, Dalloz, p. 1381.

²²⁵ Pierre DELVOLVÉ - « Le code général de la propriété des personnes publiques : regard extérieur sur le code » - RFDA, 2006, p. 899.

²²⁶ Ibis., p.899.

155. Par-delà l'analyse faite par le professeur DELVOLVÉ, la propriété publique est une condition de la domanialité publique. Le code général de la propriété des personnes publiques reste clair, en ce sens qu'il retient deux critères cumulatifs pour qu'un bien fasse partie du domaine public. Il s'agit du critère organique et du critère matériel. En outre, contrairement, aux anciens textes domaniaux, le code général de la propriété des personnes publiques couvre l'ensemble des personnes publiques.

B/ Une propriété reconnue à l'ensemble des personnes publiques par le code général de la propriété des personnes publiques

156. L'article L 1 du code général de la propriété des personnes publiques pose, sans ambiguïté, le critère organique de la reconnaissance d'un bien au domaine public. De plus, il élargit le critère organique à l'ensemble des personnes publiques. Désormais, toutes les personnes publiques sont propriétaires de leurs biens, mobiliers comme immobiliers. Aux termes de cet article, « le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics ».

157. La question de la propriété des personnes publiques n'a pas, depuis la thèse de la propriété administrative du doyen HAURIOU, posé problème. La jurisprudence²²⁷ et la doctrine ont suivi cette théorie. Mais la nouveauté apportée par l'actuel code demeure dans la précision quant à la reconnaissance de la propriété publique à l'ensemble des personnes publiques et, contrairement aux anciens textes, à l'instar du code du domaine de l'Etat²²⁸ qui consacra uniquement la propriété publique de l'Etat sur le domaine public sans même aborder le droit de propriété des autres personnes publiques. Ce faisant, la consécration de la propriété des autres personnes publiques émanait de textes épars. C'est ainsi que le code général de la propriété des personnes publiques demeure un code qui rassemble d'une manière générale les textes reconnaissant la propriété des personnes publiques. C'est un code unificateur qui

²²⁷ Le Conseil d'État, dans son arrêt, *ville de Paris*, du 16 juillet 1909, a reconnu que les personnes publiques exercent bien un droit de propriété sur leurs biens. Idem dans l'arrêt du 17 janvier 1923, *Piccioli*, où le conseil d'Etat considérait que le domaine appartenait à l'Etat. Il en va de même pour les décisions du Conseil constitutionnel du 26 juillet 1986 et du 26 juin 2003.

²²⁸ Selon le professeur DELVOLVÉ, « le code général couvre toutes les personnes publiques [...], contrairement au précédent code du domaine de l'Etat qui se limitait à celui-ci et laissait épars les textes concernant les autres personnes publiques » : v- Pierre DELVOLVÉ - « Code général de la propriété des personnes publiques, regard extérieur sur le code » - RFDA, 2006, p.899.

devient selon l'expression du professeur SORBARA « l'héritier de quelques grands textes dont il reprend parfois directement les dispositions »²²⁹.

158. En guise de conclusion, il est reconnu, aujourd'hui, que les personnes publiques, c'est-à-dire, L'Etat, les Collectivités territoriales et à leurs groupements et établissements publics, disposent d'un droit de propriété sur leur domaine public. Il ressort de L.2111-1 que « sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 est constitué des biens lui appartenant [...] ». Il s'agit d'une « affirmation législative du droit de propriété des personnes publiques sur leurs domaines »²³⁰. Cette affirmation met fin au doute sur la question de l'élargissement de la propriété publique aux autres personnes publiques, autre que l'Etat. Ainsi, il est mis fin, depuis l'entrée en vigueur de ce code, au « débat sur l'existence d'un droit de propriété [de l'ensemble des personnes publiques] »²³¹.

159. Il est donc clair que le code de 2006 place la propriété publique au rang législatif. Il a fallu presque deux cents ans, depuis la thèse du doyen HAURIOU, pour que la propriété des personnes publiques sur leurs biens publics soit reconnue par un texte aussi clair et précis. On peut donc considérer que l'ordonnance de 2006, codifiée au code général de la propriété des personnes publiques, apporte une clarté et une affirmation de l'existence du droit de propriété sur le domaine public.

Section 2/ La liberté de gestion du domaine public : conséquence de l'existence d'une propriété publique-publique sur le domaine public

160. La liberté de gestion suppose que le propriétaire et gestionnaire du domaine public dispose des droits lui permettant de prendre des mesures nécessaires en vue de la gestion dudit domaine. La liberté, étant définie selon les termes du professeur VERPEAUX comme « le pouvoir d'agir, [...], selon sa propre détermination, mais dans la limite de règles définies »²³²,

²²⁹ Jean-Gabriel SORBARA - *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 1^e éd., 2016, p.42. Dans cet ouvrage, le professeur rappelle plusieurs dispositions législatives anciennes et reprises par le code général de la propriété des personnes publiques. À titre d'exemple, le principe d'inaliénabilité du domaine public posé par ledit code est un principe déjà dégagé au 16^e siècle par l'Edit de Moulin du février 1566. Également, il a cité les ordonnances de COLBERT dont « les principes énoncés se retrouvent dans notre code général de la propriété des personnes publiques ». Aussi, le code domanial et le code du domaine de l'Etat sont, eux aussi, des codes qui abordent la question de la propriété publique.

²³⁰ Dmitri Georges LAVROFF - « Le domaine des collectivités locales » - Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, 2007.

²³¹ Ibid,

²³² Michel VERPEAUX - « La liberté » - AJDA, 1998, p.144.

renvoie, en ce qui concerne la gestion du domaine public, aux marges de manœuvre dont dispose l'autorité domaniale dans la gestion dudit domaine. Cette liberté découle, sans doute, de la propriété publique – publique exercée sur ledit domaine.

161. À ce propos, le professeur BONNARD a expliqué que « certains pouvoirs exercés sur le domaine public par l'administration ne pouvaient guère s'expliquer que par l'idée de propriété »²³³. C'est le cas de l'action en revendication que l'administration propriétaire peut exercer en vue de récupérer ses biens du domaine public. L'on se souvient de l'affaire concernant les 333 brouillons manuscrits de télégramme écrits par le général de GAULLE entre le 11 décembre 1940 et le 11 décembre 1942. Ces manuscrits avaient été sous la possession des personnes privées, la société Aristophil et le musée des lettres et manuscrits. La question soulevée, devant le Conseil d'État, était celle savoir si ces manuscrits peuvent être classés parmi les archives publiques ? Et si tel est cas, l'État, agissant en sa qualité de propriétaire, pourrait exercer une action en vue de revendiquer la propriété de ces documents ? La réponse donnée par le juge étant affirmative puisqu'il a considéré que ces « documents [...] procèdent de l'activité de l'État et constituent, dès lors, des archives publiques »²³⁴, dans ce cas, il revient à l'autorité domaniale d'exercer ses pouvoirs de revendiquer sa propriété.

162. Au vu de ces éléments, la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale est la conséquence de l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public. Le professeur YOLKA, après avoir expliqué les conséquences de l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public, ajoute que cette liberté de gestion demeure le principe. Pour le professeur, « le principe était traditionnellement celui d'une large liberté des autorités gestionnaires [...] et se traduit par le fait que l'exercice d'un certain nombre de libertés [commerces et industrie et presse] n'y saurait faire obstacle »²³⁵.

163. Cette liberté de gestion demeure, en effet, la conséquence d'une consécration du droit de propriété publique sur le domaine public. Autrement dit, dans la mesure où « la propriété [...] est la liberté même considérée sous une de ses formes et dans une de ses conditions les plus essentielles », le droit de propriété sur le domaine public octroie une liberté de gestion exercée en vue de préserver le domaine public. Pour le professeur LOMBARD, « la gestion

²³³ Roger BONNARD - *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p.551.

²³⁴ CE, 13 avr. 2018, *Société Aristophil*, n°410939.

²³⁵ Philippe YOLKA - *Droit des biens publics*, LGDJ, 1^e éd., 2018, p.95.

du domaine est avant tout inspirée par l'impératif de préservation »²³⁶. Ainsi pour y parvenir, l'autorité domaniale usera de ses prérogatives exorbitantes du droit commun. Cet usage entraîne nécessairement l'octroi d'une liberté de gestion.

164. Dès lors que l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public demeure la source de liberté de gestion (Paragraphe 1), il conviendra de rappeler que le régime applicable au droit de propriété sur ledit domaine ne peut être assimilable au régime applicable à la propriété des personnes privées (Paragraphe 2).

Paragraphe 1/ Le droit de propriété des personnes publiques : source de liberté de gestion du domaine public

165. La liberté de gestion dont dispose le maître du domaine trouve son fondement dans la propriété, laquelle demeure différente, en son régime, de la propriété publique exercée sur le domaine privé de l'administration. D'une autre manière, l'on ne peut assimiler la propriété publique exercée sur le domaine public à la propriété publique exercée sur le domaine privé, en ce sens que les deux n'ont pas les mêmes finalités.

166. Autrement dit, même si la propriété publique comprend l'ensemble des biens – du domaine privé et du domaine public - de la personne publique, elle a, néanmoins, deux finalités différentes. La propriété exercée sur le domaine public se tourne vers un but d'intérêt général, alors que celle exercée sur le domaine privé se tourne vers un but d'intérêt privé de l'administration. À ce propos d'ailleurs, le professeur FATÔME a souligné que la propriété publique exercée sur le domaine public « bénéficie d'une protection plus forte que celle que l'article 17 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées ». Et tout en critiquant la décision du Conseil constitutionnel, n°2003-473 du 26 juin 2003, selon laquelle, la loi d'habilitation « n'autorise pas le gouvernement à priver des garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public. ; que ces exigences résident en particulier [...] dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées »²³⁷, le professeur FATÔME a souligné qu'« en quoi la protection du droit de propriété que l'article 17 de la déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques pourrait faire partie des exigences constitutionnelles qui rendent l'existence du domaine public

²³⁶ Frédéric LOMBARD, « Gestion du domaine, Propriété publique » - note sous CJUE du 14 juillet 2016, *PromoimpresaSrl c/ Consorzio* n°C-458/14, RTD com, 2017, p.51.

²³⁷ Cons. Const. 26 juin 2003, n°2003-473.

constitutionnellement obligatoire, alors que tous les biens qui sont propriétés publiques n'appartiennent pas au domaine public et donc, ne bénéficient pas de la protection qui résulte de cette appartenance »²³⁸. Dès lors, cette étude divise cette propriété publique en deux propriétés. L'une est une propriété publique – publique et l'autre est une propriété publique – privée. Ainsi, la propriété publique – publique demeure, en tout cas dans son régime, différente de la propriété publique - privée (I). Cette propriété publique – publique est à l'origine de la liberté de gestion du domaine public (II).

I/ Une propriété publique – publique différente de la propriété publique - privée

167. Cette différence ne porte pas sur la nature de la propriété publique, puisque la propriété est identique ; la propriété reste la propriété. La différence porte plutôt sur le régime. On lit dans le précis de droit administratif et de droit public du doyen HAURIOU que « les dépendances du domaine public sont des propriétés administratives affectées formellement à l'utilité publique »²³⁹. Cette propriété administrative n'est pas la même que celle exercée sur le domaine privé de l'administration. Il est vrai que la propriété est dite publique parce que le bien appartient à une personne publique ; la propriété publique comprend l'ensemble des biens du domaine privé et du domaine public de l'administration. Toutefois, l'ensemble de ces biens n'ont pas la même finalité et pourtant, ils appartiennent à la personne publique.

168. C'est pour cela que cette question de propriété publique divise encore, aujourd'hui, la doctrine. Mais nous tenons à rappeler qu'en raison de cette divergence doctrinale (A), cette étude tend à diviser la propriété publique en deux propriétés : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée (B).

A/ La propriété publique : objet de controverses doctrinales

169. Bien que le code général de la propriété des personnes publiques ait tranché la question de l'existence d'une propriété publique sur le domaine public, cette dernière divise encore, aujourd'hui, la doctrine. La théorie de la propriété publique fait l'objet d'un débat controversé. À ce propos, les commentateurs dudit code nous expliquent qu'« il existe, en

²³⁸ Étienne FATÔME – « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public » - AJDA, 2003, p.1404.

²³⁹ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^e éd., 1933, p.781.

l'état actuel de la réflexion doctrinale, non pas une, mais deux théories de la propriété publique [...] »²⁴⁰.

170. D'une part, on retrouve cet argument selon lequel, la propriété publique - ensemble des biens du domaine privé et du domaine public de l'administration- est assimilable à la propriété privée. Pour cette doctrine, la nature de la propriété est identique, qu'il s'agisse de la propriété publique ou de la propriété privée. La propriété c'est la propriété. Selon cette doctrine, « [...], des indications [...] font penser que la propriété des personnes publiques n'est pas de nature différente de celle des personnes privées ; en d'autres termes, qu'il n'existe pas de propriété administrative distincte de la propriété privée »²⁴¹. Cette position rejoint celle de M. BERNARD qui avait affirmé que « la domanialité publique n'est et ne peut être qu'un droit de propriété privée qui appartient à l'État »²⁴². Et le professeur GAUDEMET a ajouté que, « cette assimilation de la propriété publique [...] à la propriété privée des particuliers est en harmonie avec l'objectif actuel de valorisation des propriétés publiques »²⁴³. Dans la même veine, le professeur DUFAU explique aussi que « les personnes publiques propriétaires sont assujetties normalement aux mêmes règles que les simples particuliers, c'est-à-dire aux dispositions du code civil »²⁴⁴. Et donc, « le droit de propriété est de nature identique qu'il soit celui d'une personne publique ou d'une personne privée »²⁴⁵. Cette doctrine avance plusieurs raisons.

171. D'abord, parce que le contentieux relatif à la propriété des personnes publiques relève de la compétence du juge judiciaire et que « le Conseil constitutionnel a formellement reconnu le même fondement constitutionnel à la propriété des personnes publiques et à celle de personnes privées »²⁴⁶. Sont citées ici les décisions du Conseil constitutionnel de 1986²⁴⁷ et de 2008²⁴⁸ selon lesquelles la protection du droit de la propriété qui découle de l'article 17 de la Déclaration de 1789 concerne aussi la propriété de l'État. Ensuite, la propriété publique est

²⁴⁰ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie – Charlotte LESERGENT, François BRENET – *Code général de la propriété des personnes publiques*, Dalloz, 8^e éd., 2018, p.52.

²⁴¹ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p. 22, t.2.

²⁴² Louis BERNARD – *Du droit de propriété de l'Etat sur le domaine public*, Thèse, Aix, 1910, p. 171.

²⁴³ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p. 23, t.2.

²⁴⁴ Jean DUFAU – « Propriété publique et domanialité publique » - AJDA, 2012, p. 1381.

²⁴⁵ Fanny TARLET – « L'application du droit privé aux propriétés publique » - AJDA, 2021, p.69.

²⁴⁶ Yves GAUDEMET, op.cit., p.23.

²⁴⁷ Cons. Const. 25 et 26 juin 1986, n°86-207 DC.

²⁴⁸ Cons. Const. 25 juillet 2008, n°2008-567 DC.

spécifique en tant que les biens de l'administration – du domaine privé comme du domaine public – bénéficient du principe de l'insaisissabilité et celui de l'incessibilité²⁴⁹.

172. Par ailleurs, cette première pensée reste critiquable. Certes, le contentieux de la propriété des personnes publiques relève de la compétence du juge judiciaire néanmoins, il est constaté que « le juge administratif n'est pas dépourvu de moyen de protéger le droit de protéger »²⁵⁰. Par exemple, l'ancien article L.160-5 du code de l'Urbanisme et aujourd'hui abrogé disposait que « une indemnité est due s'il résulte de ces servitudes une atteinte à des droits acquis ou une modification à l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain ; cette indemnité, à défaut d'accord amiable, est fixée par le tribunal administratif ».

173. De l'autre côté, une autre doctrine, cette fois-ci, soutient l'idée selon laquelle, « la propriété des personnes publiques est identique, du domaine privé au domaine public. Simplement, le droit public colore la propriété, indépendamment de l'affectation »²⁵¹. Cette doctrine fait de la propriété publique une propriété exercée dans le but de maintenir un intérêt général. Tout en reconnaissant que la nature de la propriété publique est identique à celle de la propriété privée, cette doctrine, explique, toutefois, que « les buts propriétaires sont fondamentalement différents. Les finalités de la propriété privée ne sont pas prédéfinies [...], celles de la propriété publique sont, tout au contraire, prédéterminées, l'exercice du droit étant asservi à l'intérêt général »²⁵². En revanche, pour cette doctrine, c'est la propriété publique, dans son ensemble, qui est tourné vers un but d'intérêt général.

174. Par-delà la divergence, ces deux courants doctrinaux partagent le même point de vue, celui de considérer que la propriété publique, ensemble des biens du domaine public et du domaine privé de l'administration, présente une particularité qui s'explique par l'incessibilité de la propriété publique en deçà de sa valeur et l'insaisissabilité des biens appartenant aux personnes publiques. En outre, une autre pensée avance l'idée selon laquelle ce qui diffère demeure dans le régime applicable. Selon le professeur SORBARA, « le régime diffère, mais

²⁴⁹ La professeure TARLET a expliqué que « la règle de l'incessibilité à vil prix, souvent présentée comme une garantie considérable des propriétaires et une protection importante ne vise qu'à encadrer le prix de vente des biens publics afin qu'il corresponde aux valeurs du marché. Or, une telle règle existe à l'identique dans le code civil, avec des modalités de calcul du rapport entre le prix de cession et la valeur du bien encore plus strictes (...) » ; v- Fanny TARLET – « L'application du droit privé aux propriétés publiques » - AJDA, 2021, p.69.

²⁵⁰ Michel VERPEAUX – « Le juge administratif, gardien du droit de propriété » - RFDA, 2003, p.1096.

²⁵¹ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Rozen NOGUELLOU – *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3^e éd., coll. Grands arrêts, 2018, p. 12.

²⁵² Ibid. p.12.

le droit de propriété est identique »²⁵³. Pour Christophe ROUX, si cette propriété publique « est de même nature que la propriété privée et soluble dans le concept général de propriété, la propriété publique possède donc un genre particulier »²⁵⁴.

175. Mais comme « le droit positif ne permet pas de trancher le débat relatif à la nature de la propriété des personnes publiques »²⁵⁵, nous essayons de présenter notre analyse, celle qui consiste à diviser la propriété publique en deux propriétés.

B/ Une propriété publique – publique différente de la propriété publique – privée

176. Il est sans doute que les raisons de cette divergence doctrinale découlent en partie « de l'ambiguïté de la jurisprudence » et surtout du silence gardé par le code général de la propriété des personnes publiques sur cette question de la propriété publique. Qu'il est donc évident que cette question mérite encore d'être traitée tant la question portant sur de droit de propriété n'est pas encore définitivement résolue.

177. Rappelons par ailleurs que dans le passé, une pensée doctrinale soutenait l'idée d'une « propriété éminente de l'Etat » et qui « présente une conception propriétaire du régime du domaine public »²⁵⁶. Cette doctrine avançait l'idée la propriété de l'Etat est bien différente des autres propriétés des personnes publiques en raison du fait que l'Etat propriétaire dispose d'une maîtrise de la propriété des autres personnes publiques. Pour cette doctrine, « le pouvoir de l'Etat d'affecter non seulement ses propriétés mais encore celles d'autrui s'analyse dans la sphère du mécanisme de la propriété ».

178. Quant à cette étude, et sans pour autant faire une distinction entre la propriété de l'Etat et celle des autres personnes publiques, elle tient à proposer la division de la propriété publique en deux propriétés. Sans doute, la propriété publique comprend l'ensemble des biens – du domaine privé et du domaine public – de l'administration. Mais cela dit, le domaine public est régi selon des règles différentes à celles du domaine privé de l'administration. À cet effet, l'on dira que la même administration propriétaire va disposer des pouvoirs qui varient en fonction du domaine. L'administration propriétaire se voit doter des pouvoirs exorbitants lorsqu'elle gère le domaine public. Alors que lorsqu'elle gère le domaine privé, elle agit au

²⁵³ Jean-Gabriel SORBARA – *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 1^e éd., 2016, p.22.

²⁵⁴ Christophe ROUX – *Propriété publique et droit de l'Union Européenne*, LGDJ, Thèse, Bibl. de droit public, Tome 290, 2015, p.2.

²⁵⁵ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD – HEIM, Rozen NOGUELLOU – *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3^e éd., coll. Grands arrêts, 2018, p. 13.

²⁵⁶ Xavier BIOY – « La propriété éminente de l'Etat » - RFDA, 2006, p.963.

même titre que les particuliers et selon les règles du droit commun. Et pourtant, c'est la même administration propriétaire. Dès lors, la question mérite d'être posée. N'est-t-il pas nécessaire de diviser cette propriété publique en deux en vue de faire la différence ?

179. Marine CHOUQUET, dans sa thèse, a souligné que « le domaine privé est aujourd'hui expressément désigné comme une propriété publique par le CGPPP, et se voit en conséquence soumis à un ensemble de règles communes à celles régissant les dépendances du domaine public »²⁵⁷ et pour cette raison, elle assimile le domaine privé au domaine public. Or, certes la propriété publique comprend l'ensemble des biens – du domaine public comme du domaine privé – de l'administration toutefois, la gestion du domaine public diffère de celle de la gestion du domaine privé. Et pourtant c'est la même administration propriétaire qui agit. Ainsi, l'on ne peut se limiter au seul critère organique [le fait que le bien appartient à une personne publique] pour assimiler la gestion du domaine public à celle du domaine privé. La gestion du domaine public est gérée selon les procédés des pouvoirs exorbitants du droit commun. Autrement dit, l'administration propriétaire dispose des pouvoirs exorbitants lors de la gestion du domaine public. Le professeur GIACUZZO l'a bien souligné que « la gestion du domaine public est incontestablement exorbitante du droit commun [...]. [Alors qu'] il n'en va pas de même pour le domaine privé »²⁵⁸. Or, cette gestion du domaine public est de la compétence du propriétaire. Et dans la mesure où « une activité de gestion [du] domaine privé [...] n'est pas, par elle-même, constitutive d'une mission de service public »²⁵⁹, il est donc clair qu'en gérant le domaine privé, la personne publique ne poursuit pas un but d'intérêt général et donc ne peut agir selon les critères de l'exorbitance du droit commun. Certes, il existe quelques exceptions²⁶⁰ néanmoins, celles-ci ne suffisent pas à assimiler la propriété publique exercée sur le domaine public à celle exercée sur le domaine privé. Car, ce n'est pas l'ensemble du domaine privé qui bénéficie de l'exorbitance du droit commun.

²⁵⁷ Marine CHOUQUET – *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, LGDJ, Thèse, Bibl. de droit public, Tome 295, 2017, p.6.

²⁵⁸ Jean-François GIACUZZO – *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, Thèse, Bibl. de droit public, Tome 283, 2014, p.339.

²⁵⁹ TC, 18 juin 2001, *Lelaidier*, n°01-03241.

²⁶⁰ En effet, comme le précise le code général des collectivités territoriales, celles-ci peuvent conclure un bail emphytéotique administratif et qui relève de la compétence du juge administratif : v- articles L.1311-2 et L.1311-3. De la même sorte, l'article L.2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques permet à l'État et à certains établissements publics de l'État de conclure des baux emphytéotiques administratifs sur les biens immobiliers leur appartenant, qu'il s'agisse des biens du domaine public ou des biens du domaine privé. Certains citent aussi les actes détachables des actes de gestion du domaine privé qui peuvent être des actes administratifs.

180. C'est ainsi que notre étude propose de diviser la propriété publique, ensemble des biens du domaine privé et du domaine public de l'administration, en deux propriétés : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée. En effet, le fait que l'administration propriétaire agit différemment selon la catégorie du domaine, la propriété publique présente plusieurs effets distincts. Dans le domaine public, l'administration, chargée de la gestion dudit domaine, bénéficie des prérogatives de puissance publique. Et ses actes de gestions sont des actes qualifiés d'administratifs en raison de la présence de ces prérogatives de puissance publique. Alors que dans le domaine privé, l'administration ne poursuit pas une mission d'intérêt général. Elle agit au même titre qu'un particulier et les actes de gestion dudit domaine sont qualifiés d'actes de droit privé. Pour le professeur SEILLER, « la situation est profondément différente lorsque la personne publique agit sans mettre en œuvre des pouvoirs qui lui sont conférés pour satisfaire l'intérêt général. Elle se comporte alors comme un simple particulier et ne poursuit que son intérêt personnel. Les actes qu'elle prend en ce cas ne relèvent pas de l'administration au sens matériel. Indifférent à l'aspect organique, le juge les qualifie d'acte de droit privé. La gestion du domaine privé des personnes publiques en fournit une classique illustration »²⁶¹.

181. Lorsqu'il est dit que la propriété publique comprend l'ensemble des biens – du domaine public et privé - de l'administration, l'expression 'publique' doit désigner simplement la personne publique et nullement la finalité. Or, la personne publique propriétaire peut exercer soit des actes de droit privé soit des actes de droit public. Et l'on ne peut se limiter simplement à ce critère organique, c'est-à-dire à l'appartenance des biens publics et privés à l'administration, pour assimiler la propriété publique exercées sur le domaine public à la propriété publique exercée sur le domaine privé. De la même sorte que l'on ne peut se limiter aux deux principes spécifiques de la propriété publique, c'est-à-dire le principe de l'insaisissabilité et du principe de l'incessibilité, pour assimiler également la propriété publique exercée sur le domaine public à la propriété publique exercée sur le domaine privé. Car, pour la doctrine, « c'est l'ensemble du régime de domanialité publique qui est exorbitant du droit commun, alors que le particularisme de certaines règles de la domanialité privée constitue des exceptions au principe de l'application du droit privé »²⁶².

²⁶¹ Bertrand SEILLER - « acte administratif : identification – notions » - *Répertoire du contentieux administratif*, 2015, pt. 100.

²⁶² Dmitri GEORGES LAVROFF – « Domaine des collectivités locales » - *Répertoire de droit immobilier*, 2009, pt. 308.

182. De plus, l'argument consistant à affirmer que le fait que les questions relatives à la propriété privée et publique relèvent de la compétence du juge judiciaire et que par voie de conséquence, la propriété publique sur le domaine public est la même que celle sur le domaine privé, cette analyse est peu convaincante. Il est vrai que lorsque la « question de propriété présente une difficulté sérieuse »²⁶³, le juge administratif doit sursoir à statuer et poser une question préjudicielle à la juridiction de l'ordre judiciaire, mais il a été reconnu aussi qu'en l'absence de toute difficulté sérieuse, le juge administratif n'est pas tenu de poser cette question préjudicielle au juge de l'ordre judiciaire²⁶⁴ sur toute question relative à la détermination du bénéficiaire du droit de la propriété. Autrement dit, s'il n'y a pas de doute sérieux sur la propriété de l'administration sur le bien du domaine public, il relèvera donc de la compétence du juge administratif de constater l'appartenance dudit bien à la personne publique. À ce propos, la haute juridiction a rappelé qu'« il appartient au juge administratif de se prononcer sur l'existence, l'étendu et les limites du domaine public, sauf à renvoyer à l'autorité judiciaire une question préjudicielle sur la propriété du bien litigieux dont l'examen soulève une difficulté sérieuse »²⁶⁵.

183. Nous pouvons donc dire que la propriété publique exercée sur le domaine public n'est pas assimilable à celle exercée sur le domaine privé. C'est ainsi que la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale chargée de la gestion du domaine public découle de cette propriété publique - publique. En effet, l'expression 'publique-publique' est fondamentale pour affirmer ici la liberté de gestion du domaine public. Il y a à la fois, dans cette expression 'publique-publique, le critère organique et le critère matériel.

II/ La propriété publique – publique : une source de liberté de gestion du domaine public

184. La propriété publique – publique exercée sur le bien du domaine public est à l'origine de cette liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale. Ceci s'explique par le fait que le code général de la propriété des personnes publiques précise, à son article L.2123-1 que, « les personnes publiques mentionnées à l'article L.1 gèrent ou font gérer leur domaine public [...] ». Cette liberté de gestion se manifeste par les droits dont dispose l'autorité domaniale (A) mais aussi par l'obligation de protéger l'affectation des biens du domaine public (B).

²⁶³ V- CE, 29 juin 1990, n°77011.

²⁶⁴ V- CAA, Nantes, 30 sept, 2008, n°07NT03544.

²⁶⁵ CE, 28 juillet 2017, *Château de Cheverny*, n°392122.

A/ Les droits de la personne publique propriétaire : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public

185. Il a été souligné, précédemment, que la propriété publique exercée sur le domaine public est une propriété publique – publique différente de celle de la propriété publique exercée sur le domaine privé, que cette étude a qualifié de propriété publique -privée. Ainsi donc, cette propriété publique – publique confère à l'autorité domaniale une liberté d'action dans la gestion du domaine public.

186. En effet, cette liberté de gestion du domaine public est affirmée par le code général de la propriété des personnes publiques. Aux termes de l'article L.2123-1 dudit code, « les personnes publiques mentionnées à l'article L.1 gèrent ou font gérer leur domaine public [...] ». Cette disposition montre bien que l'autorité domaniale est maîtresse de la gestion de son domaine public et disposant ainsi d'une marge de manœuvre dans ladite gestion.

187. C'est le cas de l'affectation qui est l'une « des prérogatives attachées à la propriété du domaine public »²⁶⁶. Le choix de la destination du bien de dépendance du domaine public est laissé à la liberté du propriétaire ; c'est le fait d'avoir le droit de choisir l'affectation du bien soit à l'usage de tous soit à un service public. À ce propos d'ailleurs, le juge administratif insiste, également, sur le fait que l'affectation du bien à sa destination dépend de l'intention de l'autorité domaniale. Il ressort de l'arrêt du 2 novembre 2015, *Commune de Neuves-Maisons*, que l'affectation relève de la liberté de l'autorité domaniale. Le Conseil d'État a considéré, en effet, qu'il doit être vérifié si l'administration avait de manière expresse « affecté la parcelle en cause aux besoins de la circulation terrestre »²⁶⁷. Ainsi, « le propriétaire public contrôle donc en principe cette affectation-destination qui relève de sa compétence discrétionnaire. Il en apprécie librement l'opportunité. Il a la possibilité d'y mettre fin ou de le modifier quand il le souhaite »²⁶⁸.

188. C'est le cas, aussi, en cas de transfert de gestion des biens immeubles appartenant au domaine public prévu à l'article L.2123-3 du code général de la propriété des personnes publiques. À propos de cette disposition, Nathalie BETTIO a expliqué que « l'article L. 2123-3 présente le transfert de gestion des immeubles du domaine public entre personnes publiques

²⁶⁶ André de LAUBADÈRE – *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1975, p. 149.

²⁶⁷ CE, 2 nov., 2015, *Commune de Neuves-Maisons*, n°373896.

²⁶⁸ Nathalie BETTIO - « Domaine des collectivités locales, règles communes (affectation des biens) » - Répertoire du droit immobilier, 2016, pt. 67.

comme une prérogative de gestion dont l'initiative et l'opportunité relèvent de la volonté du propriétaire public de ces dépendances »²⁶⁹. Le professeur YOLKA a expliqué que cette procédure « permet au propriétaire public de modifier la destination d'un immeuble du domaine public en confiant sa gestion à une autre personne publique »²⁷⁰. Cette disposition manifeste, dès lors, la liberté de gestion dont dispose le maître du domaine. Elle permet, en effet, au propriétaire, sous certaines conditions, de mettre fin au transfert de gestion. Selon toujours cette même disposition, « [...] la personne publique propriétaire peut décider de modifier l'affectation de l'immeuble transféré et mettre fin au transfert de gestion ». Cette faculté laissée à l'autorité de décider la modification et de mettre fin au transfert est une manifestation de la liberté de gestion du domaine public.

189. C'est le cas aussi de l'action en revendication des biens du domaine public. Le professeur WAGENER a rappelé, à propos du domaine public mobilier que la personne publique, en raison de son droit de propriété, est libre de mener des actions « en revendication des biens culturels passés en mains privées »²⁷¹. En effet, l'action en revendication est une prérogative de l'administration propriétaire du domaine public. L'autorité domaniale, agissant en sa qualité de propriétaire du domaine, peut exercer toute action en vue de revendiquer la propriété des biens de son domaine public qu'elle aurait perdu. Dès lors que le bien revendiqué constitue une dépendance du domaine public, immobilier ou mobilier, une action peut être menée pour revendiquer la propriété de ce bien. Le cas des 313 brouillons manuscrits de télégramme écrits par le général de GAULLE entre le 11 décembre 1940 et le 11 décembre 1942 et qui ont été détenus par la société Aristophil et le musée des lettres et manuscrits illustre bien cette liberté dont dispose l'administration propriétaire en matière de revendication des biens de dépendances du domaine public. À ce propos, il a été considéré par le juge administratif que ces « documents [...] procèdent de l'activité de l'État et constitue, dès lors, des archives publiques »²⁷². Dès lors, l'administration peut mener une action en revendication de la propriété de ces biens. Autrement dit, dès lors que ces documents constituent des archives publiques, lesquelles font partie des biens du domaine public mobilier, la revendication relève de la prérogative de l'administration propriétaire. L'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques, même si cet article n'a pas

²⁶⁹ Nathalie BETTIO – *La circulation des biens entre personnes publiques*, LGDJ, Thèse, Bibl. de droit public, Tome 265, 2011, p.50.

²⁷⁰ Philippe YOLKA – *Droit des biens publics*, LGDJ, 1^e éd., 2018, p.100.

²⁷¹ Noé WAGENER - « Patrimoine mobilier – Domaine public -Revendication des biens culturels passés en mains privées » - *Juris art etc*, 2016, n°32, p.14.

²⁷² CE, 13 avr. 2018, *Société Aristophil*, n°410939.

été visé²⁷³ dans cet arrêt cité, dispose que « font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie de la science ou de la technique, notamment : [...] / 2° Les archives publiques au sens de l'article L.211-4 du code du patrimoine ». Cette action en revendication de la propriété des biens du domaine public est une manifestation de la liberté de gestion du domaine public, dans la mesure où elle permet, surtout, à la personne publique propriétaire de revendiquer son bien, même acquis de bonne foi par une autre personne privée. Sur ce point, l'affaire dite « *Brimo de Laroussilhe* », illustre bien cette prérogative dont dispose le maître du domaine pour revendiquer son bien qu'il aurait perdu la possession. En l'espèce, l'État avait mené une action en revendication « relative à une pierre sculptée de 1,63 m, désignée comme le fragment à l'Aigle, provenant du jubé de la Cathédrale de Chartres et acquise en 2002 par la société Brimo de Laroussilhe ». Cette dernière, pour contester cette action, avait soulevé l'article L2276 du code civil selon lequel, « en fait des meubles, la possession vaut titre ». Que selon elle, « les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public ne font pas obstacle à l'acquisition d'un bien mobilier appartenant au domaine public par une prise de possession de bonne foi ». Ce moyen a été rejeté par le juge de cassation. Selon la Cour de cassation, « la protection du domaine public mobilier impose qu'il soit dérogé à l'article 2279, devenu 2276 du code civil. [...] Qu'aucun droit de propriété sur un bien appartenant au domaine public ne peut être valablement constitué au profit de tiers et que ce bien ne peut faire l'objet d'une prescription acquisitive en application de l'article 2276 du code civil au profit de ses possesseurs successifs, même de bonne foi »²⁷⁴. Il y a là une manifestation de la liberté de gestion du domaine public. En effet, le fait de ne pas appliquer les articles 2279 et 2276 du code civil aux biens de dépendances du domaine public constitue une manifestation de la liberté de gestion du domaine public.

190. Pour ce qui est de l'utilisation ou de l'occupation privative du domaine public, on lit dans le code général de la propriété des personnes publiques, à travers les articles L. 2121-1 et L.2122-1, que l'utilisation des biens du domaine public exige soit la conformité soit la compatibilité à son affectation. La première est favorable aux libertés des administrés, la seconde favorable à la personne publique propriétaire en ce sens que l'utilisation compatible

²⁷³ En effet, la doctrine s'est étonnée du fait de n'avoir pas mentionné le CGPPP. Pour la professeure TARLET, « le CGPPP n'est pas visé dans l'arrêt et à peine évoqué par le rapporteur public qui l'écarte aussitôt. Si l'on veut croire à un simple oubli, faut-il y voir le signe définitif que sa portée culturelle ne saurait concurrencer celle du code du patrimoine [...] : v- Fanny TARLET – « Les manuscrits de Londres 1940 : un grand absent, le CGPPP » - AJDA, 2018, p.2209.

²⁷⁴ Cass., 13 fév., 2019, n°18-13.748.

nécessite une autorisation émanant de ladite propriétaire. Toutefois, dans la mesure où la personne publique propriétaire et ou gestionnaire n'est pas tenue d'accorder ni dans l'obligation d'accorder une telle autorisation, elle est dotée, dès lors, d'une liberté de gestion. D'autant plus que les particuliers n'ont aucun droit à l'obtention d'un titre domanial, dans le cadre de l'utilisation compatible. Rappelons également que « l'autorisation mentionnée à l'article L.2122-1 présente un caractère précaire et révocable » comme le précise l'article L.2122-3 du CGPP. Ainsi « la permission peut être retirée par l'administration et le permissionnaire ne peut invoquer aucun droit acquis à son maintien »²⁷⁵. C'est ainsi que l'administration peut refuser le renouvellement d'une autorisation d'occupation du domaine public.²⁷⁶ Toutefois, le juge exige que la personne publique tienne compte « des contraintes particulières qui pèsent sur l'activité de l'occupant »²⁷⁷. Selon la doctrine, ces contraintes peuvent avoir un rapport avec « les difficultés [pour l'occupant] de s'installer ailleurs [...], difficultés liées à la concurrence des autres entreprises [...] ou le besoin de rentabiliser plus encore ses investissements [...] »²⁷⁸. Mais ceci ne fait pas obstacle à l'affirmation de la liberté de gestion du domaine public.

191. L'ensemble de ces prérogatives manifestent ainsi la liberté de gestion du domaine public. Cette liberté de gestion est différente de celle de la gestion du domaine privé de l'administration, en ce sens que dans la gestion du domaine public, elle agit selon des pouvoirs spécifiques. Le droit positif de la domanialité applique des règles exorbitantes du droit commun à l'administration propriétaire du domaine public.

B/ L'obligation de protéger l'affectation : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public

192. Une doctrine dominante partage cette approche moniste en vertu de laquelle, l'affectation est un acte de propriété. C'est donc au propriétaire d'affecter les biens de dépendance du domaine public. Il est donc évident que dans la mesure où l'affectation demeure une prérogative du propriétaire, il revient à ce dernier de la protéger. Car, la gestion

²⁷⁵ Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean -Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE – *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p. 147.

²⁷⁶ Sur ce point, le Conseil d'État a rappelé que « les titulaires d'autorisation ou de convention d'occupation temporaire du domaine public n'ont pas de droit acquis au renouvellement de leur titre, il appartient au gestionnaire du domaine d'examiner chaque demande de renouvellement en appréciant les garanties qu'elle présente pour la meilleure utilisation possible du domaine public » : v- CE, 25 janv. 2017, *Commune de Port-Vendres*, n°395314.

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Norbert FOULQUIER – « Le renouvellement des titres domaniaux : la priorité à l'occupant », AJDA, 2017, p.1232.

du domaine public implique la protection de l'affectation dudit domaine. L'action de l'autorité domaniale, chargée de la gestion, doit prendre en compte l'affectation, faute de quoi son acte de gestion serait frappé d'illégalité.

193. Dans cette doctrine, on retrouve, en premier lieu, l'approche du doyen HAURIUO. Pour lui, « le droit d'affectation et de désaffectation est, dans son principe, une faculté de la propriété »²⁷⁹. De ce fait, le propriétaire est libre d'affecter le bien selon sa destination, soit à l'usage direct du public soit à un service public. De la même sorte qu'il reste libre de le désaffecter. Il est donc évident que le fait d'associer l'affectation à la propriété revient à affirmer cette liberté de gestion du propriétaire, en ce sens que, comme l'écrit le professeur DUFAU, « l'acte d'affectation est pris par la personne publique propriétaire du bien, l'affectation étant considérée comme un attribut du droit de propriété »²⁸⁰. Il revient donc à l'administration propriétaire de protéger l'affectation de ses biens du domaine public. Puisque l'acte d'affectation est un acte de propriété, il appartient au propriétaire de la protéger. Et cette obligation fait naître une liberté d'action de l'administration puisque celle-ci agira librement en vue de protéger ses biens de dépendance du domaine public.

194. Cette approche a été reprise par une grande partie de la doctrine. C'est l'affirmation de l'approche selon laquelle, l'affectation demeure l'acte de propriétaire du domaine public. Pour les professeurs, de LAUBADÈRE²⁸¹ et CHAPUS²⁸², l'argument est le même, c'est-à-dire que l'affectation demeure un acte de propriété. Dans sa thèse, M. LENOIR a aussi écrit que, « l'acte d'affectation apparaît à l'origine comme la prérogative d'un propriétaire déterminant l'emploi de ses biens »²⁸³. Pour lui, l'idée de distinguer l'affectation de la propriété est inconcevable. Ceci s'explique par le fait que l'administration propriétaire est tenue d'assurer la protection de son domaine public. C'est d'une obligation qui lui incombe. Autrement dit, tout ce qui rentre dans cette affectation, le propriétaire est tenu de le conserver en vue de sa protection. Récemment, la Cour administrative d'appel de Marseille a précisé que le gestionnaire du domaine public doit assurer sa gestion en tenant compte « tant de l'intérêt du

²⁷⁹ Maurice HAURIUO - *Précis de droit administratif*, Sirey, 12^e éd., 1933, p.788.

²⁸⁰ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd, 2001, p. 132.

²⁸¹ Pour lui, « L'affectation et la désaffectation sont des prérogatives attachées à la propriété du domaine public » : v- André de LAUBADÈRE - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 7^e éd., 1980, p.159, t.2.

²⁸² Pour le professeur CHAPUS, l'affectation est un acte de propriété, en ce sens que, « (...) la personne publique propriétaire peut modifier, à tout moment, l'affectation des dépendances de son domaine public, pour des motifs d'intérêt général et, notamment, en vue de la bonne administration de ces dépendances ou des nécessités de l'ordre public » : v- René CHAPUS - *Droit administratif général*, Montchrestien, 3^e éd.,1988, p.292, t.2.

²⁸³ Yves LENOIR - *Les domaines de l'Etat et des autres personnes publiques*, Thèse, Sirey, 1966, p.144.

domaine et de son affectation que dans l'intérêt général »²⁸⁴ mais aussi de prendre en compte d'autres règles notamment « les principes de continuité et de bon fonctionnement du service public ». L'affectation demeure donc un acte de propriété manifestant, ainsi, la liberté de gestion du domaine public.

195. Toutefois, cette approche a été critiquée par une autre partie de la doctrine, bien qu'elle soit minoritaire. Cette doctrine avance l'argument selon lequel l'acte d'affectation se distingue de la propriété des personnes publiques. Autrement, une certaine liberté d'action dont dispose l'autorité domaniale se fonde sur, non pas sur la propriété, mais sur l'affectation.

196. Cette doctrine rejette la thèse moniste de la liberté de gestion de gestion fondée seulement sur la propriété. Pour cette doctrine, la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale se fonde, en partie, sur l'affectation. Il y 'aurait, donc, selon les termes de cette doctrine, deux pouvoirs de gestion. Nous tenons à rappeler que le pouvoir de gestion est la conséquence de la consécration d'une liberté de gestion. En effet, le professeur FATÔME écrit, dans sa thèse, que, « [...] en plus des pouvoirs de police qui subsistent obligatoirement, 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 »²⁸⁵. Pour le professeur FATÔME, le droit de propriété de l'autorité domaniale s'exerce uniquement sur les utilisations privatives du domaine public, en ce sens que dans lesdites utilisations, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la gestion du domaine public. Il s'agit d'une simple distinction entre usage conforme avec l'affectation et un usage compatible avec l'affectation. Et le droit de propriété se manifeste lors de l'usage uniquement compatible avec l'affectation. L'acte d'affectation se distingue, selon cette approche, de la propriété.

197. Cette approche a été soutenue par certains auteurs. Le professeur MAROGER a écrit, dans sa thèse, que, « l'affectation n'est pas liée au régime patrimonial du bien. Ce n'est pas forcément un organe de la collectivité propriétaire qui décide l'affectation du bien à l'utilité publique »²⁸⁶. Cette approche fait une distinction entre le propriétaire et l'affectataire. Ce faisant, il s'agit d'éviter la confusion entre la propriété et l'affectation. Sur ce point, le

²⁸⁴ CAA, Marseille, 13 oct. 2015, *Préfet des Pyrénées Orientales/ Commune de Port-Vendres*, N°13MA03400.

²⁸⁵ Etienne FATÔME - *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous. Recherches sur son fondement et son étendue*, Thèse dactylographiée, Caen, 1974, p.56.

²⁸⁶ Gilbert MAROGER - *L'affectation à l'usage du public des biens des patrimoines administratifs*, Thèse, Sirey, 1942, p.579.

professeur GAUDEMET écrit qu'« il ne faut donc pas confondre l'affectation d'une dépendance domaniale par la collectivité propriétaire à une autre collectivité ou établissement désigné comme affectataire avec l'affectation à l'utilité publique qui caractérise toute dépendance domaniale : par exemple, la SNCF est affectataire d'une partie du domaine public ferroviaire qui appartient à l'Etat et qui est affecté aux usages du transport ferroviaire »²⁸⁷. De cette approche, l'idée est de limiter la liberté de gestion de l'autorité domaniale, en ce sens que ladite liberté fondée sur la propriété ne s'exerce que seulement sur les usages compatibles avec l'affectation.

198. Par ailleurs, cette approche reste critiquable, dans la mesure où l'affectataire d'un bien, qui ne lui appartient pas, dépend toujours du propriétaire. De ce fait, c'est toujours le propriétaire qui demeure maître de l'affectation. Selon le professeur YOLKA, « 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 »²⁸⁸. En conséquence, c'est l'approche moniste qui prime sur le second concept. Cette approche moniste consacre la liberté de gestion qui se fonde sur la propriété administrative.

199. En outre, admettre l'existence d'une propriété administrative sur le domaine public, c'est aussi affirmer que les règles s'y appliquant sont différentes de celle qui s'applique en matière de propriété des personnes privées. Ainsi, ce sont ces règles exorbitantes du droit commun qui confèrent à l'administration propriétaire une liberté de gestion du domaine public.

Paragraphe 2/ L'inapplicabilité des règles du droit de la propriété des personnes privées aux biens de dépendance du domaine public

200. L'inapplicabilité des règles du droit privé aux biens du domaine public met en exergue cette idée de l'exorbitance dans la gestion du domaine public. Le professeur SORBARA a écrit que « la gestion des biens publics suppose d'assurer la protection du patrimoine public »²⁸⁹. Toutefois, la gestion du domaine public, essentiellement objet de propriété

²⁸⁷ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, t. 2.

²⁸⁸ Philippe YOLKA - *La propriété publique. Élément pour une théorie*, Thèse, LGDJ, Bibli. De droit public, Tome 191, 1997, p.267.

²⁸⁹ Jean-Gabriel SORBARA - *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 1^e éd., 2016. p.95.

administrative, bénéficie d'un régime juridique spécifique ayant comme conséquence la consécration d'une liberté de gestion. Et de ce fait, le domaine public, objet de propriété, ne peut être soumis aux règles qui s'appliquent à la propriété des personnes privées.

201. C'est le cas de l'interdiction de partager la propriété des biens du domaine public avec d'autres personnes privées. La propriété publique exercée sur le domaine public doit être exclusive. Autrement dit, pour qu'un bien appartienne au domaine public, il ne doit pas faire l'objet d'une copropriété (I). Or, les biens du domaine privé de l'administration peuvent faire l'objet d'une copropriété.

202. Il est vrai que l'ensemble des biens publics, propriété publique, bénéficient du principe de l'insaisissabilité, néanmoins, cette spécificité ne suffit pas à assimiler la propriété publique - publique à la propriété publique - privée. Néanmoins, nous présentons ce principe d'insaisissabilité comme moyen de préserver la liberté de gestion du domaine public (II).

I/ L'incompatibilité entre le régime de la copropriété et le domaine public : un moyen de préserver la liberté de gestion du domaine public

203. En voilà un exemple qui corrobore cette thèse consistant à diviser la propriété publique en deux propriétés : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée. La propriété publique exercée sur le domaine public doit être entière alors que cette même propriété publique exercée sur le domaine privé peut ne pas l'être ; en effet, le domaine privé peut faire l'objet d'une copropriété.

204. La préservation de la liberté de gestion du domaine public implique une propriété publique entière (A) destinée à la protection du principe de l'inaliénabilité et de l'affectation(B).

A/ L'exigence d'une propriété publique entière : une préservation de la liberté de gestion du domaine public

205. La préservation de la liberté de gestion du domaine public exige qu'il y ait une propriété publique entière. Les biens de dépendances du domaine public ne doivent pas faire l'objet d'un partage de propriété entre personnes publiques et personnes privées. D'une autre manière, le domaine public est frappé d'une interdiction d'instaurer un régime de copropriété.

206. Cette interdiction d'instaurer une copropriété dans le domaine public est un critère dégagé par la jurisprudence. Pour le Conseil d'État, « [...] les règles essentielles du régime de la copropriété telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965 [...], sont incompatibles [...] avec le régime de la domanialité publique [...] »²⁹⁰. Cela suppose donc que lorsqu'un bien immeuble fait l'objet d'une copropriété entre l'autorité domaniale et une personne privée, la partie appartenant à l'autorité domaniale appartiendra à son domaine privé et non au domaine public. Il s'agit là d'une manière d'empêcher que les règles de copropriété aient un impact sur le régime de la domanialité publique, telles que, comme l'a précisé le Conseil d'État, « [...] la propriété indivise des parties communes, au nombre desquelles figurent, en particulier, outre le gros œuvre de l'immeuble, les voies d'accès, passages et corridors, la mitoyenneté présumée [...] l'interdiction faite aux copropriétaires de s'opposer à l'exécution, même à l'intérieur de leurs parties privatives, de certains travaux décidés par l'assemblée générale des copropriétaires se prononçant à la majorité [...] ». L'incompatibilité du régime de copropriété avec le régime de la domanialité publique suppose que « le droit de propriété de la personne publique doit être exclusif »²⁹¹. Or, le droit de propriété exercé sur le domaine privé de l'administration n'exclut pas le régime de la copropriété. Dès lors, la propriété publique exercée sur le domaine public n'est pas assimilable à celle exercée sur le domaine privé.

207. C'est ainsi que cet argument qui consiste à soutenir que « la propriété est dite publique par ce qu'elle est tournée vers l'intérêt général »²⁹² est critiquable. D'abord, parce que tout bien de la personne publique n'est forcément tourné vers l'intérêt général. Le domaine privé est tourné vers l'intérêt privé de l'administration ; la gestion du domaine privé n'est pas, par exemple, qualifiée de service public. Sur ce point, le tribunal des conflits a considéré que « lorsqu'une personne publique gère son domaine forestier à seule fin de procéder à la vente de bois abattu et façonné, elle accomplit une activité de gestion de son domaine privé, qui n'est pas, par elle-même, constitutive d'une mission de service public. Que les agents recrutés par cette personne publique pour participer à l'exécution d'une telle activité sont par suite, et à défaut de texte législatif en disposant autrement, soumis à un régime juridique de droit

²⁹⁰ CE, 11 févr. 1994, *Compagnie d'assurance préservatrice foncière*, n°109564.

²⁹¹ Gilles BACHELIER - « Contentieux du domaine public » - Dalloz Professionnels Pratique du contentieux administratif, n°510, 2017.

²⁹² Jean-François GIACUZZO - *La propriété des personnes publiques*, Acte du colloque des 15, 16 et 17 juin, 2016, portant sur les controverses en droit administratif, *In AFDA*, Dalloz, 2017, p.109.

privé »²⁹³. Ensuite, l'expression publique renvoie au critère organique, c'est-à-dire de montrer que les biens- du domaine public comme du domaine privé - appartiennent à l'administration.

208. Par-delà la non-assimilation de la propriété publique sur le domaine public à celle du domaine privé, l'interdiction d'un régime de copropriété sur le domaine public suppose l'octroi d'une large liberté de gestion au profit du maître dudit domaine. Car, selon les termes du professeur AUBY, « l'appartenance d'un bien au domaine public suppose que la personne publique propriétaire en ait la pleine propriété et puisse donc en disposer sans limite, par exemple pour en modifier l'affectation, et sans que des droits réels puissent être constitués sur ce bien »²⁹⁴. Autrement dit, en étant une « condition préalable à la reconnaissance du domaine public »²⁹⁵, la pleine propriété suppose la préservation de la liberté de gestion du domaine public.

209. Aujourd'hui, aucune jurisprudence n'a abandonné les jurisprudences antérieures ayant posé l'approche²⁹⁶ selon laquelle, les règles qui s'appliquent à la copropriété sont incompatibles avec les règles de la domanialité publique. Plusieurs jurisprudences récentes ont affirmé l'incompatibilité du régime de la copropriété avec le régime de la domanialité publique. Dans un arrêt en date du 19 juillet 2016, le Conseil d'État a repris la même approche selon laquelle « les règles essentielles du régime de la copropriété telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis sont incompatibles avec [...] le régime de la domanialité publique »²⁹⁷.

210. Par ailleurs, ce critère d'ordre jurisprudentiel ne figure pas sur le code général de la propriété des personnes publiques. Malgré ce silence du législateur, ce principe jurisprudentiel a comme finalité la protection du principe de l'inaliénabilité du domaine public.

²⁹³ TC, 18 juin 2001, *Lelaidier*, n°01-03241.

²⁹⁴ Jean-Bernard AUBY - « Incompatibilité de la domanialité publique et de la copropriété » - RDI, 1994, p. 487.

²⁹⁵ Jacqueline MORAND-DEVILLER - « Domaine public, affectation, copropriété » - RDI, 1995, p. 678.

²⁹⁶ Concernant la première décision, en l'espèce il s'agissait d'une canalisation endommagée par le véhicule d'une entreprise de travaux publics. Et le Conseil d'État a considéré que cette « canalisation n'ayant à aucun moment appartenu, au moins dans sa totalité, soit à l'État, soit à une collectivité publique territoriale et ne pouvant, dans ces conditions être regardée comme ayant le caractère d'une dépendance du domaine public ». Toujours dans le même sens, le Conseil d'État a posé la même règle dans sa décision du 11 février 1994, *Compagnie d'assurances Préservatrice Foncière*. En l'espèce, un incendie est survenu dans des locaux occupés par la direction générale des impôts. Des locaux qui constituent une partie privative de lot dont l'État est propriétaire dans un immeuble qui comporte des locaux à usage commercial. Et le Conseil a considéré que « les règles essentielles du régime de la copropriété telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965 [...] sont incompatibles tant avec le régime de la domanialité publique qu'avec les caractères des ouvrages publics ».

²⁹⁷ CE, 19 juil. 2016, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n°370630 ; v- antérieurement, CE, 19 nov. 2014, *Régie municipale Espaces Cauteret*, n°366276 ; v- CE 9 mai 2012, *Commune d'Orcières*, n°340103 ; v- CAA, Nantes, 25 mars 2011, *Serge X*, n°09NT01975.

B/ L'incompatibilité entre la copropriété et le régime de la domanialité publique : une protection du principe de l'inaliénabilité et de l'affectation du domaine public

211. L'exigence d'une propriété publique entière sur le domaine public vise à la protection du principe de l'inaliénabilité, en ce sens que ce principe fait obstacle à l'autorité domaniale de vendre les biens de dépendance du domaine public. Alors que le régime de la copropriété n'interdit pas l'aliénation de certains lots figurant sur le bien faisant l'objet d'un partage de propriété. Il est clair qu'avec le régime de la copropriété, l'autorité domaniale peut se trouver dans des situations pouvant la conduire à aliéner une partie de ses lots au profit de la copropriété. Dans la mesure où la copropriété reste une répartition de propriété entre plusieurs personnes sur un immeuble bâti, les propriétaires se doivent de respecter mutuellement les règles de cette copropriété. C'est ce qui ressort de la loi du 10 juillet 1965²⁹⁸ qui pose les règles applicables en matière de copropriété. L'article premier porte sur sa définition. Selon cet article « la présente loi régit tout immeuble bâti ou groupes d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes ». De telles règles, c'est la liberté pour les copropriétaires d'user et de jouir non seulement des parties privatives mais aussi des parties communes. Qu'un tel fonctionnement reste incompatible avec le régime de la domanialité publique, pour la simple raison que la copropriété empêcherait l'autorité domaniale de gérer librement son domaine public.

212. De la même sorte qu'il lui est interdit d'aliéner les biens de dépendance du domaine public, l'autorité domaniale ne doit, non plus, porter atteinte à l'affectation auxdits biens. Alors que l'affectation est un acte de propriété, la copropriété nuirait à cette règle de la domanialité publique, en ce sens que de telles règles limiteraient la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale. Car, la domanialité publique implique, si l'on reprend les termes de la professeure MORAND-DEVILLER, le « pouvoir donné aux autorités publiques gestionnaire [propriétaires] du domaine public de modifier unilatéralement l'affectation de leur bien, ce qui pourrait aller à l'encontre du règlement de copropriété fixant la destination des lots »²⁹⁹. En somme, cette incompatibilité vise à la protection du principe de l'inaliénabilité et de l'affectation du domaine public. Cette finalité de protection tend à préserver la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale.

²⁹⁸ Loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

²⁹⁹ Jacqueline MORAND-DEVILLER - « Domaine public, affectation, copropriété » - RDI, 1995, p.678.

II/ La spécificité de la propriété publique : une préservation de la liberté de gestion du domaine public

213. Il est vrai que les biens de la personne publique sont insaisissables. Ce principe s'applique à la fois aux biens du domaine public et aux biens du domaine privé de l'administration. Toutefois, cette spécificité n'est pas un critère suffisant pour assimiler la propriété publique exercée sur le domaine public à la propriété publique exercée sur le domaine privé. Mais cela n'empêche pas non plus de considérer que le principe de l'insaisissabilité constitue un moyen de préserver la liberté de gestion du domaine public.

214. En effet, La liberté de gestion du domaine public sera préservée, également, à partir du moment où les biens dudit domaine deviennent insaisissables. Puisqu' en cas de dettes, les créanciers des autorités domaniales seront dans l'impossibilité de saisir les biens de dépendance du domaine public. Mais rappelons que ce principe concerne aussi les biens du domaine privé. La Cour de cassation, sur ce point, a considéré que « s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé »³⁰⁰. Les biens du domaine public bénéficient « d'une immunité d'exécution ».

215. À propos de ce droit d'exécution, le professeur THERY a écrit que « le droit de l'exécution est le droit de la contrainte au service de l'exécution des obligations »³⁰¹. Cette voie d'exécution est un droit pour le créancier d'obtenir un droit. Il s'agit d'une contrainte pour le débiteur d'exécuter ses obligations. On lit dans la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures d'exécution que, dans son article 1^{er}, « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard »³⁰². Par ailleurs, dans un but de protection et de sauvegarde des biens administratifs, ces règles ne s'appliquent pas aux biens de l'administration. À ce titre, l'insaisissabilité des biens du domaine public renforce la liberté de gestion dans la mesure où le propriétaire public ne risque pas de voir ses biens être saisis. C'est pourquoi le législateur a posé ce principe selon lequel « les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1 sont insaisissables »³⁰³. Il est donc impossible de recourir à cette voie d'exécution³⁰⁴, qui demeure

³⁰⁰ Civ. 1^{er}, 21 déc. 1987, n°86-14167.

³⁰¹ Philippe THERY - « Voies d'exécution » - Répertoire de droit international, Dalloz, n° 8, 2013.

³⁰² Aujourd'hui codifié à l'article L.111-1 du code des procédures civiles d'exécution.

³⁰³ Article L.2311-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

une règle de droit privé, pour saisir un bien d'une personne publique. Selon la doctrine, « la résistance des personnes publiques à s'acquitter de leurs dettes ne peut être vaincue que par les procédures spécifiques du droit administratif, notamment celles qui permettent l'inscription d'office et le mandatement d'office des dépendances obligatoires des collectivités territoriales »³⁰⁵.

³⁰⁴ Quelques aménagements, en effet. La jurisprudence administrative a donné naissance à une procédure portant sur les voies d'exécutions administratives : v- CE, 17 juin 1904, *Hospice du saint Esprit* ; v- CE, 18 novembre 2005, *société fermière Campoloro*, n°271898.

³⁰⁵ Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.22.

CHAPITRE 2/ L'autorité domaniale et la meilleure exploitation du domaine public

216. Pour qu'un bien appartienne au domaine public, celui-ci doit être la propriété d'une personne publique et être affecté à l'utilité publique. Le domaine public est, selon l'article L.2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, « constitué des biens [...] qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affecté à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de service public ». En outre, rappelons qu'au-delà d'assurer une mission de sécurité sur le domaine public, l'autorité domaniale doit aussi assurer une mission de gestion. Il lui appartient donc, en sa qualité de personne publique propriétaire et/ ou gestionnaire, d'assurer une meilleure exploitation du domaine public. L'autorité domaniale chargée de la gestion du domaine public doit se tourner vers la poursuite d'une mission d'intérêt général et vers la recherche de l'intérêt dudit domaine.

217. Ainsi, la meilleure exploitation du domaine public constitue l'une des finalités de l'action de l'autorité domaniale. Pour la doctrine, la « notion de meilleure utilisation ou de meilleure exploitation du domaine public permet à l'autorité administrative de s'inspirer de toutes sortes de considération d'intérêt général »³⁰⁶. Pour cette raison, l'édiction des actes de gestion du domaine public peut se fonder sur des motifs liés à l'intérêt général. À ce propos, le Conseil d'État a considéré que « la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance [...] fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme »³⁰⁷. De plus, le fait d'assurer une meilleure exploitation du domaine public permet aussi de prendre en compte l'intérêt du domaine public dans l'édiction des actes de gestion dudit domaine.

218. Dès lors, la prise en compte de l'intérêt général et de l'intérêt du domaine fonde la liberté de gestion du domaine public (Section 1). Par ailleurs, bien que l'autorité domaniale

³⁰⁶ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.234, t.2.

³⁰⁷ CE, 23 mai 2011, *EPAD*, n°328525. En l'espèce, l'établissement public pour la région de la défense avait conclu deux conventions avec la compagnie générale des eaux ayant comme objet de définir les conditions financières, administratives et techniques de l'implantation du réseau de distribution d'eau dans le secteur dit de la défense. Que ces deux conventions prévoyaient la gratuité de l'occupation du domaine public. L'EPAD, de façon unilatérale, a décidé d'assujettir l'occupation de son domaine au paiement d'une redevance. Était donc contestée, cette décision de soumettre l'occupation au paiement d'une redevance.

soit à la recherche d'une meilleure exploitation du domaine, cette finalité demeure bien encadrée (section 2).

Section 1/ L'intérêt général et la recherche de l'intérêt du domaine public : un moyen d'établir une liberté de gestion du domaine public

219. À partir des années 30, le domaine public n'est plus considéré comme, seulement, un domaine « liée à la notion de droit de garde de l'administration »³⁰⁸. Une autre conception venait de s'ajouter. Il s'agit du concept lié à la gestion du domaine public. Autrement dit, au-delà de la mission de police que doit jouer le propriétaire public sur son domaine, il y a, également, la mission de gestion dudit domaine. Selon le professeur YOLKA, la gestion domaniale est « au sens matériel, une activité interne à l'administration, qui consiste à gérer un bien [...] »³⁰⁹. Cette gestion du domaine public constitue une des missions de l'autorité domaniale.

220. L'intérêt général et l'intérêt du domaine public doivent être pris en compte dans la gestion du domaine public. En revanche, ces deux intérêts ne se confondent pas. Le premier va au-delà du simple fait d'assurer l'intérêt du domaine public. Et parmi les motifs d'intérêt général, on retrouve le service public. Dès lors, l'autorité domaniale peut prendre en compte ce critère de service public, lequel fait partie de l'intérêt général, dans la gestion du domaine public. Ainsi, il a été considéré, à titre d'exemple, qu'« il était loisible à la Commune de Limoges d'adopter un nouveau mode de gestion de l'activité d'hôtellerie et de restauration jusqu'à alors exercée dans le cadre de la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros. Que l'intention de la commune de soumettre le futur exploitant de l'activité d'hôtellerie et de restauration à des obligations de service public tenant notamment aux horaires et jours d'ouverture de l'établissement constituait un motif d'intérêt général suffisant pour décider la résiliation de la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros »³¹⁰. Alors que pour ce qui est de l'intérêt du domaine public, il s'agit de protéger, valoriser et conserver le domaine public lui-même. Par exemple, il a été annulé l'arrêté du maire visant à réglementer « le stationnement des véhicules destinés au commerce ambulancier sur le domaine public de la ville de Dunkerque et [...] à subordonner l'occupation

³⁰⁸ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.234, t. 2.

³⁰⁹ Philippe YOLKA - *La propriété publique. Élément pour une théorie*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 191, 1997, p.211.

³¹⁰ CE, 19 janv. 2011, *Commune de Limoges*, n°323924.

d'emplacements très restreint en nombre à la délivrance d'une autorisation préalable » au motif que ces « restrictions ainsi prévues n'étaient pas, en l'espèce, justifiées par l'intérêt du domaine public, et notamment par l'obligation qu'avait le maire de veiller à ce que ne soient pas compromis les usages conformes à la destination dudit domaine que le public était en droit d'y exercer »³¹¹.

221. Dès lors, l'autorité domaniale doit non seulement, comme l'a expliqué le professeur GAUDEMET, « s'inspirer de toutes sortes de considérations d'intérêt général »³¹² mais aussi, être à la recherche de l'intérêt du domaine public. Ainsi, la satisfaction de l'intérêt général (Paragraphe 1) et la recherche de l'intérêt du domaine public (Paragraphe 2) sont les finalités de l'action domaniale.

Paragraphe 1/ L'intérêt général dans la gestion du domaine public

222. Selon les termes du professeur WALINE, « administrer, c'est tout à la fois, faire les actes juridiques qui fixent les droits et les obligations respectifs des personnes publiques et des particuliers, et accomplir la masse des opérations tant matérielles qu'intellectuelles qu'exige la satisfaction de l'intérêt général »³¹³. En ce sens, gérer le domaine public, c'est aussi administrer. Il y a dans la gestion du domaine public un besoin lié aussi à la satisfaction d'une mission d'intérêt général. La gestion du domaine public implique la prise en compte de la notion de l'intérêt général (I).

223. Par ailleurs, il est opportun de rappeler que cette finalité d'intérêt général inclut également l'intérêt financier (II).

I/ L'intérêt général dans la gestion du domaine public : un moyen d'assurer une meilleure exploitation du domaine public

224. L'intérêt général justifie, en effet, l'action administrative. L'acte de gestion domaniale, étant un acte administratif, a un rapport direct avec l'intérêt général. Aurore LAGET-ANNAMAYER explique que « le domaine public a toujours été lié à l'intérêt général »³¹⁴ et de ce fait, ledit intérêt peut justifier l'action domaniale.

³¹¹ CE, 6 mai. 1996, *Commune de Dunkerque*, n°98237.

³¹² Yves GAUDEMET, op.cit., p.234.

³¹³ Jean WALINE - *Droit administratif*, Dalloz, 26^e éd., 2016, p.427.

³¹⁴ Aurore LAGET-ANNAMAYER - « Occupation du domaine public et intérêt général : d'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action » - AJDA, 2003, p. 890.

225. Toutefois, cette notion d'intérêt général demeure toujours une notion large et manque de définition³¹⁵. Cela dit et par-delà l'absence d'une définition, l'autorité domaniale doit gérer son domaine en vue de l'intérêt général (A). Mais il est nécessaire de rappeler que cette notion d'intérêt général va au-delà même des missions de pouvoir de police (B).

A/ La gestion du domaine public en vue de l'intérêt général

226. Le domaine public demeure la propriété des personnes publiques, lesquelles sont chargées de la gestion du domaine public³¹⁶. Le code général de la propriété des personnes publiques précise en ce sens que « les personnes publiques mentionnées à l'article L.1 gèrent ou font gérer leur domaine public ». Cela dit, la recherche de l'intérêt général peut fonder la liberté de gestion du domaine public.

227. Cette gestion est assurée en vue de la préservation de l'affectation des dépendances u domaine public. Cette affectation à l'utilité publique implique la poursuite d'une mission d'intérêt général. Car, « le domaine public a toujours été lié à l'intérêt général » selon les termes de Mme LAGET-ANNAMAYER. En effet, dans la gestion du domaine public il y a cet objectif d'assurer une mission d'intérêt général. Le professeur YOLKA a souligné que « l'intérêt général est assimilé à la finalité de la gestion domaniale »³¹⁷, de ce fait, ledit intérêt justifie l'acte de gestion de l'autorité domaniale. D'ailleurs, la jurisprudence³¹⁸ admet que

³¹⁵ Le professeur COLLET a écrit , en ce sens, que « plutôt que de tenter [en parlant du juge administratif] de la définir [à propos de la notion d'intérêt général] pour en déterminer le contenu, le Conseil d'État préfère l'utiliser avec des finalités bien précises :justifier l'application du droit public à certaines situations, d'une part, et mesurer la régularité de l'action administrative, lorsqu'il ne dispose guère d'outils plus précis, d'autre part » : v- Martin COLLET - « L'intérêt général dans la jurisprudence constitutionnelle, remarques sur la notion, son usage et son éviction, L'intérêt général » - Mélanges en l'honneur de Didier TRUCHET, Dalloz, 2015, p.95.

³¹⁶Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.100. Pour ces auteurs, « En principe, la gestion des dépendances du domaine public relève pleinement des organes de la collectivité publique propriétaire ».

³¹⁷ Philippe YOLKA - *La propriété publique. Élément pour une théorie*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 191, 1997, p.300.

³¹⁸ Depuis la décision du Conseil d'État du 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, le juge a fait de l'intérêt général une finalité de la gestion du domaine public, en l'espèce, « 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'occupations ». Depuis, plusieurs arrêts ont confirmé cette jurisprudence. V- CE, 6 mai 1996, *Commune de Dunkerque*, n° 98237 ; pour le juge administratif, « il appartient au maire, dans l'exercice de ses pouvoirs de gestion du domaine public, de réglementer les conditions de l'utilisation privatives de ce domaine. [...] Que cette réglementation doit également répondre à des considérations tenant à l'intérêt du domaine public et à son affectation à l'intérêt général ». V- CE, 8 juillet 1996, *Merie*, n° 121520 ; pour le juge, « 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'occupations ». V- CE, 9 juillet 2014, *Société Bouygues Télécom*, n°367376 ; pour le juge, « il appartient à l'autorité domaniale de fixer, tant dans l'intérêt du domaine public et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions d'utilisation du domaine ».

l'autorité domaniale peut se fonder sur l'intérêt général lors de la gestion du domaine public. C'est ainsi qu'une différence de traitement entre plusieurs concurrents occupants du domaine public peut être opérée par l'autorité domaniale au nom de l'intérêt général. Cette finalité d'intérêt général, tout en justifiant l'action de l'autorité domaniale, manifeste ainsi la liberté d'action du propriétaire du domaine public.

228. On lit dans la jurisprudence du Conseil d'État que l'autorité domaniale peut, au nom de l'intérêt général, traiter de manière différente deux sociétés, sans que cette différence de traitement soit frappée d'illégalité. Sur ce point, la décision du Conseil d'État en date de 2009, *Société Bouygues télécom*, illustre bien ce cas. Il s'agissait, dans les faits, d'une décision portant sur le renouvellement d'une autorisation d'occupation du domaine public accordée à Bouygues Télécom et « conditionnant [...] la possibilité pour elle de réutiliser une partie de ces fréquences pour développer son réseau dit de 'troisième génération' en norme UMTS, à la restitution de 4,8 MHz des fréquences dans la bande 900 MHz sur les 14,8MHz [...]. Alors qu'elle estime que cette décision est discriminatoire au motif que « l'obligation dans laquelle elle se trouvait de restituer, au plus tard dix-huit mois après la décision qui attribuera le cas échéant cette quatrième licence [...] alors que ses deux concurrents n'auront à restituer que le 31 décembre 2012 ». En donnant sa réponse, le Conseil d'État approuva cette différence de traitement justifiée par ce motif d'intérêt général car, selon lui, « le choix, et le calendrier qui lui est associé, sont motivés par, d'une part, 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 »³¹⁹.

229. Cela dit, la liberté d'action du maître du domaine va se manifester à partir du moment où ce dernier est à la recherche de l'intérêt général. Cette finalité lui permet de prendre des décisions en toute liberté lors de la gestion du domaine public, en ce sens que « c'est l'intérêt général qui justifie l'application d'un régime exorbitant de droit commun aux dépendances domaniales »³²⁰.

230. Le cas concernant les refus d'autorisations d'occupation du domaine public l'illustre bien. Ici encore, le motif lié à l'intérêt général peut justifier ces actes de gestions domaniales. À titre d'exemple, le Conseil d'État avait validé une décision de l'administration, ayant rejeté

³¹⁹ CE, 27 avril 2009, *Société Bouygues télécom*, n°312741.

³²⁰ Aurore LAGET-ANNAMAYER – « Occupation du domaine public et intérêt général » - AJDA, 2003, p. 1201.

une demande d'autorisation d'occupation du domaine public, au nom de l'intérêt général. Car selon lui, « ces autorisations ne peuvent légalement intervenir qu'en fonction des nécessités d'intérêt général [...] »³²¹. Et « comme le titulaire n'a aucun droit au maintien de son titre jusqu'au terme prévu, pas plus qu'il n'a pas de droit acquis au renouvellement de l'autorisation ou de l'utilisation »³²², le motif d'intérêt général est une condition pouvant justifier, en la matière, l'acte de gestion de l'autorité domaniale. Le juge administratif, sur ce fondement, admet 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 [...] »³²³. Cela voudrait dire que « l'autorité de gestion a également la possibilité de mettre fin à tout moment à une autorisation mais elle devra justifier sa décision par un motif d'intérêt général suffisant »³²⁴. Cette liberté de gestion dont dispose le maître du domaine s'explique par la faculté qu'a ce dernier à mettre fin aux autorisations domaniales justifiées par l'intérêt général. Sur ce point, le Conseil d'État avait admis que le principe de continuité de service public peut constituer un motif d'intérêt général pouvant justifier le refus de renouvellement d'un titre d'occupation du domaine public. Selon lui, « il appartient au gestionnaire du domaine public d'examiner chaque demande de renouvellement en appréciant les garanties qu'elle présente pour la meilleure utilisation possible du domaine public. Il peut décider, sous le contrôle du juge, de rejeter une telle demande pour un motif d'intérêt général. Pour déterminer si un tel motif existe, il y a eu lieu, de tenir compte, le cas échéant, parmi l'ensemble des éléments d'appréciation, des contraintes particulières qui pèsent sur l'activité de l'occupant, notamment de celles qui peuvent résulter du principe de continuité du service public »³²⁵.

³²¹ En l'espèce, un club aérien avait demandé à louer des locaux et un terrain sur un aérodrome faisant parti du domaine public. La demande a été rejetée pour un motif portant sur l'activité très réduite de ce club qui n'a effectué qu'un petit nombre d'heures de vols avec ses deux avions et sur le fait aussi que le club ne dispense aucune formation aéronautique et sur la circonstance que les avions se trouvaient en mauvais états au moment de la demande. Ces motifs justifient le rejet de la demande d'autorisation au nom de l'intérêt général ; v- CE, 19 janvier 1968, *Club Aérien Les GERFAUTS*, n°68943.

³²² Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET, Fabrice HOURQUEBIE - *Code général de la propriété des personnes publiques, Annoté et commenté*, Dalloz, 7^e éd., 2017, p.245.

³²³ CE, 31 juillet 2009, *Société JONATHAN LOISIRS*, n°316534.

³²⁴ Sabine BOUSSARD, Christophe le BERRE - *Droit administratif des biens*, LGDJ, 2014, p. 211.

³²⁵ CE, 25 janvier 2017, *Préfet des Pyrénées- Orientales*, n°395314. En l'espèce, le conseil municipal de la commune de Port-Vendres a, par une délibération, décidé de ne pas renouveler la convention d'occupation de l'immeuble dit « le loup de mer » conclue avec l'association départementale des pupilles de l'enseignement public des Pyrénées-Orientales. Cette décision a été annulée par le juge administratif car aucun motif d'intérêt général n'a été retenu pour rejeter une telle demande de renouvellement d'occupation du domaine public. Pour le juge « la commune n'avait jamais fait état d'un projet d'intérêt général pour la réalisation duquel elle aurait eu besoin de l'immeuble en cause ».

231. Au vu de ces éléments, il est à observer que le besoin de répondre à une finalité d'intérêt général vise à la recherche d'une meilleure exploitation du domaine public. Cette finalité d'intérêt général octroie à l'autorité domaniale une liberté de gestion dudit domaine. Sur ce point, le code général de la propriété des personnes publiques renforce cette liberté de gestion de l'autorité domaniale, en ce sens que celle-ci reste libre de gérer son domaine public. L'article L.2123-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que, « les personnes publiques mentionnées à l'article L.1 gèrent ou font gérer leurs domaines publics [...] ». Certes, l'expression 'liberté' n'apparaît pas dans cet article, contrairement à l'article L.2221-1 du CGGPP concernant le domaine privé où il est précisé que « [...] les personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leurs sont applicables », mais il est à comprendre que le fait que l'autorité domaniale peut décider de gérer soit directement ou indirectement son domaine public, cette faculté exprime une certaine liberté de gestion. Mais rappelons que cette liberté de gestion du domaine public n'est pas la même que celle de la gestion du domaine privé. La première est exercée à l'aide des prérogatives de puissance publique, la seconde est exercée selon les moyens de droit commun.

232. En outre, il est à préciser que cette notion d'intérêt général va au-delà des missions de police administrative sur le domaine public. Car, il faut rappeler que l'autorité domaniale peut exercer de pouvoir de police impliquant la poursuite de l'intérêt général. Cependant, l'intérêt général dont il s'agit ici n'est pas celui qui est poursuivi dans le cadre des missions de police administrative.

B/ La recherche d'une meilleure exploitation ou utilisation du domaine public : le recours au motif d'intérêt général au-delà des motifs de police administrative

233. L'intérêt général dont il est question ici est celui qui rentre dans la recherche d'une meilleure exploitation ou utilisation du domaine public. Il n'est pas à confondre avec l'intérêt général poursuivi dans le cadre des missions de police administrative. Autrement dit, il n'est pas question de sécurité mais plutôt de la recherche d'une meilleure utilisation du domaine public. La poursuite de l'intérêt général dans la gestion du domaine public est liée surtout à la recherche d'un intérêt d'ordre économique. Par exemple, le fait que l'autorité domaniale puisse traiter différemment les opérateurs intéressés par l'occupation du domaine public afin d

permettre aux plus faibles d'être à la même hauteur que les puissants³²⁶, ce fait rentre dans les critères de l'intérêt général. Il ne s'agit pas là d'une finalité liée à l'ordre public mais à la meilleure gestion du domaine public.

234. En effet, jusqu'au milieu du 20^e siècle, l'intervention de l'autorité domaniale sur son domaine public se limitait aux motifs de police. Il s'agit de la police domaniale. Instituée par un texte, cette police domaniale est une police administrative spéciale. À la différence de la police administrative générale qui dispose des pouvoirs très larges, la police domaniale est « comprise comme correspondant à l'ensemble des pouvoirs dévolus aux autorités compétentes des personnes publiques affectataires de dépendances du domaine public, en vertu de textes spéciaux »³²⁷. Elle ne peut en aucun cas dépasser ses compétences d'attributions. Cette théorie de droit de garde était soutenue par une certaine doctrine qui n'admettait pas l'idée de droit de propriété sur le domaine public. BERTHÉLEMY, PROUDHON, DUGUIT admettaient l'idée que l'administration n'exerçait, sur le domaine public, qu'un droit de garde et donc de police. Pour eux, la propriété publique sur ledit domaine est exclue. Pour cette raison, il fallait instaurer une police administrative spéciale nécessaire pour la conservation du domaine public. Qu'à cet effet, cette police domaniale est appelée aussi police de la conservation du domaine public³²⁸.

235. Toutefois, il a été vite admis, au milieu du 20^e siècle, que le domaine public doit être l'objet de propriété. En effet, d'autres motifs doivent être pris en compte, cette fois-ci, pour la recherche d'une meilleure exploitation ou meilleure utilisation du domaine. Des motifs, parmi lesquels, figure le motif d'intérêt général. L'autorité gestionnaire du domaine public n'est pas seulement limitée à la poursuite d'une mission de police, mais elle aussi, en tant que propriétaire, tenue de rechercher une autre mission d'intérêt général liée à la meilleure exploitation du domaine public.

236. L'intérêt général dont il s'agit n'est pas celui lié à l'ordre public. Il s'agit d'un but suivi en vue de la meilleure exploitation du domaine public. Cette finalité constitue donc un

³²⁶ V- CE, 27 avril 2009, *Société Bouygues Télécom*, n°312741.

³²⁷ Lucien RAPP, Philippe TERNEYRE – *Lamy droit public des affaires*. Le droit de la propriété publique, Livre 2, Wolters Kluwer, 2016, p. 2178.

³²⁸ Selon les termes du professeur de LAUBADÈRE, « la police de conservation consiste dans le pouvoir que détiennent certaines autorités administratives d'utiliser des moyens de police, c'est-à-dire d'édicter des mesures préventives assorties de sanctions pénales en vue de la conservation matérielle du domaine » et de rajouter que « la police de la conservation bénéficie de moyens [...] » qui « consistent pour les autorités qui détiennent ces polices dans le pouvoir d'édicter des mesures réglementaires limitant la liberté des particuliers dans leur utilisations du domaine » : v- André de LAUBADÈRE - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 7^e éd., 1980. p.183 à 184.

fondement de la liberté de gestion du domaine public. C'est ainsi qu'en matière de renouvellement des autorisations domaniales, « [...], l'autorité domaniale [peut] refuser le renouvellement de telles autorisations pour tout motif d'intérêt général [...] »³²⁹.

II/ La prise en compte d'un intérêt financier, comme motif d'intérêt général, pour justifier la liberté de gestion du domaine public

237. Au niveau de la doctrine, la question de savoir si l'intérêt financier fait partie intégrante de l'intérêt général a fait l'objet d'un débat controversé. Frédéric ALHAMA a expliqué, dans sa thèse, qu'« il n'existe aucun consensus en doctrine sur le point de savoir si l'intérêt financier des personnes publiques peut ou doit être considéré comme un intérêt général »³³⁰.

238. De même, cette question de la prise en compte d'un motif d'intérêt financier en vue de la meilleure exploitation du domaine public a été l'objet d'une contraction jurisprudentielle. D'un côté, le juge administratif d'appel qui n'admettait pas l'approche selon laquelle l'intérêt financier doit être pris en compte dans la gestion du domaine public. De l'autre côté, le Conseil d'État admit que la recherche d'une meilleure exploitation du domaine public nécessite, également, une prise en compte d'un intérêt financier. D'autant plus que toute occupation privative donne lieu au paiement d'une redevance, celle-ci peut être à l'origine d'intérêts financiers au profit du maître du domaine³³¹.

239. Bien que l'idée de la prise en compte d'un intérêt financier dans la gestion du domaine public émane de la jurisprudence (A), elle a été objet d'une appréciation controversée (B).

A/ La prise en compte d'un intérêt financier

240. La recherche d'un intérêt financier doit être vue comme une finalité de l'action de l'autorité domaniale. Dès lors, en vue de l'obtenir, elle met en œuvre ses prérogatives qui manifestent ainsi sa liberté dans la gestion du domaine public. Rappelons que le domaine public est objet de propriété des personnes publiques, celles-ci sont chargées d'assurer une meilleure exploitation dudit domaine. Selon Mickaël BAUBONNE, « l'exploitation apparaît

³²⁹ CAA, Marseille, 8 oct. 2018, *Sté Rodier*, n°17MA02465.

³³⁰ Frédéric ALHAMA – *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, Dalloz, Nouvelle Bibl. de Thèse, Volume 171, 2018, p. 3.

³³¹ Selon Olivier FEVROT, « le domaine public est, en principe, géré dans l'intérêt général, si bien que toute occupation privative doit être source d'une compensation pour la collectivité. Cette compensation peut revêtir [...] la forme d'une compensation financière, d'une redevance » : v- Olivier FEVROT - « La volonté de mieux exploiter son domaine public justifie qu'on mette fin à son occupation » - RDI, 2011, p.657.

comme optimale lorsque l'autorité domaniale obtient la meilleure contrepartie possible au regard des droits dont jouit l'utilisateur et des avantages que ce dernier titre du domaine »³³². Dès lors, l'intérêt financier peut fonder la décision de l'autorité domaniale dans la gestion du domaine public.

241. À la base, cette notion est d'origine jurisprudentielle. Et sa prise en compte dans la gestion du domaine public justifie l'acte de gestion du domaine public. En effet, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut édicter des actes de gestions domaniales « [...] en se fondant sur des motifs d'ordre [...] financier »³³³. Ainsi, il est à considérer que la bonne gestion du domaine public nécessite la prise en compte des intérêts d'ordre financier. Et c'est parce que le motif financier rentre dans les finalités de l'action de l'autorité domaniale que celle-ci, pour y parvenir, se voit dotée d'une liberté d'action, en ce sens que ledit motif peut justifier ses décisions.

242. C'est le cas des autorisations d'occupations privatives du domaine public qui peuvent être accordées ou refusées sur le fondement des intérêts d'ordre financier. Rappelons que le domaine public est source de revenu pour l'autorité domaniale. Et par exemple, la redevance qu'elle perçoit du fait de l'occupation dudit domaine fait partie de ces intérêts d'ordre financier. Autrement dit, cette redevance qui « constitue un produit du domaine »³³⁴ rentre dans les considérations d'ordre financier. De ce fait, elle peut être fixée librement en vue d'assurer une meilleure exploitation du domaine public. Le Conseil d'État considéra que le refus de renouveler une autorisation d'occupation du domaine public est justifié lorsque l'autorité chargée de la gestion du domaine public a « l'intention de retirer de la concession des locaux litigieux un profit supérieur au montant de la redevance versée »³³⁵ par l'occupant. En l'espèce, une convention d'occupation du domaine public a été signée entre la Société Nationale des chemins de fer et le sieur Cellier. Ce dernier est autorisé à occuper les locaux situés dans l'ancienne gare des messageries de Saint Lazare. La convention est venue à son terme et la concessionnaire a refusé le renouvellement de l'autorisation et demandant à l'occupant de quitter les lieux. Pour le Conseil d'État, après avoir constaté que le refus était

³³² Mickaël BAUBONNE – « Les ressorts de la valorisation optimale des ressources du domaine public. Brèves observations autour de pistes ouvertes par la jurisprudence administrative » - Contrats et Marchés publics, n°10, 2016, étude 7.

³³³ CE, 2 mai. 1969, *Société affichage Giraudy*, n°60932.

³³⁴ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.290, t. 2. V- CE 2 mai 1969 cité, « la redevance [...] est un produit de la gestion du domaine et constitue, dès lors, une recette [...] ».

³³⁵ CE, 18 mars 1963, *Sieur Cellier*, n°54715.

lié à un motif d'intérêt financier, il a considéré que la meilleure exploitation du domaine public est l'une des missions incombant à l'autorité domaniale et de ce fait, « les circonstances de l'affaire ne révèlent pas, de la part de ladite société, un exercice abusif des droits qu'elle tient de sa qualité de concessionnaire du service public des chemins de fer d'assurer la meilleure exploitation du domaine public ferroviaire ».

243. Il convient donc d'affirmer que l'objectif de poursuivre un but d'ordre financier octroie une liberté de gestion à l'autorité domaniale. Cette liberté dont dispose l'autorité domaniale lui permet de refuser une autorisation d'occupation du domaine public et voire de refuser de renouveler un titre d'occupation du domaine public pour des motifs d'ordre financier dans le but d'assurer une meilleure exploitation du domaine public. Ainsi, et pour reprendre les termes du M. HANSEN, « les juridictions administratives ont admis de multiples hypothèses de résiliation [...] et ont consacré, au titre de l'intérêt général, l'intérêt financier du gestionnaire domanial »³³⁶. En conséquence, l'intérêt général inclut, également, l'intérêt financier dans la gestion du domaine public. Autrement dit, le fait de poursuivre un intérêt d'ordre financier, visant à rentabiliser le domaine public, constitue un objectif d'intérêt général. Et pour reprendre la décision du Conseil constitutionnel, rendue dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, « l'autorisation [d'occupation du domaine public] est accordée dans les conditions, le cas échéant financières, fixées par le gestionnaire du domaine [...]»³³⁷.

244. Toutefois, cette question de considérations financières dans la gestion du domaine public a fait l'objet d'appréciation controversée entre le juge de fond et le Conseil d'État. La question qui divise est de savoir si l'intérêt financier fait partie de l'intérêt général.

B/ Des positions jurisprudentielles controversées

245. La question de la prise en compte de l'intérêt financier dans la gestion du domaine public a donné lieu à des positions controversées entre le juge du fond et le Conseil d'État.

246. Pour le juge administratif d'appel, il refusa l'idée d'admettre que le motif d'ordre financier puisse justifier l'acte de gestion du domaine public. L'intérêt financier ne peut être

³³⁶ Philippe S.HANSEN, « L'intérêt financier gestionnaire est-il encore un motif de résiliation d'un titre d'occupation du domaine » - note sous CAA, Paris, 2 avril 2009, *Sté Veolia Eau*, AJDA 2009, p.2292.

³³⁷ Décision n°2017-687, QPC du 2 févr. 2018, *Association Wikimedia*.

intégré dans l'intérêt général. Dans sa décision du 2 avril 2009³³⁸, *Société Veolia Eau*, la Cour Administrative d'Appel de Paris a considéré que le motif d'ordre budgétaire [intérêt financier] ne peut justifier l'annulation d'une convention d'occupation du domaine public avant son terme, en l'absence de tout élément nouveau postérieur à ladite convention. Autrement dit, l'intérêt financier, pour le juge administratif d'appel, ne constitue pas un motif pouvant justifier la résiliation d'une convention d'occupation du domaine public à la suite du refus de l'occupant d'accepter la soumission de l'occupation au paiement d'une redevance. Selon le juge administratif d'appel, « c'est uniquement dans le but de contribuer ainsi à l'équilibre d'un budget devenu déficitaire que l'EPAD a décidé d'assujettir au paiement de redevances domaniales l'occupation de son domaine public par les ouvrages publics du réseau de distribution d'eau. Que ce motif purement budgétaire, étranger à l'intérêt du domaine mais touchant à la cause même des conventions alors que n'est survenu aucun événement nouveau affectant leur exécution, ne constitue pas un motif d'intérêt général de nature à justifier qu'il soit mis fin avant terme aux conventions qui régissent l'occupation du domaine de l'EPAD par les ouvrages du service public géré par la société Veolia EAU ». Il ressort, donc, de cette décision que l'intérêt financier ne peut être pris en compte dans la gestion du domaine public. Cet intérêt se distingue, selon la position du juge de fond, de l'intérêt général et de ce fait, il ne peut fonder l'acte de gestion de l'autorité domaniale.

247. En revanche, cette position est différente de celle dégagée par le Conseil d'État. Pour ce dernier, l'intérêt financier est inclus dans l'intérêt général et dans ce cas, il fonde l'acte de gestion du domaine public. C'est ce qui ressort de la décision du Conseil d'Etat du 23 mai 2011³³⁹ que la prise en compte d'un intérêt financier constitue un motif valable pour résilier une convention d'occupation du domaine public avant son terme, lorsque cette résiliation permet à l'autorité gestionnaire d'assurer une meilleure exploitation du domaine public. Il a considéré que « la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature

³³⁸ En l'espèce, une convention était signée par le syndicat des Eaux de l'Ile de France avec la compagnie générale des eaux. Cette convention a confié à la CGE la gestion en régie intéressée du service public de production et de distribution de l'eau sur le territoire des communes adhérentes. La convention précise que le syndicat, le régisseur et les entreprises emmenés à intervenir pour leur compte n'auront pas à payer une redevance pour occupation du domaine public. Des autres conventions sont conclues entre l'EPAD et la CGE et ont défini les conditions financières administratives et techniques dans lesquelles le réseau de distribution d'eau devait être implanté dans le secteur dit de la défense. L'EPAD a donc décidé d'assujettir l'occupation de son domaine au paiement d'une redevance et a résilié les deux conventions régissant l'occupation de son domaine par la CGE, à l'annulation des autorisations unilatérales d'occupation du domaine public de l'EPAD. La cour administrative d'appel de Paris a annulé les décisions de l'EPAD au profit de la société Veolia.

³³⁹ Pour contester la décision de la cour administrative d'appel de Paris, l'EPAD s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'Etat.

qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme ».

248. En sommes, la Haute juridiction administrative, quant à elle, se fonde sur cette notion pour approuver la légalité des actes de gestion de l'autorité domaniale édictés en vue de l'intérêt financier. Aussi, la meilleure exploitation du domaine public octroie, sans doute, à l'autorité domaniale une liberté de gestion du domaine public. Selon M. FEVROT « la meilleure exploitation du domaine public ne serait ici qu'une figure de légalité, et plus précisément celle exprimée par les dispositions du code générale de la propriété des personnes publiques. Refuser au maitre du domaine la possibilité d'instaurer ou de modifier une redevance domaniale serait anormal »³⁴⁰.

249. Au-delà de la question de l'intérêt général, la meilleure exploitation du domaine public implique la prise en considération de l'intérêt même du domaine public.

Paragraphe 2/ La prise en considération de l'intérêt du domaine public par l'autorité domaniale en vue d'une meilleure exploitation du domaine public

250. Rappelons que l'autorité domaniale est tenue d'assurer une meilleure exploitation du domaine public. Dès lors, elle doit être à la recherche de l'intérêt du domaine public. Par voie de conséquence, elle dispose d'une liberté d'action(I). Autrement dit, pour parvenir à maintenir cet intérêt, le maitre du domaine doit agir de manière libre. En prenant l'exemple des autorisations d'occupation du domaine public, la recherche de l'intérêt du domaine public se réalise parfois au détriment des intérêts de l'occupant du domaine public (II).

I/ Liberté d'action et intérêt du domaine public

251. D'après le professeur YOLKA, « la notion d'intérêt du domaine conserve un rôle essentiel lorsque se trouvent confrontés l'intérêt du propriétaire et celui de l'occupant privatif »³⁴¹. Entre l'intérêt du domaine public et celui de l'occupant, le premier prévaut sur le second. Dès lors, la recherche de l'intérêt du domaine public (A) octroie manifestement une liberté d'action à l'autorité domaniale dans la gestion du domaine public (B).

³⁴⁰ Olivier FÉVROT, « La volonté de mieux exploiter son domaine public justifie qu'on mette fin à son occupation » - note sous CE, 23 mai 2011, *EPAD*, *AJDA* 2011, p. 1115.

³⁴¹ Philippe YOLKA - *La Propriété publique. Elément pour une théorie*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 191, 1997, p.304.

A/ La recherche de l'intérêt du domaine public par l'autorité domaniale

252. L'autorité domaniale doit gérer le domaine public de manière à assurer l'intérêt de celui-ci. En effet, ses décisions doivent être prises en vue de l'intérêt dudit domaine. C'est ainsi qu'il a été jugé non contraire au principe d'égalité, la décision prise par un gestionnaire du domaine public portuaire n'autorisant pas la possibilité de conclure des conventions d'occupation du domaine public avec des personnes morales. En l'espèce, la société SCI Le Merou n'a pas obtenu, à la suite d'un refus, l'attribution d'un poste d'amarrage dans le port de plaisance de Paris Arsenal. Une délibération prise par l'assemblée générale de l'association pour ledit port, gestionnaire de ce domaine public portuaire, n'autorisait pas la conclusion des conventions d'occupation du domaine public avec des personnes morales. Et cette décision a été justifiée en raison de l'objectif qu'incombe au gestionnaire d'assurer l'intérêt de ce domaine public portuaire. Pour la Cour administrative d'appel, « si les requérants soutiennent que la délibération du 27 juin 2005 méconnaît le principe d'égalité, les personnes physiques et les personnes morales ne se trouvent pas placées dans une situation identique au regard de l'occupation du domaine public laquelle doit présenter un caractère personnel, précaire et révocable ; que la délibération du 27 juin 2005, qui a pour objet de permettre une meilleure rotation des attributions de postes d'amarrage en évitant leur conservation par des personnes morales dont les parts sociales peuvent être vendues, n'a ainsi été prise en méconnaissance du principe d'égalité »³⁴².

253. Cela dit, un acte de l'autorité domaniale risque d'être entaché d'illégalité³⁴³ s'il n'y a pas eu un but d'intérêt du domaine public. À ce propos, il a considéré que le fait que l'autorité domaniale n'était « [...] pas en mesure de justifier le montant de la redevance de 1000 € par boîte à lettre demandée à la poste, ni de préciser les éléments retenus pour son calcul. [...], ces décisions ont par suite pour but, non l'intérêt du domaine public communal, en vue duquel les pouvoirs ont été conférés à leurs auteurs, mais l'intérêt des usagers du service postal. Qu'elles ont dès lors été édictées en vue d'un intérêt étranger à celui en vue duquel elles pouvaient être adoptées. Qu'il s'ensuit qu'elles sont entachées de détournement de pouvoir »³⁴⁴. Il ressort de ce jugement qu'agir en vue de l'intérêt du domaine public demeure

³⁴² CAA, Paris, 12 mai 2016, n°14PA02581.

³⁴³ Dans un arrêt en date du 6 mai 1996, le Conseil d'État a annulé un arrêté pris par le maire de DUNKERQUE du 25 février 1987 au motif que « les restrictions [en nombre à la délivrance d'autorisation d'occupation du domaine public] prévues n'étaient pas, en l'espèce, justifiées par l'intérêt du domaine public, et notamment par l'obligation qu'avait le maire de veiller à ce que ne soient pas compromis les usages conformes à la destination dudit domaine que le public était en droit d'y exercer » : v- CE, 6 mai 1996, *Vanderhaeghen*, n°98237.

³⁴⁴ TA, DIJON, 20 févr. 2013, *La Poste*, n°1200832.

l'un des objectifs de l'autorité domaniale. Et l'idée d'intégrer cet intérêt du domaine dans l'acte de gestion de l'autorité domaniale octroie à celle-ci une certaine liberté car, il suffit que ledit intérêt soit mis en cause pour que l'autorité domaniale intervienne en vue de sa préservation.

254. Par ailleurs, en matière de convention d'occupation du domaine public, le Conseil d'État tend à privilégier les clauses contractuelles, en ce sens qu'une autorité domaniale ne peut invoquer un motif d'intérêt du domaine public pour méconnaître les stipulations d'une telle convention. Sur ce point, le Conseil d'État dans son arrêt en date du 11 octobre 2012, a privilégié les clauses de la convention d'occupation du domaine public. En l'espèce, le centre régional des œuvres universitaires et scolaires de l'académie de LILLE a, par une convention en date du 14 janvier 2000, autorisé la société France Télécom, actuelle société Orange, à implanter des équipements techniques de radiotéléphonie sur le toit de la résidence universitaire de Mermoz. Dans le but d'entreprendre des travaux d'urgence sur la terrasse, le Conseil d'administration du Crous a, par une délibération du 28 septembre 2009, décidé de prononcer la résiliation de ladite convention. Cette résiliation a été jugée légale par la Cour administrative d'appel de DOUAI en raison « de l'intérêt du domaine public occupé, consistant dans la nécessité de réaliser d'importants travaux de réfection de la toiture ». En revanche, pour le Conseil d'État, l'arrêt de la Cour administrative d'appel constitue une erreur de droit en écartant les clauses contractuelles selon lesquelles, « [...] le gestionnaire du domaine 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, alors que cette clause régissait expressément l'hypothèse de travaux nécessaires au bon entretien de la dépendance domaniale occupée [...] »³⁴⁵. Il est à constater, ici, que pour le juge administratif, la prise en compte de l'intérêt du domaine public doit être en conformité avec les clauses de la convention d'occupation dudit domaine.

255. Au-delà du cas des clauses contractuelles d'une convention d'occupation du domaine public, l'autorité domaniale est tenue d'assurer l'intérêt du domaine. C'est ce qui ressort d'une jurisprudence constante qu'« il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt dudit domaine [...], les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupations »³⁴⁶. À la lecture de ce considérant, l'intérêt du

³⁴⁵ CE, 11 oct. 2012, *Société Orange France*, n°351440.

³⁴⁶ CE 6 nov. 1998, *Association amicale des bouquinistes de Paris/ Maire de Paris*, n°171317. Dans le même sens, le Conseil d'État avait considéré, à propos du domaine public maritime, que « l'autorité compétente peut

domaine public doit être l'un des fondements de l'acte de gestion domaniale. Mais il est à noter que celui-ci est distinct des autres intérêts que doit assurer l'autorité domaniale. Il existe, en effet, plusieurs intérêts distincts du domaine public. Selon le professeur YOLKA, « il y a trois intérêts en présence : l'intérêt général, l'intérêt du domaine et celui de l'affectation du domaine »³⁴⁷. On lit aussi chez le professeur DUFAU que ces intérêts sont distincts³⁴⁸.

256. Au vu de ce qui a été dit plus haut, il est à constater que la recherche d'un intérêt du domaine tend, également, à préserver la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale. En effet, la recherche dudit intérêt peut fonder l'acte de gestion du domaine public. C'est une manière en effet de renforcer et de préserver cette liberté d'action de l'autorité domaniale.

B/ La liberté d'action de l'autorité domaniale engendrée par la recherche de l'intérêt du domaine public

257. La gestion du domaine public doit être assurée en vue de l'intérêt du domaine public. Cet objectif est à l'origine de la liberté de gestion du domaine public, en ce sens que la recherche de l'intérêt dudit domaine peut justifier l'action domaniale. L'intérêt du domaine peut justifier donc l'action de l'autorité domaniale. C'est le cas, par exemple, de la liberté reconnue à l'autorité domaniale de réglementer l'exercice d'un droit d'occupation du domaine public. Sur ce point, le Conseil d'État, dans un arrêt du 13 mars 1985, a considéré qu'une décision de l'autorité chargée de la gestion du domaine public routier n'était pas illégale au motif que ladite décision était justifiée par la recherche de l'intérêt dudit domaine. En l'espèce, un arrêté édicté par le préfet de l'INDRE du 15 janvier 1980 et modifié par un autre arrêté du 15 juillet 1980 prévoyait un accord préalable à l'exécution des travaux que doivent entreprendre EDF et GDF sur le domaine public routier. Bien que ces derniers disposent d'un droit d'occupation dudit domaine, le Conseil d'État a considéré que, « [...] la réglementation, qu'il appartenait au préfet, chargée [...] de la gestion du domaine public routier, d'édicter dans l'intérêt du domaine public routier, répond aux nécessités actuelles de la protection de ce

légalement s'affranchir de l'ordre de préférence résultant de classement des candidats à la concession d'un établissement à l'intérieur d'une même catégorie à condition que cette décision soit [...] motivée par des considérations fondées sur [...] l'intérêt du domaine public maritime » ; v- CE 16 nov.1981, *Quentin*, n°19031.

³⁴⁷ Philippe YOLKA – *La propriété publique. Élément pour une théorie*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 191, 1997, p.303.

³⁴⁸ Le professeur DUFAU a écrit que « l'intérêt du domaine demeure néanmoins distinct de l'intérêt général » : v- Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.403.

domaine et aux exigences d'un usage conforme à sa destination. Qu'elle n'est dès lors pas entachée d'illégalité »³⁴⁹.

258. Il est, ainsi, clair que l'autorité domaniale doit « [...], dans l'intérêt du domaine public, réglementer l'exercice de certaines activités. La réglementation ne vise plus la conservation du domaine public ou les conditions de sécurité mais une meilleure exploitation du domaine public »³⁵⁰. Cette nécessité de maintenir l'intérêt du domaine public reste donc l'un des fondements de la liberté de gestion du maître domanial. Et l'exemple donné à propos des autorisations d'occupation du domaine public illustre bien cette liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale, dans la mesure où et comme l'a souligné le professeur DUFAU « [...] lors de l'octroi ou de refus des autorisations d'occupations, l'administration peut s'inspirer des considérations tirées de l'intérêt du domaine [...] »³⁵¹.

259. Mais il est nécessaire de rappeler que le domaine public est objet de propriété et affecté à l'utilité publique. Cette affectation suppose que le domaine public demeure aussi le siège où sont accomplies des missions de service public. Ainsi, dans l'intérêt de ces services publics accomplis sur le domaine public, l'autorité domaniale dispose d'une liberté de gestion en vue de réglementer lesdites activités. Ainsi par exemple, la Haute juridiction administrative avait reconnu le droit pour la collectivité publique, chargée de la gestion de son domaine public, « [...], dans l'intérêt de la commodité de la circulation [...] sur les voies publiques, de prescrire des itinéraires spéciaux pour la traversée de la ville »³⁵². Cette reconnaissance renvoie à une liberté de gestion du domaine public. En somme, la notion de l'intérêt du domaine public, bien qu'elle soit une notion floue ou « en soi une formule creuse »³⁵³ reste, tout de même, un motif lié au renforcement de la liberté de gestion du domaine public. De ce fait, le but d'intérêt du domaine public fait primer la liberté de gestion de l'autorité domaniale sur la liberté des administrés.

³⁴⁹ CE, 13 mars 1985, *Préfet de l'INDRE*, n°42630.

³⁵⁰ Sabine BOUSSARD, Christophe le BERRE - *Droit administratif des biens*, LGDJ, 2014, p. 183.

³⁵¹ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.403.

³⁵² CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, n°99532. Pour la Haute juridiction administrative, l'autorité domaniale est en droit de réglementer les activités exercées sur son domaine dans le but de préserver la mission du service public. Le fait d'admettre ce droit signifie que le maître du domaine dispose d'une liberté de gestion.

³⁵³ Philippe YOLKA - *La propriété publique. Elément pour une théorie*, Thèse, Bibl. de droit public, Tome 191, LGDJ, 1997, p.302.

II/ La primauté de l'intérêt du domaine public sur celui des administrés : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public

260. Cette primauté de l'intérêt du domaine public s'explique par le fait qu'au nom de ce cet intérêt, le maître du domaine peut prendre des mesures de gestion domaniale au détriment des intérêts de ceux qui utilisent ou veut utiliser le domaine public. Et pour reprendre les termes du professeur VIDELIN, « le propriétaire est, en principe, l'affectataire et le gestionnaire. En d'autres termes, il est chargé de déterminer et de garantir l'affectation de son patrimoine, ce qui implique de réglementer l'activité des occupants privatifs du domaine public non seulement dans l'intérêt du domaine public mai plus généralement de l'intérêt général »³⁵⁴.

261. En effet, le cas des occupations privatives dudit domaine en est un exemple parfait. Rappelons que l'occupation du domaine public nécessite, au préalable, une autorisation du maitre dudit domaine. Mais cette autorisation peut, en raison de ses caractères précaire et révocable, être mise à terme avant son expiration. La précarité et la révocabilité peuvent être invoquées au nom de l'intérêt du domaine public (A). Autrement dit, c'est parce que le maitre du domaine public est dans l'obligation de maintenir l'intérêt du domaine qu'il sera aussi dans l'obligation de mettre fin à une autorisation unilatérale ou conventionnelle avant même son expiration. De plus, en raison même de cette notion de l'intérêt du domaine public, le bénéficiaire, dans certains cas, d'une autorisation d'occupation dudit domaine peut être amené à prendre en charge les dépenses dues à la réalisation des travaux menés ou accomplis sur le domaine public (B).

A/ Le caractère précaire et révocable de l'autorisation d'occupation privative du domaine public et l'intérêt dudit domaine

262. On lit dans le code général de la propriété des personnes publiques que les autorisations d'occupation privative du domaine public ont un caractère précaire et révocable. Son article L.2122-3 précise que, « l'autorisation mentionnée à l'article L.2122-1 présente un caractère précaire et révocable ». Ces deux caractères sont à l'origine de la liberté de l'administration propriétaire. En réalité, le fait que le maître du domaine puisse mettre fin à une autorisation domaniale sur le fondement de l'intérêt du domaine public prouve ainsi sa liberté de gestion du domaine public. Autrement dit, il suffit qu'il avance une raison liée à cet

³⁵⁴ Jean-Christophe VIDELIN - « Gestion de propriétés publiques » - J.-CL. Propriétés publiques, Synthèse, 2020, pt.3.

intérêt pour qu'il puisse, sans aucun obstacle ni aucune contrainte, mettre fin à un titre d'occupation du domaine public. Le professeur LOMBARD a précisé que, « l'administration doit déterminer ses choix par la seule considération de l'intérêt général ou domanial sans être contrainte par la préservation d'une situation individuelle, la sécurité ou la stabilité d'une situation juridique particulière »³⁵⁵.

263. En effet, le domaine public ne peut être occupé de façon permanente. Et même lorsqu'il fait l'objet d'une occupation privative, elle n'est que temporaire. Rappelons qu'« aucun titre unilatéral ou conventionnel ne saurait être un obstacle à la libre disposition de la dépendance par la collectivité publique propriétaire »³⁵⁶. De ce fait, l'autorité domaniale a, en raison de l'intérêt du domaine public, la main mise sur les biens de dépendances du domaine public, même dans le cas où lesdits biens font l'objet d'une occupation privative. C'est ainsi que le propriétaire dudit domaine peut retirer, à tout moment, une autorisation d'occupation privative du domaine public en se fondant sur l'intérêt du domaine public. Sur ce point, la doctrine considère que ces caractères précaire et révocable interdisent à l'administration d'insérer, dans le cadre des occupations contractuelles, « toute clause qui interdirait la résiliation d'un contrat d'occupation domaniale, c'est-à-dire une fin anticipée de l'occupation, [une telle clause] est frappée de nullité »³⁵⁷. Il y a là une nécessité de préserver la liberté de gestion du domaine public. Autrement dit, le fait que « la permission peut toujours être retirée par l'administration et le permissionnaire ne peut invoquer aucun droit acquis à son maintien »³⁵⁸, le droit positif de la domanialité publique opte pour la préservation de la liberté de gestion du domaine public. Cette autorité doit donc gérer le domaine public dans l'intérêt de celui-ci. La jurisprudence a admis, sur ce point, qu'en raison de l'intérêt du domaine public, il peut être mis fin à une autorisation d'occupation dudit domaine avant même son expiration. C'est ce qui ressort de la décision du Conseil d'État de 1996 selon laquelle, « aucun principe n'impose à l'autorité gestionnaire du domaine public, lorsque, comme en l'espèce, elle prend, dans l'intérêt de ce domaine, une mesure qui ne revêt pas le caractère d'une sanction, de respecter une procédure contradictoire. Que par suite, la décision par laquelle le préfet des Alpes-Maritimes a refusé de renouveler l'autorisation d'occupation

³⁵⁵ Frédéric LOMBARD, « Les droits de l'occupants privatifs » - note sous CE, 25 janvier 2017, *Commune de Port-Vendres*, n°395314, Lebon, RTD Com, 2017, p.302.

³⁵⁶ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET, Fabrice HOURQUEBIE - *Code général de la propriété des personnes publiques*, Annoté et commenté, Introduction, Dalloz, 7^e éd., 2017, p.245.

³⁵⁷ Ibid, p. 262.

³⁵⁸ Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.147.

du domaine public maritime dont bénéficiait Mme Z a pu être légalement prise sans que cette dernière ait été invitée à faire présenter ses observations »³⁵⁹.

264. Il est sans doute clair que les caractères précaire et révocable des autorisations du domaine public sont à associer au but d'intérêt dudit domaine public, en ce sens que ledit intérêt justifie qu'il soit mis fin avant son terme à une autorisation d'occupation du domaine public. Il s'agit là d'une manifestation de la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale.

B/ La prise en charge des dépenses des travaux réalisés pendant l'occupation par l'occupant : une prise en charge justifiée par l'intérêt du domaine public

265. Bien que le bénéficiaire d'une autorisation d'occupation du domaine public ait des droits, toujours est-il qu'il n'a aucun droit acquis au maintien de ladite autorisation. Comme il a été dit plus haut, l'absence de ce droit découle du principe de précarité de l'occupation du domaine public. Mais au-delà de cette précarité, et au nom de l'intérêt du domaine public, l'administration peut réaliser des travaux sur le domaine public occupé, sans même solliciter le consentement du bénéficiaire. La prise d'une décision unilatérale en vue de réaliser des travaux sur le domaine public déjà occupé est une manifestation de la liberté de gestion du domaine public. De plus, cette liberté de gestion se manifeste dans la mesure où, « les travaux publics exécutés par l'administration rendent nécessaire le déplacement des ouvrages établis par les occupants des voies publiques. [Or], les frais entraînés par ce déplacement sont à la charge de l'occupant »³⁶⁰. Autrement dit, dans l'intérêt du domaine public occupé, l'autorité domaniale est libre de réaliser des travaux qui vont contraindre le « bénéficiaire d'une autorisation temporaire du domaine public [de] supporter sans indemnité les frais de déplacement ou de modification des installations aménagés en vertu de cette autorisation lorsque ce déplacement est la conséquence de travaux entrepris dans l'intérêt du domaine public occupé [...] »³⁶¹. Eu égard à cette jurisprudence, le bénéficiaire d'une occupation du

³⁵⁹ CE, 20 Mars 1996, *Jean Louis*, n°121601.

³⁶⁰ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.404.

³⁶¹ V- CE, 6 décembre 1985, *Ville de Mâcon*, n°50795. En l'espèce, des travaux décidés à l'initiative de la ville de Mâcon mais réalisés par la société d'équipement du département de Saône-et-Loire. Ces travaux ont entraîné le déplacement des câbles et conduites d'électricité de France et de Gaz de France situés dans l'emprise du pont du Pavillon de la ville. Pour rejeter la demande formulée par EDF et GDF, la Haute juridiction administrative a considéré aussi que ces travaux « avaient pour objet l'amélioration de la voirie urbaine dans le secteur en cause, conformément à la destination de celui-ci ». Et pour ce motif, le déplacement des installations reste une obligation sans indemnité.

domaine public « est tenu de supporter sans indemnité les conséquences dommageables des travaux publics effectués dans l'intérêt de la dépendance qu'il occupe »³⁶².

266. C'est le principe de la non-indemnisation des préjudices causés à l'issue des travaux entrepris sur le domaine public qui est mis en place. Dans un arrêt rendu le 11 mai 2021, la Cour administrative d'appel a rappelé ce principe selon lequel « le bénéficiaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public doit, quelle que sa qualité, supporter sans indemnités les frais de déplacement ou de modification des installations aménagés en vertu de cette autorisation lorsque le déplacement est la conséquence de travaux entrepris dans l'intérêt du domaine public occupé et que ces travaux constituent une opération d'aménagement conforme à la destination de ce domaine »³⁶³.

267. Le droit de la domanialité publique fait donc primer l'intérêt du domaine public. De ce fait, l'administration dispose d'une liberté de gestion du domaine public, laquelle doit être destinée à la réalisation d'une meilleure exploitation du domaine public. Toutefois, la recherche de cette meilleure exploitation du domaine public reste une finalité bien encadrée.

Section 2/ La meilleure exploitation du domaine public : une finalité encadrée

268. À La recherche d'une meilleure exploitation du domaine public, l'autorité domaniale dispose d'une liberté d'action. Toutefois, le domaine public demeure « l'espace où se développent aujourd'hui le commerce, l'industrie [et] un lieu d'activités d'achat, de vente, d'échange de marchandises, de services »³⁶⁴, et cela dit, la recherche d'une meilleure exploitation du domaine public ne doit être au détriment des occupants dudit domaine. Leurs intérêts doivent être pris en compte. Certes, la recherche d'une meilleure exploitation du domaine public peut exiger, par exemple, qu'il soit mis fin à une autorisation d'occupation du domaine public pour l'intérêt du domaine public, toutefois, cette révocation anticipée peut être préjudiciable pour l'occupant du domaine public. C'est ainsi qu'en raison du préjudice

³⁶² Jean-Bernard AUBY - « Utilisation privative du domaine public et l'obligation de l'occupant en cas de travaux effectués dans l'intérêt du domaine public occupé » - RDI, 1996, p.358.

³⁶³ CAA, Versailles, 11 mai 2021, *SNC Sarcelles Investissement*, n°18VE03060. Pour le juge d'appel, « (...), les travaux de construction de la ligne de tramway en site propre sur la voirie communal ont pour objet d'améliorer la circulation sur le domaine public routier et que cette opération constitue un aménagement réalisé dans l'intérêt de la voirie et est conforme à la destination de ce domaine ».

³⁶⁴ Catherine MAMONTOFF - *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*, Thèse, L'Harmattan, 2003, p.53.

résultant de cette révocation, l'autorité domaniale peut être tenue de l'indemniser (Paragraphe 1).

269. Par-delà l'occupation privative du domaine public, celui-ci permet aux personnes publiques d'« accroître leurs revenus »³⁶⁵. Olivier DIDRICHE a expliqué que « l'occupation du domaine public est une source de revenus non négligeable pour les collectivités [...] dans la mesure où elle implique le versement d'une redevance »³⁶⁶, celle-ci est nécessaire en vue de la meilleure exploitation du domaine public. Et dans la mesure où la fixation du prix de la redevance demeure une prérogative de l'autorité domaniale, elle manifeste la liberté de gestion du domaine public (Paragraphe 2). Dans sa décision du 23 mai 2011, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la défense*, le Conseil d'État a considéré que, « la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme »³⁶⁷.

Paragraphe 1/ L'indemnisation de l'occupant du domaine public en raison du préjudice résultant d'une révocation anticipée du titre domanial

270. Le principe de précarité de l'autorisation du domaine public ne fait pas obstacle à ce que l'occupant dudit domaine puisse être indemnisé du fait du préjudice causé par l'autorité domaniale. La décision du Conseil d'État du 31 juillet 2009 illustre bien cette hypothèse. Il a considéré, en matière de convention d'occupation du domaine public, 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 l'absence de toute faute de son contractant, ce dernier est toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de cette résiliation unilatérale dès lors qu'une stipulation contractuelle n'y fait obstacle »³⁶⁸.

271. Ce dommage peut être causé en raison du retrait anticipé d'un titre domanial (I). Aussi, un tel dommage peut résulter de l'exécution des travaux publics entrepris, par l'autorité domaniale, sur le domaine public déjà occupé (II).

³⁶⁵ Fabrice MELLERAY - « L'exploitation du domaine public » - Revue juridique de l'entreprise publique, n°636, 2006, p.10056.

³⁶⁶ Olivier DIDRICHE - « La délivrance des titres d'occupation du domaine public » - AJCT, 2011, p.555.

³⁶⁷ CE, 23 mai 2011, *EPAD*, n°32825.

³⁶⁸ CE, 31 juillet 2009, *Société Jonathan Loisirs*, n°316534.

I/ L'indemnisation de l'occupant du domaine public du fait du dommage causé par le retrait anticipé du titre domanial

272. Dans la mesure où la décision du maître du domaine public risque d'affecter les intérêts de l'occupant dudit domaine, le législateur n'a pas écarté l'hypothèse de l'indemnisation au profit de l'occupant (A). En revanche, cette indemnisation reste possible seulement si l'occupant du domaine public n'a pas manqué à ses obligations (B).

A/ L'indemnisation en cas de retrait anticipé du titre domanial

273. Le principe de précarité permet à l'autorité domaniale de mettre fin à une autorisation d'occupation du domaine public. Elle dispose de cette liberté justifiée par cette recherche d'une meilleure exploitation du domaine public. En revanche, pour compenser ce retrait anticipé du titre domanial, l'administration doit indemniser l'occupant de son domaine. Il est donc évident qu'avec un tel retrait, celui-ci « affecte les droits que le permissionnaire ou le cocontractant pensait pouvoir tirer de son titre »³⁶⁹. En conséquence, l'indemnisation consisterait à compenser la perte subie par l'occupant du domaine public.

274. Avant le code général de la propriété des personnes publiques de 2006, le législateur avait posé cette règle de l'indemnisation au profit de l'occupant du domaine public en cas de retrait anticipé dès lors que celui-ci ait causé un dommage à l'occupant. C'est notamment le cas du code du domaine de l'État qui, à son article L.34-3, dispose que, « 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 [...] ». Aux termes de cet article, il y a trois critères pour que l'indemnisation soit possible. Autrement dit, le préjudice doit être direct, matériel et certain. À propos de ces trois critères, le professeur JACQUOT a expliqué que le critère matériel est « évaluable en argent. Se trouve donc exclu le préjudice moral ». Pour le critère direct, le professeur ajoute qu'« il trouve directement son origine dans l'expropriation ou l'éviction ». Enfin pour le critère certain, il représente « le préjudice dit actuel parce qu'il est déjà réalisé et est chiffrable »³⁷⁰.

275. Cette règle de l'indemnisation est reprise aussi par le code général de la propriété des personnes publiques. Et plus précisément dans l'alinéa 3 de l'article L.2122-9 selon lequel,

³⁶⁹ Gilles BACHELIER - « Contentieux du domaine public » - Dalloz Professionnels Pratique du contentieux administratif, Dossier 510, 2013.

³⁷⁰ Henri JACQUOT - « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public » - AJDA, 1994, p. 759.

« [...] toutefois, 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 [...] ». Le code reconnaît, ainsi, le droit à une indemnisation au profit de l'occupant du domaine public. L'ouverture à l'indemnisation demeure, ainsi, la conséquence du retrait anticipé du titre domanial.

276. Toutefois, tout retrait anticipé d'un titre domanial n'ouvre pas, nécessairement, droit à une indemnisation. En effet, plusieurs motifs peuvent être pris en compte en vue de retirer un titre domanial avant son terme. Ainsi, l'intérêt du domaine comme l'intérêt général légitime l'action domaniale relative au retrait anticipé d'un titre domanial. Cependant, seul le motif d'intérêt général « [...] est retenu par le juge pour décider si les occupants domaniaux ont droit ou non à une indemnité en cas de retrait anticipé de leur titre d'occupation [...] »³⁷¹. S'agissant du retrait anticipé justifié par l'intérêt du domaine public, il n'y a « aucun droit reconnu à l'occupant »³⁷². Pour le juge administratif, « [...] l'occupant du domaine public ne peut obtenir réparation du dommage subi que lorsque les travaux n'ont pas été conduits dans l'intérêt de la dépendance occupée, qu'ils ont constitué une opération d'aménagement étrangère à la destination de celle-ci ou lorsqu'ils ont été exécutés dans des conditions anormales, alors même qu'ils étaient entrepris dans l'intérêt du domaine ». En l'espèce, dans cette affaire dite, *Société Yacht Club International de Saint-Laurent-du-Var*, le juge a retenu le principe de non-indemnisation. Car, les travaux entrepris, qui ont été « [...] destinés à permettre l'amarrage des bateaux aux travées dans des conditions normale d'utilisations, étaient indispensables à la conservation du domaine public et constituaient une opération d'aménagement conforme à la destination de ce domaine »³⁷³. Il en va autrement lorsque le retrait anticipé est justifié par un motif d'intérêt général, l'occupant du domaine public aura droit à l'indemnisation. C'est ce qui ressort de l'arrêt du Conseil d'État du 31 juillet 2009, aux termes desquels, « 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 dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait

³⁷¹ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p. 403.

³⁷² Robert RÉZENTHEL - « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public » - AJDA, 2001, p.1025.

³⁷³ CE, 31 mars 2014, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n°361079. V- CE, 14 novembre 1957, *Boulay*, AJDA, 1957, p.456. V- CE, 2 mars 1949, *Ministère des Travaux publics c/EDF*, Rec. Lebon, 1949, p. 764.

obstacle »³⁷⁴. En l'espèce, le juge a considéré que l'occupant, lorsque le motif d'intérêt général est établi, aura « droit d'obtenir réparation du préjudice direct et certain résultant de la résiliation de la convention d'occupation domaniale avant son terme, 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 ». Au regard de cette jurisprudence, l'intérêt du domaine public se distingue donc de l'intérêt général, en ce sens que le premier n'ouvre pas droit à l'indemnisation, tandis que le second peut donner lieu à une indemnisation.

277. En outre, pour que l'occupant du domaine public puisse obtenir un droit à l'indemnisation en cas de retrait anticipé du titre domanial, il faudrait qu'il ne soit pas à l'origine d'une faute.

B/ L'absence d'un droit à l'indemnisation en cas de faute commise par l'occupant du domaine public

278. Il faut, également, noter que cette indemnisation n'est possible que si l'occupant n'est pas à l'origine d'une faute provoquant le retrait anticipé. Le code général de la propriété des personnes publiques précise, sur ce point, que le motif du retrait ne doit pas résulter de « [...] l'inexécution de ses clauses et conditions [...] ». Si tel est le cas, l'occupant du domaine public sera privé du droit à l'indemnisation. Autrement dit, le droit domanial conditionne l'indemnisation à l'absence d'une faute de l'occupant domanial. Cela dit, « si la décision est motivée par le manquement de l'occupant à ses obligations [...], celui-ci n'a droit à aucune indemnité »³⁷⁵. C'est le cas notamment lorsque l'occupant du domaine public n'a pas tenu à ses obligations de payer le prix de la redevance fixée par l'autorité domaniale. Sur ce point, le juge administratif, à propos de la résiliation anticipée sans indemnité d'une convention d'occupation du domaine public, a considéré, « qu'il appartient au juge de ce contrat de rechercher si les faits reprochés au concessionnaire ont constitué des manquements suffisamment graves pour justifier la mesure prise et, dans la négative, d'annuler cette décision »³⁷⁶. En l'espèce, était contestée la décision de l'autorité domaniale mettant fin, sans aucune indemnité, à une convention d'occupation du domaine public. L'autorité domaniale s'était fondée, pour justifier une telle mesure, sur le fait que l'occupant a manqué à ses

³⁷⁴ CE, 31 juillet 2009, *Société Jonathan loisirs*, n°316534.

³⁷⁵ Gilles BACHELIER - « Contentieux du domaine public » - Dalloz Professionnels Pratique du contentieux administratif, 2017, p.510.555.

³⁷⁶ CE, 4 mars 1991, *Département de la Haute-Loire*, n°81446.

obligations, notamment à propos « du paiement de la redevance, le respect des obligations fiscales et sociales, la fourniture annuelle d'un bilan d'exploitation ». En revanche, le Conseil d'État, pour rejeter le pourvoi de l'autorité domaniale, a considéré que, « les manquements reprochés au concessionnaire ne présentaient pas un caractère de suffisante gravité qui puisse justifier la résiliation sans indemnité du contrat de concession ».

279. En outre, le retrait anticipé n'est la seule condition pouvant ouvrir droit à une indemnisation au profit de l'occupant du domaine public. Les travaux entrepris par l'autorité domaniale sur le domaine public occupé peuvent, dans certaines hypothèses, ouvrir le droit à une indemnisation.

II/ Le droit à l'indemnisation en raison de l'exécution des travaux publics entrepris par l'autorité domaniale sur le domaine public occupé

280. L'autorité domaniale peut réaliser des travaux publics sur le domaine déjà occupé. Ces travaux peuvent causer des préjudices à l'occupant du domaine public. Des préjudices qui, dans certains cas, peuvent, ouvrir droit à une indemnisation au profit dudit occupant (A). Dans certaines hypothèses, certaines problématiques peuvent se poser lorsque deux intérêts, intérêt du domaine public et un autre intérêt, ont été à l'origine de la réalisation des travaux publics au sein du domaine public occupé (B).

A/ L'ouverture d'un droit à l'indemnisation en cas de préjudice causé par l'exécution des travaux publics sur le domaine public déjà occupé

281. L'autorité domaniale est libre de réaliser des travaux sur le domaine public déjà occupé. Toutefois, l'exécution de tels travaux peut causer des préjudices à l'occupant bénéficiaire du titre domanial. D'où la question de savoir si en cas de dommage causé par l'exécution de travaux, cela peut donner lieu à une indemnisation. Pour le juge administratif, deux hypothèses sont envisageables.

282. D'abord, le droit à l'indemnisation demeure possible lorsque ces travaux n'ont pas été entrepris dans l'intérêt du domaine public³⁷⁷. Dans une telle hypothèse, « les conséquences

³⁷⁷ Et la jurisprudence d'ajouter le critère de la conformité des travaux entrepris à la destination dudit domaine. Dans une décision du 16 juin 2008, la Haute juridiction administrative, pour rejeter la demande d'indemnisation faite par l'occupant du domaine public, a considéré que les travaux entrepris dans le domaine ont « été réalisés dans l'intérêt de la dépendance occupée et ont constitué une opération d'aménagement conforme à sa destination » : v- CE 16 juin 2008, *SARL Le Gourmadin et autre*, n°297476. V- CE 6 février 1981, *Ministère de l'équipement contre Compagnie Française de raffinage*, n°09689 ; dans cet arrêt, le juge a considéré que « le

dommageables de ces travaux doivent rester à la charge de l'administration »³⁷⁸. En d'autres termes, les travaux effectués sur le domaine public occupé ont été réalisés dans un intérêt outre que celui dudit domaine³⁷⁹. C'est le cas lorsque les travaux réalisés ont été entrepris pour un motif d'intérêt général. Dans ce cas, ces travaux peuvent donner lieu à une indemnisation au profit de l'occupant du domaine public.

283. Ensuite, Rappelons qu'au nom de l'intérêt du domaine public, des travaux peuvent être réalisés par le maître du domaine. Et dans ce cas, la réalisation des travaux publics sur le domaine public occupé n'ouvre pas droit à une indemnisation au profit de l'occupant dudit domaine, en ce sens que « l'intérêt propre du domaine peut justifier la non-indemnisation des travaux réalisés par le titulaire d'une autorisation pour améliorer la gestion de celui-ci »³⁸⁰ Sur ce point, la jurisprudence considère que « le bénéficiaire d'une autorisation temporaire du domaine public doit supporter sans indemnité les frais de déplacement ou de modification des installations aménagés en vertu de cette autorisation lorsque ce déplacement est la conséquence de travaux entrepris dans l'intérêt du domaine public occupé »³⁸¹. Cela dit, l'occupant privatif d'occupation du domaine doit supporter les charges dues en raison des travaux réalisés, au sein du domaine public qu'il occupe, au nom de l'intérêt dudit domaine. C'est ce qui ressort, également, de l'arrêt du Conseil d'État en date du 16 juin 2008, aux termes desquels, « considérant qu'en tant que la Sarl Le Gourmandin, la société La Taverne de la Marine et la Sarl La Marine se prévalaient de leur qualité d'occupantes du domaine public, il résulte de l'instruction que les travaux litigieux, qui consistaient à réaménager la place de Bretagne pour faciliter les conditions de circulation et à protéger les riverains contre les crues et inondations par la construction d'ouvrages d'assainissement, et dont il n'est pas soutenu qu'ils n'auraient pas été effectués dans des conditions normales, ont été réalisés dans l'intérêt de la dépendance occupée et ont constitué une opération d'aménagement conforme à

bénéficiaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public doit, quel que soit sa qualité, supporter sans indemnité les frais de déplacement ou de modification [...] lorsque de déplacement est la conséquence de travaux entrepris dans l'intérêt du domaine public occupé et que ces travaux constituent une opération d'aménagement conforme à la destination du domaine ».

³⁷⁸ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.406.

³⁷⁹ La jurisprudence accorde les demandes d'indemnisation lorsque les travaux n'ont pas été entrepris dans l'intérêt du domaine public occupé. En effet, dans une décision du 29 mars 1968, *Ville de Bordeaux*, le Conseil d'Etat a considéré, pour obliger l'administration de réparer les dommages, que « la permission de voirie a été révoquée avant l'expiration du terme qui était expressément prévu. Que les travaux de la construction du pont saint-Jean, qui ont motivé cette révocation, n'étaient exécutés ni dans l'intérêt de la conservation du domaine pluvial relevant du port autonome de Bordeaux, ni dans celui de l'utilisation de ce domaine conformément à sa destination » : v - CE 29 Mars 1968, *Ville de Bordeaux*, n°68946.

³⁸⁰ Thomas PERROUD - « Le gestionnaire du domaine public peut-il fixer le montant de la redevance d'occupation ? » - AJDA, 2012, p.1680.

³⁸¹ CE, 6 déc. 1985, *GDF*, n° 50795 et n°50796.

sa destination. Que dès lors, ils n'ouvraient pas droit à réparation des dommages subis par ces sociétés en cette qualité »³⁸².

B/ Le cas où l'intérêt du domaine public et un autre intérêt sont concurremment à l'origine des travaux réalisés au sein du domaine public occupé

284. Dans certaines hypothèses, la question se pose de savoir si l'occupant privatif du domaine public peut être indemnisé lorsque l'autorité domaniale s'est livrée à des travaux au sein du domaine occupé pour des motifs à la fois liés à l'intérêt du domaine public et à un autre intérêt outre que celui-ci. Rappelons que le juge administratif retient seulement le motif d'intérêt général pour indemniser l'occupant du domaine public ayant subi des préjudices causés par les travaux exécutés par l'autorité domaniale. Ce même occupant sera privé d'indemnité, et de ce fait les dépenses seront à sa charge, si les travaux ont été exécutés en raison d'un motif d'intérêt du domaine public.

285. Toutefois, lorsque ces deux intérêts se croisent, le juge administratif retient uniquement les préjudices résultant des travaux exécutés en raison d'un motif d'un autre intérêt autre que l'intérêt du domaine public. Dans ce cas, l'occupant privatif doit être en mesure de démontrer qu'il a subi des préjudices en raison des travaux exécutés pour un motif autre que le motif d'intérêt du domaine public. Sur ce point, le juge administratif a considéré que, « [...] lorsque les travaux n'ont pas eu pour seul objet l'intérêt de ce domaine et alors même qu'ils représentaient, dans leur ensemble, un caractère d'utilité général, le permissionnaire est fondé à demander le remboursement de ses dépenses à concurrence de la somme correspondant aux travaux exécutés dans un intérêt autre que celui du domaine qu'il occupe »³⁸³.

286. Par ailleurs, et au-delà de la question de l'indemnisation de l'occupant en cas de dommage subi par l'action de l'autorité domaniale, une autre question se pose, celle de la redevance. Cette dernière, prérogative de l'autorité domaniale, est fixée en vue d'assurer une meilleure exploitation du domaine public.

³⁸² CE, 16 juin 2008, *Société Le Gourmandin*, n°297476.

³⁸³ CE, 23 avril 1975, *SNCF*, n°86391.

Paragraphe 2/ La redevance : un principe manifestant la liberté de gestion de l'autorité domaniale

287. En principe, toute occupation privative du domaine public oblige le bénéficiaire de cette occupation de payer une redevance « fixée par le titre d'occupation »³⁸⁴. Le législateur l'a précisé dans le code général des propriétés des personnes publiques en indiquant que « toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 donne lieu au paiement d'une redevance [...]»³⁸⁵. Cet article aborde le principe de non-gratuité des autorisations d'occupation privative du domaine public. Autrement dit, « en codifiant le principe d'une utilisation payante du domaine, le code affirme l'effacement progressif de la gratuité de l'occupation privative du domaine public »³⁸⁶.

288. Cette redevance, source de revenu pour le propriétaire du domaine public, rentre dans ses prérogatives. Elle est fixée de manière libre par le maître du domaine. En accordant cette liberté à l'autorité domaniale, en matière de redevance, c'est aussi une manière de lui permettre d'assurer une meilleure exploitation dudit domaine. Bien que le principe de la redevance reste un principe bien encadré (II), la liberté de fixer le prix de cette redevance manifeste l'existence d'une liberté de gestion du domaine public (I)

I/ La fixation du prix de la redevance pour occupation du domaine public : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public

289. D'abord, il sera montré que cette redevance est instituée en vue de la bonne gestion du domaine public (A). Pour cette raison, le maître du domaine dispose d'une liberté de gestion en matière de fixation du prix de la redevance (B)

A/ Un principe consacré en vue de la bonne gestion du domaine public

290. En principe, toute occupation privative donne lieu au paiement d'une redevance. Un principe consacré par la jurisprudence³⁸⁷ et repris par le code général de la propriété des

³⁸⁴ Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.155.

³⁸⁵ Article L.2125-1 du code général des propriétés des personnes publiques. Ce même article inclut des cas où le titre d'occupation est accordé à titre gratuit. En revanche, dans le cas d'une activité outre que celles prévues au point 1, 2, 3 et 4 du même article, l'occupation privative donne lieu au paiement d'une redevance fixée par le maître du domaine public.

³⁸⁶ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET, Fabrice HOURQUEBIE - *Code général de la propriété des personnes publiques*, Annoté et commenté, Introduction, Dalloz, 7^e édition, 2017, p.365.

³⁸⁷ V- CE, 22 Mars 1929, société de construction.

personnes publiques. En effet, ce principe du paiement de la redevance constitue à la fois « une compensation financière s'inscrivant dans un souci de bonne gestion patrimoniale »³⁸⁸ et « [...] un prix contrepartie d'une mise à disposition et non un loyer »³⁸⁹.

291. La redevance pour occupation du domaine public vise la valorisation du domaine public. Sa consécration sert à la bonne gestion du domaine public, laquelle demeure la conséquence de la recherche d'une meilleure exploitation du domaine public. Le professeur FLEURY explique que, « la redevance d'occupation du domaine public correspond au double impératif d'assurer une meilleure gestion patrimoniale et de compenser en quelque sorte l'atteinte portée au droit d'accès de tous les usagers au domaine par son occupation privative »³⁹⁰. C'est ainsi, que le législateur a posé la non-gratuité de l'occupation privative comme le principe, et la gratuité l'exception. Car, l'alinéa 1er et le deuxième alinéa de l'article L.2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques ont posé des cas où l'occupation privative du domaine public n'est pas soumise au paiement d'une redevance.

292. D'abord, pour l'alinéa 1^{er} de cet article qui est créé par la loi du 24 décembre 2007 n°2007-1822, l'occupation privative est gratuite « lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'Etat des équipements visant à améliorer la sécurité routière » ou, depuis la loi du 29 décembre 2010 n°2010-1658, « nécessaire à la liquidation et au constat des irrégularités de paiement de toute taxe perçue au titre de l'usage du domaine public routier ».

293. Ensuite, l'alinéa 2 dudit article pose quatre points où l'occupation privative ne donne pas lieu au paiement d'une redevance. Le premier point précise que, « 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 ». Le second point concerne le cas où « l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même ». Aux termes de ces deux points, les annotateurs du code ont expliqué que ces deux premiers points « renvoient à des situations dans lesquelles un intérêt public prime sur l'intérêt du propriétaire de la dépendance domaniale qui commanderait le paiement d'une redevance pour occuper et utiliser la dépendance

³⁸⁸ Stéphanie DAMAREY- « Mise à disposition de locaux et de matériels publics » - Juris Corpus Droit des associations et fondations, Œuvre collective sous la direction de Philippe-Henri DUTHEIL, 2016, Etudes 38, n°38.10.

³⁸⁹ Jean-Luc ALBERT - « Les redevances » - Encyclopédie des collectivités territoriales, Chapitre 1, 2003.

³⁹⁰ Benoît FLEURY - « R...Comme redevance d'occupation du domaine public » - Juris association, 2014, n°497, p.54.

domaniale »³⁹¹. Quant au troisième point, créé par la loi du 7 août 2015 n°2015-991, il concerne le cas où « l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer l'exercice des missions de services de l'État chargés de la paix, de la sécurité et de l'ordre public ou du contrôle aux frontières dans les aéroports, des ports et les gares ». Enfin le dernier point concerne d'abord, le cas où « l'occupation ou l'utilisation permet l'exécution de travaux relatif à l'infrastructure de transport public ferroviaire ou guidé ». Et, ensuite, il concerne le cas où, depuis la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, « l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public [est] délivrée à des associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général ». Et enfin le dernier point a été complété par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 et qui concerne le cas où « lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat [...]. Lorsque ce contrat s'exécute au seul profit de la personne publique, l'autorisation peut être délivrée gratuitement ».

294. À la lecture de cet article L. 2125-1, il est constaté que le législateur privilégie la valorisation du domaine public en écartant le principe de la non-gratuité de l'occupation du domaine public. Dans la mesure où l'exception à ce principe de non-gratuité est consacrée lorsqu'il est question de sécurité, du service public, des travaux ou encore de la conservation du domaine public et qui sont des opérations réalisées au profit dudit domaine. Par ailleurs, le paiement d'une redevance pour occupation du domaine public est un moyen valorisant le domaine public. Autrement dit, plus le domaine public est occupé privativement, plus il devient une source de revenus pour l'administration. Mais plus il est occupé, plus il représente une valeur ajoutée pour les occupants.

295. En outre, au-delà de toutes ces exceptions, le principe de la redevance manifeste l'existence d'une liberté de gestion au profit de l'autorité domaniale

B/ Le principe de redevance : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public

296. Le principe de redevance renforce la liberté de gestion du domaine public. Il est admis, en ce qui concerne les modalités de la fixation de la redevance, que celles-ci relèvent de la

³⁹¹ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET - *Code général de la propriété des personnes publiques*, annoté et commenté, Dalloz, 8^e éd., 2018, p.387.

compétence de l'autorité chargée de la gestion du domaine public³⁹² dont elle a la compétence pour fixer le prix de la redevance³⁹³. Ce qui manifeste cette liberté de gestion demeure dans les modalités de fixation du montant de la redevance d'une part et d'autre part, dans la possibilité laissée à l'administration de moduler et de réviser le prix de la redevance. Certainement, cette liberté de gestion est la conséquence du droit de propriété exercée sur le domaine public et comme l'a écrit le professeur FOULQUIER « cette liberté forme le corollaire de son droit de propriété » et de ce fait, « le propriétaire du domaine fixe librement le montant des redevances d'occupation de son bien »³⁹⁴.

297. S'agissant des modalités de fixation du montant de la redevance, l'autorité chargée de la gestion du domaine public (y compris le propriétaire) a deux manières de déterminer le montant. Autrement dit, le maître du domaine détermine un prix invariable en contrepartie de l'occupation du domaine public et un prix variable en fonction des avantages qui pourraient percevoir l'occupant lors de l'utilisation du domaine public. Selon la jurisprudence, sur ce point, « la redevance imposée à un occupant du domaine public doit être calculée en fonction non seulement de la valeur locative d'une propriété privée comparable à la dépendance du domaine public pour laquelle la permission est délivrée, mais aussi de l'avantage spécifique que constitue le fait d'être autorisé à jouir d'une façon privative d'une partie du domaine public »³⁹⁵. À travers cette jurisprudence, deux critères doivent être pris pour la fixation du montant de la redevance, « l'un est fixe et constitue la contrepartie du droit d'occuper le domaine, l'autre est variable et tient compte des profits et avantages résultant de cette occupation »³⁹⁶. Ainsi, la loi et la jurisprudence accordent à l'autorité gestionnaire du domaine occupé la liberté de fixer la redevance selon l'intérêt dudit domaine. On lit dans le code général des propriétés des personnes publiques, à travers l'article L.2125-3, que, « la

³⁹² La Haute juridiction administrative l'a précisé dans son arrêt du 8 février 1996, *Louis/ Préfet de L'Hérault*. Dans cette affaire, il a été admis que l'organe délibérant, en l'occurrence le conseil municipal de la commune d'Agde, a la compétence pour fixer les redevances d'occupation du domaine public fluvial. En l'espèce, le juge a considéré « 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'occupations » : v- CE, 8 février 1996, *Louis*, n°121520.

³⁹³ Le Conseil d'État a considéré « qu'en l'absence d'une disposition contraire, il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public [...] de fixer les conditions auxquelles elle entend subordonner leur délivrance et, à ce titre, de déterminer le tarif des redevances en tenant compte des avantages de toute nature que le permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation du domaine public » : v- CE, 1 février 2012, *Sté RTE EDF Transport*, n°338665.

³⁹⁴ Norbert FOULQUIER - *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2011, p. 299.

³⁹⁵ CE, 10 février 1978, *Ministre de l'économie et des finances*, n°07652.

³⁹⁶ Gilles BACHELIER - « Contentieux du domaine public » - Dalloz Professionnel Pratique du contentieux administratif, Dossier 510, 2013, p. 500.

redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute natures procurés au titulaire de l'autorisation ».

298. Il en va ainsi de même pour la modification et révision de la redevance. En effet, l'administration dispose d'une liberté de moduler ou de réviser le prix de la redevance lorsque cette révision est faite dans l'intérêt du domaine public occupé. Dans l'arrêt cité plus haut de 1996, la Haute juridiction administrative considéra que « la majoration [sur une période de six ans du montant de la redevance] a eu pour effet de porter le taux de la redevance à un montant qui a permis la réalisation de travaux significatifs d'amélioration des berges de l'Hérault par la commune d'Agde »³⁹⁷.

299. Bien que le principe de redevance manifeste la liberté de gestion de l'autorité domaniale, en ce que celle-ci est libre en matière de fixation du prix de redevance, ce principe reste bien un principe encadré.

II/ Le principe de redevance : un principe bien encadré

300. Le principe de redevance, placé au rang législatif (B) est institué en vue de préserver l'intérêt du domaine public (A).

A/ Le principe de la redevance et l'intérêt du domaine public

301. Il est dit plus haut qu'en vue de la bonne gestion du domaine public, il est institué le principe de la redevance. Celle-ci permet, en effet, d'assurer une meilleure exploitation du domaine public. Toutefois, elle doit être fixée pour l'intérêt du domaine public occupé. Le juge administratif a, pour annuler une délibération du conseil municipal instituant une redevance fixée à 1000 euros par boîte à lettre installée sur le domaine public communal, considéré que « ces décisions ont pour but, non l'intérêt du domaine public communal, en vue duquel les pouvoirs ont été conférés à leurs auteurs, mais l'intérêt des usagers du service postal »³⁹⁸. Cette interdiction de fixer une redevance pour un intérêt autre que celui dudit domaine reste une manière d'encadrer ce principe de redevance³⁹⁹.

³⁹⁷ CE, 8 février 1996, n°121520.

³⁹⁸ TA, DIJON, 20 février 2013, *Poste/ Commune de la chapelle Saint-André*, n°1200832. En l'espèce, dans la commune de la chapelle Saint-André, la poste avait estimé plus expédiant d'installer des boîtes à lettre regroupées en batterie où les habitants viendront chercher leur courrier. Parallèlement, la poste envisageait de diminuer les heures d'ouvertures du bureau de poste, pour faire passer de 18 à 12 Hebdomadaires. Après avoir manifesté son opposition, le conseil municipal a décidé, par délibération, d'établir une convention d'occupation du domaine public entre la commune et la poste tout en instituant une redevance fixée à 1000 euros par boîte à

302. C'est ainsi que le montant de la redevance ne doit ni être arbitraire ni être excessif. Il doit être objectif tenant compte de l'intérêt du domaine public. Sur ce point, le juge exerce un contrôle de proportionnalité. Il vérifie effectivement si le montant de la redevance fixé par l'autorité domaniale n'est pas excessif. Il ressort de l'arrêt de la Cour Administrative d'appel que l'occupant du domaine public « [...] n'est pas fondé à soutenir que la somme qui lui a été réclamée aurait un caractère excessif au regard de l'avantage qu'elle retire de l'occupation du domaine public de l'EPAD » car, pour le juge administratif d'appel, ledit occupant « [...] n'a apporté aucun élément de nature à démontrer que le montant de la part fixe et de la part variable servant de base à la fixation de la redevance en cause serait exagéré [...] »⁴⁰⁰.

B/ Un principe de redevance placé au rang législatif

303. Le principe de redevance est un principe à valeur législative. Et par définition, le professeur BRARD avance dans ses termes que « la redevance est le terme le plus souvent utilisé en doctrine pour désigner les droits perçus en contrepartie d'une occupation privative du domaine public »⁴⁰¹. Ce disant, il est à distinguer la redevance pour occupation ou utilisation du domaine public de la redevance pour service rendu. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 29 novembre 2002, avait distingué ces deux redevances. Aux termes de sa décision, « la redevance en cause étant due non pour service rendu, mais pour occupation du domaine public, les requérants ne peuvent utilement soutenir qu'elle ne trouve pas sa contrepartie dans la fourniture de services effectifs autres que celui que leur procure ladite autorisation »⁴⁰². En conséquence, la redevance constitue une source de revenu non fiscale pour l'administration mais simplement une recette pour occupation privative du domaine public.

304. Par ailleurs, le fait que ce principe soit placé au rang législatif, cela suppose donc que toute modification apportée au principe de non-gratuité d'occupation privative du domaine public ne peut se faire que par la voie législative. Il s'agit là d'un encadrement au principe de

lettres. Il a précisé que la commune renoncerait à demander cette redevance si la poste maintenait l'ouverture des guichets à 18 heures hebdomadaires. Ainsi, pour le juge administratif, cette redevance a été fixée pour « inciter la poste à retenir la solution alternative expressément mentionnée dans les décisions attaquées, à savoir le maintien des heures d'ouverture du bureau de poste de la commune à 18 heures Hebdomadaires » et qu'une telle mesure a pour but, « non l'intérêt du domaine public [...], mais l'intérêt des usagers du service postal ».

³⁹⁹ Selon le Professeur FOULQUIER, « L'administration ne peut ni exiger des redevances abusivement hautes ni se contenter de redevance excessivement basses » : v- Norbert FOULQUIER - *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2011, p.300.

⁴⁰⁰ CAA, Versailles, 15 oct. 2009, *EDF*, n°07VE00626.

⁴⁰¹ Yves BRARD - « Redevance pour occupation du domaine public : Certitudes et incertitudes de la jurisprudence » - *Dalloz*, 1999, p.19.

⁴⁰² CE, 29 nov.2002, *Commune du BARCARES*, n°219244.

redevance en vue d'éviter que l'autorité domaniale puisse disposer d'une liberté entière en matière d'occupation privative du domaine public. D'une autre manière, l'autorité domaniale ne peut toucher à ce principe de non-gratuité d'occupation privative du domaine public puisque ledit principe relève de la compétence du législateur.

305. Toutefois, la fixation du montant de la redevance relève de la compétence de l'autorité domaniale chargée de la gestion du domaine public. En effet, pour le domaine public de l'Etat, l'article R.2125-1 précise que « [...] le directeur départemental des finances publiques fixe les conditions financières des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine public de l'Etat, après avis du service gestionnaire du domaine public. ». Pour le domaine public des établissements publics de l'Etat, l'article R.2125-4 précise que « [...] les conditions financières de l'occupation ou de l'utilisation sont fixées et révisées par l'autorité qui y habilitée par le statut de cet établissement et, dans le silence de ce statut, par son organe délibérant ». Pour le domaine public des collectivités territoriales, c'est aux conseils délibérants, municipaux et départementaux, de fixer le montant de la redevance. Toutefois, et de toute manière, c'est à l'autorité domaniale, chargée de la gestion du domaine public, de fixer le montant de redevance. Le Conseil d'État, sur ce point, avait rappelé qu'« il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public, en l'absence de dispositions contraires, de fixer les conditions de délivrance des permissions d'occupation et, à ce titre, de déterminer le tarif des redevances en tenant compte des avantages de toute nature que le permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation du domaine public »⁴⁰³.

⁴⁰³ CE, 10 juin. 2010, *Sté des autoroutes Esterel- Cote d'Azur-Provence-Alpes*, n°305136.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

306. La propriété publique – ensemble des biens du domaine public et du domaine privé de l'administration – demeure le fondement de la liberté de gestion du domaine public. Toutefois, il faut ajouter que la propriété publique dont il s'agit ici est la propriété publique que cette étude a qualifiée de publique, laquelle n'est pas assimilable à celle exercée sur le domaine privé de l'administration.

307. En effet, lorsque l'administration gère son domaine privé, elle se comporte comme un simple particulier, alors que lorsqu'elle gère son domaine public, l'administration est dotée des prérogatives lui plaçant dans un rapport d'inégalité entre elle et les personnes privées. Le professeur SEILLER a souligné que « la situation est profondément différente lorsque la personne publique agit sans mettre en œuvre des pouvoirs qui lui sont conférés pour satisfaire l'intérêt général. Elle se comporte alors comme un simple particulier et ne poursuit que son intérêt personnel. Les actes qu'elle prend en ce cas ne relèvent pas de l'administration au sens matériel. Indifférent à l'aspect organique, le juge les qualifie d'acte de droit privé. La gestion du domaine privé des personnes publiques en fournit une classique illustration »⁴⁰⁴. Pour cette raison, et vu qu'aujourd'hui encore, cette question de propriété publique divise la doctrine et que « le droit positif ne permet pas de trancher le débat relatif à la nature de la propriété des personnes publiques »⁴⁰⁵, il est proposé, dans cette étude, de diviser la propriété publique en deux propriétés : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée.

308. C'est donc cette propriété publique – publique qui est à l'origine de cette liberté de gestion du domaine public. Cette propriété accorde à l'administration des pouvoirs exorbitants du droit commun. Ce qui lui permet d'assurer une meilleure exploitation du domaine public. Et c'est parce qu'elle doit assurer une meilleure exploitation du domaine public que la personne publique propriétaire dispose d'une liberté de gestion. Ainsi, comme le souligne le Conseil d'État, en matière d'occupation privative du domaine public, « la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance

⁴⁰⁴ Bertrand SEILLER - « Acte administratif : identification – notions » - Répertoire du contentieux administratif, 2015, pt.100.

⁴⁰⁵ Fabrice MELLEREY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Rozen NOGUELLOU – *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3^e éd., Coll. Grands arrêts, 2018, p.13.

[...] fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme »⁴⁰⁶.

309. Cela suppose donc qu'en raison de droit de propriété publique, que cette étude qualifie de publique, les rapports entre l'administration et les personnes privées sont des rapports exorbitants du droit commun.

⁴⁰⁶ CE, 23 mai 2011, *EPAD*, n°328525.

TITRE 2/ Le rapport entre l'autorité domaniale et les usagers du domaine public : un rapport exorbitant du droit commun

310. La liberté de gestion du domaine public est analysée, dans cette étude, comme étant le droit pour le maître du domaine de gérer ledit domaine à l'aide de ses prérogatives de puissance publique. Dès lors, elle diffère de la liberté de gestion du domaine privé de l'administration.

311. En effet, le rapport exorbitant qu'existe entre l'autorité domaniale et les usagers du domaine public laisse affirmer l'existence d'une liberté de gestion dudit domaine. À l'origine de ce rapport, on retrouve la propriété publique-publique exercée sur le domaine public, laquelle diffère de celle qui est exercée sur le domaine privé de l'administration. Rappelons que cette propriété publique exercée sur le domaine public doit être pleine et entière⁴⁰⁷, car, « lorsqu'un bien est la copropriété de personnes publiques et de personnes privées, il ne peut pas être considéré comme faisant partie du domaine public »⁴⁰⁸. Cette copropriété priverait les personnes publiques de l'exercice effectif de leur propriété, et donc de leur liberté de gestion du domaine public. Sans doute, l'interdiction de partager la propriété sur le domaine public vise à préserver la liberté de gestion du domaine public.

312. Cela dit, la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale se manifeste en raison de l'existence d'un rapport d'inégalité entre ladite autorité et les personnes privées, en ce sens que ces dernières dépendent toujours de l'autorité propriétaire. Ainsi, il sera question, dans ce titre, d'apporter des analyses démontrant cette exorbitance. Pour y parvenir, une comparaison entre le droit privé des biens et le droit des biens du domaine public est faite en vue de démontrer cette exorbitance.

313. C'est le cas des droits réels accordés au profit des occupants privatifs du domaine public et qui dépendent toujours de l'autorité domaniale (**chapitre 1**). Rappelons que depuis le début du 20^e Siècle, il a été admis que l'occupation privative du domaine public peut être

⁴⁰⁷ Le juge administratif a considéré, à ce propos, que « les règles essentielles du régime de la copropriété telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965, [...] sont incompatibles tant avec le régime de la domanialité publique qu'avec les caractères des ouvrages publics » : v- CE, 11 février 1994, *Cie d'assurances la préservatrice foncière*, n°109564 ; v – CE, 19 mars 1965, *Sté Lyonnaise des Eaux et de l'Eclairage*, où le juge administratif, pour déclarer la compétence de son homologue juge judiciaire, a considéré que « la canalisation n'ayant à aucun moment appartenu, au moins dans sa totalité, soit à l'Etat, soit à une collectivité publique territoriale et ne pouvant, dans ces conditions être regardée comme ayant le caractère d'une dépendance du domaine public ».

⁴⁰⁸ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014 p.75, t.2.

constitutive des droits réels. Sur ce point, il a été admis par le Conseil d'État que « le concessionnaire a sur ces terrains un droit exclusif de jouissance »⁴⁰⁹. Il s'agit là « des droits réels spécialement administratifs, dont on ne saurait dire s'ils sont des démembrements de la propriété [...] qui sont compatibles avec la domanialité publique »⁴¹⁰. Et aujourd'hui, le droit positif reconnaît l'existence d'un droit réel sur le domaine public, un démembrement de la propriété publique mais différent de celui du droit privé. Ceci s'explique par le fait que le droit réel administratif est soumis aux règles de droit public, en particulier aux règles de la domanialité publique. Il s'agit d'« un droit réel spécifique [...] » qui « se distinguerait radicalement du droit civil »⁴¹¹. Certes un droit réel au profit de l'occupant du domaine public mais un droit dépendant de la personne publique, propriétaire dudit domaine.

314. Cette liberté de gestion du domaine public se manifeste également en raison de l'existence d'un rapport d'inégalité entre ledit domaine et son voisinage. Ce rapport est exorbitant du droit commun en raison des prérogatives dont dispose le propriétaire du domaine public et qui s'explique par l'exercice d'un droit de propriété, c'est-à-dire la propriété publique - publique (**chapitre 2**).

⁴⁰⁹ CE, 25 mai 1906, *Ministre du Commerce/ Chemin de Fer D'Orléans*.

⁴¹⁰ Maurice HAURIOU, « La nature du droit appartenant au concessionnaire du domaine public sur sa concession : le droit réel administratif » - note sous Conseil d'Etat, 25 mai 1906, RGD, n° 15749.

⁴¹¹ Hélène PAULIAT, « Droit réel et propriété publique : Une conciliation délicate » - note sous Cons. Const., 21 juillet 1994, déc. n° 94-346 DC, Recueil Dalloz, 1995, p. 93.

CHAPITRE 1/ L'attribution des droits réels au profit de l'occupant privatif du domaine public : des droits réels dépendant de la personne publique propriétaire dudit domaine

315. Cette thèse de droits réels administratifs « que l'on doit principalement à Hauriou »⁴¹² vise à renforcer la liberté de gestion du domaine public. En effet, bien que la constitution des droits réels sur le domaine public vise à la valorisation dudit domaine⁴¹³, elle manifeste aussi la liberté de gestion du domaine public dans la mesure où l'attribution desdits droits dépend de l'autorité domaniale.

316. L'attribution des titres domaniaux constitutifs des droits réels permet la valorisation du domaine public. Selon le professeur GAUDEMET, « la reconnaissance de droits réels, de la nature du droit de propriété, à des occupants domaniaux [...] ne contrarie pas l'affectation, mais au contraire, souvent, la complète et permet la valorisation du domaine [...] »⁴¹⁴. Suivant cette approche, l'octroi des droits réels aux occupants privatifs conduit nécessairement à l'enrichissement du domaine public. Autrement dit, plus les entreprises occupent le domaine public en vue d'exploiter leurs activités économiques, plus cette occupation devient une source de revenus au profit de l'administration propriétaire. Toutefois, l'attribution des droits réels doit être forcément compatible avec l'affectation du domaine public concerné. Ce rapport de compatibilité entre les droits réels et l'affectation du domaine public reste une manière de préserver la liberté de gestion, en ce sens que l'autorité domaniale exercera un contrôle sur lesdits droits. Il est clair qu'un droit réel ne serait attribué s'il avait comme finalité la destruction, la détérioration ou la dévalorisation du domaine public. C'est ainsi que ce droit réel administratif doit rester compatible avec le principe de l'inaliénabilité du domaine public (**section 2**).

317. Par-delà cette compatibilité, le droit réel dont dispose le titulaire d'une autorisation d'occupation est un « droit réel de la nature du droit de propriété et démembré de celui de la

⁴¹² Yves GAUDEMET - *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.301, t. 2.

⁴¹³ Pour le professeur LAVIALLE, « le domaine public est un lieu privilégié pour installer des grandes infrastructures publiques : équipements portuaires, aéroportuaires, ferroviaires. Or, l'État et ses établissements publics, tels que la société nationale des chemins de fer, aéroport de Paris ou les ports autonomes, ne peuvent seuls assurer le financement d'investissements aussi importants que, par exemple, la construction des lignes des trains à grande vitesse. Pour surmonter ces difficultés, le recours à la loi a été considéré comme le moyen de déroger à la jurisprudence domaniale et de conférer aux occupants des droits réels, des garanties de sécurité juridique » ; v- Christian LAVIALLE – « La constitution des droits réels sur le domaine public de l'État » - RFDA, 1994, p.1106.

⁴¹⁴ Yves GAUDEMET - « Les droits réels sur le domaine public » - AJDA, 2006, p.1094.

collectivité publique »⁴¹⁵ mais en raison des caractères précaire et révocable du titre domanial, ce droit réel n'écarte pas la liberté de gestion du domaine public (**Section 1**).

Section 1/ L'attribution des droits réels et la liberté de gestion du domaine public

318. Le code général de la propriété des personnes publiques énumère plusieurs dispositions consacrées aux droits réels attribués à l'occupant privatif du domaine public. Il s'agit de l'occupation du domaine public de l'État et de ses établissements publics, mais également, du domaine public des collectivités territoriales. Il est question, ici, de se demander si avec la présence de tels droits, le propriétaire du domaine public perd ses prérogatives ? Une telle attribution ne serait-elle pas un démembrement du droit de propriété⁴¹⁶ qui priverait le propriétaire de sa liberté de gestion ?

319. À ces questions, il convient de démontrer, prime d'abord, que l'attribution des droits réels est effectuée en vertu des prérogatives dont dispose la personne publique (Paragraphe 1) et ensuite d'expliquer l'intérêt de constituer des droits réels sur le domaine public (Paragraphe 2).

Paragraphe 1/ L'attribution des droits réels et prérogatives de la personne publique propriétaire

320. En effet, la question mérite d'être posée, celle de l'impact de l'attribution des droits réels sur les prérogatives de la personne publique, propriétaire du domaine public. Car rappelons-le que les droits réels dont il s'agit sont des droits exclusifs de jouissance. Ce sont des droits qui permettent au bénéficiaire d'une autorisation d'occupation du domaine public de disposer des prérogatives, de la jouissance des équipements et installations, mais sans pour autant être le propriétaire du bien du domaine public.

321. Dès lors, la personne publique ne perd pas ses prérogatives dont elle dispose dans la gestion du domaine public. Ceci s'explique par le fait que ces droits s'exercent uniquement sur « les ouvrages, constructions, et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour

⁴¹⁵ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd, 2014, p.299, t. 2.

⁴¹⁶ Comme l'a écrit le professeur CHAPUS, « permettre que le domaine public puisse être grevé, au profit de tiers, de droits réels, tels que les droits d'usufruit, d'emphytéose, ou les servitudes, serait de permettre un démembrement du droit de propriété dont il fait l'objet, et par suite une aliénabilité partielle du domaine public » : v- René CHAPUS - *Droit administratif général*, Montchrestien, 3^e éd., 1988, p.303, t. 2.

l'exercice d'une activité autorisée par ce titre » comme le précise le code général de la propriété des personnes publiques. L'occupant est donc propriétaire⁴¹⁷, non pas du domaine public, mais des ouvrages et installations qu'il réalise au sein dudit domaine.

322. Ainsi, ces droits réels ne font pas disparaître les prérogatives de la personne publique sur son domaine. D'abord, parce qu'ils sont avant tout attribués par la personne publique propriétaire. Autrement dit, le propriétaire public demeure libre d'octroyer ou non une telle attribution pour le besoin du bien du domaine public. Il est donc clair que ce droit réel attribué à l'occupant reste tributaire de la personne publique, maîtresse du domaine public (II).

323. Au-delà de cela, « depuis l'entrée en vigueur du CGPPP, la vieille idée selon laquelle la constitution de droits réels est interdite sur le domaine public, faute de loi contraire, n'a jamais été remise en cause »⁴¹⁸, aujourd'hui, il existe bien un droit réel sur le domaine public (I). Toutefois, cette reconnaissance demeure l'exception au principe de l'inaliénabilité⁴¹⁹.

I/ La reconnaissance des droits réels sur le domaine public

324. Le droit réel, est « selon la théorie classique, un droit qui porte directement sur une chose »⁴²⁰. Il comprend la nue-propriété et l'usufruit. À ce titre, la pleine propriété inclut ces derniers. S'agissant du domaine public, la personne publique exerce une pleine propriété sur les biens dudit domaine. Mais il est question de savoir si l'attribution d'un droit réel à l'occupant du domaine public porte atteinte à cette pleine propriété qu'exerce le maître dudit domaine.

325. La réponse demeure négative, car comme il a été expliqué plus haut, le domaine public ne peut faire l'objet d'une copropriété. Dès lors, cette attribution ne peut porter atteinte au droit de propriété qu'exerce la personne publique sur son domaine public. Cette question de droit réel avait fait l'objet d'un débat doctrinal controversé (A) avant d'être consacrée par le droit positif (B).

⁴¹⁷ Dans la mesure où la propriété est définie comme un droit réel, celui qui exerce ce droit réel exerce aussi un droit de propriété.

⁴¹⁸ Philippe YOLKA - « Les droits réels sur le domaine public » - AJDA, 2016, p.1798.

⁴¹⁹ Pour le professeur GAUDEMET, la loi de 5 janvier 1988 a « apporté une exception » « à la conviction d'un principe de prohibition des droits réels sur le domaine public » : v- Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.306, t. 2.

⁴²⁰ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 21^e éd., 2014, p.363. Dans le dictionnaire de Gérard CORNU, le droit réel est défini comme un « droit qui porte directement sur une chose et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose » : v- Gérard CORNU - *Vocabulaire juridique*, PUF, 3^e éd., 1992, p.687.

A/ Le droit réel sur le domaine public : une notion ayant fait l'objet d'une controverse doctrinale

326. Rappelons que le domaine public est objet de propriété administrative. Cette thèse, défendue par le doyen HAURIOU, a été critiquée par une partie de la doctrine qui s'opposait également à l'idée d'attribuer un droit réel à l'occupant du dudit domaine. Cette antithèse a été défendue par le professeur BERTHÉLEMY qui voyait dans le domaine public un domaine insusceptible de propriété. Selon lui, « le domaine public ne peut pas être grevé de droits réels [...] »⁴²¹. Ainsi, dans la mesure où la personne publique ne peut exercer un droit de propriété sur le domaine public, elle ne peut suivant la même logique être en mesure de conférer un droit réel aux usagers du domaine public. Ces derniers ne peuvent ni disposer de la jouissance du bien dudit domaine, ni devenir des usufruitiers et donc ne peuvent pas exercer un droit réel sur le domaine public. Cette approche est la même que celle soutenue par le professeur PROUDHON⁴²² qui avait aussi réfuté la thèse de la propriété administrative sur le domaine public. Idem pour l'école DUGUIT-JÈSE qui rejetait l'idée de propriété administrative, et donc l'impossible recours aux droits réels.

327. Toutefois, la thèse de la propriété administrative, défendue par le doyen HAURIOU, a donné naissance, également, à la théorie du droit réel administratif, laquelle, nécessairement, « se distingue essentiellement du droit réel civil [...] »⁴²³. Le doyen RIGAUD a aussi rappelé que, « la thèse du droit réel a été d'abord lancée en droit administratif par M. HAURIOU pour expliquer la situation de l'administration vis-à-vis du domaine public »⁴²⁴. En effet, la reconnaissance d'un droit de propriété publique sur le domaine public suppose donc, comme l'explique le professeur GAUDEMET, « [...] la faculté de consentir des droits réels, y compris sur les dépendances du domaine public »⁴²⁵. Il s'agit, ici, de reconnaître au bénéficiaire d'une autorisation d'occupation du domaine public un droit réel semblable au droit de propriété sur le domaine public. Mais à la différence de ce droit de propriété, ce droit

⁴²¹ Henry BERTHÉLEMY - *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 2^e éd., 1902, p.399.

⁴²² Le professeur PROUDHON, en faisant la distinction entre domaine communal qui « est un vrai domaine de propriété » et le domaine public communal, a écarté dans ce dernier l'idée de propriété administrative. Selon lui « la propriété est, dans les mains de son maître, exclusive de tous droits identiques à exercer de la part des autres. Elle comporte essentiellement l'idée de privation à l'égard de ceux qui ne sont pas propriétaires. Or il n'y a rien de semblable en ce qui touche aux rues et places publiques des villes, puisque les étrangers qui y arrivent en jouissent comme les habitants du lieu. Donc elles sont plus de propriétés communales » : v- Jean-Baptiste-Victor PROUDHON - *Traité du domaine public*, Victor Lagier, Dijon, 1833, p.36, t. 2.

⁴²³ Yves GAUDEMET - *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.300, t. 2.

⁴²⁴ Louis RIGAUD - *Le droit réel : Histoire et théories, son origine institutionnelle*, Thèse, NAUZE, 1912, p.415.

⁴²⁵ Yves GAUDEMET - « Actualité sur la dissociation des droits sur le sol en droit public » - RDI, 2009, p.8.

réel est seulement exclusif de jouissance. Autrement dit, l'occupant ne dispose pas du bien, il n'est pas, non plus, propriétaire dudit bien, car une hypothèse pareille entraînerait un partage de propriété, alors que la copropriété est inenvisageable dans le domaine public. L'occupant du domaine public est simplement, comme l'a rappelé la professeure ROUAULT « propriétaire des immeubles qu'il y édifie »⁴²⁶.

328. La constitution de droits réels sur le domaine public permet à l'administration propriétaire d'apporter des garanties aux opérateurs qui occupent le domaine public. Car, en raison de la précarité des titres domaniaux, l'attribution des droits réels constituerait une source de revenue. Le professeur GAUDEMET, pour défendre cette approche de droit réel administratif, écrit que « la reconnaissance à l'occupant domanial des attributs du propriétaire est source pour lui de valeur, de richesse »⁴²⁷.

329. Par ailleurs, Au-delà de la doctrine favorable à la thèse de la théorie de droits réels administratifs, le droit positif a consacré cette règle, c'est-à-dire, l'attribution d'un droit réel à l'occupant du domaine public. La jurisprudence fut, à l'origine, la première à avoir consacré cette théorie. Le législateur, lui aussi, a fini par s'allier et a reconnu l'idée de reconnaître un droit réel sur le domaine public au profit de l'occupant dudit domaine. Cette reconnaissance demeure donc l'exception au principe de l'inaliénabilité du domaine public.

B/ La consécration des droits réels administratifs par le droit positif

330. À l'issue de cette thèse doctrinale relative au droit réel administratif, le droit a fini par la consacrer. D'abord, la jurisprudence⁴²⁸ qui n'a cessé d'ailleurs de redéfinir avec précision la notion des droits réels administratifs. Récemment, le juge administratif a considéré que les droits réels attribués à l'occupant du domaine public « concernent désormais à la fois le domaine public et l'installation que l'occupant y érige »⁴²⁹. Le juge a, en effet, fait une lecture large de l'article L.2122-6 du CGPPP. Pour lui, « [...], le droit réel dont bénéficie, en vertu de l'article 34-1 du code du domaine de l'État, repris à l'article L.2122-6 du code

⁴²⁶ Marie-Christine ROUAULT - « La constitution de droits réels sur le domaine public » - RDI, 1995, p.27.

⁴²⁷ Yves GAUDEMET - « Les droits réels sur le domaine public » - AJDA, 2006, p.1094.

⁴²⁸ Selon le professeur GAUDEMET, « la jurisprudence a reconnu que l'occupant autorisé, quel que soit son titre, peut avoir, sur les installations qu'il réalise dans son intérêt propre et pour les besoins de son exploitation privée, un droit réel, une quasi-propiété qui doit simplement composer avec la propriété conservée du domaine public lui-même » : v- Yves-GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.301, t. 2.

⁴²⁹ Jean-François GIACUZZO, « Les droits réels consentis sur le domaine public : Des nouvelles précisions » - notes sous CE, 11 mai 2016, *Association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer*, n° 390118, Dalloz, 2016.

général de la propriété des personnes publiques, le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine de l'État, ne porte pas uniquement sur les ouvrages, constructions et installations que réalise le preneur mais inclut le terrain d'assiette de ces constructions [...] »⁴³⁰. Et pourtant, rien n'est indiqué dans l'article L.2122-6 du CGPPP que ces droits réels portent aussi sur le terrain d'assiette comme l'a indiqué le juge. Mais en analysant cet arrêt, la doctrine a expliqué que « dire que le droit réel prévu par les articles précités inclut le terrain d'assiette des ouvrages, construction et installation de caractère immobilière que le titulaire de ce droit réalise sur ce terrain, doit être compris en réalité comme signifiant que le droit d'occupation d'un terrain qui appartient au domaine public qui est conféré par une AOT dite constitutive de droit réel est, à l'instar de celui qui est conféré par un BEA, plus étendu, donne plus de garanties à son titulaire que celui qui est conféré par une autorisation d'occupation du domaine public ordinaire »⁴³¹. Par voie de conséquence, ce droit réel n'est qu'un droit de jouissance et non un droit de propriété sur le bien occupé. Il s'agit d'un droit d'utiliser le bien du domaine public tout en percevant des avantages. Sur ce point, la Haute juridiction administrative avait considéré, sur ce point, que « le concessionnaire sur ces terrains a un droit exclusif de jouissance lui permettant notamment d'y planter des arbres ou d'y laisser pousser les végétations spontanées »⁴³². Cela suppose donc que le bénéficiaire des droits réels n'est propriétaire du domaine public, en ce sens qu'il « n'a aucun droit sur le fond lui-même, il n'a qu'un droit superficiel et c'est ce droit conféré par le titre qui a une valeur économique pendant la durée du titre et qui constitue une garantie à offrir »⁴³³. En conséquence, l'occupant est doté seulement d'un droit réel sur le domaine public occupé, plus précisément sur les équipements installés et installations réalisées par lui durant l'occupation. Il s'agit là, comme l'a écrit le professeur GAUDEMET, « une quasi-propriété qui doit simplement composer avec la propriété conservée du domaine public lui-même »⁴³⁴. C'est ainsi que plusieurs jurisprudences considèrent que l'occupant du domaine

⁴³⁰ CE, 11 mai 2016, *Association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer* et a, n°390118.

⁴³¹ Étienne FATÔME, Jean-François LAFAIX – « Attribution et consolidation des titres d'occupation du domaine public » - AJDA, 2017, p.611.

⁴³² CE, 25 mai 1906, *Ministre du commerce/ Chemin de fer d'Orléans*. En l'espèce, pour rejeter le recours du ministre, le Conseil d'Etat a considéré que le domaine public, sur lequel les travaux ont été effectués en vue de l'établissement de ligne télégraphique, a été concédé à la compagnie de chemin de fer d'Orléans. Qu'en raison du droit de jouissance dont dispose le concessionnaire sur le domaine public concédé, il a le droit au remboursement « des dépenses causées par les travaux dont s'agit, effectuées par elle pour le compte de l'Etat ».

⁴³³ Christine MAUGÛË, Gilles BACHELIER - « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publique » - AJDA, 2006, p.1073.

⁴³⁴ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., p.301, t. 2.

public demeure propriétaire sur les installations et constructions réalisées par lui pendant l'occupation⁴³⁵.

331. Au-delà de la consécration jurisprudentielle de droits réels, le législateur a fini par reconnaître ces droits réels aux occupants du domaine public. C'est une sorte d'adaptation à l'évolution de la société. En effet, le domaine public demeure le lieu où s'exercent plusieurs activités. Ainsi, pour des raisons de valorisation dudit domaine, « le droit de la propriété publique a ainsi dû s'adapter à un certain nombre de contraintes économiques, stratégiques et politiques »⁴³⁶. Sachant, également, que le domaine public est source de richesse, il fallait adapter ce domaine aux besoins économiques. Il est lui-même une richesse qu'il faudrait exploiter et surtout valoriser⁴³⁷ et dans ce cas, le maître dudit domaine doit inciter les opérateurs privés⁴³⁸ à utiliser ce bien à des fins commerciales. Car, ces opérateurs sont ceux qui apportent cette source financière au profit de la valorisation du domaine public.

332. Or, l'arrivée des investisseurs sur le domaine public reste possible une fois qu'ils seront rassurés par des garanties qui compenseront les caractères précaire et révocable du titre domanial. C'est ainsi que l'attribution des droits réels reste un moyen efficace à la fois pour l'occupant bénéficiaire desdits droits mais, aussi, pour la personne publique propriétaire (censée valoriser son domaine) dudit domaine. D'ailleurs, l'idée consiste à « permettre sans équivoque à l'occupant de la dépendance domaniale de bénéficier d'un droit réel mobilisable auprès de ses créanciers sur les ouvrages construits »⁴³⁹ et à permettre à l'administration propriétaire de valoriser son domaine public. Il est à rappeler, par ailleurs, que tout droit réel incompatible avec l'affectation du bien du domaine public⁴⁴⁰ reste interdit.

⁴³⁵ CE, 8 janv. 1930, *Compagnie générale des Eaux*, Rec.1930, p.16. V- CE, 1 juillet 1960, *ETS Soulat* ; dans cette affaire, le Conseil d'État a reconnu « l'appropriation privative des installations superficielles d'un embranchement particulier ».

⁴³⁶ Stéphane BRACONNIER - *Droit public de l'économie*, PUF, 1^e éd., 2015, p.231.

⁴³⁷ En revanche, comme l'a évoqué Jean-Marc SAUVE, « valoriser économiquement les biens publics ne doit pas conduire à sacrifier d'autres exigences d'intérêt général, telles que la préservation de leur intégrité ou de leur valeur patrimoniale ou encore leur affectation à un service public » : v- Jean-Marc SAUVE - *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, Actes du colloque, organisé le 6 juillet 2011 dans le cadre des entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique, 2011, p.2, Site du Conseil d'Etat.fr.

⁴³⁸ Ces opérateurs doivent se sentir en sécurité car comme l'a écrit le professeur DUFAU, « l'impossibilité de constituer des droits réels sur le domaine présente de graves inconvénients à la fois pour les titulaires d'autorisations qui sont privés de certaines facilités de financement et courent le risque, en cas de retrait anticipé de leur titre, de ne pas pouvoir amortir leurs investissements » : v- Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.501.

⁴³⁹ Alain FOUNIER, Henri JACQUOT - « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public » - *AJDA*, 1994, p.759.

⁴⁴⁰ Le professeur GAUDEMET a écrit, sur ce point, que « doivent être interdits, au nom du principe d'inaliénabilité, non pas toute espèce de droits réels sur le domaine, mais uniquement ceux qui, contraient

333. C'est donc au lendemain de l'arrêt « *Association Eurolat* »⁴⁴¹ que le législateur est venu intervenir afin d'écarter cette jurisprudence. Le but du législateur était « de limiter la portée de l'arrêt de Conseil d'Etat du 6 mai 1985 »⁴⁴². C'était à travers la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation que les collectivités territoriales et ses établissements ont acquis le pouvoir de « consentir désormais sur leur domaine public des baux emphytéotiques »⁴⁴³. Ces derniers⁴⁴⁴ sont destinés au profit des occupants du domaine public, et donc « de permettre aux occupants du domaine public des collectivités territoriales de recourir au crédit-bail et à l'hypothèque, afin de financer leurs ouvrages »⁴⁴⁵. La loi de 1988⁴⁴⁶ autorisait seulement les collectivités territoriales et leurs établissements à recourir aux baux emphytéotiques⁴⁴⁷. Ce bail visait deux intérêts, un intérêt public local et un intérêt privé de l'occupant du domaine public local. Ce disant, ce bail, prévu aux articles L.1311-2 du code général des collectivités territoriales et à l'article L.2122-20 du code général de la propriété des personnes publiques, permet à la fois aux emphytéotes d'investir sur le domaine public et

l'affectation, seraient réputés incompatibles avec celle-ci » : v- Yves GAUDEMET - « Les droits réels sur le domaine public » - AJDA, 2006, p. 1094.

⁴⁴¹ Dans cette affaire, le Conseil d'État avait considéré que « les clauses de la convention étaient incompatibles avec les principes de la domanialité publique ». Il s'agissait des clauses relatives à une convention conférant à l'association Eurolat un droit réel sur un bien appartenant à une personne publique.

⁴⁴² Jean DUFAU - *Domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.501.

⁴⁴³ Martine LOMBARD - « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques » - Recueil Dalloz, 1994, p.183.

⁴⁴⁴ Un bail emphytéotique est un bail conclu entre un propriétaire et un locataire portant sur un bien immobilier. Le locataire, appelé emphytéote, est doté d'un droit réel sur le bien conclu et exerçant sur celui-ci un droit de jouissance.

⁴⁴⁵ Norbert FOULQUIER - *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2011, p.339.

⁴⁴⁶ La loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation réservait seulement aux collectivités et établissements le droit de conclure des baux emphytéotiques sur leurs domaines publics. L'article 13 de ladite loi, après avoir posé le principe de l'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public, a posé également l'exception à ce principe. Selon cet article « les biens du domaine public des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et leurs groupements sont inaliénables et imprescriptibles. [...] Un bien appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, en faveur d'une personne privée, d'un bail emphytéotique prévu à l'article L.451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ». Et donc un principe et une exception à celui-ci. Toutefois, cette exception est elle-même limitée, comme l'a écrit la professeure LOMBARD, « cette dérogation restait d'ampleur limitée, puisqu'en était exclu l'ensemble des dépendances du domaine public soumises au régime de la contravention de voirie, c'est-à-dire le domaine public routier mais aussi portuaire, aéroportuaire, fluvial. En outre, ce droit réel ne pouvait ni être cédé, ni susceptible d'hypothèque sans l'agrément de la personne publique ».

⁴⁴⁷ Aujourd'hui, L'État peut aussi recourir à ce type de contrat, qu'est le bail emphytéotique administratif. Par exemple En 2009, L'Etat « s'est habilité, ainsi que ses établissements publics, à consentir sur son domaine des BEA pour la réalisation de logements sociaux » comme l'a écrit le professeur FOULQUIER. Il s'agit de la loi du 17 février 2009, numéro 2009-179 pour l'accélération des programmes de constructions et d'investissements publics et privés. En 2010, aussi, la loi a créé un nouveau BEA. Il s'agit de la loi du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services. Cette loi consacre donc un quatrième bail emphytéotique administratif, un bail valorisation qui consiste à « réaliser ou à faire réaliser des travaux de nature à accroître la valeur du bien » : v- Etienne FATÔME, Michèle RAUNET - « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : Le BEA de valorisation » - AJDA, 2010, p.2475.

tirer profit de ce domaine, mais aussi à la fois d'assurer une mission d'intérêt général, voire de service public.

334. Mais très vite, il a été constaté qu'un besoin de valorisation du domaine public de l'État demeure aussi indispensable. Dès lors, le législateur posa comme principe : la constitution de droits réels au profit des occupants du domaine public de l'État et de ses établissements publics. Il s'agit de la loi du 25 juillet 1994⁴⁴⁸ complétant le code du domaine public de l'État relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. À son article 1^{er}, il est créé une section 3 relative à « l'occupation constitutive de droits réels ». En effet, parce qu'il est « nécessaire pour faciliter le financement des investissements sur le domaine public »⁴⁴⁹, les occupants du domaine public de l'Etat peuvent bénéficier des droits réels sur « les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre » selon l'article L.34.1 du code du domaine de l'État. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, saisi par des parlementaires de la conformité de ladite loi à la constitution notamment le principe à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public ainsi qu'à l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 et à l'article 34 de la constitution, a considéré « qu'il ressort des dispositions de cet article [article 1^{er} de la loi de 1994] qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public »⁴⁵⁰. Au vu de cette décision, « la loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public ne méconnaît donc pas le principe d'inaliénabilité »⁴⁵¹.

335. Enfin, aujourd'hui, le code général de la propriété des personnes publiques accorde à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales la compétence d'attribuer aux occupants de leurs domaines publics des droits réels. En revanche, s'agissant des collectivités locales, « le législateur ne leur a pas accordé la même liberté qu'à l'Etat »⁴⁵². C'est donc l'article L.2122-6 du nouveau code qui pose le principe de la constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat et l'article L.2122-20 du même code concernant les

⁴⁴⁸ Cette loi a été suivie par deux décrets, celui du 6 mai 1995, numéro 95-595 et le décret numéro 96-1058 du 2 décembre 1996.

⁴⁴⁹ Martine LOMBARD - « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques » - Dalloz, 1994, p.183.

⁴⁵⁰ CC, Décision n°94-346 DC du 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, Considérant 14.

⁴⁵¹ Geneviève GONDOUIN, « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public » - note sous Cons. Const., 21 juillet 1994, déc. n° 94-346 DC, AJDA, 1994, p.786.

⁴⁵² Norbert FOULQUIER - *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2011, p.328.

collectivités territoriales. Malgré cette constitution de droits réels sur ces domaines publics, le législateur n'a pas écarté la liberté de gestion des maîtres de ces domaines.

II/ La constitution des droits réels sur le domaine public : un principe tributaire de la personne publique propriétaire dudit domaine

336. L'attribution des droits réels ne fait pas disparaître la liberté de gestion du domaine public. La constitution de droits réels sur le domaine public devient un principe dépendant de la personne publique propriétaire. Certes, l'occupant du domaine public peut bénéficier d'un droit réel de jouissance sur le domaine public occupé néanmoins, il ne dispose pas du bien de dépendance du domaine public, il n'est que l'usufruitier du domaine public occupé, car la propriété de ce bien appartient pleinement à la personne publique.

337. L'idée de cette attribution vise à la valorisation du domaine public. Celui-ci, siège des activités de nature économique, reste une richesse non négligeable. L'administration doit donc le valoriser. Dès lors, la reconnaissance des droits réels au profit de l'occupant du domaine public « permet la valorisation du bien par la disposition d'outils juridiques découlant de la propriété : la possibilité de développer une gestion patrimoniale active ; la faculté de consentir des sûretés réelles, comme support de financement ou pour valoriser les utilisations de la propriété publiques »⁴⁵³. De ce fait, faire appel à des investisseurs reste aussi l'une des voies naturelles en vue de la valorisation du bien du domaine public.

338. Toutefois, il est utile de rappeler que la personne publique est maîtresse de son domaine public en raison de son statut de propriétaire. Le législateur a su concilier la propriété administrative et l'attribution du droit réel sur le domaine public, sans pour autant réduire la liberté de gestion du propriétaire du domaine public(A). Aussi, cette conciliation s'explique par le fait que, quand bien même il y a un renforcement de la liberté de gestion du domaine public, l'occupant bénéficiaire de droit réel dispose aussi des prérogatives, et comme le précise le CGPP, des « [...] prérogatives et les obligations du propriétaire »⁴⁵⁴. Il s'agit donc d'« un droit réel, droit sur une chose de la nature du droit de propriété »⁴⁵⁵. Ce droit réel reste un démembrement de la propriété (B).

⁴⁵³ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.304, t. 2.

⁴⁵⁴ Article L.2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁵⁵ Yves GAUDEMET, *op.cit.*, p.305.

A/ La constitution des droits réels sur le domaine public et la liberté de gestion du dudit domaine

339. L'attribution des droits réels aux occupants du domaine public ne fait pas obstacle à l'exercice de la liberté de gestion du domaine public. En effet, le législateur a fait de cette attribution des droits réels sur le domaine public un principe⁴⁵⁶ mais, en même temps, posa les limites à ce principe. C'est donc dans ses limites qu'on retrouve les arguments manifestant la liberté de gestion dont dispose le maître du domaine public.

340. En effet, le principe est celui de la constitution des droits réels sur le domaine public occupé⁴⁵⁷. Autrement dit, l'on assiste à une « automaticité du droit réel »⁴⁵⁸ en ce qui concerne le domaine public de l'Etat, contrairement au domaine public des collectivités locales⁴⁵⁹ où l'attribution reste subordonnée à une mission d'intérêt général ou de service public. Néanmoins, « la collectivité territoriale dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'accorder ou de refuser d'attribuer des droits réels »⁴⁶⁰. L'on assiste donc à une sorte de liberté de gestion du domaine public en raison de la faculté laissée au propriétaire d'accorder ou non des droits réels à l'occupant dudit domaine.

341. Car, s'agissant de la constitution des droits réels sur le domaine public de l'Etat, l'automaticité ne fait pas disparaître la liberté de l'administration propriétaire. En effet, le législateur accorde au maître du domaine de l'Etat, par exemple, la liberté de refuser

⁴⁵⁶ À titre de rappel, ce principe complète le régime traditionnel des autorisations d'occupation du domaine public. En effet, la constitution des droits réels n'est pas le seul régime d'occupation du domaine public car certaines occupations ne sont pas constitutives de droits réels. Selon le professeur DUFAU, « si le particulier ne souhaite pas réaliser des ouvrages ou s'il veut aménager des ouvrages sans bénéficier des droits réels de la loi de 1994, il lui suffit semble-t-il de présenter sa demande suivant les formalités prévues pour la délivrance des autorisations d'occupation de type traditionnel » : v- Jean DUFAU - *Domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.502.

⁴⁵⁷ Par exemple, en ce qui concerne le domaine public de l'Etat, l'article L.2122-6 dispose que « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public 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 à ce titre ».

⁴⁵⁸ Norbert FOULQUIER - *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2011, p.331.

⁴⁵⁹ En ce qui concerne le domaine public des collectivités locales, la constitution du droit réel est subordonnée à la réalisation d'une mission d'intérêt général ou de service public local. Il est à noter que l'attribution de droit réel sur le domaine public local n'est pas automatique car cette attribution dépend de la volonté du maître du domaine d'en accorder. Autrement dit, si la collectivité territoriale décide de ne pas accorder, l'autorisation d'occupation du domaine public n'est constitutive de droit réel. L'article L.2122-20.2 du nouveau code dispose que « les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent [...] délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel dans les conditions déterminées par les articles L.1311-5 à L.1311-8 du code général des collectivités territoriales ».

⁴⁶⁰ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte, LESERGENT, François BRENET - *Code général de la propriété des personnes publiques*, annoté et commenté, Dalloz, 8^e éd., 2018, p.301.

l'attribution des droits réels s'il le souhaite et sans même qu'il soit dans l'obligation de motiver ses décisions de refus. Les annotateurs du code général de la propriété des personnes publiques expliquent que, s'agissant du domaine public de l'État, « la première [limite à ce principe] tient à la volonté de l'État qui peut [...] faire obstacle à l'attribution d'un tel droit en incluant une prescription contraire dans le titre d'occupation »⁴⁶¹. La liberté de gestion du domaine public n'est pas écartée et au vu de cette explication, l'on peut dire que le maître du domaine dispose, ainsi, d'une marge de manœuvre dans l'attribution des droits réels à ses occupants privatifs dudit domaine. Autrement dit, la décision expresse contraire à l'attribution d'un droit réel au profit de l'occupant écarte ce caractère automatique de la constitution de droits réels sur le domaine public de l'État. De ce fait, la liberté de gestion du domaine public est préservée. D'autant plus que, comme l'a souligné le professeur FOULQUIER, « si le législateur considérait que [...] l'occupant pouvait se voir reconnaître des droits réels par le gestionnaire du domaine, c'est qu'il n'en était pas propriétaire : on n'a pas de droits réels sur ses propres biens. [...] Il faut considérer que lorsque l'occupant se place sous l'empire du régime de l'article L.2122-6, il renonce à la propriété des ouvrages qu'il construira sur le domaine public pour se contenter de droits réels que le gestionnaire accepte de lui accorder »⁴⁶². C'est cette dépendance de l'occupant à l'égard de l'autorité domaniale qui explique cette liberté de gestion du domaine public.

342. Également, les caractères révocable et précaire des occupations du domaine public renforcent la liberté de gestion du maître domaniale dans la mesure où l'occupation même constitutive de droits réels peut être retirée. Sur ce point, la jurisprudence administrative⁴⁶³ a considéré que le caractère précaire et révocable concerne l'ensemble des occupations privatives du domaine public. Dans cette hypothèse, il est possible pour le maître du domaine de mettre fin avant son terme une autorisation d'occupation du domaine public constitutive de

⁴⁶¹ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET, Fabrice HOURQUEBIE - *Code général de la propriété des personnes publiques*, annoté et commenté, Dalloz, 2017, p.255.

⁴⁶² Norbert FOULQUIER – *La consistance des droits des occupants du domaine public*, colloque du 10 janvier 2020, organisé par GRIDAUH, intitulé « Hommage au professeur Étienne FATÔME », *RFDA*, 2020, p.926.

⁴⁶³ Dans l'arrêt *Ville de Charleville-Mézière*, le Conseil d'État a considéré que « si l'arrêté attaqué réglemente la délivrance d'autorisations d'exploitation d'une part, de permis de circulation et de stationnement, d'autre part, ces deux documents ne constituent que deux éléments de l'autorisation de stationnement mentionnée par le décret. Que le maire a pu, sans excéder ses pouvoirs, prévoir par les articles 39 et 40, 1er alinéa, le renouvellement annuel des autorisations et rappeler, par les articles 30 et 40, 2e alinéa, le caractère précaire et révocable de ces autorisations, commun à toutes les autorisations d'occupation du domaine public, enfin préciser, notamment aux articles 96 à 99, les conditions et modalités des retraits d'autorisation » : v- CE, 4 février 1983, *Ville de Charleville-Mézière*, n°24912.

droits réels⁴⁶⁴. En revanche, le législateur prévoit une compensation⁴⁶⁵, qui consiste à indemniser l'occupant.

343. S'ajoute également l'article L.2122-7 du code général de la propriété des personnes publiques relative à la circulation des droits réels sur le domaine public de l'Etat. On lit dans cet article la mention « une personne agréée par l'autorité compétente ». Plus précisément, sans l'accord de l'autorité domaniale, la circulation de droit réel demeure impossible. Cette disposition législative⁴⁶⁶ abandonne la règle jurisprudentielle selon laquelle « il n'appartient pas à l'administration de donner au titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public maritime laquelle est, en raison de la nature même du domaine public, strictement personnelle et révocable, l'autorisation de transférer cette autorisation »⁴⁶⁷. Ainsi, l'accord préalable de l'administration rend possible la cession de droits réels à une autre personne. Toutefois, l'ordonnance du 19 avril 2017, relative à la propriété des personnes publiques, notamment en son article 5 et complétant l'article L.2122-7 du code général de la propriété des personnes publiques, est venue encadrer les autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en ce sens qu'elle interdit le transfert des droits réels « lorsque le respect des obligations de publicités et de sélection préalables à la délivrance d'un titre s'y oppose ». À la lecture de cet article 5 de ladite ordonnance, il appartiendra, donc, à l'autorité domaniale de mettre en œuvre une procédure de sélection en vue de permettre la cession de droits réels à un autre opérateur économique. Ainsi, l'autorité domaniale ne peut, désormais, agréer la cession que si la procédure de sélection ait été organisée.

344. La constitution des droits réels sur le domaine public ne pose de pas de doute. Elle est un principe posé par le législateur reprenant une règle ancienne jurisprudentielle. Il s'agit là de l'exception au principe de l'inaliénabilité du domaine public. En conséquence, ce droit réel constitue un démembrement de la propriété.

⁴⁶⁴ Le professeur DUFU a écrit que « le principe traditionnel de la précarité des occupations du domaine public exige l'administration qu'elle conserve la faculté de procéder à tout moment au retrait des autorisations » : v- Jean DUFU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p. 509.

⁴⁶⁵ Aux termes de l'alinéa 3 de l'article L.2122-9 du nouveau code, en ce qui concerne le domaine public de l'Etat, « Toutefois, 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 [...] ».

⁴⁶⁶ À rappeler, aussi, que cette disposition législative a comme but la valorisation du domaine public.

⁴⁶⁷ C E, 10 mai 1989, *Munoz*, n°73146.

B/ La constitution des droits réels sur le domaine public : un démembrement du droit de propriété

345. Le droit de propriété est constitué de deux éléments : Le nu-propriétaire et l'usufruit. Ainsi la pleine propriété inclut ces deux éléments. La propriété suppose donc à la fois la disposition du bien dont on est propriétaire et la jouissance de ce bien. Or, en cas de propriété démembrée, ces deux éléments sont attribués à deux personnes différentes. Autrement dit « la propriété démembrée [...] consiste à attribuer à deux personnes différentes les éléments constitutifs de la pleine propriété d'un bien : l'usufruitier et le nu-propriétaire »⁴⁶⁸. En conséquence, le démembrement de la propriété suppose la division de la propriété entre l'usufruit et le nu-propriétaire.

346. La reconnaissance des droits réels sur le domaine public n'attribue pas la nue-propriété aux occupants privatifs dudit domaine. Ces derniers ne sont que des usufruitiers du domaine public occupé. Ils exercent seulement un droit de jouissance sur ce domaine. Il faut en déduire par-là que l'usufruit est un démembrement de la propriété⁴⁶⁹. Au demeurant, il est question de savoir si l'attribution des droits réels pourrait porter sur le domaine public occupé. Sur ce point, il existe deux courants doctrinaux contradictoires.

347. D'abord, pour les uns, les droits réels attribués à l'occupant du domaine public portent à la fois sur les ouvrages, installations et constructions réalisés par l'occupant et sur le domaine public occupé. Cette doctrine défend l'approche selon laquelle s'il est reconnu un droit de superficie à l'occupant du domaine public, il est reconnu, également, un droit de propriété sur le domaine même occupé. C'est ce qui ressort de l'approche défendue par le professeur GAUDEMET selon laquelle, « l'objet du droit réel est évidemment et nécessairement la construction que l'occupant réalise sur le domaine et qu'il doit financer, laquelle –on l'observe au passage- incorpore nécessairement le sol du domaine public sur lequel il est construit »⁴⁷⁰. Cette position est similaire à celle retenue par le juge administratif. Pour ce dernier, l'autorité domaniale peut accorder des droits réels sur le domaine public mais à condition que ces attributions respectent les règles posées par le législateur relatives aux règles du domaine public. C'est ce qui ressort de l'arrêt du Conseil d'État, en date du 11 mai

⁴⁶⁸ Magali Serron FIENBERG - « Gestion de l'immobilier » - JurisCopus Droit des associations et fondations, Œuvre collective sous la direction de Philippe-Henri DUTHEIL, 2017, n°24.36.

⁴⁶⁹ Selon Le professeur SÉRIAUX, « la propriété est le plus principal des droits réels principaux. Elle cumule toutes les prérogatives attachées à la notion de droit réel, dont les autres ne constituent de ce point de vue que des démembrements » : v- Alain SÉRIAUX - « La propriété » - Répertoire de droit civil, Dalloz, 2016, n°43.

⁴⁷⁰ Yves GAUDEMET - « Les droits réels sur le domaine public » - AJDA, 2006, p.1094.

2016, selon lequel, « [...] le droit réel dont bénéficie, en vertu de l'article L.34-1 du Code du domaine de l'État, repris à l'article L.2122-6 du Code général de la propriété des personnes publiques, le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État, ne porte pas uniquement sur les ouvrages, constructions et installations que réalise le preneur mais inclut le terrain d'assiette de ces constructions »⁴⁷¹. Dans cette position, l'argument défendu est celui qui consiste à associer le droit réel sur les ouvrages réalisés au droit réel sur le domaine public occupé. Ces deux droits forment un ensemble et sont liés. Le rapporteur public, Olivier HENRARD, a expliqué, dans ses conclusions concernant l'affaire citée, que « force est de constater qu'il est difficile de concevoir de priver le titulaire du droit réel sur les ouvrages, du droit réel sur le terrain d'assiette du même ouvrage. La construction, qui est l'objet principal du droit réel et dont l'édification est la finalité même de l'obtention de l'autorisation d'occupation du domaine, incorpore nécessairement le sol de son terrain d'assiette »⁴⁷².

348. Ensuite, pour d'autres, il est inconcevable d'admettre que les droits réels sur les ouvrages, installations, constructions portent également sur le domaine public. Dans la mesure où le code parle, seulement, s'agissant du domaine public de l'État, « de droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre »⁴⁷³. Pour cette doctrine, le code général de la propriété des personnes publiques manque de précisions, en ce sens que ledit code ne mentionne pas l'expression 'droit réel' sur le domaine public, comme l'avait fait le législateur en 1994. Il est vrai que l'énoncé de la loi du 25 juillet 1994 portait sur « sur la constitution des droits réels sur le domaine public » et de ce fait, il n'y avait aucun doute que lesdits droits portent aussi sur le domaine occupé. D'ailleurs, à l'époque, la doctrine distinguait deux droits réels, « d'une part, le droit du titulaire du titre d'occuper le domaine- droit qui est souvent qualifié de droit sur le domaine-et d'autre part, le droit du titulaire du titre sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise dans le cadre de son occupation »⁴⁷⁴. Cependant, avec le code général de la propriété des personnes publiques, seul le droit réel sur les ouvrages, constructions et installations est mentionné. Ainsi, pour cette doctrine, il faut « [...] en déduire que l'occupant ne possède pas de droit réel sur le domaine public lui-

⁴⁷¹ CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n°390118.

⁴⁷² Olivier HENRARD – Conclusion sur CE, 11 mai 2016, *Association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-Sur-Mer*, Lebon, 2016.

⁴⁷³ Art. L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques.

⁴⁷⁴ Etienne FATÔME, Philippe TERNEYRE - « Droits réels sur le domaine public de l'État : Clarification ou multiplication des interrogations » - AJDA, 1995, p.905.

même et qu'il n'y a donc plus lieu de distinguer entre un droit réel sur la dépendance occupée et un droit réel sur les constructions »⁴⁷⁵.

349. Au-delà de cette divergence doctrinale, le droit réel sur les ouvrages, constructions et installations est un droit réel administratif, « de même nature que les droits réels du droit privé et présentant les mêmes caractéristiques de démembrement du droit de propriété »⁴⁷⁶. En revanche, le régime diffère, car s'agissant de droit réel administratif, il est soumis aux règles de droit administratif.

Paragraphe 2 : Les finalités de la constitution des droits réels sur le domaine public

350. La constitution des droits réels sur le domaine public a pour objectif de valoriser le domaine public. En effet, l'attribution desdits droits engendre des revenus au profit de l'administration propriétaire. Le professeur TRAORÉ explique que, « bien qu'étant affectés, à titre principal, à l'usage du public ou à un service public, les biens appartenant au domaine public sont susceptibles de faire l'objet d'une affectation secondaire destinée à procurer des revenus financiers ou immobiliers »⁴⁷⁷. Ainsi, dans l'hypothèse d'une autorisation d'occupation privative dudit domaine, celle-ci, en étant constitutive de droits réels⁴⁷⁸, conduit à sa valorisation (I).

351. L'administration, soucieuse parfois de son incapacité financière à valoriser le domaine public, se trouve dans la nécessité de faire appel à des investisseurs privés. En attribuant de droits réels aux occupants du domaine public, l'administration permet à ces derniers d'obtenir des moyens financiers et de garantie auprès des organismes financiers. Ces droits réels sont, donc, des outils nécessaires (II) au profit des occupants du domaine public, et comme l'a souligné la professeure LOMBARD, « les nécessités de la valorisation du domaine public supposent que soient levées les difficultés de financement auxquelles se heurtent actuellement

⁴⁷⁵ François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX - « Les occupations privatives du domaine public : Un espoir déçu » - RFDA, 2006, p.935.

⁴⁷⁶ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e, 2104, p.301, t. 2.

⁴⁷⁷ Seydou TRAORE - *Droit des propriétés publiques*, Vuibert, 2008, p.244.

⁴⁷⁸ Il s'agit d'un principe. En revanche, la doctrine considère que ce principe n'écarte le principe traditionnel des occupations du domaine public. En effet, l'occupant qui ne souhaite pas bénéficier de droit réel sur le domaine public peut demander une autorisation d'occupation du domaine public non constitutive de droit réel ; v- Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, pp. 501 à 502.

les investisseurs potentiels compte tenu de l'insuffisance des garanties qu'ils peuvent offrir sur les constructions qu'ils édifient »⁴⁷⁹.

I/ La constitution des droits réels et la valorisation du domaine public

352. La constitution des droits réels sur le domaine public est destinée à la valorisation du domaine public. Elle permet de rentabiliser le domaine public en engendrant des profits et intérêts. Mais au-delà de cette rentabilisation, la constitution des droits réels permet, également, de répondre à un besoin d'intérêt général, car la valorisation du domaine public « a pour objectif la satisfaction ou la recherche d'une meilleure satisfaction d'un intérêt général »⁴⁸⁰.

353. Ainsi, ces droits réels ont comme finalité, la valorisation économique du domaine public (A) et la poursuite d'une mission d'intérêt général (B).

A/ La constitution des droits réels et valorisation économique du domaine public

354. L'attribution des droits réels à l'occupant du domaine public a comme finalité la valorisation économique dudit domaine. Rappelons que le domaine public constitue une source de revenus pour les personnes publiques, en ce sens que ledit domaine demeure un lieu sollicité par les investisseurs privés en vue de leurs activités économiques. Dans cette optique, la constitution de droits réels, au profit de ces investisseurs, valorise davantage, de manière économique, le domaine public. Il est, pour cette raison, clair que ces droits réels sont attribués dans le but de rentabiliser le domaine public.

355. L'idée de rentabiliser le domaine public ne date pas d'aujourd'hui. À ce propos, BERNARD a expliqué, dans sa thèse, que, « la reconnaissance de la légitimité du but financier dans la gestion du domaine existait sous l'ancien régime où le domaine royal constituait une source de revenus particulièrement importante »⁴⁸¹. Toutefois, Jusqu'au 20^e siècle, l'autorité domaniale jouait un rôle, seulement, de police et de garde. Mais très vite, la jurisprudence administrative rompit avec cette approche et consacra, par la suite, une autre approche, celle de gérer le domaine public. D'ailleurs, il ressort de la jurisprudence du

⁴⁷⁹ Martine LOMBARD, « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques » - Commentaire de la loi n°94-631 du 25 juillet 1994, Dalloz, 1994, p. 183.

⁴⁸⁰ Laurent DERUY, Dieudonné MANDELKERN, Yves GAUDEMET - « Rapport du groupe de travail, Valorisation des propriétés publiques » - LPA, n°147, 2004.

⁴⁸¹ Sébastien BERNARD - *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 218, 2001, p.209.

Conseil d'État, *société des autobus antibois*⁴⁸², que la personne publique est autorisée à poursuivre un but d'ordre financier. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un arrêté du maire visant à protéger le concessionnaire de la ville contre la concurrence, autrement dit, une « façon d'empêcher la concurrence [d'autres] entreprises avec la société concessionnaire des transports en commun de l'agglomération ». Depuis, l'idée de rentabiliser le domaine public, quitte à modifier les règles propres de la gestion du domaine public⁴⁸³, demeure l'une des finalités de l'autorité domaniale et apparaît comme « [...] un impératif souhaitable »⁴⁸⁴.

356. C'est ainsi que la constitution des droits réels sur le domaine public est conçue comme un outil efficace en vue de la valorisation économique du domaine public. Selon BENARDI, « Pour rendre attractif le domaine public, il était indispensable de donner aux acteurs économiques intervenant sur le domaine public les moyens de retirer un produit de son exploitation »⁴⁸⁵, ces droits réels restent donc un moyen de valoriser le domaine public⁴⁸⁶.

357. En effet, la valorisation économique du domaine public suppose que celui-ci soit en mesure de générer des profits. Mais encore faudrait-il qu'il soit attractif. De ce fait, le domaine public doit être un lieu où peuvent se réunir plusieurs activités, notamment d'ordre économique. Ainsi, la rénovation, la reconstruction restent des moyens pouvant mettre en valeur le domaine public. Ces moyens se réalisent nécessairement par le biais des investissements financiers⁴⁸⁷. Or, comme l'a écrit le professeur DUFAU, il arrive que, « l'administration n'est pas en mesure d'assurer l'utilisation optimale de son domaine public,

⁴⁸² CE, 29 jan. 1932, *Société des autobus antibois*, n°99532.

⁴⁸³ V- Jean-Philippe BROUANT - *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse, Paris I, 1995.

⁴⁸⁴ Jacqueline MORAND-DEVILLER - « La valorisation économique du patrimoine » - In mélange en hommage à Roland DRAGO, *Economica*, 1996, p.273.

⁴⁸⁵ Eve-Line BERNARDI - « Valorisation du domaine des collectivités territoriales : Où en sommes-nous ? » - *AJCT*, 2016, p.608.

⁴⁸⁶ Sur la valorisation économique du domaine public, voir notamment l'introduction du vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc SAUVE, dans « Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique », thème : La valorisation économique des propriétés des personnes publiques. Dans son introduction, le vice-président du Conseil d'État a rappelé le caractère rentable des biens du domaine public. Ces biens, selon lui, « doivent générer des ressources financières, qu'ils ont besoins propres de rénovation, de reconstruction et de financement » et de rajouter, toujours selon lui, que « la reconnaissance à l'occupant domanial de droits réels a été une étape déterminante. Ces droits permettent la valorisation d'un bien par le biais d'outils juridiques découlant de la notion de propriété » : v- Jean Marc SAUVE - « Valorisation économique des propriétés des personnes publiques » - actes du colloque organisé dans le cadre des Entretiens du Conseil d'État en droit public économique, 2011, Site du Conseil d'État.

⁴⁸⁷ Ainsi, plusieurs choix s'offrent au propriétaire du domaine public. Soit investir au travers de moyens financés par lui-même, et cela lui reviendrait cher naturellement. Soit faire appel à des investisseurs privés. Et la voie la moins couteuse est celle de faire appel à des investisseurs privés. Mais en revanche, faudrait-il les rassurer. Selon la doctrine, « la valorisation des biens publics passera souvent par un nouvel ou un meilleur équipement de ceux-ci, c'est-à-dire par un investissement qui doit être financé » : v- Laurent DERUY, Dieudonné MANDELKERN, Yves GAUDEMET - « Rapport du groupe de travail, Valorisation des propriétés publiques » - *LPA*, n°147, 2004.

notamment dans certaines zones (portuaires, aéroportuaires, ferroviaires) qui abritent des activités industrielles et commerciales génératrices d'emploi »⁴⁸⁸, et ainsi, l'attribution de droits réels aux occupants de son domaine reste l'une des voies possibles pour réaliser ces investissements. On peut donc constater que ces droits réels sont à l'origine de la valorisation économique du domaine public⁴⁸⁹ et selon le professeur GAUDEMET, « il n'y a que des avantages [...] à reconnaître à l'occupant domanial les attributs et prérogatives du propriétaire, mis au service de la valorisation du domaine »⁴⁹⁰. Suivant cette analyse, il y aura des avantages pour les deux, c'est-à-dire à la fois pour les investisseurs privés et pour le domaine public. La professeure MORAND-DEVILLER a expliqué que « la valorisation économique du patrimoine conduit à rechercher des partenaires privés qui en s'enrichissant eux-mêmes enrichiront le domaine »⁴⁹¹.

358. Il est donc question ici d'enrichir le domaine public. Et l'octroi des droits réels à l'occupant privatif du domaine public conduit à cet enrichissement. En conséquence, les autorités domaniales maximiseront des profits sans pour autant financer, elles-mêmes, les investissements menés sur leurs domaines publics. Il faut rappeler que le domaine public reste, toujours aujourd'hui, un domaine porteur de profits et l'attribution des droits réels demeure donc « le moyen de se procurer des ressources supplémentaires, en période de difficultés économiques, tout en garantissant une plus grande stabilité aux investisseurs privés »⁴⁹².

359. Par ailleurs, au-delà de la valorisation économique du domaine public par le biais de l'attribution des droits réels au profit de l'occupant dudit domaine, les droits sont, également, destinés à la recherche d'une mission d'intérêt général.

B/ La constitution des droits réels et intérêt général : une valorisation du domaine public

360. Valoriser le domaine public n'est pas seulement lié à l'idée de rentabilité. Il faut rappeler que ce domaine est défini selon deux critères : le critère de la propriété publique et le

⁴⁸⁸ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.501.

⁴⁸⁹ On lit dans l'ouvrage « Grandes décisions du droit administratif des biens » que la loi du 5 janvier 1988 dite d'amélioration de la décentralisation », notamment à son article 13, « s'inscrivait dans la volonté de favoriser la valorisation économique du domaine public, et en particulier le financement privé d'équipements publics » : v - Caroline CHAMARD-HEIM, Fabrice MELLERAY, Rozen NOGUELLOU, Philippe YOLKA - *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2013, p.525.

⁴⁹⁰ Yves Gaudemet – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.304, t.2.

⁴⁹¹ Jacqueline MORAND – DEVILLER - « domaine public-affectation- copropriété » - RDI, 1995, p.457.

⁴⁹² Hélène PAULIAT, « Droit réel et propriété publique : Une conciliation délicate » - note sous Cons. Const, 21 juillet 1994, n°94-346 DC, Recueil Dalloz, 1995, p. 93.

critère de l'affectation du bien à l'utilité publique. Il ne fait aucun doute que l'affectation des biens du domaine public implique, aussi, l'intérêt général.

361. Rappelons toutefois, l'attribution des droits réels dépend du maître du domaine public. Celui-ci peut faire obstacle à l'attribution desdits droits. D'ailleurs, on lit dans le code général de la propriété des personnes publiques, s'agissant du domaine public de l'Etat, que ce dernier peut émettre « [...] une prescription contraire de son titre » et donc s'opposer à l'attribution de droit réel. De la même sorte que le propriétaire du domaine public peut conditionner l'octroi d'une autorisation du domaine public constitutive de droits réels à la satisfaction d'une mission d'intérêt général. Pour la doctrine, « la valorisation d'un équipement public est [...] aussi l'adéquation constante de cet équipement à l'intérêt général qu'il doit servir »⁴⁹³.

362. Par ailleurs, c'est dans le domaine public local que l'attribution de droit réel est subordonnée à un objectif d'intérêt général. En effet, la constitution de droits réels sur le domaine public local n'est possible que lorsque l'occupant vise un objectif d'intérêt général. En effet, l'article L.2122-20 du code général de la propriété des personnes publiques précise que « les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent [...] soit délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel dans les conditions déterminées par les articles L.1311-5 à L.1311-8 du code général des collectivités territoriales ». Au vu de cette disposition, il n'est pas possible d'attribuer de droit réel sans la réalisation des travaux destinés à l'intérêt général.

363. À propos de cet article L.2122-20 dudit code, il s'agit d'une innovation apportée par l'ordonnance du 21 avril 2006. Il permet, ainsi, aux collectivités territoriales, à leurs groupements et à leurs établissements publics de délivrer des autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels. Mais contrairement aux autorisations temporaires d'occupation du domaine public de l'Etat, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements ne peuvent accorder des autorisations d'occupation privative constitutives de droits réels qu'à la condition de subordonner ces autorisations à la recherche d'une mission d'intérêt général. C'est ce qui ressort de l'article 101 de l'ordonnance du 23 juillet 2015⁴⁹⁴ et codifié à l'article L.1311-5 du code général des collectivités territoriales en vertu duquel, « les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des

⁴⁹³ Laurent DERUY, Dieudonné MANDELKERN, Yves GAUDEMET - « Rapport du groupe de travail, Valorisation des propriétés publiques » - LPA, N°147, 2004.

⁴⁹⁴ Ord. n°2015-899, 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général [...] ».

364. Toutefois, la délivrance des autorisations d'occupation privative constitutives des droits réels permet au bénéficiaire de pouvoir de recourir à des outils en vue de financer leurs activités réalisées sur le domaine public.

II/ La constitution des droits réels : outil nécessaire pour l'occupant privatif pouvant lui permettre d'investir sur le domaine public

365. La constitution des droits réels sur ce domaine permet également aux bénéficiaires de recourir à des crédits pour pouvoir financer leurs activités devant être exercées sur le domaine public. Ces droits réels constituent une garantie pour l'occupant du domaine public pour compenser la précarité des autorisations d'occupation du domaine public, puisque le maître du domaine public peut, à tout moment, mettre fin à une autorisation d'occupation privative du domaine public. Mais dans ce cas, pour les occupants du domaine public de l'Etat titulaires d'une autorisation constitutive de droits réels, ils ont droit à une indemnisation sous réserve de ne pas être à l'origine d'un manquement à leurs obligations. Le législateur prévoit cette indemnisation en disposant que, « [...] 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 [...] » selon l'article L.2122-9 du CGPPP.

366. Ces droits réels demeurent indispensables pour le bénéficiaire. Ce dernier peut recourir à « des crédits nécessaires au financement de la construction de ses ouvrages en recourant soit aux sûretés hypothécaires, soit au crédit-bail »⁴⁹⁵. Ainsi, l'hypothèque et le crédit-bail sont des moyens nécessaires pour faciliter l'investissement sur le domaine public. Alors que cet investissement est réalisé par les occupants à la place du maître du domaine, lequel ne dépense rien, ce faisant, ce mécanisme demeure à la fois porteur d'intérêts et nécessaire pour la valorisation du domaine public.

367. Par ailleurs, la loi énumère des droits réels selon le domaine public concerné. Il convient donc de présenter d'abord les outils utilisés pour le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public de l'Etat et ses établissements (A), et ensuite pour le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public local (B).

⁴⁹⁵ Norbert FOULQUIER - *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2011, p.334, n°838.

A/ La constitution des droits réels et financement des ouvrages sur le domaine public étatique et de ses établissements

368. Pour pouvoir assurer la valorisation économique du domaine public, il faut qu'il y ait un investissement financier sur celui-ci. Or, cet investissement peut s'avérer couteux pour la personne publique propriétaire du domaine public. Dans ce cas, il serait avantageux pour la personne publique de faire appel à des opérateurs économiques.

369. En effet, le domaine public, rappelons-le, demeure le siège de plusieurs activités économiques. Et pour les entreprises privées, le domaine public demeure le lieu des richesses et d'intérêts. En revanche, l'occupation privative dudit domaine reste précaire et révocable, c'est-à-dire présente des caractères pouvant faire obstacle à l'investissement des opérateurs sur le domaine public. Ainsi, pour compenser ces caractères précaire et révocable des autorisations d'occupation du domaine public⁴⁹⁶, le législateur a institué des droits réels sur le domaine public de l'Etat⁴⁹⁷. Ces droits réels « droits réels de la nature du droit de propriété »⁴⁹⁸ permettent à l'occupant du domaine public de l'Etat de devenir maître des ouvrages réalisés sur le domaine public occupé durant la période de l'occupation. Le code de 2006, reprenant les termes du code du domaine public de l'Etat, à travers l'alinéa 2 de l'article L.2122-6, dispose que, « ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans le présent paragraphe, les prérogatives et obligations du propriétaire ».

370. À propos de ces droits réels, le professeur DUFAU explique que « les prérogatives relevant de l'occupant titulaire des droits réels sont principalement au nombre de trois »⁴⁹⁹,

⁴⁹⁶ D'après Marie-Joseph AGLAE, « il tente de concilier la précarité du régime des occupations privatives et la nécessité d'offrir de meilleures conditions de stabilité et de sécurité juridique aux partenaires de l'Administration qui interviennent sur le domaine » : v- Marie-Joseph AGLAE - « La loi du 25 juillet 1995 complétant le code du domaine public de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public » - LPA, n°155 du 28 décembre 1994.

⁴⁹⁷ « C'est ainsi qu'a été justifiée la réforme qui devait inciter les investisseurs privés à venir nombreux sur le domaine public portuaire, aéroportuaire, ferroviaire et autres, de façon à y développer des activités créatrices de richesse et de valeur ajoutée, donc des emplois, et à permettre aux ports, autonomes ou non, aux aéroports, à la SNCF et autres établissements publics de l'Etat, d'affronter la concurrence internationale » : v- Gilberte PIETRI, Christian de BERNIS - « Les virtualités du système des droits réels mis en place par la loi du 25 juillet 1994 : Des montages habiles mais risqués » - LPA, n°142, 1998, p.4.

⁴⁹⁸ Yves GAUDEMET- *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 14^e éd., 2015, p.211, t.2.

⁴⁹⁹ Jean DUFAU - *Domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.507.

parmi lesquelles figurent l'hypothèque⁵⁰⁰ et le recours au crédit-bail⁵⁰¹, lesquels vont permettre la valorisation du domaine public.

371. D'abord, en ce qui concerne l'hypothèque, l'alinéa 1 de l'article 2393 du code civil dispose que, « l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation ». Or, il est impossible d'appliquer, en principe, cette disposition aux biens de dépendances du domaine public en raison de leur caractères insaisissable et inaliénable prévues aux articles L.2311-1 et L.3111-1 du code général de la propriété des personnes publique. C'est ainsi que le CGPPP encadre ce recours à l'hypothèque. En effet, l'article L.2122-8 dudit code rend les droits réels, conférés à l'occupant du domaine public, hypothécables mais avec des conditions très encadrées ; la durée de l'hypothèque prend fin lors de l'expiration du titre autorisant l'occupation temporaire du domaine public constitutive de droit réel, qui ne peut excéder 70 ans. Aussi, la constitution des droits réels inclut le domaine public occupé⁵⁰², car, les droits réels hypothécables ne sont destinés que « pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situées sur la dépendance domaniale occupée », comme le précise l'article L.2122-8 du CGPPP.

372. Ensuite, depuis la loi de 1994 complétant le domaine public de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, les bénéficiaires d'une autorisation d'occupation dudit domaine pouvaient signer un contrat de crédit-bail pour « la réalisation des

⁵⁰⁰ Par définition, l'hypothèque est un « droit réel grevant un immeuble et constitué au profit d'un créancier en garantie du paiement de la dette » ; v- Lexique des termes juridiques, 21^e éd., Dalloz, 2014, p.483.

⁵⁰¹ Le crédit-bail régi par l'article L.313-7 du code monétaire et financier en vertu duquel « les opérations de crédit-bail [...] sont : 1- Les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers. 2- Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire [...].

⁵⁰² La Haute juridiction administrative a estimé que « le droit réel dont bénéficie, en vertu de l'article L.34-1 du code du domaine de l'Etat, repris à l'article L.2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques, le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine de l'Etat, ne porte pas uniquement sur les ouvrages, constructions et installations que réalise le preneur mais inclut le terrain d'assiette de ces constructions » : v- C E, 11 mai 2016, n°390118.

ouvrages, constructions et installations »⁵⁰³ sur le domaine public. À noter, de prime d'abord, que le contrat de crédit-bail est un contrat du droit privé⁵⁰⁴. Ce crédit-bail, faisant intervenir des personnes de droit privé, est issu de la loi du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail. Aujourd'hui, cette loi est codifiée aux articles L.313-7 à L.313-11 du code monétaire et financier. Par ailleurs, l'on sait très bien que le recours au crédit-bail constitue un mécanisme destiné aux financements des entreprises. Il était donc nécessaire pour les personnes publiques, afin d'inciter les entreprises privées en vue d'investir sur le domaine public (une manière de valoriser ledit bien), de leur permettre de recourir à ce type de contrat de crédit-bail.

373. Au départ, le recours au crédit-bail était considéré comme incompatible avec la domanialité publique. La professeure NICINSKI écrit qu'« en 1989, le projet de financement par crédit-bail de la construction des lignes TGV fut abandonné, puisque celles-ci, incorporées au domaine public et de ce fait soumises au principe d'inaliénabilité, étaient dès lors insusceptibles d'appropriation par le crédit-bailleur, société privée, même temporairement »⁵⁰⁵. C'était en faisant référence à l'avis du Conseil d'État du 30 mars 1989, dans lequel le Conseil d'État, à propos des dispositions de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982 et des règles de la domanialité publique et le recours pour le financement de la construction des TGV Sud-Est à un dispositif reposant sur la technique du crédit-bail prévue par la loi du 2 juillet 1962, avait répondu aux questions qui lui ont été posées en avançant que « [...] les infrastructures du Tgv Sud-Est qui seront les biens

⁵⁰³ Il s'agit de l'article L.34-7 du code du domaine public de l'État et repris, aujourd'hui, par le code de la propriété des personnes publiques, dans l'article L.2122-13. Toutefois, cet article L.2122-13 a été modifié par la loi du 12 mai 2009, 2009-526, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. Initialement, cet article interdisait le recours au crédit-bail pour financer les ouvrages « affectés à un service public et reçu un aménagement indispensable ou affectés directement à l'usage du public ainsi que les travaux exécutés pour une personne publique ». La loi du 2009 citée a modifié cette disposition et a permis de recourir à la conclusion du contrat de crédit-bail pour financer les ouvrages destinés à l'affectation du service public. A condition d'insérer dans le contrat des « clauses permettant de préserver les exigences du service public ».

⁵⁰⁴ Le tribunal de conflit avait jugé que le contrat de crédit-bail demeure un contrat de droit privé s'il « se borne à mettre en place une opération de financement entre deux sociétés commerciales » ; v- TC, 21 mars 2005, *Société Slibail Energie*, n°C-3436. Toutefois, s'agissant des conventions tripartites donnant droit au recours au contrat de crédit-bail et portant sur le financement travaux sur le domaine public, la question de la compétence du juge administratif peut se poser. Puisque dans des telles hypothèses, cette convention inclut la personne publique propriétaire du bien du domaine public. Autrement dit, dans ce contrat, il nécessite la présence de la personne publique, le crédit-bailleur et le crédit-preneur (l'occupant du domaine public). Mais la présence de la personne publique dans ce contrat ne suffit pas pour déterminer si celui-ci est un contrat privé ou administratif. Le critère matériel est nécessaire. Sur ce point, la Cour de cassation a considéré « qu'est contrat administratif, la convention tripartite conclue (...) entre une commune, le titulaire du marché et son crédit bailleur afin de permettre le financement en crédit-bail, car elle a pour objet la participation à l'exécution du service public et constitue une convention indissociable du contrat principal de marché public » : v- Cass, Civ 1^{er}, 28 mai 2008, n°017-17.648, publié au Bulletin.

⁵⁰⁵ Sophie NICINSKI - « Lease américain, équipement public et droit administratif » - AJDA, 2001, p.538.

immobiliers affectés à ce service public et aménagés spécialement à cet effet, feront ainsi partie du domaine public de l'Etat et ne pourront, par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit. Leur financement ne peut être donc être assurés selon la technique du crédit-bail [...] »⁵⁰⁶. La raison de cette interdiction consistait à empêcher le crédit-bailleur de s'approprier du bien du domaine public qu'il a financé. Car, ledit bien appartient entièrement à la personne publique et ne doit faire l'objet d'un partage de propriété. Toutefois, interdire le recours à de tels contrats conduit vers les non-investissements sur le domaine public. C'est ainsi que la loi est venue apporter une dérogation à ce principe⁵⁰⁷ et permettre ainsi au titulaire de droits réels de recourir aux crédits-bails afin de financer ses ouvrages et constructions et installations qu'il a réalisées.

374. En outre, la mise en œuvre de ces droits réels par les occupants du domaine public demeure bien encadrée. Cet encadrement permet de protéger les biens du domaine public. Pour le Professeur DELVOLVÉ, « parce que les droits réels portent sur le domaine public et que tant celui-ci en lui-même que le service public auquel lui ou les ouvrages qui y sont construits sont affectés doivent être protégés, des conditions doivent encadrer non seulement l'octroi mais l'utilisation de ces droits réels »⁵⁰⁸. C'est le cas de l'alinéa 2 de l'article L.2122-8 du code général de la propriété des personnes publiques qui précise que, « les créanciers chirographaires [...] ne peuvent pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée sur les droits et bien mentionnés [...]. C'est le cas également de l'article L.2122-13 dudit code qui dispose que, « [...] lorsque ces contrats de crédit-bail concernent le financement d'ouvrages, de constructions et d'installations qui sont nécessaires à la continuité d'un service public, ils comportent des clauses permettant de préserver les exigences de ce service public ».

⁵⁰⁶ CE, avis, 30 mars 1989, *TGV Sud-Est*, n°345.332.

⁵⁰⁷ Dans la décision du Conseil constitutionnel du 16 juin 2003, celui-ci avait considéré que « [...] le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel. [...] Que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé » : v- CC, 16 juin 2003, n°2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

⁵⁰⁸ Pierre DELVOLVÉ - « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : L'incohérence » - RDI, 2010, p.584.

B/ La constitution des droits réels et le financement des ouvrages sur le domaine public local

375. Les titulaires des occupations du domaine public local ont été les premiers à avoir bénéficié de ces droits réels sur le domaine public local. Mais rappelons que le Conseil d'État avait considéré, dans la jurisprudence, *Association Eurolat du 6 mai 1985*, que les clauses d'une convention qui confèrent à une personne privée un droit réel sur un bien d'une personne publique étaient « incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme les nécessités du fonctionnement du service public ». Cette décision ne facilitait pas les investisseurs privés d'exercer leurs activités économiques sur le domaine public. En conséquence, seule l'administration devrait mener des investissements sur son domaine, un moyen très coûteux pour elle et ce qui rendrait difficile la valorisation dudit domaine.

376. C'est ainsi que, dans l'année suivante, le législateur a posé une exception au principe de l'interdiction de la constitution des droits réels sur le domaine public local. Il s'agit de la loi du 5 janvier 1988 qui disposait, dans son article 13⁵⁰⁹, qu'« un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, en faveur d'une personne privée, d'un bail emphytéotique prévu à l'article L.451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence. Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte [...] constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors champ d'application de la contravention de voirie ». Il faut rappeler que cette loi avait comme objectif la valorisation du domaine public⁵¹⁰ car elle permettait aux occupants de financer leurs ouvrages, destinés aux missions de service public ou à la réalisation d'une opération d'une mission d'intérêt général, par l'emprunt. Ainsi, un véritable droit réel a été accordé aux occupants du domaine public local. Ce droit réel peut faire l'objet d'une hypothèque en vue de garantir l'emprunt contracté par l'occupant.

⁵⁰⁹ Abrogé par l'article 12 de la loi, n°96-142, du 21 février 1996 relative à la partie législative du code général des collectivités territoriales et codifié aux articles L.1311-1 à L1311-4 dudit code.

⁵¹⁰ M. PEYRICAL a écrit que « l'avantage d'une telle possibilité, dont les éléments de définition, service public-intérêt général, est de permettre à un organisme de droit privé de financer la construction d'un ouvrage public sur un terrain relevant du domaine public tout en détenant, pendant la durée du bail, des droits réels. Notamment, [...] il a la possibilité de constituer une hypothèque, au profit d'un établissement bancaire, sur le ou les ouvrages qu'il a la charge d'édifier et d'exploiter dans le cadre du bail » : v- Jean-Marc PEYRICAL - « Contrat des collectivités territoriales, Marché public » - Encyclopédie des collectivités locales, 2017, n°201.

377. En effet, la loi a autorisé le bail emphytéotique prévu à l'article L.45-1 du code rural. Selon cet article, « le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque. Ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière⁵¹¹ ». Par définition, le bail emphytéotique est un bail qui porte sur un immeuble et accorde au preneur un droit réel. Il s'agit, en principe, d'un contrat synallagmatique dont le contentieux relève de la compétence du tribunal paritaire des baux ruraux. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un bail emphytéotique conclu sur le domaine public, le contentieux relève de la compétence du juge administratif, car selon l'article L.1311-2 du code général des collectivités territoriales « [...] ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif ». Un bail dont le régime juridique est différent de celui qui s'applique au bail emphytéotique ordinaire. Ainsi, ce bail conclu sur le domaine public est un contrat administratif.

378. Au-delà de du bail emphytéotique conclu entre la personne publique et l'entreprise preneuse, le CGPPP autorise les collectivités locales à attribuer des droits réels aux occupants de leurs domaines. À noter que la constitution des droits réels sur le domaine public local est soumise à des conditions. D'abord, l'attribution du droit réel est conditionnée à la réalisation d'une mission d'intérêt général. Ensuite, elle nécessite l'autorisation explicite de la collectivité territoriale propriétaire du domaine public car le législateur accorde aux collectivités locales un pouvoir discrétionnaire leur permettant de délivrer ou non un droit réel sur leur domaine public conformément à l'article 1311-5 du code général des collectivités territoriales. Selon cet article « les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire des droits réels ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ».

379. Par ailleurs, le fait que le droit positif consacre la possibilité d'autoriser des occupations privatives constitutives de droits réels montre que la constitution de tels droits demeure compatible avec le principe de l'inaliénabilité du domaine public.

⁵¹¹ En revanche, la doctrine précise que, « les règles classiques de la saisie immobilière ne s'appliquent pas car elles sont incompatibles avec l'impératif de la protection du domaine public » : v- Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET, Fabrice HOURQUEBIE - *Code général de la propriété des personnes publiques, annoté et commenté* - Dalloz, 2017 p. 281.

Section 2/ La constitution des droits réels sur le domaine public et le principe de l'inaliénabilité

380. Le principe législatif de l'inaliénabilité du domaine public est un principe ancien qui remonte depuis le 16^e siècle. Ce principe date, en tant que fondement, à partir de l'Edit de Moulin de Février 1566 rendu par Charles IX. Cet Edit a posé donc la règle de l'inaliénabilité du domaine royal. Autrement dit, il avait « pour but d'empêcher le Roi de dilapider son domaine »⁵¹². Cependant, sous la révolution, cette règle fut modifiée et l'aliénabilité devenait possible en vertu de la loi du 22 novembre-1^{er} décembre 1790 connu sous le code domanial. Repris par le code du domaine de l'État, le principe de l'inaliénabilité est aujourd'hui consacré par le code général de la propriété des personnes publiques.

381. Parce qu'il interdit à l'administration de vendre les biens du domaine public, l'on se demande si la constitution des droits réels sur lesdits biens ne vise pas à aliéner ces derniers. Cependant, la question qui portait sur l'incompatibilité des droits réels au principe d'inaliénabilité (Paragraphe 1) a fini par être abandonnée (paragraphe 2) par le droit positif.

Paragraphe 1/ L'incompatibilité des droits réels au principe de l'inaliénabilité

382. Il existait une doctrine qui partageait l'idée de l'incompatibilité entre la constitution des droits réels et le principe de l'inaliénabilité du domaine public. Selon cette position, la protection du domaine public faisait obstacle à tout démembrement de la propriété publique sur ledit domaine. Le domaine public demeurant un domaine insaisissable, l'attribution des droits réels conduirait à des actions possessoires contre l'administration propriétaire. Au-delà de cette idée relative à l'obstacle de démembrement de la propriété publique (II), une partie de la doctrine n'admettait pas l'idée de constituer de droits réels sur le domaine public car celui-ci ne pouvait pas faire, au préalable, l'objet de propriété (I).

I/ L'absence d'un droit de propriété sur le domaine public : un obstacle à la constitution des droits réels

383. Rappelons-le qu'avant la consécration de la théorie de la propriété administrative, celle-ci fut rejetée par une partie de la doctrine. De même que le domaine public ne peut faire

⁵¹² André de LAUBADÈRE - *Traité de Droit administratif*, 6^e éd, LGDJ, 6^e éd., 1975, p.168.

l'objet d'une propriété administrative (A), il ne peut être grevé de droits réels. Il était évident pour cette doctrine que la règle de l'inaliénabilité en était le fondement (B).

A/ L'idée hostile à la propriété publique : une idée défavorable à la constitution des droits réels sur le domaine public

384. Plusieurs approches contestaient l'idée de propriété administrative. La propriété, étant soumise au régime de droit privé, n'est pas applicable au domaine public, lequel est soumis au régime de droit public. La logique était simple. Si l'administration était interdite de propriété sur le domaine public, comment peut-elle attribuer des droits réels aux occupants de son domaine ?

385. Plusieurs auteurs du 19^e siècle ont rejeté cette idée de propriété administrative car, le domaine public demeure un domaine affecté à l'usage de tous. PROUDHON a rejeté l'idée de propriété administrative sur le domaine public car celui-ci « embrasse généralement tous les fonds qui, sans appartenir à personne, ont été civilement consacrés au service de la société »⁵¹³. Toujours selon lui, la propriété présente « un caractère exclusif » ne s'appliquerait pas au domaine public puisque celui-ci est utilisé par tous, « même aux étrangers se trouvent à portée d'en user ». Pour PROUDHON, l'administration n'agit que pour assurer la bonne utilisation par tous du domaine public. Il s'agit d'une mission d'intérêt général ou d'« intérêt du public ». En conséquence, l'administration « n'exerce qu'un possessoire de protection, pour assurer la jouissance de fonds, et non un possessoire de propriété, pour s'attribuer exclusivement les prérogatives ou les avantages attachés au titre de propriété exclusif du sol »⁵¹⁴.

386. Cette approche a été reprise par BERTHÉLEMY. Pour lui, le domaine public ne peut faire l'objet de propriété pour la simple raison que les composantes du droit la propriété n'existent pas chez l'administration. Le professeur de LAUBADÈRE a expliqué que, l'approche de BERTHÉLEMY se résume à l'idée que « sur le domaine public, l'État ne détient ni l'usus, qui revient au public, ni le fructus qui n'existe pas, ni l'abusus, le domaine public étant inaliénable »⁵¹⁵. Ainsi, « le domaine public n'est pas susceptible de propriété »⁵¹⁶, la constitution de droit réel, à défaut d'un droit de propriété, n'était pas possible.

⁵¹³ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON - *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Victor Lagier, 1833, p. 262, t. 1.

⁵¹⁴ Ibid., p.268, t. 1.

⁵¹⁵ André de LAUBADÈRE - *Traité de Droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1975, p.137.

387. On retrouve cette approche chez DUGUIT. Il rejeta l'idée de confondre la propriété et domaine public. Pour lui, le domaine public, ensemble de biens meubles comme immeubles, est affecté à un service public et « cette affectation protégée [...] à un service public n'a pas le caractère de la propriété, qui est l'affectation protégée d'une chose à un but d'utilité privée »⁵¹⁷. Pour lui, la propriété n'est que droit purement privé.

B/ Le principe de l'inaliénabilité : le fondement de l'interdiction des droits réels

388. Selon le professeur GAUDEMET, « l'inaliénabilité du domaine était considérée comme emportant interdiction de constituer des droits réels sur celui-ci »⁵¹⁸. Le domaine public est inaliénable, il ne peut donc être grevé des droits réels car ceux-ci accordent à son bénéficiaire un droit sur le domaine. La règle de l'inaliénabilité interdit toute pratique qui pourrait modifier l'affectation du domaine public. Or, le droit réel suppose que l'usager dudit domaine exerce un droit de propriété sur celui-ci et de ce fait, il peut y avoir un impact sur la règle de l'inaliénabilité du domaine. Ainsi, l'interdiction d'attribuer des droits réels découlent de cette règle d'inaliénabilité.

389. Pour DUGUIT, la notion de droit réel est une notion venant du droit privé. Et l'on ne peut pas appliquer les règles de droit privé à la domanialité publique, car celle-ci est affectée à un service public. Tout en critiquant la thèse de droit réel administratif avancée par le doyen HAURIOU, DUGUIT voyait une contradiction entre le fait d'admettre l'inapplicabilité de la propriété privée au domaine public et d'admettre en parallèle la constitution des droits réels, régime de droit privé, sur ce domaine. Autrement dit, de la même sorte qu'on n'accepte pas que le domaine public soit soumis aux règles de droit privé, l'on ne peut pas appliquer la notion du droit réel sur le domaine public, car celui-ci est issu du droit privé. Selon ses termes, « il est inadmissible d'attribuer aux concessionnaires ou aux permissionnaires du domaine public des droits réels, même en ajoutant qu'ils sont de nature administrative » et de poursuivre « puisque Hauriou enseigne que les dépendances domaniales sont entièrement soustraites au régime de la propriété privée, pour quoi veut-il que les permissions et les concessions domaniales donnent naissance à des véritables droits réels qui sont [...] des éléments du régime de propriété privée »⁵¹⁹. On comprend bien que l'administration, chargée

⁵¹⁶ V- Henry BERTHÉLEMY - *Traité Élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 2^e éd., 1902, p. 396 ; selon lui, « sur les dépendances du domaine public, personne n'a le jus abutendi, le jus fruendi ne se conçoit qu'à titre exceptionnel et insignifiant ; le jus utendi, enfin, appartient à tout le monde et même aux étrangers ».

⁵¹⁷ Léon DUGUIT - *Traité de droit constitutionnel*, De Boccard, 2^e éd., 1923, p.336, t.3.

⁵¹⁸ Yves GAUDEMET – « Les droits réels sur le domaine public » - AJDA, 2006, p.1094.

⁵¹⁹ Léon DUGUIT, op.cit., p.357.

de veiller sur le domaine public, ne doit apporter aucune modification qui pourrait dénaturer la règle de l'inaliénabilité du domaine public. Ainsi, la constitution des droits réels sur le domaine public demeure, selon cette position, l'exemple de dénaturation de ladite règle.

II/ L'interdiction de constituer des droits réels : un démembrement du droit de la propriété

390. Même après que l'idée de la propriété administrative fut admise, la règle législative de l'inaliénabilité du domaine public interdisait toute constitution des droits réels sur le domaine public. Selon le professeur GAUDEMET, « l'interdiction des droits réels est alors présentée comme une conséquence logique et nécessaire de l'inaliénabilité du domaine public que la loi seule peut écarter »⁵²⁰. Cette logique fut la position de la jurisprudence (A). Par ailleurs, cette interdiction avait engendré des conséquences (B).

A/ L'interdiction de constituer des droits réels : une position jurisprudentielle

391. Il faut rappeler que le domaine public constitue l'ensemble des biens affectés à l'utilité publique. C'est donc cette affectation⁵²¹ qui fonde le principe de l'inaliénabilité puisque le propriétaire dudit domaine ne peut agir sans se conformer à cette affectation. Or, créer ou attribuer des droits réels sur le domaine public demeure un démembrement du droit de la propriété publique et donc accorderait des droits à l'usager dudit domaine, des droits semblables au droit de propriété des personnes publiques. Cela laisserait croire que le domaine public ferait l'objet d'un partage de propriété entre le propriétaire et l'usager ou l'occupant du domaine. Une telle règle porterait atteinte aux conditions de la domanialité publique. Comme l'a souligné le professeur CHAPUS, « permettre que le domaine public puisse être grevé, au profit de tiers, de droits réels, tels que les droits d'usufruit, d'emphytéose, ou les servitudes, serait permettre un démembrement du droit de propriété dont il fait l'objet, et par suite une aliénabilité partielle du domaine public »⁵²².

392. Cette approche a été rappelée en 1985 par le Conseil d'État, dans l'affaire EUROLAT. Le juge condamne toute pratique de l'administration visant à l'attribution des droits réels aux occupants du domaine public. Dans le cas d'espèce, par convention du 10 juillet 1972, le syndicat intercommunal pour la création et la gestion provisoire de maisons de retraite

⁵²⁰ Yves GAUDEMET - « Les droits réels sur le domaine public » - AJDA, 2006, p.1094.

⁵²¹ La professeure MORAND-DEVILLER a écrit que, « l'affectation entraîne la domanialité publique qui entraîne l'inaliénabilité des biens [...] » : v- Jacqueline MORAND-DEVILLER - « Domaine public, affectation, copropriété » - RDI, 1995, p.457.

⁵²² René CHAPUS - *Droit administratif général*, Montchrestien, 3^e éd., 1988, p.303, t.2.

publiques intercommunales dans les communes de l'ancien canton de Boissy-Saint-Leger a confié à l'association Eurolat la création et la gestion d'un foyer-logement pour personnes âgées et handicapées sur un terrain situé à Villiers-Sur-Marne qu'il lui louait par Bail emphytéotique. Et en contrepartie, l'association allait mettre à la disposition de ce syndicat un certain nombre de lits destinés à l'hébergement des personnes âgées. En conséquence, l'association était chargée d'exécuter une mission de service public. Selon le Conseil d'État, cette convention est nulle puisqu'elle contient des clauses attribuant à l'association des droits réels sur le domaine public. Il a considéré que « l'une des clauses interdisait la résiliation du bail avant le remboursement complet du prêt accordé par le crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l'association une hypothèque sur les immeubles qu'elle devait construire, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l'exploitant défaillant. Que ces clauses, incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec le nécessité du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles »⁵²³. Il est clair ici que les principes de la domanialité publique impliquent le principe d'inaliénabilité du domaine. Pour le juge, créer des droits réels porterait atteinte à ce principe d'inaliénabilité du domaine public. Alors que l'on sait que « le fondement même du principe d'inaliénabilité est l'affectation »⁵²⁴.

B/ Les conséquences d'une telle interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public

393. Rappelons que le domaine public doit être valorisé. Or, l'investissement demeure un moyen en vue de cette valorisation. Ainsi, les entreprises privées peuvent participer à cette valorisation à une seule condition : disposer des garanties leur permettant de mener à bien leurs activités. Mais comment parvenir à investir sur le domaine public, alors que leurs autorisations demeurent précaires et révocables ?

394. En effet, à travers ces caractères révocables et précaires des occupations du domaine public, et avec l'interdiction de constituer des droits réels au profit de ces occupants, il serait difficile pour ces derniers de pouvoir investir sur le domaine public, alors qu'il est très difficile pour l'administration de mener seule cette mission. En conséquence, l'interdiction de constituer de droits réels sur le domaine public empêche la valorisation du domaine public.

⁵²³ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n°41589 41699.

⁵²⁴ René CHAPUS, *op.cit.*, p.300.

Pour la simple raison que les entreprises, en ne disposant pas assez de garanties pour leurs occupations du domaine public, n'y seront pas attirées par lesdites occupations.

395. D'où l'idée de compenser les caractères révocables et précaires des occupations du domaine public. C'est ainsi que le législateur, pour limiter la décision de 1985, association Eurolat, est venu apporter une dérogation au principe d'inaliénabilité du domaine public afin de « reconnaître aux investisseurs sur le domaine des personnes publiques des droits réels leur conférant des garanties en vue d'obtenir un financement, le législateur a adopté depuis 1988 une série de dispositions [...] pour constituer un progrès par rapport à l'interdiction de principe formulée par la jurisprudence »⁵²⁵. Depuis, la constitution des droits réels est conçue comme une mesure compatible avec le principe de l'inaliénabilité du domaine public. Le législateur comme le juge ont admis cette compatibilité des droits réels et le principe d'inaliénabilité du domaine public. Le but reste dans les nécessités de la valorisation économique du domaine public, laquelle demeure le fruit de l'intervention des opérateurs économiques.

Paragraphe 2/ La compatibilité des droits réels au principe d'inaliénabilité

396. Parmi les conséquences de la règle d'inaliénabilité, figure l'interdiction de constituer des droits réels⁵²⁶. Or, aujourd'hui, le législateur a mis en place une série des dispositions reconnaissant la création des droits réels sur le domaine public⁵²⁷. Ces dispositions sont déclarées compatibles avec le principe de l'inaliénabilité du domaine public. Il faut noter que « le principe d'inaliénabilité, qui peut paraître irréductible, n'est pas un principe à valeur

⁵²⁵ Pierre DELVOLLÉ - « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : L'incohérence » - RFDA, 2010, p.1125.

⁵²⁶ Le professeur LAVROFF a écrit que, « l'inaliénabilité comportait plusieurs conséquences : L'interdiction de vendre le bien, l'imprescriptibilité du bien, l'interdiction de constituer des droits réels sur les biens du domaine public, l'impossibilité d'exproprier les biens du domaine public » : v- Dmitri-Georges LAVROFF - « Domaine des collectivités locales, règles communes (régime juridique des biens domaniaux) » - Répertoire de droit immobilier, Dalloz, 2008, p.356.

⁵²⁷ Le professeur DELVOLLÉ a présenté ces dispositions de façon chronologique lorsqu'il a écrit que, « les principales dispositions sont les suivantes : Pour les baux emphytéotiques administratifs, elles relèvent de trois séries : article 13 de la loi du 5 janvier 1988, loi du 29 Aout 2002, du 9 Aout 2004, du 17 février 2009, du 13 juillet 2010, ordonnance du 30 décembre 2005 et du 21 avril 2006. Pour les autorisations d'occupation temporaire du domaine public, la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution des droits réels sur le domaine public de l'Etat. Pour les contrats de partenariat, ordonnance du 17 juin 2004, modifiée par les lois du 28 juillet 2008 et du 17 février 2009 » : v- Pierre DELVOLLÉ - « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : L'incohérence » - RFDA, 2010, p.1125.

constitutionnelle. C'est ainsi avec une facilité déconcertante que le législateur peut le remettre en cause »⁵²⁸.

397. Le principe d'inaliénabilité reste un principe à valeur législative (I). Dès lors, le législateur peut apporter une exception mais à condition de ne pas autoriser une activité incompatible avec l'affectation du domaine public (II).

I/ La valeur législative du principe de l'inaliénabilité

398. Il ne fait aucun doute que si ce principe était placé au rang constitutionnel, il eut été difficile pour le législateur d'apporter des exceptions audit principe, puisque l'inaliénabilité interdit toute modification à l'affectation du domaine public. De la même sorte, il serait impossible pour le législateur d'autoriser la constitution des droits réels au profit des occupants du domaine public. Car, si l'on reprend les termes du professeur CHAPUS selon lesquels, « le fondement même du principe d'inaliénabilité [est] : l'affectation »⁵²⁹, ce disant, il s'agit là d'une interdiction d'autoriser une activité qui irait à l'encontre de cette affectation.

399. Par ailleurs, le principe d'inaliénabilité reste, aujourd'hui, encore, un principe à valeur législative (A), une valeur législative appuyée par le refus du conseil constitutionnel de placer ce principe au rang constitutionnel. De ce fait, le législateur peut y déroger (B).

A/ Le refus de placer le principe de l'inaliénabilité au rang constitutionnel

400. S'agissant de la constitution des droits réels sur le domaine public, le Conseil constitutionnel était amené à se prononcer sur la valeur juridique du principe d'inaliénabilité du domaine. Rappelons que la jurisprudence, *Association Eurolat*, avait considéré que la constitution des droits réels reste incompatible avec les principes de la domanialité publique, entendons par là aussi incompatible avec le principe d'inaliénabilité, le législateur a apporté une limite quant à cette jurisprudence. Et puis, « le Conseil constitutionnel a jugé que le principe d'inaliénabilité du domaine public n'avait pas valeur constitutionnelle »⁵³⁰, même s'il

⁵²⁸ Marguerite CANEDO-PARIS - « Irréductible principe d'inaliénabilité du domaine public » - AJDA, 2010, p.1311.

⁵²⁹ René CHAPUS - *Droit administratif général*, Montchrestien, 3^e éd., 1988, p.300, t.2.

⁵³⁰ Dmitri-Georges LAVROFF - « Le régime juridique des biens domaniaux » - Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 3, 2008, p.357.

est vrai que le Conseil constitutionnel évita de répondre de façon directe à cette question relative à la valeur juridique du principe d'inaliénabilité du domaine public⁵³¹.

401. En effet, en 1986, le Conseil constitutionnel a été saisi par des parlementaires de la conformité de la loi relative à la liberté de communication à la constitution et ils avaient contesté l'alinéa 5 de l'article 103 de la loi déferée en tant qu'il méconnaissait le principe d'inaliénabilité du domaine public. Et le Conseil constitutionnel de répondre « sans besoin de rechercher si le principe d'inaliénabilité du domaine public a valeur constitutionnelle, il suffit d'observer qu'il s'oppose seulement à ce que des biens qui constituent ce domaine soient aliénés [...] »⁵³². En reprenant l'expression, « Sans besoin de rechercher », il est observé que le principe d'inaliénabilité n'est pas en réalité un principe à valeur constitutionnel au motif que le juge constitutionnel s'est abstenu de répondre à la question. De ce fait, le principe d'inaliénabilité demeure, à l'heure actuelle, un principe à valeur législative. Ainsi, « en refusant de se prononcer sur la question de la valeur constitutionnelle du principe d'inaliénabilité »⁵³³, le Conseil constitutionnel a fait rentrer le principe d'inaliénabilité dans les compétences du législateur qui découle de l'article 34 de la constitution⁵³⁴.

B/ L'exception au principe de l'inaliénabilité du domaine public

402. En principe, le principe de l'inaliénabilité fait obstacle à l'autorité domaniale de vendre les biens de dépendance du domaine public. Cela suppose tout simplement que « l'inaliénabilité du domaine public est avant tout une obligation de l'appropriation publique de la dépendance. La règle d'inaliénabilité, quant à elle, vient seulement limiter l'exercice du droit de propriété de la personne publique pour garantir le respect de cette propriété publique

⁵³¹ Comme l'a écrit le professeur Geneviève GONDOUIN, « en 1994, pas plus qu'en 1986, le Conseil constitutionnel ne se prononce sur la valeur accordée au principe d'inaliénabilité » : v- Geneviève GONDOUIN - « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat relative à la constitution de droits réels sur le domaine public » - AJDA, 1994, p.786.

⁵³² CC, n°86-217 DC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication.

⁵³³ Philippe JUEN - « la compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels » - RDI, 2000, p.121.

⁵³⁴ Dans sa décision 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, le Conseil constitutionnel saisi par des députés de la conformité de cette loi à la constitution, notamment de la conformité de l'article 1 de ladite loi au principe de l'inaliénabilité, n'a pas répondu explicitement à cette question. Il a considéré que « les règles et garantis énoncés sont de nature à assurer le fonctionnement des services publics et la protection de la propriété publique en conformité avec les dispositions et principes à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés. Que si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article 1^{er} de la loi le principe selon eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation des biens appartenant au domaine public ».

obligatoire »⁵³⁵. Ainsi, ce principe est conçu comme étant l'un des principes destinés à assurer la protection de ces biens et de ce fait, il s'opposait, en principe, à la constitution des droits réels aux occupants privatifs du domaine public. Autrement dit, le principe de l'inaliénabilité fait obstacle à l'attribution des droits réels aux occupants du domaine public. De ce fait, les autorités domaniales ne peuvent déroger à ce principe.

403. Mais puisque ledit principe n'a pas de valeur constitutionnelle, « le législateur pouvait valablement y déroger »⁵³⁶. Toutefois, cette dérogation ne doit pas être incompatible avec les règles de l'affectation du domaine public, en ce sens que cette affectation demeure le fondement même de ce principe. En effet, dans un souci de valorisation économique du domaine public, il demeure nécessaire, dans ce cas, de faire appel à des investisseurs privés en vue de la valorisation dudit domaine. Or, en interdisant l'attribution des droits réels au nom du principe d'inaliénabilité, les investisseurs privés ne seront plus intéressés en vue d'exercer leurs activités économiques et d'autant plus que les autorisations domaniales ont des caractères à la fois précaires et révocables. C'est ainsi que la constitution des droits réels reste un moyen pouvant garantir aux investisseurs afin d'exercer leurs activités au sein du domaine public. À cet égard, le législateur est le seul à pouvoir apporter une dérogation au principe d'inaliénabilité, dans la mesure où ce principe relève de sa compétence. Il est à constater qu'en raison de cet objectif de valorisation économique du domaine public, l'inaliénabilité ne s'oppose pas à ce que des droits réels soient attribués aux occupants du domaine public. Il faudrait, en revanche, que la dérogation soit faite dans le respect de l'affectation à l'utilité publique.

II/ Une dérogation au principe de l'inaliénabilité soumise au respect de l'affectation du domaine public

404. Dans la jurisprudence *Eurolat*, le Conseil d'État considéra que la constitution des droits réels portait atteinte au principe d'inaliénabilité. Puisque le domaine public étant affecté à l'utilité publique, le principe d'inaliénabilité permet d'assurer la protection de cette affectation.

405. Toutefois, pour limiter cette jurisprudence, le législateur est venu autoriser les propriétaires du domaine public à attribuer des droits réels aux occupants dudit domaine. À

⁵³⁵ Hervé de GAUDEMAR - *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse, Paris II, 2006, dact.,.

⁵³⁶ Dmitri-Georges LAVROFF - « Le régime juridique des biens domaniaux » - Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 3, 2008, p.357.

noter que la constitution des droits réels revient à valoriser économiquement le domaine public, elle implique le renforcement, à cet égard, de l'affectation du domaine public à l'utilité publique (A). De plus, elle reste compatible à cette affectation (B).

A/ La constitution des droits réels sur le domaine public : un renforcement de l'affectation du domaine

406. L'affectation du domaine public suppose que celui-ci soit destiné, soit à l'usage de tous, soit à un service public (avec l'aménagement indispensable). En principe, il est donc interdit d'autoriser des occupations qui porteraient atteinte à cette affectation. Il est vrai que l'idée de constituer des droits réels pourrait paraître incompatible avec cette affectation mais le législateur a apporté des éléments clairs en vue de les rendre compatibles. Ainsi, certaines constitutions de droits réels sur le domaine public de l'État sont accordées en vue de réaliser des « ouvrages, constructions ou installations [...] nécessaires à la continuité du service public » comme le précise l'article L.2122-10 du code général de la propriété des personnes publiques. Quand bien même l'attribution de ces droits réels dépend de l'accord de l'État, en cas d'octroi, elle est attribuée en vue de réaliser des ouvrages, installations et constructions indispensables à la continuité du service public. Sans doute, le bien du domaine public affecté à un service public demeure protégé dans la mesure où l'octroi des droits réels vise à la continuité du service public auquel le bien est affecté.

407. C'est le cas également de l'article L.2122-20.2 du même code qui autorise la constitution des droits réels, aux occupants du domaine public des collectivités territoriales, à leurs groupements et à leurs établissements publics, lorsque le but poursuivi est d'intérêt général. On lit dans cet article que « les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics peuvent [...] soit délivrer des autorisations d'occupations constitutives de droit réels dans les conditions déterminées par les articles L.1311-5 à L.1311-8 du Code général des collectivités territoriales ».

408. Il est clair qu'avec toutes ces dispositions, elles visent le renforcement de l'affectation du domaine public à l'utilité publique mais aussi à la valorisation du domaine public. C'est ainsi que cette constitution des droits réels sur ce domaine reste compatible avec l'affectation du domaine public. De toute évidence, le principe d'inaliénabilité reste inchangeable.

B/ La constitution des droits réels sur le domaine public : un principe compatible au principe de l'inaliénabilité du domaine public

409. Le domaine public est frappé d'inaliénabilité. Ce principe, qui est l'un des principes qui régissent ledit domaine⁵³⁷, fait obstacle, en principe, à la cession par l'autorité domaniale des biens du domaine public à une personne privée. Elle ne doit non plus attribuer des droits réels aux occupants dudit domaine car cela constituerait un démembrement de droit de propriété. Sur ce point, il faut rappeler que la Haute juridiction administrative, dans l'affaire dite *Eurolat*, avait considéré que la constitution des droits réels demeurerait incompatible avec le principe de l'inaliénabilité du domaine public.

410. Toutefois, il est à noter qu'une telle interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public empêche la valorisation économique dudit domaine, en ce sens qu'il y aurait moins d'investisseurs qui seraient intéressés par ledit domaine en vue d'exercer leurs activités économiques. Or, comme le domaine public est une source de revenus pour les autorités domaniales, il faut reconnaître que ces investisseurs sont aussi à l'origine de la valorisation du domaine public. À ce propos, le professeur GODFRIN a écrit que « les utilisations privatives, chaque fois qu'elles sont compatibles avec l'utilisation principale, sont normales et doivent même être encouragées, dans la mesure où elles sont non seulement sources de revenus pour la collectivité propriétaire, mais aussi participent au développement économique général. Ainsi, l'occupant devient un partenaire économique qui, tout en se livrant à son activité professionnelle participe à la mise en valeur du domaine et par voie de conséquence, à l'enrichissement de la collectivité publique »⁵³⁸.

411. Le législateur a apporté des dérogations à ce principe de l'inaliénabilité sans pour autant y porter atteinte. Il est, dans ce cas, admis que le principe de l'inaliénabilité demeure compatible avec la constitution des droits réels sur le domaine public. Cette affirmation de la compatibilité entre droits réels et principe d'inaliénabilité est le fruit de la jurisprudence constitutionnelle. Après avoir été saisi de la conformité à la constitution de la loi 1988 d'amélioration de la décentralisation et de 1994 loi complétant le code du domaine public de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, le Conseil constitutionnel a, en assurant la constitutionnalité de cette loi de 1994, considéré que « si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article 1^{er} de la loi le principe selon

⁵³⁷ Mme LAVAL a écrit que, « La domanialité [reste] construite sur le principe clé de voûte de l'inaliénabilité » : v- Nathalie LAVAL - « Développement économique et domaine public » - LPA, 1997, p.13.

⁵³⁸ Philippe GODFRIN - *Droit administratif des biens*, Armand Colin, 5^e éd., 1997, p.109.

eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation des biens appartenant au domaine public. Que par suite le grief invoqué manque en fait »⁵³⁹. Avec une telle considération, le Conseil constitutionnel affirme, ainsi, la compatibilité de la constitution de droit réel avec l'affectation du domaine public.

412. Puisque l'inaliénabilité fonde l'affectation, la compatibilité des droits réels avec la première l'est aussi avec la seconde. On voit très bien qu'avec la décision du Conseil constitutionnel de 1994, l'affectation du domaine public ne doit pas être méconnue. Et « ces droits réels peuvent être accordés aux occupants du domaine publics dans la mesure où ils sont compatibles avec l'affectation »⁵⁴⁰. Le Conseil constitutionnel l'a affirmé que la « disposition applicable en vertu du premier alinéa de l'article L.34-5 aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public doit être entendue comme excluant toute autorisation d'activités qui ne seraient pas compatibles avec l'affectation du domaine public concerné ».

413. Dès lors que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux autorités publiques, y compris aux juges ordinaires, le Conseil d'État a reconnu la constitution des droits réels sur le domaine public en tant que droits compatibles avec le principe d'inaliénabilité. Alors que l'on sait très bien que « l'inaliénabilité ne s'applique qu'à des biens affectés à l'usager public ou à un service public »⁵⁴¹, la constitution des droits réels sur le domaine public ne porte pas atteinte au principe de l'inaliénabilité et donc à l'affectation du domaine public⁵⁴².

414. Par ailleurs, « les dispositions de droits réels sur le domaine public est susceptible d'intéresser [...] les voisins du domaine public surtout lorsque leurs propriétés sont imbriquées dans des dépendances domaniales [...] »⁵⁴³. Dans cette situation, c'est toujours la collectivité publique propriétaire qui demeure le maître de gestion en la matière.

⁵³⁹ CC, n° 94-346 DC, 21 juillet 1994.

⁵⁴⁰ Philippe JUVEN - « La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels » - RDI, 2000, p.121.

⁵⁴¹ Jacqueline MORAND-DEVILLER - *Droit administratif des biens*, LGDJ, 9 éd., 2016, pp.178 à 179.

⁵⁴² CE, 7 juin 2010, Montravers, n°320188.

⁵⁴³ Yves GAUDEMET - *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.205, t.2.

Chapitre 2/ Le rapport entre le domaine public et son voisinage : un rapport exorbitant du droit civil justifié par la propriété publique - publique

415. La liberté de gestion dont dispose le maître du domaine découle de la propriété publique exercée sur le domaine public. Il est donc nécessaire de diviser cette propriété publique – ensemble des biens du domaine privé et du domaine public de la personne publique- en deux : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée.

416. C'est donc la propriété publique - publique qui fait naître ce rapport exorbitant entre l'administration propriétaire et son voisinage. Ceci s'explique par l'existence d'un rapport d'inégalité entre l'administration propriétaire du domaine public et son voisinage. Ce rapport exorbitant est inexistant lorsqu'il s'agit des relations entre le domaine privé et les fonds privés, car l'administration est soumise aux mêmes obligations que la personne privée. On lit que « la délimitation du domaine privé est effectuée selon la procédure du bornage qui met à égalité les deux voisins, l'administration et la personne privée »⁵⁴⁴, alors que pour la délimitation du domaine public, il « résulte d'un acte administratif unilatéral de l'administration »⁵⁴⁵, lequel est édicté à l'aide des prérogatives de puissance publique. Cette délimitation du domaine public de manière unilatérale manifeste ainsi la liberté de gestion du dudit domaine (Section 1).

417. Par ailleurs, on s'y intéressera également à la question de savoir si les voisins du domaine public peuvent bénéficier des droits réels. Sur ce point, « il convient de distinguer les droits réels consentis à l'occupant du domaine public, des droits réels dont bénéficie le voisin sur le domaine public. Si les premiers sont désormais autorisés et encadrés par la loi et sont, à ce titre, des droits réels administratifs, les seconds, quant à eux, assimilés à des droits réels de nature civile, soulèvent davantage des questions »⁵⁴⁶. Toutefois, au-delà de ces questions, l'existence des charges de voisinages manifestent la liberté de gestion du domaine public (Section 2), en raison du fait « qu'il s'agit de servitudes du droit administratif, comportant des caractères originaux, inconnus des servitudes du droit civil »⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Philippe GODFRIN, Michel DEGOFFE – *Droit administratif des biens*, Sirey, 12^e éd., coll. Université, 2018, p. 12.

⁵⁴⁵ Gustave PEISER - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 20^e éd., 2010, p.34.

⁵⁴⁶ Fabrice HOURQUEBIE - « Les servitudes conventionnelles sur le domaine public » - RFDA, 2007, p.1165.

⁵⁴⁷ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2015, p.351, t.2.

Section 1 : La délimitation du domaine public et la liberté de gestion du domaine public

418. La reconnaissance d'un droit de propriété publique sur le domaine public confère à la collectivité publique propriétaire des prérogatives de puissance publique lui permettant de déclencher des « [...] procédures de délimitation unilatérale du domaine [et qui] sont, en particulier pour les voies publiques, celles de l'alignement qui permet de réaliser des transferts autoritaires de propriété au profit de l'administration »⁵⁴⁸. Ces procédures sont réalisées selon les règles exorbitantes de droit commun⁵⁴⁹. Cela confère à l'administration une liberté d'action dans la gestion de son domaine public, quand bien même cette délimitation présente des caractères différents selon la catégorie du domaine public, naturel ou artificiel.

419. Rappelons que « le droit positif ne permet pas de trancher le débat relatif à la nature de la propriété des personnes publiques »⁵⁵⁰, pour cette raison, il est soutenu, dans cette étude, que cette propriété publique doit être divisée en deux : propriété publique – publique et propriété publique – privée. Cette division est nécessaire en ce qu'elle nous permet de souligner que l'autorité domaniale demeure libre dans la gestion du domaine public, notamment en ce qui concerne l'opération de délimitation dudit domaine. De ce fait, elle dispose, en raison de cette propriété publique qualifiée de publique, des prérogatives (Paragraphe I). En revanche, cette délimitation peut provoquer un litige pouvant faire intervenir les deux ordres de juridictions (Paragraphe 2).

Paragraphe 1/ La propriété publique – publique et la délimitation du domaine public

420. Parce que « la propriété publique est la première condition de la domanialité publique »⁵⁵¹, il est clair que la délimitation dudit domaine reste liée à la propriété publique. C'est donc l'administration propriétaire qui délimite. Selon le professeur GAUDEMET, « le droit administratif connaît un système juridique de délimitation domaniale très différent du

⁵⁴⁸ Jean DUFAU - « Propriété publique et domanialité publique » - AJDA, 2012, p.1381.

⁵⁴⁹ À ce propos, Mylène Le ROUX explique que, « la délimitation entre le domaine public immobilier et la propriété contiguë-privée ou publique [...] doit être distinguée de celle du domaine privé et de la propriété privée en ce qu'elle s'opère selon des procédés de droit public » : v- Mylène Le ROUX - « Délimitation du domaine public » - J.-Cl. Pp, Fasc.5, 2012, p.3.

⁵⁵⁰ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Rozen NOGUELLOU – *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3^e éd., Coll. Grands arrêts, 2018, p. 13.

⁵⁵¹ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.73, t.2.

régime de droit civil de bornage »⁵⁵². Et c'est en raison de cette propriété publique, en plus de l'affectation du domaine à l'utilité publique que la délimitation se réalise de façon unilatérale.

421. Par définition, la délimitation « consiste à circonscrire, fixer ou identifier les limites, notamment entre propriétés immobilières contiguës »⁵⁵³ et reste une opération obligatoire en ce qui concerne le domaine public. En effet, d'une manière générale, la délimitation du domaine public est une opération qui consiste à « la fixation de ses limites par rapports aux propriétés privées riveraines »⁵⁵⁴. La collectivité, propriétaire et gestionnaire du domaine public, doit fixer les limites entre celui-ci et les propriétés voisines. En revanche, il faut rappeler que cette délimitation s'effectue de façon unilatérale et donc sans le consentement des administrés, propriétaires voisines dudit domaine. C'est ainsi qu'il est impossible d'appliquer les règles civiles de droit privé à la délimitation du domaine public (I). Néanmoins, c'est dans le domaine public artificiel que la délimitation reste, dans certains cas, un « attributif de propriété » (II).

I/ La délimitation du domaine public et l'inapplicabilité des règles civiles de droit commun

422. Le domaine public échappe aux règles de droit privé qui s'appliquent en matière de délimitation des biens immobiliers des personnes privées. Autrement dit le régime du bornage n'est pas applicable au domaine public. En effet, le bornage est vu comme une opération qui « a pour caractéristique majeure d'affecter simultanément et indissociablement deux propriétés. En fixant la limite de l'une, l'opération détermine celle de l'autre »⁵⁵⁵. Ce principe de bornage est prévu à l'article 646 du code civil en vertu duquel « tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs ». Il est à rappeler que cet article consacre non seulement une égalité financière lors de l'opération de bornage mais aussi consacre un droit aux voisins de demander cette opération de bornage. De la même sorte, cet article oblige le propriétaire sollicité à accepter la demande de bornage. Alors que s'agissant de la délimitation du domaine public, elle reste une opération réalisée de façon unilatérale sans même le consentement des administrés (A). Toutefois, cette opération demeure obligatoire pour la collectivité publique (B).

⁵⁵² Ibid., p. 335.

⁵⁵³ Mylène le Roux - « Délimitation du domaine public » - J.-Cl. A, Fasc.405-24, 2012, p.1.

⁵⁵⁴ Pierre TIFINE - « Domaines » - J.-Cl. A, 2018, n°42.

⁵⁵⁵ Christian ATIAS, Benoît GRIMONPREZ - « Bornage » - Répertoire de droit immobilier, Dalloz, 2016, n°2.

A/ Le caractère unilatéral de l'opération de délimitation du domaine public

423. Le caractère unilatéral de la délimitation du domaine public manifeste la liberté d'action dont dispose l'autorité domaniale. Et la propriété publique, que cette étude qualifie de publique, en est le fondement de cette liberté. Dès lors, elle n'est pas assimilable à celle exercée sur le domaine privé. Ainsi, l'opération de délimitation du domaine public montre bien que l'administration propriétaire dispose d'une marge de manœuvres contrairement à la délimitation du domaine privé.

424. En effet, pour distinguer la délimitation du domaine public du bornage, la première se réalise de façon unilatérale par le biais d'un acte administratif, dans la mesure où « l'administration est seule compétente pour délimiter le domaine public et, par la même, pour fixer les limites entre sa propriété et celle des particuliers »⁵⁵⁶. De ce fait, le régime applicable est « un régime autonome de droit public et le régime du bornage lui est par principe et généralement inapplicable »⁵⁵⁷. La propriété publique exercée sur le domaine public y est pour quelque chose dans la mesure où le régime applicable sur cette propriété est différent de celui qui s'applique aux propriétés privées, voire à la propriété publique exercée sur le domaine privé de l'administration.

425. C'est donc un acte administratif unilatéral qui délimite le domaine public⁵⁵⁸. Et comme tout acte administratif édicté par la voie unilatérale, il ne nécessite pas l'accord de la volonté des administrés⁵⁵⁹, en l'occurrence les voisins. Sur ce point, la Cour administrative d'appel a rappelé que « la délimitation du domaine public revêt un caractère unilatéral [...] et ne peut légalement intervenir par voie d'accord avec le riverain »⁵⁶⁰. Ainsi, cette délimitation relève de la compétence de la collectivité propriétaire du domaine public qui l'opère de façon unilatérale et en conséquence « la collectivité ou un propriétaire privé qui saisirait le juge administratif d'un recours visant à ce que ce juge se substitue à la personne publique

⁵⁵⁶ Philippe GODFRIN, Michel DEGOSSE – *Droit administratif des biens*, Sirey, 12^e éd., coll. Université, 2018, p. 95.

⁵⁵⁷ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.335, t.2.

⁵⁵⁸ Sur ce point, le professeur PEISER explique qu'« en droit administratif, la délimitation - tout au moins la délimitation des biens affectés à l'usage de tous - résulte d'un acte administratif unilatéral de l'administration » : v- Gustave PEISER - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 20^e éd., 2010, p.34.

⁵⁵⁹ Le professeur TIFINE a expliqué que « la délimitation du domaine public (...) obéit à une procédure spéciale qui présente [...] un caractère unilatéral. Elle est faite par l'administration chargée de la conservation de ce domaine » : v- Pierre TIFINE - « Domaines » - J.-Cl. A, 2016, n°42.

⁵⁶⁰ CAA, Lyon, 14 mars 2013, *Commune du Pont De Labeaume*, n°12LY00793.

propriétaire pour délimiter le domaine public, verrait son recours déclaré irrecevable »⁵⁶¹. Par-là, la délimitation du domaine public, effectuée par la voie unilatérale, est une manifestation de la liberté de gestion dudit domaine. C'est ce caractère unilatéral qui manifeste ainsi la liberté de gestion dont dispose le maître du domaine.

B/ Le caractère obligatoire de l'opération de délimitation du domaine public

426. La délimitation du domaine public demeure obligatoire pour l'administration lorsqu'elle est demandée par un riverain. En effet, cette demande est un droit pour le riverain mais en aucun cas, il n'est dans l'obligation de la faire. Ainsi, dans l'hypothèse où cette demande a été faite, l'administration est tenue de l'accepter et donc de réaliser cette opération de délimitation du domaine public comme l'a considéré le Conseil d'État, à propos du domaine public fluvial, « que s'il n'appartient qu'à l'autorité administrative d'opérer, sous le contrôle du juge, la délimitation du domaine public naturel, les riverains sont en droit de lui demander d'user de cette prérogative, sans que puisse leur être opposée une fin de non-recevoir tirée de l'action en revendication qu'ils pourraient exercer devant les tribunaux judiciaires, laquelle ne poursuit pas le même but »⁵⁶².

427. Ce caractère obligatoire de la délimitation du domaine public ne doit pas faire l'objet d'une intervention du juge. Ce qui fait donc la différence entre la délimitation dudit domaine et celle du bornage. Mais au-delà de ces caractères généraux de la délimitation du domaine public, celle-ci est un attribut de propriété dans le cadre de la délimitation du domaine public artificiel.

II/ La délimitation du domaine public artificiel : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public

428. Par rapport à la délimitation du domaine public naturel, celle du domaine public artificiel reste, dans certains cas, une opération attributive de propriété⁵⁶³. Autrement dit, le propriétaire dudit domaine est doté de prérogatives importantes lors de la délimitation de celui-ci. Ces prérogatives sont une pure illustration de la liberté de gestion du domaine public.

⁵⁶¹ Christophe LAJOYE - « Patrimoine des collectivités territoriales » - J.-Cl. CT, 2009, n° 106.

⁵⁶² CE, 20 Juin 1975, *Leverrier*, n° 89785.

⁵⁶³ À propos de la délimitation du domaine public artificiel, « l'alignement a un effet attributif, non seulement parce qu'il crée unilatéralement les limites des voies publiques mais encore parce qu'il peut, à l'occasion de la délimitation, rectifier les limites de celles-ci en empiétant sur les propriétés privées ou, au contraire, en déclassant des parties de la voie, les faisant tomber soit dans le domaine privé des personnes publiques soit dans le domaine des particuliers » : v- Charles DEBBASCH, Jacques BOURDON, Jean-Marie PONTIER, Jean-Claude RICCI - *Droit administratif des biens*, PUF, 1982, p.81.

Alors que s'agissant, par exemple, de la délimitation du domaine public naturel, elle présente « un caractère purement déclaratif »⁵⁶⁴ et ne vise qu'à « la constatation de situation de fait, susceptible de changements ultérieurs »⁵⁶⁵.

429. Il est à constater, en effet, que dans le cadre de l'alignement, l'administration dispose d'une liberté élargie de gestion (A). Ces pouvoirs sont des privilèges pour l'administration. Qu'en revanche, les riverains bénéficient de garanties en contrepartie de ces privilèges (B).

A/ La liberté de l'autorité domaniale dans la délimitation du domaine public artificiel : le cas de l'alignement

430. Par définition, le domaine public artificiel est celui qui est « composé de dépendances dues à l'action de l'homme »⁵⁶⁶. Et parce qu'il doit être délimité, ce domaine n'échappe pas à la règle, c'est-à-dire qu'elle s'opère de façon unilatérale et présente un caractère obligatoire. Toutefois, contrairement à la délimitation du domaine public naturel, la délimitation du domaine public artificiel s'opère, dans certains cas, de manière libre, notamment dans le cadre de l'alignement.

431. Il faut rappeler que le régime d'alignement est codifié aux articles L.112-1 et s.⁵⁶⁷ du code de la voirie routière. Toutefois, la première consécration du régime d'alignement remonte au 17^e siècle. En effet, c'est dans l'Edit d'Henri IV du 16 décembre 1607 qu'on retrouve ce régime et donc repris par ledit code. Ainsi, en vertu de l'article L.112-1 dudit code, « l'alignement est la détermination par l'autorité administrative de la limite du domaine public routier aux droits des propriétés riveraines »⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ Yves GAUDEMET -*Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.337, t.2.

⁵⁶⁵ CE, 6 février 1976, *Secrétaire d'Etat Transports*.

⁵⁶⁶ Charles DEBBASCH, Jacques BOURDON, Jean-Marie PONTIER, Jean-Claude RICCI - *Droit administratif des biens*, PUF, 1982, p.71.

⁵⁶⁷ À propos de ces articles, le juge constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité par la cour de cassation, a considéré qu'ils sont conformes à la Constitution. Mais toutefois, s'agissant de l'article L.112-2 du code de la voirie routière, le juge constitutionnel a posé une réserve quant à la conformité de cet article à la Constitution en ce sens qu' en l'espèce, « l'atteinte aux conditions d'exercice du droit de la propriété serait disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi si l'indemnité due à l'occasion du transfert de propriété ne réparait également le préjudice subi du fait de la servitude de reculement » : v- DC, 02 décembre 2011, n°2011-201-QPC. Dans les cas d'espèce, le Conseil constitutionnel était saisi par la Cour de cassation en date du 28 novembre 2011 d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux articles 4 et 5 de l'édit d'Henri du 16 décembre 1607, codifiés aux articles L.112-1 et L.112-2 du code de la voirie routière ».

⁵⁶⁸ En effet, le juge administratif a obligé l'établissement de cet alignement et faute de quoi, l'administration ne peut revendiquer des biens comme dépendances du domaine public. A ce propos, le Conseil d'Etat avait considéré que « faute pour la commune d'avoir établi un plan d'alignement de la voie, l'alignement ne peut être fixé qu'en fonction des limites réelles de celles-ci. Qu'il résulte de l'instruction que le calvaire dont la propriété

432. En effet, cet acte de délimitation s'opère de manière unilatérale selon deux actes : le plan d'alignement et l'alignement individuel. En revanche, il serait important de préciser ce qui explique ces prérogatives dont dispose l'autorité domaniale dans le cadre de la procédure d'alignement. D'abord, l'alignement « non seulement constitue lui aussi une procédure de délimitation administrative unilatérale, mais encore il permet à l'administration de modifier, si elle le souhaite, les limites préexistantes de la voie et d'empiéter sur les propriétés privées riveraines pour s'en approprier des portions »⁵⁶⁹. Et cette liberté découle des prérogatives dont dispose l'administration dans le cadre de la délimitation du domaine public artificiel. Mais il faut ajouter que seul l'acte relatif au plan d'alignement attribue à l'administration cette large liberté. S'agissant de l'alignement individuel, il n'est que récognitif, autrement dit, il n'est « que l'application individuelle du plan »⁵⁷⁰ et présente donc un caractère simplement déclaratif.

433. Ainsi, pour le plan d'alignement, il fixe les limites entre les voies publiques et les propriétés des riverains. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a considéré que « le plan d'alignement vise à améliorer la sécurité routière et à faciliter les conditions de la circulation. Qu'ainsi, il répond à un motif d'intérêt général »⁵⁷¹. On peut considérer, au regard de cette décision, que les prérogatives de l'administration lors de la mise en œuvre du plan d'alignement sont destinées à l'intérêt général. Ce dernier justifie ces prérogatives de l'administration parmi lesquelles figurent la prérogative d'élargir les voies publiques ou celle de rétrécir celles-ci.

434. Toutefois, les propriétaires riverains de l'administration bénéficient aussi des droits en contrepartie de ces prérogatives.

B/ Les droits des propriétaires riverains de l'administration

435. Rappelons-le que le plan d'alignement « permet à l'autorité administrative dont relève la voie publique concernée de reprendre son tracé en le lissant, l'élargissant ou même, plus exceptionnellement, en le réduisant. Elle est l'expression d'une prérogative traditionnelle de

est contestée est située à l'extérieur de la voie et ne constitue pas une dépendance » : v- CE, 4 mars 1977, *Veuve Peron*, n°01964.

⁵⁶⁹ Yves Gaudemet – *Traité de droit administratif. Droit administratif des Biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.340, t.2.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p.342.

⁵⁷¹ DC, 02 décembre 2011, n°2011-201-QPC.

puissance publique [...] »⁵⁷². Mais cette prérogative qui provoque un transfert de propriété donne droit à une indemnisation au profit des riverains de l'administration. Ainsi, la dépossession de la propriété des riverains est compensée par cette indemnisation qui s'opère de deux manières : soit à l'amiable, soit selon comme en matière d'expropriation⁵⁷³.

436. Toutefois, quand bien même l'indemnisation, en cas de dépossession de la propriété riveraine au profit de la collectivité publique, peut s'opérer selon les règles de l'expropriation, la procédure d'alignement demeure différente de la procédure relative à l'expropriation. Ceci s'explique par le fait que la procédure d'alignement ne vise pas une privation entière de droit de propriété. C'est ce qui ressort de la décision de Conseil constitutionnel, lorsqu'il a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, que, « le plan d'alignement n'attribue à la collectivité publique le sol des propriétés qu'il délimite que dans le cadre de rectifications mineures du tracé de la voie publique. Qu'il ne permette ni d'importants élargissements ni a fortiori l'ouverture des voies nouvelles. Qu'il ne peut en résulter une atteinte importante à l'immeuble. Que, par suite, l'alignement n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la déclaration de 1789 »⁵⁷⁴. Ce disant, le Conseil constitutionnel limite l'expropriation au cas où, si l'on reprend l'expression du professeur LAVIALLE, « une atteinte à la propriété d'une certaine ampleur »⁵⁷⁵ et donc un rejet, comme l'écrit le professeur FOULQUIER, « d'assimiler la procédure d'alignement à une sorte d'expropriation. [Le Conseil constitutionnel] prétend qu'il s'agit seulement d'une limitation de l'exercice de droit de propriété »⁵⁷⁶.

437. Par ailleurs, bien que cette procédure d'alignement soit différente de l'expropriation, la loi précise que l'indemnisation peut se fixer comme en matière d'expropriation dans le cadre de l'élargissement des voies publiques. Cela nous conduit à la question de savoir quel juge est compétent.

438. En effet, la délimitation du domaine public peut donner lieu à des recours devant les deux ordres de juridictions, celle de l'ordre administratif et celle de l'ordre judiciaire. Le

⁵⁷² Christian LAVIALLE, « La procédure d'alignement à l'épreuve de la constitution » - note sous Cons. Const., 2 décembre 2011, déc. n° 2011-201 QPC, AJDI, 2012, p.570.

⁵⁷³ Sur ce point, l'article L.112-2, al. 3 précise que « lors du transfert de propriété, l'indemnité est, à défaut d'accord amiable, fixée et payée comme en matière d'expropriation ».

⁵⁷⁴ DC n°2011-201 QPC, 2 déc. 2011, *Consorts D*.

⁵⁷⁵ Christian LAVIALLE, « La procédure d'alignement à l'épreuve de la constitution » - note sous Cons. Const., 2 décembre 2011, déc. n°2011-201 QPC, AJDI, 2012, p.570.

⁵⁷⁶ Norbert FOULQUIER, « La compatibilité, sous réserve, de la procédure d'alignement avec la constitution » - note sous Cons. Const., 2 décembre 2011, déc. n° 2011-201 QPC, RDI, 2012, p.170.

premier peut statuer sur le recours dirigé contre les actes de délimitation, alors que le second peut statuer sur les demandes d'indemnisation.

Paragraphe 2 : Le juge et la délimitation du domaine public

439. L'acte de délimitation du domaine public, étant un acte administratif unilatéral, n'échappe pas au contrôle du juge. En principe, c'est le juge administratif qui assure ce contrôle car il est celui qui vérifie la légalité des actes administratifs. En revanche, cet acte de délimitation peut déposséder la propriété du riverain au profit de l'administration, cette dépossession peut donner lieu à des indemnisations, lesquelles peuvent faire l'objet d'une demande auprès du juge de l'ordre judiciaire. Ainsi, il est à noter que le contentieux né de l'acte de délimitation peut faire intervenir le juge (I), de l'ordre administratif (lorsqu'il s'agit de l'annulation), de l'ordre judiciaire (lorsqu'il s'agit de l'indemnisation). Toutefois, les recours exercés devant ces deux juridictions peuvent être exercés successivement (II).

I/ Le juge et le contentieux de la délimitation du domaine public

440. L'acte de délimitation du domaine public reste un acte qui dépossède la propriété du riverain au profit de l'administration. Cet acte exercé de manière unilatérale et qui fait grief peut faire l'objet d'un recours devant le juge de l'ordre administratif (A). Mais il est à noter, également que cette dépossession peut, ainsi, léser le riverain. De ce fait, ce dernier peut obtenir du juge de l'ordre judiciaire l'indemnisation du fait de cette dépossession (B).

A/ Le recours dirigé contre l'acte de délimitation devant le juge administratif

441. Le juge administratif, juge de la légalité administrative, est compétent pour vérifier la légalité de l'acte de délimitation du domaine public. Ainsi, toute délimitation du domaine public qui violerait la règle de droit risque d'être censurée par le juge administratif. De la même sorte que tout terrain qui serait incorporé dans le domaine public, de manière illégale, risquerait d'être censuré par le juge administratif. En d'autres termes, le contrôle de la légalité de la délimitation du domaine public relève de la compétence du juge administratif. Selon le Conseil d'État, « la juridiction administrative ne peut être saisie d'un litige relatif à la délimitation du domaine public des collectivités locales que par la voie d'un recours formé contre une décision de l'autorité chargée de la conservation de ce domaine »⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ CE, 10 décembre 1982, *Epoux Y*, n° 19099.

442. Le juge administratif a donc compétence pour vérifier la légalité de la délimitation du domaine public naturel⁵⁷⁸ et celle de la délimitation du domaine public artificiel⁵⁷⁹. Quant à ce dernier, le juge administratif assure le contrôle de la légalité de l'alignement⁵⁸⁰. C'est ainsi qu'il a été considéré comme entaché d'erreur de droit la décision implicite de refus de délivrer un alignement au motif que ce refus implicite était contraire à la règle de droit relative au plan d'alignement. Pour le juge administratif, « qu'en raison des termes de l'article 11 du décret 14 mars 1964, qui ne prévoit l'entrée en vigueur d'un plan d'alignement qu'à dater de sa publication, le maire ne pouvait légalement refuser, par le motif invoqué, de délivrer, à la date de la décision attaquée, l'alignement demandé. Que la décision implicite de rejet doit, dès lors, être annulée comme entachée d'erreur de droit »⁵⁸¹.

443. Par ailleurs, dans la mesure où le juge de l'ordre judiciaire ne peut statuer sur les questions relatives à l'incorporation d'un bien au domaine public, toujours est-il qu'il est compétent en matière d'indemnisation.

B/ Le juge judiciaire et le contentieux de la délimitation du domaine public

444. En principe, le contentieux de la délimitation du domaine public ne relève pas de la compétence du juge de l'ordre judiciaire. Celui-ci ne peut que poser des questions préjudicielles, lorsque « la contestation porte sur le bien-fondé de l'exception domaniale publique »⁵⁸², au juge administratif. D'une manière générale, lorsqu'il s'agit de la contestation de la légalité d'un acte administratif édicté à l'aide des prérogatives de puissance publique, le juge judiciaire doit surseoir à statuer en vue de saisir le juge administratif par le biais d'une question préjudicielle⁵⁸³. Néanmoins, une exception à ce principe a été dégagée par le Tribunal des conflits en 2011, lorsque le juge des conflits considéra que « si le juge

⁵⁷⁸ La première décision du juge administratif affirmant cette compétence date du 19^e siècle. En effet, dans une décision du 23 mai 1861, le Conseil d'État a admis la possibilité pour les riverains de l'administration de contester la légalité de l'acte de délimitation par la voie du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, par ce que la délimitation du domaine public naturel présente un caractère récognitif, l'administration est tenue uniquement de constater les limites naturelles de ce domaine. Et toute incorporation d'un terrain privé au domaine public alors que ces terrains ne « devaient pas en faire partie » sera considérée comme une incorporation illégale : v- Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.85.

⁵⁷⁹ Qu'il s'agisse du plan d'alignement ou de l'alignement individuel, le riverain peut exercer un recours pour excès de pouvoir contre ces mesures.

⁵⁸⁰ Le Conseil d'État a considéré, à propos de l'alignement, que « les riverains de la voie publique sont recevables à déférer au juge administratif la décision par laquelle le maire fixe l'alignement de la voie publique en bordure de leur propriété » : v- CE, 28 avr. 1989, *Jouvenel*, n°64788.

⁵⁸¹ CE, 28 mai. 1971, *Sieur Pozzo*, n°78334&78335.

⁵⁸² TC, 11 oct. 1993, *Préfet de Gironde*, n°02874.

⁵⁸³ TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n°00732.

administratif est en principe seul compétent pour statuer, le cas échéant par voie de question préjudicielle, sur toute contestation de la légalité d'un acte administratif soulevée à l'occasion d'un litige relevant à titre principal de l'autorité judiciaire, il en va autrement lorsque, au vu notamment d'une jurisprudence établie, la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal »⁵⁸⁴. Ce faisant, il peut arriver que le juge de l'ordre judiciaire se prononce sur des matières relevant de la compétence de son homologue juge administratif lorsqu'aucune difficulté ne se pose et qu'il peut trouver des réponses au sein des règles de droit privé. C'est ainsi que le juge de l'ordre judiciaire, lorsqu'il sera saisi au principal, peut se prononcer sur des questions relevant de la domanialité publique mais à condition qu'aucun doute sérieux ne se pose et dont il peut trouver la solution dans les règles relevant du droit privé.

445. Toutefois, l'acte de délimitation du domaine public peut léser les droits des riverains de l'administration. La délimitation du domaine peut déposséder une partie des biens des riverains. Pour cette raison, la loi prévoit une indemnisation qui peut se fixer soit à l'amiable, soit en matière d'expropriation. Dans ce cadre, la question de la compétence juridictionnelle se pose.

446. En effet, si la loi admet que l'indemnisation peut se faire selon les règles de l'expropriation, il est admis, dans ce cas, que le juge de l'ordre judiciaire soit le juge compétent. En effet, la loi⁵⁸⁵ fait du juge judiciaire « le gardien de la propriété privée immobilière »⁵⁸⁶. Et du fait que la délimitation du domaine public constitue une dépossession d'une propriété privée au profit de l'administration, l'indemnisation rentre dans le régime de l'expropriation⁵⁸⁷. Car si l'on reprend l'expression du doyen HAURIOU, « toutes les fois qu'en fait l'administration, au cours d'une opération quelconque, s'est emparée d'un terrain appartenant à un particulier et qu'il en est résulté une dépossession définitive avec transfert de propriété, les réclamations du particulier sont de la compétence judiciaire »⁵⁸⁸. A partir de là, il est clair que toute demande de réparation du fait du dommage causé par l'acte de

⁵⁸⁴ TC, 27 oct.2011, *SCEA du Chéneau*, n°03828&03829.

⁵⁸⁵ Il s'agit ici de la loi du 8 mars 1810 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

⁵⁸⁶ Simon GILBERT - *Le juge judiciaire, gardien de la propriété privée immobilière*, Thèse, Mare & Martin, 2011, p. 245

⁵⁸⁷ Par définition, l'expropriation est « la prérogative de l'État lui permettant, à l'initiative d'une personne publique ou privée, dans un but d'utilité publique et moyennant le respect d'un certain nombre de garanties de procédure et de fond, de contraindre une personne publique ou privée à céder la propriété d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier à une personne publique ou privée » : v- Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.488.

⁵⁸⁸ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public général*, Société du Recueil général, Des lois et des arrêts, 4^e éd., 1900, p.694.

délimitation du domaine public, naturel comme artificiel, doit être faite auprès de l'autorité juridictionnelle de l'ordre judiciaire.

447. Cette compétence du juge de l'ordre judiciaire de réparer le préjudice né de la délimitation suppose aussi qu'il exerce, de manière indirecte, la légalité de cet acte de délimitation. Pour la doctrine, « il est évident, en effet, que le juge judiciaire lorsqu'il accorde l'indemnité de dépossession, reconnaît par la même que la délimitation effectuée par l'administration est inexacte ou abusive »⁵⁸⁹.

II/ Les recours exercés devant les ordres de juridiction : des recours exercés de manière distincte

448. Rappelons que les deux recours qui peuvent être exercés contre l'acte de délimitation ne portent pas sur le même objet. L'un a pour objet l'annulation de l'acte de délimitation. L'autre a pour objet la demande d'une indemnisation du fait d'avoir été dépossédé d'une partie de sa propriété. En principe, ces deux recours sont exercés successivement (A), quand bien même cette approche a été l'objet d'un débat doctrinal controversé (B).

A/ Des recours exercés de manière successive

449. Le riverain dépossédé de sa propriété du fait de l'acte de délimitation dispose de deux moyens de recours qu'il doit exercer l'un après l'autre, car, ces deux recours ne portent pas sur le même objet. L'un est dirigé contre l'acte même de délimitation qui est un acte administratif et donc devant le juge administratif, alors que l'autre est dirigé auprès du juge judiciaire en vue de demander réparation du fait de la dépossession de la propriété privée.

450. De ce fait, rien ne fait obstacle au riverain d'exercer un recours en indemnisation devant le juge judiciaire malgré le refus du juge administratif de censurer l'acte administratif. En effet, il faut rappeler que la demande d'indemnisation est faite en raison de la dépossession d'une portion de la propriété privée des riverains. Or, l'acte de délimitation, quand bien même dépossède une partie de la propriété des riverains, n'est pas forcément illégal.

451. C'est le cas de l'acte de délimitation du domaine public artificiel lorsque le plan d'alignement consiste à élargir les voies publiques. Le riverain dépossédé d'une partie de propriété a droit à une indemnité qui est demandée auprès du juge de l'ordre judiciaire. Il en

⁵⁸⁹ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p. 189.

va de même pour « l'arrêté individuel d'alignement [...] qui ouvre le droit à indemnité »⁵⁹⁰ devant le juge judiciaire. Toutefois, rien n'empêche le riverain d'exercer un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte même de délimitation. De la même sorte que lorsque le riverain a exercé un recours d'indemnisation devant le juge judiciaire, sachant que, comme l'explique la doctrine, « rien n'empêche [le] juge de renvoyer au juge administratif la question de la légalité de l'acte de délimitation »⁵⁹¹, il peut exercer un autre recours devant le juge de la légalité administrative. Et pour reprendre l'expression du professeur DUFAU, le riverain a la possibilité « d'exercer successivement les deux recours juridictionnels »⁵⁹². Mais il est à noter que s'agissant de la délimitation régulière du domaine public naturel, elle n'ouvre pas droit à une indemnisation.

B/ Les recours successifs contre l'acte de délimitation : deux positions controversées

452. L'idée d'admettre les recours successifs a été l'objet d'un débat controversé. Une première doctrine n'approuvait pas l'idée que le juge de l'ordre judiciaire puisse indemniser le riverain lésé par l'acte de délimitation. La raison découlait du principe de la séparation des pouvoirs entre les autorités administratives et judiciaires⁵⁹³. En effet, ce principe interdisait au juge de l'ordre judiciaire de connaître le contentieux administratif. En conséquence, les règles de droit privé sont inapplicables aux actes administratifs. Et reconnaître au juge de l'ordre judiciaire la compétence de connaître l'action en indemnité dirigée contre l'acte de délimitation reviendrait à appliquer les règles de droit privé audit acte. Pour le professeur, BERTHÉLEMY, « les propriétaires qui se disent lésés par la délimitation [...] ne doivent pas avoir de recours devant l'autorité judiciaire pour se faire indemniser des empiétements dont ils se plaignent. En effet, comment l'autorité judiciaire pourrait-elle juger qu'il y a empiétement sans contester l'exactitude de la délimitation administrative et sans y substituer sa propre évaluation ? »⁵⁹⁴.

453. Une deuxième doctrine défend l'idée de deux voies de recours dont l'un est dirigé devant le juge de l'ordre judiciaire. Le doyen HAURIUO qualifia cela de recours parallèle qui

⁵⁹⁰ Ibid., p.196.

⁵⁹¹ Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, Philippe TERNEYRE - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 7^e éd., 2016, p.86.

⁵⁹² Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.190.

⁵⁹³ Ce principe issu de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire. À son article 13, « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelques manières que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

⁵⁹⁴ Henry BERTHÉLEMY - *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 2^e éd., 1902, p.456.

permet au riverain lésé par l'acte de délimitation de pouvoir intenté une action en indemnité devant l'autorité judiciaire. La raison avancée tenait au fait que, en reprenant l'expression du Doyen HAURIOU, « les tribunaux judiciaires, en effet, sont gardiens de la propriété privée, au même titre que les tribunaux administratifs sont gardiens de l'indépendance administrative. Il est vrai de dire qu'un tribunal judiciaire ne peut pas toucher à un acte d'administration, mais il est aussi vrai de dire qu'un tribunal administratif ne peut pas être juge d'une question de propriété privée »⁵⁹⁵.

454. Aujourd'hui, le droit positif s'allie à cette deuxième doctrine puisque le riverain du domaine public dispose de deux voies de recours contre l'administration propriétaire dudit domaine. L'une pour contester la légalité de l'acte de délimitation du domaine par le biais du recours pour excès de pouvoir. L'autre destiné à intenter une action en indemnité auprès de l'autorité judiciaire.

Section 2/ Les charges de voisinages et la liberté de gestion du domaine public

455. Rappelons que « le domaine public est, pour l'administration, objet de propriété »⁵⁹⁶. Cette propriété est entière et sans partage. Par ailleurs, si en raison de cette propriété, il existe des servitudes au profit du domaine public (paragraphe 1), à contrario, il est à se demander si le domaine public peut-il être frappé des charges au profit des propriétés voisines (paragraphe 2).

456. L'idée de diviser la propriété publique en deux propriétés trouve son intérêt ici. Le domaine public ne peut supporter des servitudes du droit commun alors qu'il en va différemment pour le domaine privé de l'administration qui peut être frappé de servitude du droit commun au profit des propriétés voisines. De plus, lorsque l'autorité domaniale met en œuvre une servitude administrative grevant les propriétaires voisins au profit de son domaine public, elle use ses « prérogatives exorbitantes sans qu'aucun droit réel ne lui soit reconnu »⁵⁹⁷. Contrairement lorsqu'il est question des servitudes grevant le domaine privé, l'administration se trouve dans une position identique que celle des personnes privées. Le juge des conflits a considéré, sur ce point, que « le refus du maire de transgresser ou de faire

⁵⁹⁵ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif*, Larose & Forcel, 1892, p.525.

⁵⁹⁶ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.346, t.2.

⁵⁹⁷ Jean-François GIACUZZO – « Nouvelles précisions sur le régime constitutionnel des servitudes administratives » - *Constitutions*, 2016, p.66.

modifier les mesures conservatoires de l'environnement, de la flore et de la faune sauvage, interdisant notamment la création de voies nouvelles de desserte, dont la réserve naturelle municipale était affectée par l'article 17 de la décision préfectorale d'agrément, en application des articles R.242-28 et R.242-29 du code rural, ne met en œuvre aucune prérogative de puissance publique distincte de l'exercice par un particulier de son droit de propriété »⁵⁹⁸. En l'espèce, le maire de Saint-Etienne avait refusé de consentir une servitude de passage sur le domaine privé de la commune.

Paragraphe 1/ La propriété publique et les servitudes administratives

457. Toujours est-il que l'administration demeure la propriétaire de son domaine public. Et en raison de ce droit de propriété sur le domaine public, les propriétés riveraines peuvent être frappées de charge au profit dudit domaine, c'est-à-dire, « des servitudes administratives profitant bel et bien à la dépendance »⁵⁹⁹.

458. Mais à propos de ces servitudes⁶⁰⁰ administratives, le professeur GAUDEMET distingue deux types de servitudes. Les unes, définies « au sens large », chargent les propriétés riveraines en vue de répondre à un but d'intérêt général⁶⁰¹ et « non pas au bénéfice d'un fonds public déterminé »⁶⁰². Autrement dit, la servitude administrative poursuit un but d'intérêt général. Celui-ci « est sa raison même d'être. Aucun propriétaire n'en tire un bénéfice direct. La preuve en est qu'elle n'enrichit aucun patrimoine et qu'aucun fonds dominant n'est identifiable »⁶⁰³. De telles servitudes ne violent pas le droit de propriété⁶⁰⁴ et

⁵⁹⁸ TC, 24 oct., 1994, *SCI Les Rochettes*, n°02922.

⁵⁹⁹ Hervé de GAUDEMAR, Philippe YOLKA - « Domaine public et servitudes » - J.-Cl. A, Fasc.406-11, 2012, n°7.

⁶⁰⁰ On attend par servitude, au sens de l'article 637 du code civil, « une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». À la lecture de cet article, la servitude est déterminée par trois caractères : Un fonds servant (Une charge imposée sur un héritage), un fonds dominant (l'utilité d'un héritage) et la propriété d'une personne de ce fonds dominant.

⁶⁰¹ À noter que le professeur GAUDEMET explique que « l'expression [servitudes administratives] est abusive et mal venue » : v- Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.347, t.2 ; Également, le professeur DROSS explique que, « les servitudes administratives ne sont pas, techniquement parlant, de véritables servitudes, fautes pour la puissance publique d'être propriétaire d'un quelconque fonds dominant » : v- William DROSS, « Les servitudes administratives sont-elles d'intérêt privé ? » - note sous Cass. Ch. Civ., 24 mars 2015, n°14-14.296, RTD Civ, 2015, p 656.

⁶⁰² Yves GAUDEMET, op.cit., p.347.

⁶⁰³ Jean-François GIACUZZO - « Nouvelles précisions sur le régime constitutionnel des servitudes administratives » - Constitutions, 2016, p. 66.

⁶⁰⁴ Sur ce point, le Conseil constitutionnel a considéré que « le droit accordé à l'Etat [...] d'établir une servitude de passage et d'aménagement pour assurer la continuité des voies de défenses contre l'incendie, la pérennité des itinéraires constitués, ainsi que l'établissement des équipements de protection et de surveillance des forêts n'entraîne pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la déclaration de 1789 » : v- DC, 14 octobre 2011, n°2011-182-QPC.

ne constituent pas de privation de propriété. Les autres sont définies « au sens strict » et sont imposées aux propriétés riveraines au profit des dépendances du domaine public. Toujours selon le professeur GAUDEMET, dans le cadre de ces secondes servitudes, « on y trouve [...] l'existence d'un fonds dominant, le fonds public »⁶⁰⁵. Et donc un fonds dominant qui appartient à la personne publique propriétaire dudit domaine. De telles servitudes, définies au sens strict, c'est le domaine public, « objet de propriété » qui en bénéficie.

459. En effet, ces servitudes sont instituées au profit de la dépendance du domaine public. Ce qui suppose, donc, que l'administration, propriétaire et (ou) gestionnaire dudit domaine peut, dans l'intérêt du domaine public (II), mettre en œuvre une servitude administrative grevant les propriétés riveraines au profit de son domaine. Cette action manifeste ainsi sa liberté de gestion du domaine public(I).

I/ Des servitudes administratives au profit des dépendances du domaine public

460. Rappelons que le domaine public, « objet de propriété » n'est peut-être frappé de servitudes de droit commun. Il y a là, sans doute, la nécessité de protéger ce domaine et surtout d'éviter que l'affectation à l'utilité publique soit méconnue. En revanche, des servitudes administratives peuvent être instituées au profit de ce domaine. Autrement dit, des servitudes peuvent être établies, pesant sur des propriétés privées riveraines, en vue « de permettre la correcte satisfaction de l'affectation grevant les propriétés publiques »⁶⁰⁶.

461. De telles servitudes au profit du domaine public se distinguent de celles d'intérêt général (A). En revanche, ces servitudes au profit du domaine public accordent plus de liberté au propriétaire dudit domaine (B), en ce sens que leur mise en œuvre nécessitera l'exercice des prérogatives de puissance publique, lesquelles fondent ainsi la liberté de gestion du domaine public.

A/ Servitudes administratives d'intérêt général et servitudes administratives au profit du domaine public

462. Par définition, « les servitudes administratives sont des charges qui doivent être supportées par les propriétaires voisins du domaine public en vue de permettre une meilleure

⁶⁰⁵ Yves GAUDEMET, op.cit., p.349.

⁶⁰⁶ Charles DEBBASCH, Jacques BOURDON, Jean-Marie PONTIER, Jean-Claude RICCI - *Droit administratif des biens*, PUF, 1994, p.126.

utilisation de la dépendance dans le respect de son affectation ou d'assurer sa protection »⁶⁰⁷. Il est, toutefois, nécessaire de distinguer ces servitudes administratives. En effet, selon la doctrine, il existe deux sortes de servitudes administratives. Les unes se rapprochant aux servitudes régies par le droit privé, les autres sont des servitudes d'intérêt général.

463. Afin de distinguer les deux, il est important de préciser que les servitudes administratives d'intérêt général ne grèvent pas un fonds servant au profit d'un fonds dominant. Ici, seul l'intérêt général demeure le motif de l'institution desdites servitudes. Il est vrai que le code civil à travers les articles 646 à 650 parle des servitudes d'utilité publique, en revanche, ces servitudes administratives d'intérêt général « ne sont pas nécessairement instituées au profit d'une autre fonds. Elles le sont pour des motifs d'utilité publique, indépendamment de toute considération relative à un héritage »⁶⁰⁸. Il faut rappeler que ces servitudes administratives d'intérêt général sont instituées « au bénéfice d'installation de différents services publics »⁶⁰⁹ et non à la dépendance du domaine public. À titre d'exemple, l'article L.152-1 du code rural, issu de l'article 1^{er} de la loi du 4 août 1962, précise qu'il est possible d'instituer des servitudes « au profit des collectivités publiques, des établissements publics ou des concessionnaires de services publics qui entreprennent des travaux d'établissement de canalisation d'eau potable ou d'évacuation d'eaux usées ou pluviales, leur conférant le droit d'établir à demeure des canalisations souterraines dans les terrains privés non bâtis, excepté les cours et jardin attenants aux habitations ».

464. Alors qu'en revanche, les autres servitudes grèvent sur un fonds servant au profit d'un fonds dominant appartenant à l'administration. Dans ce cadre, ces servitudes sont établies en vue de la protection ou conservation du domaine public. C'est ainsi que ces genres de servitudes se rapprochent à celles prévues par le code civil mais néanmoins, distinctes en raison de l'affectation du bien du domaine public à l'utilité publique⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ François BRENET, Caroline CHAMARD-HEIM, Fabrice HOURQUEBIE, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA - *Code général de la propriété des personnes publiques, Annoté et commenté*, Dalloz, 7^e éd., 2017, p.385.

⁶⁰⁸ Hervé de GAUDEMAR, Philippe YOLKA - « Domaine public et servitudes » - J.-Cl. A, Fasc.406-11, 2012, n°7.

⁶⁰⁹ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.348, t.2.

⁶¹⁰ Sur ce point, les commentateurs du code général de la propriété des personnes publiques ont écrit que « si l'idée de servitude est empruntée au droit privé, les servitudes administratives se distinguent des servitudes de droit privé de l'article 637 du code civil sur plusieurs points. D'abord elles résultent d'un acte unilatéral (loi ou éventuellement décret avant 1958), alors que les servitudes de droit privé trouvent leur origine non seulement dans les dispositions légales mais aussi dans la situation naturelle des lieux ou dans les conventions entre propriétaires » : v- François BRENET, Caroline CHAMARD-HEIM, Fabrice HOURQUEBIE, Fabrice

B/ Les servitudes administratives au profit du domaine public : une manifestation de la liberté du propriétaire dudit domaine

465. À propos de ces servitudes, elles sont établies au profit des biens de la dépendance du domaine public. Certes, c'est le domaine public, fonds dominant, qui profite de la servitude, toutefois, la propriété de la personne publique joue un rôle dans la mesure où le domaine public demeure la propriété de l'autorité domaniale. Et en raison de ce droit de propriété exercé sur le domaine public, la personne publique propriétaire dudit domaine dispose d'une liberté de gestion lorsqu'elle met en œuvre⁶¹¹ une servitude instituée et grevée sur une propriété privée au profit de son domaine.

466. Rappelons qu'au regard de l'article L.2131-1 du CGPPP, les servitudes administratives « sont instituées et régies par des dispositions législatives qui leurs sont propres ainsi que par les textes pris pour leur application ». Cette liberté de gestion s'explique par le fait que l'autorité domaniale administrera le bien grevé pour l'intérêt du domaine public. Autrement dit, une fois que la servitude administrative sera instituée, il reviendra à l'autorité domaniale de la mettre en œuvre et de veiller à ce que cette servitude profite bien au domaine public. Dès lors, pour y parvenir, ladite autorité mettra en exercice ses « prérogatives exorbitantes sans qu'aucun droit réel ne lui soit reconnu. Tel est le cas en l'espèce lorsque l'opérateur est en mesure d'aménager la propriété d'autrui afin d'accomplir sa mission d'approvisionnement en électricité »⁶¹². Il y a là manifestement l'existence d'une liberté de gestion au profit de l'autorité domaniale.

467. Etant donné que ces servitudes sont établies dans l'intérêt de la dépendance du domaine public, les propriétés riveraines dudit domaine peuvent être frappées de servitudes⁶¹³

MELLERAY, Philippe YOLKA - *Code général de la propriété des personnes publiques*, Annoté et commenté, Dalloz, 7^e éd., 2017, p.386.

⁶¹¹ À noter que seules les conditions de la mise en œuvre d'une servitude, depuis la constitution de 1958, appartient à l'administration. En revanche, l'institution, même d'une servitude administrative, relève de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la constitution. Ce dernier précise que « [...] la loi détermine les principes fondamentaux [...] du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales [...] ».

⁶¹² Jean-François GIACUZZO – « Nouvelles précisions sur le régime constitutionnel des servitudes administratives » - *Constitutions*, 2016, p.66.

⁶¹³ C'est le cas des riverains du domaine public ferroviaire. On lit dans l'article L.2231-3 du code des transports que les propriétés riveraines de ce domaine peuvent être frappées de servitudes sur la grande voirie. Et selon cet article, ces servitudes concernent « l'alignement, l'écoulement des eaux, l'occupation temporaire des terrains en cas de réparation, la distance à observer pour les plantations et l'élagage des arbres plantés, le mode d'exploitation des mines, minières, tourbières et sablières, dans la zone déterminée à cet effet ».

C'est le cas également des riverains du domaine public routier qui peuvent être frappées de servitudes. Prévu aux articles R 111-5 du code de l'urbanisme qui fait obstacle à tout projet de construction sur des terrains non

et donc peuvent être obligés de ne rien faire⁶¹⁴, de ne pas refuser que leur bien fasse l'objet des travaux⁶¹⁵, de réaliser des travaux dans leurs propriétés frappées de servitudes quand bien même ces travaux ne leur conviennent pas⁶¹⁶. À ce titre, le propriétaire ou gestionnaire du domaine public dispose d'une liberté de gestion en la matière. Il a, par exemple, « le droit [...] d'opérer des résections des talus, remblais et de tous obstacles naturels, de manière à réaliser des conditions de vue satisfaisante »⁶¹⁷, en ce qui concerne les biens frappés de servitudes de visibilité. Et comme l'a expliqué le professeur GAUDEMET, « rien n'empêche de considérer comme de véritables servitudes les charges imposées aux fonds riverains au profit de la conservation et de la meilleure utilisation du domaine public, considéré comme fonds dominant. Cette conception est admissible tant du point de vue de la propriété privée grevée que du point de vue du domaine public bénéficiaire, dès lors que l'on admet que celui-ci est objet de propriété »⁶¹⁸.

468. Il faut noter, enfin, que ces servitudes établies au profit du domaine public limitent donc l'exercice du droit de propriété des propriétés riveraines.

desservis par des voies publiques. Aux articles L.114-1 et suivants du Code de la voirie routière qui grèvent les propriétés privées de servitudes de visibilité, notamment comme le précise la doctrine « l'obligation de supprimer les murs de clôtures ou de les remplacer par des grilles, de supprimer les plantations gênantes [...] ». L'interdiction absolue de bâtir, de placer des clôtures, de remblayer, de planter et de faire des installations quelconques au-dessus de niveau fixé par le plan de dégagement » : v- Hervé de GAUDEMAR, Philippe YOLKA - « Domaine public et servitudes » - J.- Cl. A, Fasc.406-11, 2012, n°155.

C'est le cas du domaine public maritimes. L'article L.160-6 du Code de l'urbanisme précise que « Les propriétés privées riveraines du domaine public maritime sont grevées sur une bande de trois mètres de largeur d'une servitude destinée à assurer exclusivement le passage des piétons ». À ce propos, le professeur Gaudemet a expliqué que cette servitude « est vraisemblablement une réglementation édictée dans l'intérêt général de la circulation et pour assurer l'accès du public aux rivages de la mer, et ressortit alors à la catégorie des servitudes administratives au sens large » : v- Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.350.

C'est le cas du domaine public fluvial. En effet, on connaît deux sortes de servitudes dans ce domaine. Toutes les deux prévues à l'article L.2131-2 du code général de la propriété des personnes publique. Il s'agit, d'abord des servitudes dites de marchepied qui oblige les propriétaires riverains d'un cours d'eau ou d'un lac « de laisser les terrains grevés de cette servitude (de 3,25 mètres de marchepied à l'usage du gestionnaire de ce cours d'eau ou de ce lac, des pêcheurs et des piétons ». La seconde est dite servitude de halage qui oblige comme le précise cet article « aux propriétaires riverains de cours d'eau domaniaux, dans l'intérêt du service de la navigation et partout où il existe un chemin de halage ou d'exploitation, de laisser le long des bords desdits cours d'eau domaniaux (...) un espace de 7,80 mètres de largeur ».

⁶¹⁴ Il s'agit des servitudes négatives qui interdisent les propriétaires riverains d'exercer leur droit de propriété sur le bien frappé de servitude. C'est le cas de l'alignement par exemple.

⁶¹⁵ Il s'agit des servitudes passives qui contraignent au propriétaire du bien frappé de servitude d'accepter que celui-ci soit utilisé.

⁶¹⁶ C'est ce qu'on appelle des servitudes actives.

⁶¹⁷ Article L114-2.3 du code de la voirie routière.

⁶¹⁸ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.351, t.2.

II/ L'établissement et la mise en œuvre des servitudes administratives dans l'intérêt du domaine public

469. Le professeur LOMBARD a écrit que « la gestion du domaine est avant tout inspirée par l'impératif de préservation »⁶¹⁹, cette préservation implique, aussi, que les voisins du domaine public soient imposés des charges au profit de celui-ci et ainsi comme le précise l'article L.2131-1 du code général de la propriété des personnes publiques, « les servitudes administratives qui peuvent être établies dans l'intérêt de la protection, de la conservation ou de l'utilisation du domaine public [...] ». À la lecture de cette disposition, les servitudes administratives ont comme finalité, la protection, la conservation et la meilleure utilisation du domaine public. Mais également, l'institution d'une servitude administrative peut poursuivre un but d'intérêt général. Il ressort de la décision du Conseil Constitutionnel, à propos des dispositions du point 3 de l'article L.323-4⁶²⁰ du code de l'énergie ayant institué des servitudes, que « le législateur en entendu faciliter la réalisation des infrastructures de transports et de distribution de l'électricité. Qu'il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général »⁶²¹. On peut se demander en quoi la limitation⁶²² de l'exercice du droit de propriété des riverains répondrait à ces finalités ?

470. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'expliquer ces finalités (A) avant de voir les conséquences en cas de violation de cette finalité (B).

A/ Les finalités de l'établissement et de la mise en œuvre des servitudes administratives

471. L'administration, propriétaire et (ou) gestionnaire, doit veiller au maintien de l'affectation de la dépendance des biens du domaine public à l'utilité publique. Cela suppose donc que l'administration est tenue de protéger et conserver son domaine public. Elle est tenue également d'assurer une meilleure utilisation du domaine public. Ainsi, l'institution d'une servitude administrative peut être destinée soit à l'intérêt du domaine public et profitant

⁶¹⁹ Frédéric LOMBARD, « Gestion du domaine, Propriétés Publiques » - note sous CJUE, 14 juillet 2016, aff. Jtes C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa et Mario Melis*, RTD Com, 2017, p.51.

⁶²⁰ Selon cette disposition, « [...], la déclaration d'utilité publique confère, en outre, au concessionnaire, le droit : 1° d'établir à demeure des supports et ancrages pour conducteurs aériens d'électricité, soit à l'extérieur des murs ou façade donnant sur la voie publique, soit sur les toits et terrasses des bâtiments [...]. 2° de faire passer les conducteurs d'électricité au-dessus des propriétés privées [...]. 3° d'établir à demeure des canalisations souterraines, ou de supports pour conducteurs aériens, sur des terrains privés non bâtis [...] ».

⁶²¹ CC, 2 février 2016, n°2015-518-QPC, AJDA, 2016, p.176.

⁶²² À propos de ça, le Conseil constitutionnel a considéré que la servitude administrative ne constitue pas une privation de droit de propriété au regard de l'article 17 de la déclaration de 1789 mais plutôt une limitation de l'exercice du droit de propriété : v - DC, 10 mai 2016, *Sté civile groupement foncier rural Namin*, QPC, n°2016-540.

ainsi à celui-ci, soit à l'intérêt général. Ce disant, toute servitude qui frappe les biens des personnes privées est instituée en vue de la protection, de la conservation et de la meilleure utilisation du domaine public.

472. En principe, ces servitudes administratives au profit du domaine public entraînent une limitation de l'exercice du droit de propriété des riverains dudit domaine, en ce que les propriétaires riverains du domaine public peuvent être contraints de ne pas faire, ou de faire quelques choses en vue de protéger ledit domaine. À titre d'exemple, l'interdiction de construire dans une zone à proximité des cimetières⁶²³ car ces derniers « sont entourés d'une zone de servitudes comportant interdiction de construire et de creuser »⁶²⁴, ou l'interdiction de construire dans une voie frappée d'alignement comme le précisent les articles L.112-5 et suivants du code de la voirie routière. Toutes ces interdictions sont faites dans le but d'assurer une protection du domaine public. C'est le cas des servitudes administratives aéronautiques qui sont institués en vue de faciliter la circulation des aéronefs. Selon l'article R241-1 du code de l'aviation civile, « afin d'assurer la sécurité de la circulation des aéronefs, il est institué des servitudes spéciales dites servitudes aéronautiques. Ces servitudes comprennent : 1° des servitudes aéronautiques de dégagement comportant l'interdiction de créer ou l'obligation de supprimer les obstacles susceptibles de constituer un danger pour la circulation aérienne ou nuisible au fonctionnement des dispositifs de sécurité établis dans l'intérêt de la navigation aérienne [...] ».

B/ Les conséquences en cas de violation des servitudes administratives

473. Comme cela a été dit précédemment, toute servitude instituée au profit du domaine public vise à la protection et à la conservation de celui-ci. Et les propriétés riveraines dudit domaine et frappées de servitude doivent respecter celle-ci. À défaut, toute méconnaissance d'une telle servitude serait qualifiée de contravention de voirie routière⁶²⁵ ou d'une contravention de grande voirie⁶²⁶ car l'article 2132-2 du code général de la propriété des personnes publiques précise que « les contraventions de grande voirie sont instituées [...], en

⁶²³ V- l'article L.2223- 5 du code général des collectivités territoriales qui précise que « nul ne peut, sans autorisation, élever aucune habitation ni creuser aucun puits à moins de 100 mètres des nouveaux cimetières transférés hors des communes [...] ».

⁶²⁴ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.350, t.2

⁶²⁵ V- l'article L114-5 du code de la voirie routière.

⁶²⁶ À ce propos, la doctrine explique que, « suivant la définition donnée par le code général de la propriété des personnes publiques, elles (contraventions de grande voirie) ne protègent pas que le domaine public mais également les servitudes administratives » : v- Philippe GODFRIN, Michel DEGOTTE - *Droit administratif des biens*, SIREY, 11^e éd., 2015, p.217.

vue de la répression des manquements aux textes qui ont pour objet [...], la protection soit de l'intégrité ou de l'utilisation de ce domaine public, soit d'une servitude administrative mentionnée à l'article L.2131-1 ». Au vu de cette définition, « la violation de servitudes instituées au profit du domaine public [non routier] constitue une contravention de grande voirie »⁶²⁷.

474. Il est donc clair que le législateur oblige les propriétaires privés frappés de servitudes administratives d'obéir à celles-ci et ne pas être à l'origine d'une trouble quelconque à l'utilisation du domaine public bénéficiaire de ces servitudes. La Cour administrative d'appel de Lyon avait considéré, à propos du domaine public fluvial, que toute intervention du propriétaire empiétant sur une servitude établie constitue une contravention de grande voirie. En l'espèce, selon la Cour administrative d'appel, « qu'à supposer que le pied de la haie litigieuse soit situé en dehors de la servitude de marchepied, sa présence ne permet pas d'assurer un passage de 3,25 mètres entre celle-ci et la bordure du domaine public. Que si l'entretien de la servitude de marchepied n'incombe pas aux propriétaires, [...], ceux-ci sont toutefois tenus de veiller à ce que les haies situées sur leur terrain n'empiètent pas sur cette servitude. Qu'ainsi, et alors même que le passage sur leur propriété est possible, la réalité de l'infraction est établie »⁶²⁸.

475. Toutefois, il faut rappeler qu'en matière de contravention de grande voirie, seulement une partie du domaine public est concernée. Par exemple, est exclu le domaine public routier. Qu'en ce qui concerne, ainsi, les servitudes administratives, est constitutive d'une contravention de grande voirie toute violation d'une servitude administrative établie dans le domaine public autre que le domaine public routier.

Paragraphe 2/ Le domaine public et le voisinage : l'hypothèse d'une servitude frappant le premier au profit du second

476. Certes, cette hypothèse est aujourd'hui résolue par le législateur, à travers le code général de la propriété des personnes publiques mais il est aussi important de le souligner sous un autre angle, celui relatif à la liberté de gestion du domaine public. Que le législateur ait consacré cette faculté, cela demeure une preuve manifestant ainsi cette liberté. Toutefois,

⁶²⁷ Jean-Bernard AUBY, « Constitue une contravention de grande voirie le fait de violer une servitude instituée au profit du domaine public » - note sous TA Poitiers, 12 avril 1992, *Préfet de la Vienne*, n°911375, RDI, 1993, p.353.

⁶²⁸ CAA, Lyon, 24 avril 2012, *Epoux Lombard*, n°11LY02328.

rappelons que même si aujourd'hui l'idée que le domaine public soit frappé de servitude au profit des propriétés riveraines demeure possible, mais il est à noter que cela n'a toujours pas été le cas dans le passé. En effet, cette question avait fait l'objet d'un débat controversé (I) avant d'être consacré par le droit positif (II).

I/ L'institution d'une servitude grevant le domaine public au profit des propriétés riveraines : un débat doctrinal controversé

477. En droit privé, il existe bien des charges qui pèsent sur les propriétés privées. Il existe des charges de voisinages qui constituent des véritables droits réels puisqu'elles sont l'accessoire de la propriété. Le Code civil, à travers l'article 639, établit trois sortes de servitudes, la première « dérive ou de la situation naturelle des lieux », la seconde « ou des obligations imposées par la loi » et la troisième « ou des conventions entre propriétaires ». Alors que les propriétés voisines du domaine public peuvent être frappées de charges de droit commun au profit dudit domaine, en revanche, « le domaine public échappe aux charges de droit commun du voisinage. S'il en bénéficie lui-même à l'égard de ses voisins, il n'y a donc pas réciprocité »⁶²⁹. Autrement dit, les trois servitudes énumérées à l'article 639 du code civil ne s'appliquent pas au domaine public riverain des propriétés privées.

478. Cette question a évolué, mais uniquement en ce qui concerne les servitudes conventionnelles qui permettent, selon l'article 686 du code civil, « aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes [...] ». Sur cette question, deux courants s'opposaient. Le premier défavorable à une telle servitude conventionnelle frappant le domaine public (A), tandis que le second est favorable à l'idée d'instituer des servitudes conventionnelles sur le domaine public(B).

A/ La thèse hostile aux servitudes conventionnelles sur le domaine public

479. Cette thèse hostile remonte très loin. À l'origine, tout a commencé avec la doctrine défavorable à l'idée de consacrer une propriété administrative sur le domaine public. En effet, cette doctrine refuse de reconnaître l'existence d'un droit de propriété des personnes publiques sur le domaine public au motif que celui-ci est frappé d'inaliénabilité. Qu'en ce sens, « il ne peut pas être grevé de droits réels, servitudes ou hypothèques »⁶³⁰, selon

⁶²⁹ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd, 2014, p.352, t.2.

⁶³⁰ Henry BERTHÉLEMY - *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 2^e éd., 1902, p.399.

l'expression du professeur BERTHÉLEMY. Le principe de l'inaliénabilité empêchait donc que le domaine public soit grevé de servitude au profit des propriétés voisines. De la même sorte que ce principe d'inaliénabilité est incompatible avec l'idée de propriété sur le domaine public. Mais au-delà de la question de l'inaliénabilité et de propriété publique, cette doctrine expliquait que le domaine public ne peut être régi par les règles qui s'appliquent aux biens des personnes privées. Il est ainsi clair que les charges de voisinage de droit commun ne peuvent pas être appliquées sur le domaine public⁶³¹. Sur ce point, le doyen HAURIOU expliquait que « la règle de l'inaliénabilité a pour but de mettre le domaine public en dehors de commerce de la vie privée et, par conséquent, de le soustraire aux aliénations et aux constitutions de droits réels civils »⁶³² [A noter que le doyen HAURIOU optait pour la constitution des droits réels administratifs. Autrement dit, il s'opposait seulement à la constitution de droits réels régis par les règles de droit privé]. Et plusieurs auteurs ont repris cette position⁶³³.

480. À l'issue de cette doctrine, la jurisprudence s'était alliée à cette question en s'opposant à toute constitution de droits réels sur le domaine public. Celui-ci ne peut être grevé de servitudes au profit des propriétés riveraines. Toujours est-il que l'argument avancé était celui relatif au principe d'inaliénabilité puisque celui-ci « était considéré comme emportant interdiction de constituer des droits réels »⁶³⁴. À ce propos le Conseil d'État avait considéré que les constitutions des droits réels sur le domaine public restent « incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public »⁶³⁵, d'autant plus que « les droits réels sont des éléments du régime de propriété privée »⁶³⁶.

481. Toutefois, une autre position doctrinale reste favorable à l'idée d'instituer des servitudes, mais pas n'importe quelle servitude, sur le domaine public.

⁶³¹ Le professeur BERTHÉLEMY a expliqué qu'« il ne peut exister non, sur le domaine public, aucun des services fonciers que régit le code civil. Le domaine public ne peut pas être grevé de droits exclusifs au profit des propriétés ou au profit d'individu » : Ibid., p.404.

⁶³² Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et de droit public*, SIREY, 11^e éd, 1927, p.728.

⁶³³ Le professeur HOURQUEBIE a montré que « la doctrine récente, quant à elle, s'est faite l'écho de cette position classique. Et plusieurs auteurs, présentant le principe d'inaliénabilité comme interdisant la vente, l'échange ou la cession de dépendance du domaine public, en déduisent a fortiori l'interdiction de constituer des droits réels sur ledit domaine » : v- Fabrice HOURQUEBIE - « Les servitudes conventionnelles sur le domaine public » - RFDA, 2007, p.1165.

⁶³⁴ Yves GAUDEMET - « Les droits réels sur le domaine public » - AJDA, 2006, p.1094.

⁶³⁵ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n°41589.

⁶³⁶ Léon DUGUIT - *Traité de droit constitutionnel*, De BOCCARD, 2^e éd., 1923, p.357, t.3.

B/ La thèse favorable aux servitudes conventionnelles sur le domaine public

482. Cette thèse est apparue à la suite de l'affirmation de droit de propriété administrative⁶³⁷ sur le domaine public. Dès lors que la personne publique est propriétaire de son domaine, elle peut consentir des droits réels sur ledit domaine. D'une autre manière, « étant objet de propriété, le domaine public pourrait être grevé de servitude au profit de propriété privée »⁶³⁸, mais cette servitude ne saurait être en désaccord avec l'affectation dudit domaine à l'utilité publique. Ainsi, « les démembrements de propriété qui respectent cette affectation ne sauraient menacer l'inaliénabilité du domaine public »⁶³⁹.

483. Cette thèse favorable à l'établissement des servitudes sur le domaine public prouve la liberté dont dispose le propriétaire sur son domaine. En effet, c'est parce que la personne publique demeure la propriétaire qu'elle est en liberté de consentir des servitudes sur son domaine. Rappelons que la propriété publique est un fondement de la liberté de gestion du domaine public. D'ailleurs, sur ce point, le professeur BONNARD a expliqué que « l'idée de propriété est possible et nécessaire pour le domaine public. [...] Elle est nécessaire pour expliquer certains pouvoirs de l'administration »⁶⁴⁰.

484. Cette thèse reprise aujourd'hui par la doctrine contemporaine admet que la constitution de servitude sur le domaine public est possible à la seule condition de ne pas porter atteinte à l'affectation dudit domaine à l'utilité publique. Elle est reprise, également, par le droit positif. Ce dernier a consacré cette possibilité de grever le domaine public de servitude au profit des propriétés riveraines.

485. En effet, la jurisprudence puis le législateur ont fini par admettre cette hypothèse de servitude conventionnelle sur le domaine public. Mais toujours est-il que cette constitution ne doit pas porter atteinte à l'affectation du domaine public.

⁶³⁷ Le doyen HAURIOU, après avoir défendu l'idée de propriété administrative sur le domaine, a avancé l'argument de la constitution de droit réel administratif de nature différente que le droit réel de droit privé.

⁶³⁸ Roger BONNARD - *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e éd., 1943, p.558.

⁶³⁹ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.355, t.2.

⁶⁴⁰ Roger BONNARD, *op.cit.*, pp.540-550.

II/ La consécration de servitudes conventionnelles par le droit positif

486. Il est nécessaire de rappeler que le domaine public demeure le lieu de cohabitation avec des biens appartenant à des personnes privées qui ne sont que les riverains dudit domaine. Le droit de la domanialité publique n'a cessé de s'intéresser à la question de savoir si ledit bien peut être grevé de servitude au profit de ces riverains.

487. Malgré les nombreuses hésitations du juge en vue de la consécration des servitudes conventionnelles sur le domaine public (A), le législateur, quant à lui, est venu apporter une précision sur cette consécration (B).

A/ Le juge et la consécration de servitudes conventionnelles sur le domaine public

488. Au départ, la jurisprudence avait hésité d'admettre la consécration de telles servitudes. Néanmoins, elle a fini par les consacrer.

489. D'abord, pour la jurisprudence de l'ordre judiciaire, des servitudes de droit privé demeurent possibles dès lors qu'elles restent compatibles avec l'affectation du domaine public⁶⁴¹ et donc ne portent pas atteinte à la règle de l'inaliénabilité. Par ailleurs, en 1994, le juge de l'ordre judiciaire refusa que des servitudes légales puissent être grevées sur le domaine public. Le juge de cassation s'est fondé sur le principe d'inaliénabilité pour rejeter les servitudes légales sur le domaine public. Selon la Cour de cassation, « il résulte du principe de l'inaliénabilité des biens du domaine public qu'ils ne peuvent être grevés de servitudes légales de droit privé »⁶⁴².

490. Ensuite, le juge administratif hésita, au départ, d'admettre la consécration de servitudes de droit privé sur le domaine public. En effet, de la même sorte qu'il refusa de consacrer des droits réels sur le domaine public, il rejeta l'idée que le domaine public soit grevé des servitudes au profit des riverains. Ce qui faisait obstacle à une telle consécration était, en reprenant l'expression du professeur HOURQUEBIE, le fait que « l'absolutisme protecteur du principe d'inaliénabilité semble s'y opposer »⁶⁴³. Ainsi, plusieurs jurisprudences du Conseil d'État⁶⁴⁴ rejetèrent l'idée que le domaine public soit grevé de servitude au profit des riverains et considèrent que, « aucune servitude ne peut être valablement constituée sur le

⁶⁴¹ Cass, Civ., 19 mai 1926.

⁶⁴² Cass, Civ., 2 mars 1994, *Société Escota*, n°87-16932.

⁶⁴³ Fabrice HOURQUEBIE - « Les servitudes conventionnelles sur le domaine public » - RFDA, 2007, p.1165.

⁶⁴⁴ CE, 30 mars 1928, *Esquirol*. V- CE, 3 nov.1933, *Porte*. V- CE, 11 mai 1959, *Dauphin*. V - CE, 22 avril 1960, *Berthier*.

domaine public »⁶⁴⁵. Cependant, le Conseil d'État rejeta les servitudes légales de droit privé et accepta les servitudes conventionnelles. Pour le professeur PIQUEMAL, « s'il est certain que les dépendances du domaine public ne peuvent pas être grevées des servitudes légales de droit civil, et s'il est également impossible de constituer sur ces dépendances des servitudes du fait de l'homme, après leur incorporation au domaine public, les servitudes de cette nature subsistent lorsqu'elles sont antérieures à l'incorporation »⁶⁴⁶.

491. En effet, il faut distinguer deux situations⁶⁴⁷. La première est celle qui concerne le cas où un bien du domaine privé de l'administration a été grevé de servitude de droit privé. Dans ce cas, si ledit bien, antérieurement grevé, est incorporé au domaine public ces mêmes servitudes frappent ledit bien qui est nouvellement incorporé. En revanche, la seconde situation concerne le cas où le bien fait partie du domaine public et dans ce cas, il est interdit de grever ledit bien de servitude.

492. Il est à observer donc que le juge administratif retenait deux conditions pour qu'il y ait des servitudes conventionnelles sur le domaine public. La première condition tient au fait que la servitude conventionnelle ait été instituée avant l'incorporation du bien dans le domaine public. La deuxième condition tient au fait que cette servitude soit compatible avec l'affectation dudit bien nouvellement incorporé dans le domaine public.

493. Aujourd'hui, le législateur va au-delà de la jurisprudence administrative, en ce sens que la question du temps n'est pas prise en compte pour admettre que le domaine public soit grevé de servitude conventionnelle.

B/ La position explicite du législateur : la consécration de servitudes conventionnelles sur le domaine public au-delà de la consécration jurisprudentielle

494. Le législateur est venu mettre fin aux hésitations quant à la consécration de servitudes sur le domaine public. Pour lui, le domaine public peut être grevé de servitudes au profit des propriétés riveraines. Le code général de la propriété des personnes publiques consacra, ainsi, des servitudes conventionnelles sur le domaine public. M. DJOUDI, à propos de ces servitudes conventionnelles, explique qu'« il s'agit d'une liberté contractuelle appliquée aux

⁶⁴⁵ CE, 10 mars 1954, *Commune de Champigny-Sur Marne*, Lebon, p.658.

⁶⁴⁶ Marcel PIQUEMAL - *Droit des servitudes administratives : Les servitudes traditionnelles*, Berger-Levrault, 1967, p.18.

⁶⁴⁷ Jean-Christophe CAR - « Les servitudes sur le domaine public : quel statut » - AJDA, 2016, p. 1413.

relations de voisinage »⁶⁴⁸. C'est donc, au niveau du domaine public, une liberté de l'administration de grever son domaine public par le biais d'une convention consentie avec le riverain. Il est donc admis que des servitudes peuvent être établies sur le domaine public. Cette consécration doit être vue comme une attribution de liberté au profit de l'administration, propriétaire et (ou) gestionnaire du domaine public.

495. En effet, L.2122-4 de ce code précise que « des servitudes établies par conventions passées entre les propriétaires, conformément à l'article 639 du code civil, peuvent grever les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L.1, qui relèvent du domaine public, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation de ceux de ces biens sur lesquels ces servitudes s'exercent ». Cette disposition pose, de façon claire, la faculté de consentir des servitudes conventionnelles, même postérieur à l'entrée du bien dans le domaine public, sur ce dernier. Mais notons que le législateur exige que l'établissement d'une telle servitude soit compatible avec l'affectation du domaine public. À propos de cela, la doctrine explique que, « l'exigence d'une compatibilité de la servitude avec la destination du bien sur lequel elle porte traduit la volonté des rédacteurs du code de recentrer le domaine public autour de la notion d'affectation »⁶⁴⁹.

496. Qu'en est-il des servitudes conventionnelles établies antérieurement à l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques ? Très récemment, le Conseil d'État a répondu à cette question en considérant « qu'il résulte des principes de la domanialité publique qu'une servitude conventionnelle de droit privé constituée avant l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques peut être maintenue sur une parcelle appartenant au domaine public à la double condition d'avoir été consentie antérieurement à l'incorporation de cette parcelle dans le domaine public, lorsque cette incorporation est elle aussi antérieure à l'entrée en vigueur du code, et d'être compatible avec son affectation »⁶⁵⁰. Ainsi donc, « cette condition d'antériorité n'est donc pas abandonnée »⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ Jamel DJOUDI - « Servitudes » - RDI, 2016, pt.64.

⁶⁴⁹ François BRENET, Caroline CHAMARD-HEIM, Fabrice HOURQUEBIE, Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA - *Code général de la propriété des personnes publiques*, Annoté et commenté, Dalloz, 8^e éd., 2018, p.267.

⁶⁵⁰ CE, 26 février 2016, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Mercure*, n°38935. V- CE, 14 déc. 2011, *M.Bouyeure*, n°337834.

⁶⁵¹ Marie-Christine De MONTECLER, « Conditions de maintien des servitudes conventionnelles sur le domaine public » - note sous CE, 26 fév. 2016, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble le Mercure*, n°38935, Dalloz Actualité, 2016.

497. Par ailleurs, il faut rappeler que l'autorité domaniale demeure libre pour consentir des servitudes conventionnelles. En effet, elles disposent de la liberté contractuelle et ce disant, elles n'ont « aucune obligation d'accorder la servitude conventionnelle sur le domaine public qui [leur sont] demandée [s] par un particulier »⁶⁵². En revanche, le refus d'en accorder est soumis au contrôle du juge administratif.

⁶⁵² Norbert FOULQUIER, « Les servitudes conventionnelles sur le domaine public, constituées antérieurement au code général de la propriété des personnes publiques » - note sous CE, 26 fév.2016, *Syndicat des copropriétaires de l'immeuble le Mercure*, RDI, 2016, p. 284.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

498. Le domaine public demeure toujours le lieu où se réalisent plusieurs opérations. Mais l'on ne peut nier le fait que ces opérations dépendent de l'autorité domaniale. Cette dernière dispose d'une liberté de gestion en raison du droit de propriété qu'elle exerce sur le domaine public. Et quand bien même la propriété publique comprend l'ensemble des biens publics de la personne publique, l'idée soutenue, dans cette étude, est celle qui consiste à diviser cette propriété publique. La propriété publique exercée sur le domaine public diffère de celle exercée sur le domaine privé de l'administration. Sur le domaine public, il s'agit d'une propriété publique - publique et qui permet à l'administration d'agir, non pas comme un simple particulier, mais en tant que personne publique dotée des prérogatives de puissance publique. Ainsi, il a été souligné que le rapport qu'existe entre la personne publique et les personnes privées est un rapport exorbitant du droit commun.

499. Par ailleurs, il est admis que le domaine public peut être grevé de servitudes conventionnelles au profit des riverains. Ces servitudes ne portent pas atteinte au principe de l'inaliénabilité, en revanche, elles doivent être compatibles avec l'affectation du domaine public. Toujours est-il que l'administration propriétaire dispose d'une liberté de gestion quant à la constitution de servitudes conventionnelles sur le domaine public, en ce sens qu'elle demeure libre de consentir ou non à de telles conventions. Il en va ainsi pour la délimitation du domaine public qui demeure l'une des prérogatives de l'administration propriétaire. En somme, en tenant compte de tous ces éléments, l'idée est d'affirmer que l'autorité domaniale demeure libre dans la gestion du domaine public.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

500. L'autorité domaniale demeure libre dans la gestion du domaine public. La propriété publique exercée sur ledit domaine est le fondement même de cette liberté. En effet, la propriété publique sur le domaine public constitue le fondement essentiel de la liberté de gestion de l'autorité domaniale. Puisque cette propriété publique est à l'origine de plusieurs droits dont bénéficie ladite autorité, la liberté de gestion découle de cette propriété. Par ailleurs, il a été démontré que cette propriété publique exercée sur le domaine public n'est pas assimilable à la propriété publique exercée sur le domaine privé de l'administration. Il a été souligné que l'autorité domaniale est dotée des prérogatives exorbitantes du droit commun lorsqu'elle gère le domaine public, contrairement lorsqu'elle gère son domaine privé où elle se trouve dans un rapport d'égalité entre les personnes privées.

501. Plusieurs motifs fondent cette liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale. D'abord, il y a cet objectif de poursuivre une mission d'intérêt général qui fonde cette liberté de gestion. Rappelons que le domaine public « est toujours lié à l'intérêt général »⁶⁵³. De ce fait, l'autorité domaniale dispose d'une liberté d'action justifiée souvent par la nécessité de maintenir cet intérêt général, lequel « [...] est assimilé à la finalité de la gestion domaniale »⁶⁵⁴. C'est ainsi qu'un titre domanial peut être mis fin en raison d'un motif d'intérêt général. Ensuite, il y a la recherche de l'intérêt du domaine public qui fonde également la liberté de gestion du domaine public.

502. Cependant, parce que le domaine public est le siège de plusieurs activités de nature économique, l'exercice de ces activités peut limiter l'exercice de la liberté de gestion dont dispose le maître du domaine. Cela s'explique par le fait que le maître du domaine est tenu de respecter certains principes. L'on assiste donc à un bouleversement de la liberté de gestion du domaine public. Toutefois, la liberté de gestion du maître domanial est toujours préservée, en dépit de ce bouleversement, car, il y a une nécessité de maintenir cette liberté en raison de la finalité de l'action de l'autorité domaniale.

⁶⁵³ Aurore LAGET-ANNAMAYER - « occupation du domaine public et intérêt général : d'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action » - AJDA, 2003.

⁶⁵⁴ Philippe YOLKA - *La propriété publique. Élément pour une théorie*, Thèse ; LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 191, 1997, p.300.

PARTIE 2/ L'exercice d'une activité économique sur le domaine public : une limite à la liberté de gestion du domaine public

503. L'activité économique exercée sur le domaine public constitue une limite à la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale. Toutefois, cette limite ne supprime pas totalement la liberté de gestion du domaine public. Autrement dit, bien que l'autorité domaniale soit soumise à la fois au respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de la concurrence, sa liberté de gestion demeure toujours préservée. (**Titre 2**). Cette préservation est nécessaire puisque cela va permettre à l'autorité domaniale d'assurer les intérêts du domaine public. En effet, celui-ci doit être valorisé. Et sans cette liberté de gestion, il serait difficile pour cette autorité de poursuivre son objectif. En prenant l'exemple de la gestion des gares appartenant à la SNCF, il est rapporté que la SNCF « finance chaque année, uniquement dans son périmètre gare, plus de 170 millions d'euros »⁶⁵⁵. Face à cette situation, la SNCF, dans le cadre des autorisations d'occupation privative de son domaine public, devra-t-elle renoncer, au nom du principe égal concurrence, à sa liberté de choisir l'offre la plus économiquement avantageuse pour la valorisation dudit domaine ?

504. Par ailleurs, Il convient de préciser que dans cette seconde partie, seule la confrontation entre les libertés économiques et la liberté de gestion sera abordée, en raison du fait que la gestion du domaine public se dirige essentiellement vers la poursuite d'un but d'ordre économique et patrimonial. Ainsi, seront exclus, dans cette étude, les cas des libertés non économiques et voire certaines libertés économiques, car lesdites libertés sont réglementées par des mesures de police et non par des mesures de gestion. Dans notre introduction, il a été présenté la distinction entre acte de police et acte de gestion ⁶⁵⁶.

505. Par ailleurs, l'exercice de la liberté de gestion dont dispose le maître du domaine n'est pas sans limite. L'autorité domaniale chargée de la gestion du domaine public est tenue, également, de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence. Rappelons-le que le fait de « soumettre l'exercice d'une activité économique à

⁶⁵⁵ Sophie BOISSARD, *La valorisation économiques des propriétés des personnes publiques*, Acte du colloque du 6 juillet 2011 organisé par le Conseil d'Etat à l'Ecole nationale d'administration, Documentation Française, 2011, p.56.

⁶⁵⁶ V. Supra, Pp. 21-25.

autorisation [risque de] fausse [r] le jeu de la concurrence entre les opérateurs économiques »⁶⁵⁷. Pour cette raison, la liberté de gestion du domaine public nécessite un encadrement. Et le fait que le domaine public soit « un espace des libertés »⁶⁵⁸, l'administration chargée de sa gestion doit faciliter les opérateurs à accéder audit domaine en vue d'exercer leurs activités économiques. Par voie de conséquence, l'on assiste à une confrontation entre la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale et la liberté des personnes privées utilisatrices dudit domaine à des fins économiques.

506. Dès lors, le domaine public, lieu où s'exercent plusieurs activités économiques, demeure un endroit sollicité par les entreprises. Ces dernières voient en ce domaine le lieu idéal et bénéfique pour leurs activités. Pour cette raison, l'autorité domaniale doit à la fois respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence. Ce respect constitue donc une limite indéniable à la liberté de gestion du domaine public **(Titre 1)**.

⁶⁵⁷ Jean-Victor MAUBLANC – *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 311, 2019, p.1.

⁶⁵⁸ Gérard GONZALEZ – « domaine public et droit de la concurrence » - AJDA, 1999, p.387.

Titre 1/ Le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le respect du droit de la concurrence : une limite indéniable à la liberté de gestion du domaine public

507. L'exercice de la liberté de gestion du domaine public n'est pas sans limite. En effet, comme dans chaque liberté il y a une limite, la liberté dont dispose le maître du domaine est limitée par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et ainsi que par le droit de la concurrence. Dès lors, l'opposabilité et l'applicabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public ont bouleversé la liberté de gestion du domaine public.

508. Cependant, Aurélien CAMUS, dans sa thèse, a expliqué que « l'intégration des règles de concurrence ne s'est pas effectuée au prix d'un bouleversement du pouvoir de gestion du domaine public [...]. Il n'y a dès lors ni banalisation ni altération du pouvoir de gestion »⁶⁵⁹. Cette analyse reste critiquable pour deux raisons. D'abord, l'acte de gestion du domaine public, considéré comme susceptible de nuire aux règles issues du droit de la concurrence, ne bénéficie pas, comme ce fut le cas, de l'immunité juridictionnelle. En effet, on est plus à l'époque où il a été considéré que l'acte administratif, y compris les actes de gestion, « [...] n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de concurrence sur le marché »⁶⁶⁰. Aujourd'hui, et pour reprendre les termes du professeur DELAUNAY, « l'administration doit donc veiller à ne pas édicter des règles qui, par leur portée, soient susceptibles d'emporter des effets anticoncurrentiels, ce qu'illustrent plusieurs domaines de l'activité administrative tels la police, la commande publique, l'occupation du domaine public »⁶⁶¹. N'est-ce pas là un bouleversement de la liberté de gestion du domaine public ? D'ailleurs, le professeur ISRAËL souligna que « la validité des actes administratifs pourrait être affectée par des pratiques des personnes publiques elles-mêmes susceptibles d'empêcher ou de restreindre le libre jeu de la concurrence »⁶⁶². Dès lors, l'encadrement de la liberté de gestion du domaine public par les règles issues du droit de la concurrence constitue une limite à ladite liberté (Chapitre 2).

⁶⁵⁹ Aurélien CAMUS – *Le pouvoir de gestion du domaine public*, Thèse, Nanterre, 2013, p.213.

⁶⁶⁰ TC, 6 juin 1989, n°02578.

⁶⁶¹ Benoît DELAUNAY – *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Coll. Manuel, 2^e éd., 2018, p.219.

⁶⁶² Jean-Jacques ISRAËL – « Droit de la concurrence et des personnes publiques : les actes administratifs ne relèvent pas du contentieux spécial de la concurrence mais du juge administratif qui peut appliquer le droit de la concurrence » - Recueil Dalloz, 1990, p. 418.

509. Ensuite, la liberté de gestion du maître du domaine est bouleversée par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, lequel s'impose aux actes de gestion du domaine public. Car il faut l'admettre qu'il serait contraire aux libertés des personnes privées si le maître du domaine, à travers ses actes de gestion, empêche, sans motif valable, ces personnes d'accéder au domaine public en vue d'exercer leurs activités économiques. Pour la simple raison que « la liberté du commerce et de l'industrie apparait comme l'expression du libéralisme économique et la condition juridique première de notre système économique »⁶⁶³. Ainsi, ledit principe constitue une limite à la liberté de gestion du domaine public (chapitre 1).

⁶⁶³ Michel GUIBAL – « Commerce et industrie » - Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2003, n°22.

CHAPITRE 1/ L'obligation de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : une limite à la liberté de gestion du domaine public

510. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est un principe qui remonte à l'ancien régime⁶⁶⁴, même si juridiquement, « il naît avec la révolution française et le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 qui supprime l'organisation corporative de l'ancien régime »⁶⁶⁵. Par ailleurs, rappelons que ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas, aujourd'hui, partie des principes figurant dans le bloc de constitutionnalité, car « aucune disposition constitutionnelle ne consacre explicitement cette liberté »⁶⁶⁶. Ce rappel est nécessaire à nos yeux car, c'est ce qui va nous permettre d'affirmer que ce principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie ne prime donc pas sur la liberté de gestion du domaine public⁶⁶⁷.

511. Cela dit, ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie doit être respecté par les autorités administratives. Le juge administratif vérifie ainsi la légalité des actes administratifs au regard dudit principe. L'arrêt Théron⁶⁶⁸ l'illustre bien. En effet, dans cette décision, le juge a considéré que « les dispositions [...] établissent au profit de M. Théron un véritable monopole, en violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie »⁶⁶⁸. En outre, le domaine public, étant un espace de libertés, « est toujours un terrain d'équilibre entre les prérogatives de la personne publique propriétaire et les droits des tiers, qu'il s'agisse des usagers de la dépendance ou des entreprises souhaitant y exercer une activité commerciale »⁶⁶⁹ et de ce fait, l'autorité domaniale doit respecter ce principe de la liberté du

⁶⁶⁴ Sous l'ancien régime, on observait l'existence de ce principe. Deux Edits établirent ce principe. Le premier fut l'édit du ministre TURGOT en date du 13 septembre 1774 relatif à la libre circulation des grains. Le second fut l'édit de février 1776 abolissant les corporations jugées néfastes pour les libertés individuelles. À son article 1^{er}, il était écrit qu'« il sera libre à toute personne, de quelque qualité et condition qu'elles soient, même à tous les étrangers, encore qu'ils n'eussent point obtenu de nous des lettres de naturalité, d'embrasser et d'exercer dans tout notre royaume, et nommément dans notre bonne ville de Paris, telle espèce de commerce et telle profession d'arts et métiers que bon leur semblera [...] ».

⁶⁶⁵ Jean- Philippe KOVAR - « Où est la liberté du commerce et de l'industrie ? » - Droit administratif, n° 12, Étude 18, 2007, pt. 1.

⁶⁶⁶ Anne MONPION - « Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie » - AJDA, 2008, p.232.

⁶⁶⁷ V. Infra, Titre 2, Chapitre 2, p. 293.

⁶⁶⁸ CE, 4 mars 1910, Théron, n°29373 ; v- CE, 9 novembre 1988, *Territoire de la Polynésie Française*, Rec. p. 406 : pour le juge, « en conférant un monopole au seul importateur sélectionné, et en interdisant aux autres importateurs toute activité sur le territoire, [...] l'arrêté a porté au principe de la liberté du commerce et de l'industrie une atteinte excessive ».

⁶⁶⁹ Marion UBAUD-BERGERON - « Pouvoirs du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie » - RJEP, n°707, 2013.

commerce et de l'industrie, lequel principe est destiné aux entreprises et aux individus afin qu'ils puissent exercer librement leurs activités. L'autorité domaniale est contrainte, dans ce cas, de respecter ce principe (section 1). Toutefois, quelques exceptions existent (section 2).

Section 1/ La prise en compte du principe de la liberté du commerce et de l'industrie par l'autorité domaniale : une limite à la liberté de gestion du domaine public

512. Sans doute, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a bien bouleversé la liberté de gestion du domaine public. Par ailleurs, le législateur n'a pas apporté de précisions quant à la question du respect de ce principe par les autorités domaniales, (contrairement en ce qui concerne le droit de la concurrence qui, aujourd'hui, figure bien dans le code général de la propriété des personnes publiques). Il revenait donc au juge de l'indiquer. Et selon lui, l'autorité domaniale, en matière de gestion du domaine public, est tenue de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Autrement dit, le respect de la liberté du commerce et de l'industrie s'impose au maître domanial (paragraphe I) et il lui est en conséquence interdit d'y apporter une atteinte injustifiée (Paragraphe II).

Paragraphe I/ Un principe de liberté du commerce et de l'industrie s'imposant au maître domanial

513. Le domaine public, lieu des libertés économiques, constitue une source de revenus pour les entreprises privées. Ainsi, le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie par l'autorité domaniale (I) vise à permettre aux personnes privées d'accéder au domaine public en vue d'exercer leurs activités économiques (II).

I/ Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et l'autorité domaniale

514. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'intègre aux actes de gestion du domaine public (A). Dès lors, la méconnaissance audit principe entacherait d'illégalité l'acte de gestion du domaine public (B)

A/ L'intégration du principe de la liberté du commerce et de l'industrie dans la gestion domaniale

515. L'autorité domaniale n'échappe pas à la règle, celle de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. L'arrêt *Daudignac*, même s'il rentre dans le cadre des pouvoirs de police et non pas dans les actes de gestion du domaine public, en est un exemple. Cet arrêt *Daudignac* illustre bien cette approche, l'autorité domaniale doit respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour le juge administratif, « [...] en interdisant, en cas de nécessité, l'exercice de cette profession [de photographe] dans certaines rues ou certaines heures ne saurait, sans [...] porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, subordonner l'exercice de ladite profession à la délivrance d'une autorisation »⁶⁷⁰. Il s'agit là d'une obligation faite à l'autorité domaniale de respecter ce principe.

516. Il en va de même pour l'autorité domaniale chargée de la gestion du domaine public. Elle se trouve dans l'obligation de respecter ce principe dès lors que ledit domaine est devenu le siège des activités économiques. Les actes de gestion du domaine public sont donc subordonnés au respect dudit principe. C'est ainsi que l'autorité domaniale, en édictant des actes de gestion du domaine public, doit traiter de la même manière les personnes privées souhaitant occuper le domaine public en vue d'exercer des activités économiques. Le juge administratif l'a bien rappelé dans l'affaire dite '*syndicat des artisans fabricants de pizza non sédentaire Provence – Alpes – Côte d'Azur*' du 15 mars 1996. En l'espèce, un arrêté municipal en date du 19 janvier 1989 relatif à la réglementation des emplacements publics de la ville de Marseille avait prévu que « nul ne peut exercer une quelconque activité commerciale ou autre sur un emplacement public s'il n'a pas, au préalable, demandé ou obtenu une autorisation municipale [et que] l'autorisation est personnelle, précaire et révocable. Elle n'est valable que pour l'emplacement pour lequel elle est délivrée. Elle est délivrée en priorité aux postulants domiciliés à Marseille ». Pour le juge, l'arrêté est entaché d'illégalité en tant qu'il accorde une priorité à ceux venant de Marseille et au détriment de ceux qui viennent d'ailleurs. Autrement dit, en édictant une règle de priorité au profit de ceux qui viennent de Marseille, l'autorité domaniale a porté une atteinte illégale au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Selon le juge, « s'il appartient au maire de fixer [...] les conditions auxquelles il entend subordonner la délivrance d'une telle autorisation, et

⁶⁷⁰ CE, 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. p.362.

notamment des critères de priorité entre les demandeurs, l'auteur de l'arrêté attaqué n'a pu, sans commettre une erreur de droit ni porter atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie, édicter une règle de priorité au détriment des postulants qui ne sont pas domiciliés à Marseille »⁶⁷¹. Il est donc clair que l'autorité domaniale, « dans l'exercice de ses compétences, doit respecter la liberté du commerce et de l'industrie, liberté qui implique pour les personnes privées le droit d'exercer librement des activités industrielles et commerciales »⁶⁷². Ce respect engendre une certaine limite à la liberté de gestion du maître domanial dans la mesure où le principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'impose à lui.

517. Cela rejoint à cette idée d'affirmer que « la liberté des personnes privées semble être un obstacle à la liberté des personnes publiques »⁶⁷³. La liberté de gestion de l'autorité domaniale est ainsi remise en cause par cette liberté des personnes privées potentiellement utilisatrices et occupantes dudit domaine. Autrement dit, la consécration de ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie constitue une limite à la liberté de gestion du maître du domaine. Il est vrai que l'administration est tenue de préserver et conserver son domaine mais cette nécessité ne doit pas être une raison de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Et même dans le cadre d'une occupation privative, « les pouvoirs de gestions ne sauraient éradiquer totalement l'autonomie de gestion de l'exploitant au point de constituer une atteinte substantielle à la liberté du commerce et de l'industrie »⁶⁷⁴. Ainsi, et comme l'a expliqué le professeur BRACONNIER, « les libertés économiques ont donc, assez vite, rattrapé les autorités administratives gestionnaires de ce domaine (public), pour les soumettre, dans la gestion des titres d'occupations [...], à des contraintes tirées [...] de la liberté du commerce et de l'industrie [...] »⁶⁷⁵, le respect à ce principe s'impose à l'autorité domaniale.

518. C'est ainsi que la méconnaissance par l'autorité domaniale du principe de la liberté du commerce et de l'industrie frappe d'illégalité l'acte de gestion du domaine public. Ce qui peut provoquer, par la suite, son annulation.

⁶⁷¹ CE, 15 mars 1996, *Syndicat des artisans fabricants de pizza non sédentaires Provence-Alpes-Côte d'Azur*, n°133080.

⁶⁷² Sébastien DEGOMMIER, « Liberté du commerce et de l'industrie et gestion des musées » - note sous CAA Nantes, 4 mai 2010, *EURL Photo Josse*, AJDA, 2010, p.1475.

⁶⁷³ Michel GUIBAL - « Commerce et industrie » - Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2003, n°22.

⁶⁷⁴ V- Jean-Philippe BROUANT, Norbert FOULQUIER - « Les pouvoirs de contrôle du gestionnaire du domaine sur les activités des occupants » - AJDA, 2013, p.351.

⁶⁷⁵ Stéphane BRACONNIER - « Domaine public : La liberté du commerce et de l'industrie réhabilitée, mais bridée » - AJDA, 2012, p.1129.

B/ L'annulation de l'acte de gestion domaniale pour illégalité en cas de méconnaissance du principe de la liberté du commerce et de l'industrie

519. Le fait qu'un acte de gestion du domaine public puisse être annulé pour illégalité, l'on assiste à une limite à la liberté de gestion du domaine public, en ce sens que ledit acte pourra être écarté au nom du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, la soumission des actes de gestion du domaine public au respect du principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie constitue un bouleversement de la liberté de gestion dudit domaine. Très récemment, la Cour administrative d'appel de Marseille a dû rejeter une requête formulée par l'autorité domaniale au motif que celle-ci a méconnu le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour le juge d'appel, « l'interdiction faite [au demandeur] de s'installer à l'endroit qu'il occupait habituellement les jours de marché, même si elle répond à la préoccupation de contribuer à la mise en valeur du patrimoine local en dehors des heures du marché, porte, compte tenu des caractères du site, de la configuration des lieux, de la durée limitée de l'installation, de la précarité de ces vendeurs ambulants sur la voie publique [...], une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie »⁶⁷⁶.

520. Il est à noter que la méconnaissance de ce principe par le maître domanial est manifeste à partir du moment où ledit maître prive, de manière injustifiée, les uns d'exercer leurs activités sur le domaine public pendant qu'il autorise les autres⁶⁷⁷. Dans ce cadre, la mesure serait discriminatoire et « une telle considération [...] porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie »⁶⁷⁸. Ainsi, cette obligation de respecter ce principe constitue une limite à la liberté de gestion du domaine public.

521. En outre, l'idée de soumettre l'autorité domaniale au respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie vise à favoriser l'accès des opérateurs privés au domaine public.

⁶⁷⁶ CAA, Marseille, 23 Oct. 2017, *Commune D'Aups*, n°15MA04709. En l'espèce, la commune d'Aups avait refusé à un commerçant ambulant l'autorisation d'exercer son activité de commerce ambulant sur le domaine public.

⁶⁷⁷ Tel est la position du juge dans l'arrêt du Conseil d'État du 15 mars 1996, *syndicat des artisans fabricants de pizza sédentaires province Côte d'Azur*. Le juge, en qualifiant d'illégale une disposition de l'arrêté du maire notamment à son article 90 selon lequel « les emplacements pour épars fixe ou commerce ambulants ne peuvent être concédés à moins de cent cinquante mètres de distance des halles, marchés et magasins vendant des produits similaires à ceux de l'épars », a considéré « qu'une telle disposition revient à interdire au commerce non sédentaire, la plupart des emplacements favorables à ce type d'activité ».

⁶⁷⁸ Jean-Bernard AUBY, Christine MAUGÜÉ, « Mesure destinée à assurer la protection du commerce sédentaire contre le commerce sédentaire » - note sous CE 15 mars 1996, *syndicat des artisans fabricants de pizza sédentaires province Côte d'Azur*, n°133080, RDI, 1996, p.556.

II/ L'obligation de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : un moyen de faciliter l'accès des personnes privées au domaine public en vue d'exercer leurs activités économiques

522. Le domaine public demeure le lieu des libertés économiques. L'autorité domaniale doit, ainsi, faciliter l'installation des entreprises sur son domaine public (A). Pour y parvenir, elle doit prendre en compte le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie (B).

A/ L'autorité domaniale et l'installation des entreprises sur le domaine public

523. Bien que les entreprises n'aient aucun droit à l'obtention d'un titre domanial en vue d'exercer leurs activités sur le domaine public, comme le cas « des commerçants riverains [qui] ne peuvent se prévaloir d'aucun droit à installer des terrasses ou des contre-terrasses pour exercer leur activité sur les dépendances du domaine public »⁶⁷⁹, toutefois, les autorités domaniales doivent faciliter l'installation des entreprises sur le domaine public. D'abord, parce que l'occupation privative permet l'enrichissement du domaine public. Car, plus ledit domaine est occupé, plus il génère des ressources au profit de l'administration. Ensuite, le domaine public demeure le lieu idéal pour les activités économiques. Il est donc important que l'autorité domaniale favorise l'accès des entreprises privées au domaine public. Et cela se réalise par la mise en place d'un traitement égal au profit des candidats à une éventuelle occupation ou utilisation du domaine public. Ce traitement égal vise à lutter contre les discriminations et il constitue une manière « de garantir, autant que possible, la liberté du commerce et de l'industrie [...] dans l'accès aux installations [...] »⁶⁸⁰ sur le domaine public.

524. Il en va de même pour les personnes qui occupent déjà le domaine public, l'autorité domaniale doit les traiter de la même manière et à titre égal. Sur ce point, le juge administratif avait considéré que le fait de traiter différemment les commerçants ambulants des autres commerçants portent atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour le juge, « [...], l'obligation, faite aux seuls commerçants non sédentaires titulaires des deux emplacements sis quai Gambetta ou de l'emplacement situé des paquebots, de peindre leur véhicule en blanc avec deux lignes bleues correspondant aux couleurs de la commune, même si elle répond au souci de contribuer à l'agrément de la promenade sur le quai, porte une

⁶⁷⁹ Pierre SOLER-COUTEAUX, « Liberté du commerce et de l'industrie, discrimination et concurrence » - note sous CAA Paris, 10 juil. 2018, n°17PA02667, Contrats et Marchés publics, n°10, 2018, Comm. 233.

⁶⁸⁰ Pierre COLLIN - Conclusion sur CE, 30 juin 2004, n°250124, RJEP, 2004.

atteinte disproportionnée [...] à la liberté du commerce et de l'industrie »⁶⁸¹. De la même sorte, le Conseil d'État a considéré que constitue une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, l'acte de gestion domaniale qui « vise à assurer la protection du commerce sédentaire contre la concurrence du commerce non sédentaire »⁶⁸².

525. L'interdiction de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie vise à la protection des libertés des personnes privées et permet à celles-ci d'exercer leurs activités économiques sur le domaine public, sous réserve d'avoir reçu un titre domanial. Et cette volonté de protéger la liberté des personnes privées constitue une limite à la liberté de gestion du domaine public, en ce qu'elle oblige aux autorités domaniales, chargées de la gestion du domaine public, de prendre en compte les intérêts desdites personnes. Le domaine public, étant le siège des activités économiques, demeure un endroit stratégique pour les entreprises. De ce fait, le maître du domaine public doit prendre en compte cet aspect en vue de permettre aux entreprises privées de bénéficier des atouts que le domaine public peut leur procurer.

526. C'est ainsi que le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'impose à l'autorité domaniale afin de permettre aux entreprises de pouvoir s'installer sur le domaine public mais aussi d'être traité de manière égale.

B/ Le respect par l'autorité domaniale du principe de la liberté du commerce et de l'industrie

527. Il ressort de l'arrêt "*Société Eda*" que le maître domanial doit prendre en compte le principe de la liberté du commerce et de l'industrie lors de la gestion du domaine public. Pour le juge administratif, « 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'activités 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 [...] »⁶⁸³. En obligeant l'administration de prendre en compte le principe de la liberté du commerce et de l'industrie suppose que le domaine public constitue

⁶⁸¹ CAA, Douai, 7 déc. 2000, *Cne de Boulogne-Sur-Mer*, n°98DA00928.

⁶⁸² CE, 15 mars 1996, *Synd. des artisans fabricants de pizza non sédentaire Provence Alpes Côte d'Azur*, n°133080.

⁶⁸³ CE, 26 mars. 1999, *Société EDA*, n°202260.

une richesse pour les entreprises, et de ce fait, il est important de favoriser leur accès sur ledit domaine, en ce que cet accès constitue un moyen pour ces entreprises d'exercer leurs activités économiques. Bien que l'occupation privative du domaine public ne constitue pas un droit ⁶⁸⁴, autrement dit l'administration propriétaire dudit domaine est en droit de refuser une autorisation au motif « qu'aucun texte de loi ou de règlement ne reconnaît aux particuliers un droit à l'obtention de permissions d'occupation du domaine public [...] »⁶⁸⁵, néanmoins, ladite autorité doit respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie⁶⁸⁶. Toute décision de refus doit être dès-lors motivée. Rappelons que le domaine public est siège de plusieurs activités économiques. Aussi, il est à noter que certains domaines publics sont indispensables pour certaines entreprises surtout lorsqu'ils sont rares ⁶⁸⁷, dans ce cas, la prise en compte du principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie est nécessaire afin de permettre ces entreprises de s'y installer en vue d'exercer leurs activités économiques.

528. En outre, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie implique la liberté des personnes privées d'exercer leurs activités et l'interdiction faite aux personnes publiques d'y apporter atteinte. À ce propos, la jurisprudence a apporté des précisions quant à l'hypothèse où la décision de l'autorité domaniale peut être frappée d'illégalité en tant qu'elle porte atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Paragraphe II/ L'interdiction faite aux autorités domaniales de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie : une limite à la liberté de gestion

529. Il est interdit à l'autorité domaniale de porter atteinte au principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie. De ce fait, défense faite à l'autorité domaniale de concurrencer les opérateurs privés (I), mais aussi de porter atteinte de manière injustifiée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (II).

⁶⁸⁴ Cependant, il existe une exception au profit des concessionnaires de transport et des concessionnaires d'électricité et de gaz qui bénéficient d'une exception au principe de l'absence d'un droit à l'occupation du domaine public. On peut lire les articles L.323-1, L.323-2, L.433-3, L.433-4 du code de l'énergie.

⁶⁸⁵ CE, 20 déc. 1957, *Société nationale d'édition cinématographique*, Réc. Lebon, 1957, p.702. Également, la doctrine explique que, « le gestionnaire du domaine public est libre d'accorder ou de refuser les autorisations d'occupation du domaine public, même dans l'hypothèse où l'autorisation sollicitée est compatible avec l'affectation [...] » : v- Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-charlotte LESERGENT, François BRENET - *Code général de la propriété des personnes publiques, annoté et commenté*, Dalloz, 2018, p.211.

⁶⁸⁶ CE, 22 juin 1983, *Ville de Lyon*, n°38274.

⁶⁸⁷ C'est lorsque par exemple, l'exercice d'une activité économique est dépendant d'un domaine public précis et particulier.

I/ L'interdiction faite à l'autorité domaniale de concurrencer les occupants du domaine public

530. En effet, le principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie fait obstacle à l'autorité domaniale d'exercer les mêmes activités économiques que l'occupant privatif du domaine public. C'est le principe de la non-concurrence entre autorité domaniale et occupant du domaine public. Autrement dit, l'occupant du domaine public a « le droit de ne pas être concurrencé par la personne publique »⁶⁸⁸ gestionnaire du domaine public. Ce dernier ne doit pas se livrer aux mêmes activités exercées par l'occupant du domaine public. L'intérêt de cette interdiction vise à empêcher le maître domanial d'user de ses prérogatives de puissance publique au détriment de l'opérateur privé. Ce principe de non-concurrence entre autorité domaniale et occupant du domaine public suppose que ladite autorité, non seulement n'est pas autorisée à fournir les mêmes services que l'occupant ou l'utilisateur du domaine mais qu'elle ne doit pas non plus exercer des activités économiques sur le domaine public. Car, une telle hypothèse serait une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, en ce sens que l'intervention de l'administration, au même titre que l'occupant, empêcherait celui-ci d'exercer loyalement ses activités économiques. L'occupant, en ne possédant pas les mêmes pouvoirs et prérogatives que l'autorité domaniale, se trouverait en position d'inégalité et de faiblesse.

531. Rappelons que l'autorité domaniale a la mission d'assurer la gestion du domaine public. Cette gestion se réalise par le biais des actes de gestion qui se distinguent des actes économiques, en ce sens que ces derniers relèvent de la compétence des personnes privées. Il ressort d'une jurisprudence constante que l'activité commerciale est une activité d'initiative privée. En conséquence, la personne publique ne peut intervenir sur le marché que sous réserve de justifier un intérêt public⁶⁸⁹. Il serait donc contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie l'intervention de l'autorité domaniale destinée à fournir les mêmes services que celles fournis par son occupant. Une telle hypothèse conduirait à concurrencer l'occupant du domaine public, alors que celui-ci a le « droit [...] de ne pas être concurrencé

⁶⁸⁸ Marion UBAUD – BERGERON - « (in) consistance des libertés économiques sur le domaine public » - RJEP, n°701, 2012, comm.49.

⁶⁸⁹ V- CE, 30 mai.1930, *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers*, n°06781. Pour le Conseil d'État, « les Conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics municipaux que, si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ».

par les personnes publiques »⁶⁹⁰. L'on imagine bien qu'il n'y aurait aucun intérêt à autoriser un titre domanial en vue d'une exploitation économique et en parallèle, se livrer, en tant qu'autorité domaniale, aux mêmes activités sur ledit domaine. Le principe de la non-concurrence est destiné, dans ce cadre, à la protection des intérêts de l'occupant privatif du domaine public.

532. En effet, le principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie « implique la non-concurrence des personnes publiques face à l'initiative privée »⁶⁹¹, par voie de conséquence, l'autorité domaniale ne saurait concurrencer les occupants du domaine public. Cette interdiction vise à éviter que ladite autorité puisse recourir à ces prérogatives de puissance publique dont elle dispose pour concurrencer les occupants dudit domaine. Ce faisant, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a comme finalité d'interdire à la personne publique à se livrer à des activités économiques et de fournir des services aux particuliers⁶⁹² alors que ces mêmes services sont déjà fournis par l'occupant du domaine public. D'une manière générale, le respect du principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie implique la non-intervention de la personne publique sur le marché, conçu comme activité d'initiative privée. Plusieurs arrêts⁶⁹³ du Conseil d'État l'ont affirmé et la position est celle de « l'interdiction de principe faite aux personnes publiques d'agir comme des opérateurs économiques »⁶⁹⁴. Dès lors, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie interdit à la personne publique de prendre en charge une activité économique. Cette dernière, rappelons-le, est réservée aux personnes privées.

533. Ce principe de la non-concurrence s'applique, ainsi, à l'autorité domaniale qui ne doit pas prendre en charge une activité économique exercée par les occupants du domaine public. En effet, en matière de gestion domaniale, deux arrêts importants ont illustré ce principe de non-concurrence. Le premier arrêt⁶⁹⁵ porte sur l'occupation du domaine public immobilier

⁶⁹⁰ Stéphane BRACONNIER, « Domaine public : liberté du commerce et de l'industrie réhabilitée, mais bridée » - note sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, *AJDA*, 2012, p.1129.

⁶⁹¹ Aurélien ANTOINE - *Prérogative de puissance publique et droit de la concurrence*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 261, 2009, p.286.

⁶⁹² V- Claude HEUMANN – Conclusion sur CE, 14 octobre 1955, *Association des concerts colonnes*, *AJDA*, 1955, p.426.

⁶⁹³ V- CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de paris*, n°275531. Pour valider un décret portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat et ainsi rejeté la demande du requérant, le Conseil d'Etat a considéré qu'« aucune de attributions confiées à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat n'emporte intervention sur un marché ». Également, v - CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n°306911.

⁶⁹⁴ François BRENET - « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public » - *Droit administratif*, n°11, 2012, Comm.89, pt1.

⁶⁹⁵ CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909.

tandis que le second arrêt⁶⁹⁶ porte sur l'utilisation du domaine public mobilier. Dans ces deux arrêts, le principe est le même ; « le respect [du principe de la liberté du commerce et de l'industrie] implique que les personnes publiques [...] ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique [...] ». Cependant, dans ces deux arrêts, bien que le juge administratif ait rappelé ce principe de non-concurrence, il n'était nullement question d'une prise en charge directe d'une activité économique dans les secteurs d'activités concernés, par RATP ou par la Ville de Tours.

534. Affirmer que les personnes publiques ne peuvent prendre en charge une activité économique est une manière de rappeler que la mission principale de ladite personne est l'exercice d'une activité non économique. Ainsi, pour ce qui est du domaine public, la mission de l'autorité domaniale demeure la gestion dudit domaine. Ces actes de gestion sont différents des activités économiques, en ce sens qu'ils demeurent des actes « qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique et les activités répondant à une fonction exclusivement sociale »⁶⁹⁷.

535. Cela dit, les actes de nature économique sont laissés à la portée des personnes privées. C'est ainsi qu'il est interdit aux personnes publiques d'apporter des restrictions injustifiées aux actes de nature économiques.

II/ L'interdiction faite à l'autorité domaniale d'apporter des restrictions injustifiées aux activités économiques

536. De la même sorte qu'il est interdit à l'autorité domaniale de concurrencer les opérateurs privés sur le marché, au nom du respect au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ce même principe contient une autre composante qui tend à considérer que « les personnes publiques ne peuvent, par leurs décisions, entraver ou restreindre les activités économiques des opérateurs privées »⁶⁹⁸. En effet, le respect de ce principe législatif de liberté du commerce et de l'industrie « implique que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »⁶⁹⁹. Aussi, le juge administratif qui a considéré comme portant atteinte injustifiée

⁶⁹⁶ CE, 29 oct.2012, *Ville de Tours*, n°341173.

⁶⁹⁷ Jean-Bernard BLAISE - « Entente » - Répertoire de droit européen, Dalloz, 2016, n°58.

⁶⁹⁸ Sophie NICINSKI, « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives » - note sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, au Lebon, RFDA, 2012, p.1181.

⁶⁹⁹ CE, 16 oct. 2013, *Société EDT*, n°365067.

au principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie, l'article LP.10 de la loi du pays relative aux principes directeurs de la politique énergétique de la Polynésie Française au motif que, « il ne ressort pas des pièces du dossier que, pour instituer le seuil fixé au premier alinéa de l'article LP.10 [est interdite toute action tendant à porter au-delà d'un seuil de 50 pour cent, ou d'augmenter si ce seuil est déjà atteint, le contrôle direct ou indirect par un même opérateur de la production issue des énergies renouvelables], les auteurs de cette disposition aient recherché si, compte tenu des caractéristiques propres aux marchés Polynésien de la production et de la consommation d'énergie électrique, notamment de la faible taille [...]. Qu'il n'est dès lors pas établi que les restrictions édictées par l'article LP.10 seraient limitées aux seuls marchés pertinents et aux seules mesures nécessaires à la réalisation de l'objectif d'intérêt général ».

537. D'une manière générale, la personne publique ne doit pas apporter aux activités économiques des restrictions qui « ne seraient justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »⁷⁰⁰. Quand bien même ce principe concerne, comme l'ont expliqué les professeurs LLORENS et SOLER-COUTEAUX, « la réglementation des activités économiques privées, mais (il) pourrait tout aussi bien s'appliquer aux autorisations d'occupation du domaine public »⁷⁰¹, surtout lorsque cela concerne les cas où le domaine public constitue un espace limité à caractère non substituable. Il est donc clair que refuser l'accès à un opérateur audit domaine risquerait de porter atteinte injustifiée aux activités économiques, protégées par le principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie.

538. Et pour reprendre les termes de la professeure UBAUD- BERGERON , lorsqu'elle fit une comparaison entre l'arrêt RATP et l'arrêt Ville de Tours, elle a expliqué que « si le domaine public immobilier de la RATP n'a en effet pas vocation première à accueillir la distribution des journaux gratuits et que celle-ci peut chercher à se développer ailleurs, l'interdiction de photographie des œuvres d'arts opposée à une société dont c'est le cœur de métier produit un effet sur le libre exercice de l'activité qui est assez brutal »⁷⁰². Il est donc clair que refuser l'accès à l'occupation du domaine public alors que celui-ci demeure une ressource rare et donc non substituable risque, en effet, de porter atteinte injustifiée au principe de liberté du commerce et de l'industrie.

⁷⁰⁰ CE, 23 mai 2012, *RATP* et CE, 29 oct.2012, *Ville de Tours*.

⁷⁰¹ François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX - « Autorisation d'occupation du domaine public et liberté du commerce et de l'industrie » - Contrats et marchés publics, n°8-9, 2012, Repère 8, pt.2.

⁷⁰² Marion UBAUD-BERGERON – « Pouvoirs du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie » - RJEP, n°707, 2013, Comm.14.

539. En invoquant des restrictions injustifiées aux activités économiques, le juge nous fait comprendre qu'il peut y avoir des restrictions justifiées au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. De la même sorte qu'il est interdit au maître domaniale de concurrencer les occupants exerçant déjà des activités sur le domaine, il existe une exception à ce principe.

Section 2/ Des dérogations au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

540. Rappelons que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie permet aux personnes privées d'exercer leurs activités sans entraves. C'est donc le principe de liberté qui est posé. Ce disant, ce principe interdit aux personnes publiques de prendre en charge, au même titre que les personnes privées, une activité économique car cela porterait une atteinte injustifiée audit principe.

541. Toutefois, il faut rappeler que le domaine public est un ensemble des biens affectés à l'utilité publique. L'autorité domaniale se trouve dans l'obligation de préserver cette affectation. Ainsi, en vue de protéger les intérêts dont l'autorité domaniale a la charge, des restrictions peuvent être apportées au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (paragraphe I).

542. Par ailleurs, dans l'hypothèse où il y a une nécessité pour l'autorité domaniale de prendre en charge une activité économique existante en raison de l'insuffisance de l'initiative privée, cette prise en charge est légitimée par ces circonstances pouvant déroger le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (paragraphe II).

Paragraphe I/ La sauvegarde des intérêts par l'autorité domaniale : un motif de restriction au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

543. L'autorité chargée de la gestion du domaine public a l'obligation de protéger l'affectation et la conservation des biens de dépendances du domaine public. Cette obligation justifie qu'il soit porté atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Autrement dit, l'autorité domaniale peut, par exemple, se fonder sur l'intérêt du domaine dont elle a la charge pour apporter des restrictions au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

544. Ainsi, la poursuite d'une mission d'intérêt général (II) ainsi que la recherche de l'intérêt du domaine (I) peuvent justifier qu'il y ait des restrictions justifiées au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

I/ L'intérêt du domaine public et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie

545. La sauvegarde de l'intérêt du domaine public suppose que l'autorité domaniale soit amenée à assurer la protection (A) et la conservation (B) dudit domaine. Ces mesures de protection et de conservation peuvent justifier qu'il soit porté atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

546. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie peut être frappé de restrictions lorsque l'objectif poursuivi vise soit à la protection de l'affectation du bien à l'utilité publique, soit à la conservation du domaine public. En effet, il ressort des arrêts "RATP" et "Ville de Tours" que l'occupation privative en vue de l'exercice d'une activité économique doit être « compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine ».

A/ L'atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie justifiée par la protection du domaine public

547. Selon PASTRE-BELDA, « la protection de l'intégrité et de l'affectation du domaine public est une exigence impérieuse »⁷⁰³. Il incombe, donc, à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de préserver la protection du domaine public. C'est ainsi que l'autorité domaniale est tenue de préserver cette affectation et ne pas accorder de titres domaniaux qui ne seraient pas compatibles avec ladite affectation. Il lui revient à vérifier que ce rapport de compatibilité soit bien respecté. Cette exigence de compatibilité, qui fait partie des obligations du maître domanial, sert à protéger le domaine public, car « la protection du domaine public est un impératif d'ordre constitutionnel »⁷⁰⁴.

548. En effet, toute occupation ou utilisation privative doit être compatible avec l'affectation du domaine public. Dans le cas contraire, le propriétaire est en droit de mettre fin à toute occupation non compatible. Ainsi, l'affectation des biens du domaine public doit être protégée. Selon le professeur GAUDEMET, « une telle autorisation [d'occupation privative]

⁷⁰³ Béatrice PASTRE-BELDA - « L'effectivité des garanties procédurales de l'occupant sans titre du domaine public » - AJDA, 2011, p.2325.

⁷⁰⁴ CE, 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, n°189191.

n'est concevable que parce que l'occupation envisagée est compatible avec l'usage public. L'administration ne peut l'accorder qu'après avoir vérifié que tel est bien le cas »⁷⁰⁵. À noter que cette compatibilité doit correspondre au titre domanial qui « permet aux occupations compatibles de prolonger l'affectation et d'en être le complément »⁷⁰⁶. C'est ainsi qu'il a été justifié, selon le Conseil d'État, l'atteinte portée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie par une décision de l'autorité domaniale ayant expulsé un occupant du domaine public maritime au motif que l'occupation n'était pas compatible avec l'affectation dudit domaine. En l'espèce, un occupant du domaine maritime avait soulevé une question prioritaire de constitutionnalité à propos de l'article L2131-3 du code général de la propriété des personnes publiques devant la Cour administrative d'appel de Paris. Cette dernière a transmis la question au Conseil d'État qui, après avoir constaté l'absence de caractère sérieux de la question soulevée, a considéré que « les dispositions de l'article L2131-3 du code général de la propriété des personnes publiques, qui interdisent en principe l'édification ou le maintien d'aménagements ou de constructions non compatibles avec cette affectation publique et exposent celui qui y procède à la démolition de ses installations, ne portent pas d'atteinte excessive à la liberté d'entreprendre non plus qu'à la liberté du commerce et de l'industrie »⁷⁰⁷.

549. La protection du domaine public suppose, également, que l'autorité domaniale doit veiller à ce que ledit domaine soit occupé avec autorisation. Les occupations sans titre sont contraires aux règles de la domanialité, ce disant, « l'impératif de protection du domaine public en conséquence, [...] conduit à reconnaître [...] au propriétaire le droit de demander [...] l'expulsion d'un occupant en situation irrégulière »⁷⁰⁸. Cette expulsion fait, évidemment, obstacle à cet occupant d'exercer son activité commerciale. Mais une telle atteinte demeure justifiée par l'obligation de protéger le domaine public.

⁷⁰⁵ Yves GAUDEMET – *Traité de droit administratif. Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e éd., 2014, p.272, t.2

⁷⁰⁶ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET - *Code général de la propriété des personnes publiques, Annoté et commenté*, Dalloz, 8^e éd., 2018, p.201.

⁷⁰⁷ CE, 6 oct. 2010, n°341537.

⁷⁰⁸ Christian LAVIALLE, « expulsion du domaine public : compétences respectives du propriétaire et du gestionnaire » - note sous CE, 1^{er} juin 2016, *Société Mahoraise d'acconage, de représentation et de transit*, n°394069, RFDA, 2016, p.1119.

B/ L'atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie justifiée par les mesures de conservation du domaine public

550. Au-delà « de l'exigence de la compatibilité de l'utilisation domaniale à l'égard de l'affectation »⁷⁰⁹, il y a une obligation de conserver le domaine public qui peut, elle aussi, justifier les restrictions apportées au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. À propos de la conservation du domaine public, le professeur DUFAU a expliqué que, « l'administration propriétaire du domaine public a le droit de prendre toutes mesures nécessaires en vue d'assurer la conservation de son domaine, alors même qu'aucun texte ne lui donne compétence »⁷¹⁰. En effet, la conservation⁷¹¹ est la conséquence de la protection de l'affectation. Une fois celle-ci est assurée, le domaine public est conservé. Mais la protection de l'affectation n'est pas suffisante pour préserver le domaine public, il faudrait, également, que l'autorité domaniale prenne des mesures en vue de protéger l'intégrité de son domaine contre toutes dégradations ou atteintes.

551. Certes, le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'impose au maître domanial, mais celui-ci, doit s'assurer que toute occupation ou utilisation soit compatible avec la conservation du domaine public. Il ressort de l'arrêt *Commune de Tours* que « l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à utiliser une dépendance du domaine public mobilier en vue d'exercer une activité économique, à la condition que cette utilisation soit compatible avec [...] sa conservation »⁷¹². Il en va ainsi pour l'occupation qui doit être compatible avec la conservation du domaine public⁷¹³. Rappelons que l'autorité domaniale dispose d'une liberté de gestion. De ce fait, elle est dotée des prérogatives qui pourraient lui servir en vue de conserver l'intégrité du domaine public. Ainsi, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie peut être écartée s'il est question de conservation du domaine public.

552. Toutefois, la sauvegarde de l'intérêt du domaine n'est pas la seule condition pour écarter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. L'intérêt général peut justifier qu'il lui soit porté atteinte.

⁷⁰⁹ Jean-François GIACUZZO - « Domaine public, Règles générales d'utilisation : utilisation compatible » - Contrats et Marchés Publics, Fasc.512, 2016, n°19.

⁷¹⁰ Jean DUFAU - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd., 2001, p.252.

⁷¹¹ À ne pas confondre avec police de conservation qui, instituée par un texte spécial, « ne peut s'exercer qu'à l'égard des biens domaniaux qui bénéficient de la protection pénale du régime des contraventions de voirie » : v- Jean DUFAU – *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e éd.,2001, p. 252.

⁷¹² CE, 29 oct.2012, *Commune de Tours*, n°341173.

⁷¹³ CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909.

II/ L'intérêt général et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie

553. L'intérêt général peut légitimer la décision de l'autorité domaniale. C'est ce qui ressort des arrêts "*RATP*" et "*Ville de Tours*" que les restrictions apportées au principe de la liberté du commerce et de l'industrie peuvent être justifiées par l'intérêt général. Ce disant, l'autorité domaniale peut se fonder sur l'intérêt général pour faire obstacle à un occupant d'exercer son activité commerciale sur le domaine public. Sur ce point, le juge administratif a considéré que, « si les autorisations d'occupation du domaine public doivent en principe être délivrées pour une durée déterminée [...], le principe de l'inaliénabilité du domaine public [...] implique que l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre fin à tout moment, sous réserve de justifier cette décision par un motif d'intérêt général »⁷¹⁴. Il est clair que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie peut être écarté au nom de l'intérêt général, en ce sens qu'un occupant peut se voir retirer son titre qui lui permettait d'exercer son activité économique sur le domaine.

554. Bien que la notion d'intérêt général soit une notion très large, et d'ailleurs aucune définition textuelle n'est donnée à ce jour, le juge administratif a intégré l'intérêt général dans la gestion du domaine public. Il est d'une jurisprudence constante qu'« il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation »⁷¹⁵. Ainsi, l'intérêt général peut conditionner l'octroi, le refus et le non-renouvellement d'un titre domanial, en ce sens que ledit intérêt reste l'une des finalités de la gestion du domaine public.

555. Toutefois, plusieurs aspects ont été considérés comme rentrant dans le cadre de cette notion d'intérêt général. L'ordre public⁷¹⁶, l'ordre financier⁷¹⁷ et l'ordre esthétique⁷¹⁸ ont été

⁷¹⁴ CE, 5 fév. 2009, n°305021.

⁷¹⁵ CE, 20 déc. 1957, *Sté nationale d'éditions cinématographique*, Lebon 1957, p.702.

⁷¹⁶ Dans un arrêt en date du 11 février 1998, la Haute juridiction administrative a considéré « qu'un arrêté [...] pris par le maire de Paris en tenant compte d'impératifs d'ordre et de sécurité publics, n'a pas pour effet de lui retirer son caractère de règlement relatif à l'occupation du domaine public » : v- CE, 11 février 1998, *Ville de Paris*, n°171792.

⁷¹⁷ À propos de ça, le Conseil d'État a considéré qu'« il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public, [...] 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 en tenant compte des avantages de toute nature que le permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation du domaine public » : v- CE, 1^{er} février 2012, *SA RTE EDF Transport*, n°338665.

⁷¹⁸ CAA, Paris, 31 mai 2013, *Sté Croizet Distribution*, n° 12PA01551. Selon le juge administratif d'appel, « il appartient à l'autorité administrative de subordonner les autorisations d'occupation du domaine public accordées par elle aux conditions exigées par l'intérêt général de l'aménagement du domaine et de circulation. Qu'ainsi, eu égard à l'intérêt général qui s'attache à l'amélioration de l'aspect et de la bonne tenue de voies très fréquentées,

intégrés dans l'intérêt général. Ce faisant, ces ordres peuvent être à l'origine des restrictions justifiées⁷¹⁹ au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Autrement dit, l'autorité domaniale peut se fonder sur l'un de ces aspects pour limiter ledit principe.

556. Par ailleurs, il a été expliqué plus haut que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie pose le principe de non-concurrence. L'administration est interdite de concurrencer les personnes privées. De plus, elle ne peut non plus prendre en charge une activité économique car celle-ci est réservée aux personnes privées. Cependant, une exception existe, et sur ce point, la doctrine avance l'approche selon laquelle, « le droit de l'intervention économique publique, qui reposait sur un principe de non-concurrence [...] cherche désormais un nouveau fondement dans le principe d'égal concurrence »⁷²⁰.

Paragraphe II/ La possibilité pour l'autorité domaniale de concurrencer un occupant du domaine public : une atteinte justifiée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

557. Il a été dit plus haut, que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est un principe destiné à la protection de la liberté des personnes privées. Les personnes publiques, agissant en qualité d'autorités administratives, sont, en principe, exclues du commerce et de l'activité économique. Cette exclusion « est justifiée par l'idée selon laquelle l'action publique bénéficie nécessairement de prérogatives et de protections juridiques et financières, lesquelles empêchent toute concurrence loyale avec les opérateurs privés »⁷²¹. Ainsi, pour lutter contre une éventuelle concurrence déloyale, l'exercice d'une activité commerciale et réservé aux personnes privées, comme l'a rappelé le Conseil d'État, « les entreprises ayant un caractère commercial restent, en générale, réservées, à l'initiative privée »⁷²².

le maire de Paris [...] a pu légalement [...] décider de limiter pour l'avenir l'octroi de nouvelles autorisations de terrasse ouverte de la nature de celle sollicitée par la société Croizet Distribution [...].

⁷¹⁹ Par exemple, dans l'arrêt *Cellier*, le juge administratif a considéré que, « en admettant que le refus de la SNCF de renouveler la convention ait été inspiré par des motifs d'ordre financier, et notamment par l'intention de la SNCF de retirer de la concession des locaux litigieux un profit supérieur au montant de la redevance, les circonstances de l'affaire ne révèle pas [...] un exercice abusif des droits qu'elle tient de sa qualité de concessionnaire du service public de chemin de fer d'assurer la meilleure exploitation du domaine public ferroviaire » : v- CE, 18 mars 1963, *Cellier*, n°54715.

⁷²⁰ Catherine BERGEAL – Conclusions sur CE, Avis., 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, RFDA, 2001, p.113.

⁷²¹ Guylain CLAMOUR - « Droit de la concurrence. Droit de la concurrence publique » - J.-Cl.CT, Fasc.571, 2018, n°13.

⁷²² CE, 30 mai 1939, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n°06781.

558. Toutefois, depuis la fin des années 90 et début des années 2000, il est admis que la personne publique, indépendamment de ses missions, peut prendre en charge une activité économique. Le principe de non-concurrence est assorti d'une exception. Il s'agit du principe d'égale concurrence entre personne publique et personne privée. Dans ses conclusions sur l'affaire dite '*compagnie méditerranéenne des services d'eau*', Catherine BERGEAL a montré qu'une personne publique n'est pas interdite à se porter candidate à un contrat public et de ce fait le principe de non-concurrence découlant du principe de la liberté du commerce et de l'industrie est « [...] rénové par l'imprégnation progressive de notre droit par les principes communautaires, indifférent à la nature publique ou privée de l'opérateur sur le marché, par l'évolution de la législation interne de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 à la loi sapin du 29 janvier 1993, par l'évolution enfin de la jurisprudence, et de la vôtre en particulier pour ne citer que votre décision de Section du Conseil d'État (3 nov.1997, Société Million et Marais) »⁷²³.

559. Désormais, des exceptions à ce principe permettent aux autorités administratives de pouvoir concurrencer les opérateurs privés et prendre en charge une activité économique mais sous deux conditions : Que cette prise en charge soit justifiée par un motif d'intérêt public (I) en raison d'une carence de l'initiative privée (II).

I/ L'invocabilité d'un motif d'intérêt public : une dérogation au principe de non-concurrence

560. L'intérêt public peut justifier l'intervention économique d'une personne publique sur le marché. Mais encore faudrait-il que cette intervention ne soit pas en lien avec les actes administratifs édictés à l'aide des prérogatives de puissance publique. Le juge administratif précise clairement que la prise en charge d'une activité économique doit s'effectuer « indépendamment des missions de service public ».

561. C'est ainsi que ce principe de non-concurrence entre personne publique et personne privée est frappé d'exception. Pour le professeur CLAMOUR, « exclure les personnes publiques du bénéfice de la liberté du commerce et de l'industrie par l'affirmation d'un principe de non-concurrence n'est pas pour autant les priver de toute possibilité d'intervention

⁷²³ Catherine BERGEAL, « La candidature d'une personne publique à un contrat » - Conclusion Sur CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne de services d'eau*, RFDA, 2001, p.106.

économique »⁷²⁴ et suivant ce raisonnement, il est possible pour la personne publique, y compris une autorité domaniale, d'intervenir sur le même marché que celui exercé par une personne privée et sous réserve qu'elle justifie un motif d'intérêt public. Ainsi, deux hypothèses illustrent la possibilité pour l'autorité domaniale de concurrencer ses occupants.

562. D'abord, l'on peut considérer qu'une autorité domaniale puisse intervenir sur le marché par le bais des titres domaniaux qu'elle en accorde. La doctrine explique que, « considérer qu'une autorisation d'occupation du domaine [...] constitue une intervention sur le marché et qu'elle limite nécessairement la liberté économique de l'opérateur non retenu n'était donc pas chose impossible »⁷²⁵. Le fait que le titre domanial accordé à un opérateur empêchant les autres concurrents non retenus de pouvoir exercer leurs activités pourrait limiter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Autrement dit, ce sont donc les effets de la décision d'autorisation qui constituent une intervention sur le marché.

563. Mais il arrive également qu'une activité économique soit nécessaire en vue de la réalisation d'une mission de service public. Alors que le domaine public demeure le lieu où sont exercées des missions de service public, l'autorité chargée dudit domaine peut se livrer à prendre en charge, elle-même, une activité économique en vue de répondre à la mission de service public exercée à l'intérieur de ce domaine et sans pour autant que cette intervention soit conçue comme portant une atteinte injustifiée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Sur ce point, et à propos des missions exercées sur les bâtiments administratifs⁷²⁶ faisant partie du domaine public [d'une commune] et affectés à un service public, il a été considéré par le juge administratif, saisi par une association pour la promotion de l'image contre un décret relatif aux passeports électroniques, que « les personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir des missions de services public qui leur incombent par leurs propres moyens. Qu'il leur appartient en conséquence de déterminer si la satisfaction des besoins résultant des missions qui leur sont confiées appelle le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci. Que ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les

⁷²⁴ Guylain CLAMOUR - « Droit de la concurrence. Droit de la concurrence publique » - J.CI.CT, Fasc.571, 2018, n°14.

⁷²⁵ François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX - « Autorisations d'occupation du domaine public et liberté du commerce et de l'industrie » - Contrats et marchés publics, n°8-9, 2012, Repère 8, pt.2.

⁷²⁶ Il faut rappeler que les bâtiments administratifs, tels que les mairies, les préfectures, les palais de justice, les bâtiments des ministères sont des biens du domaine public de l'administration et affectés à un service public, pourvu qu'ils reçoivent un aménagement indispensable pour l'exécution de ces services.

activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature »⁷²⁷. Dans cette affaire, il y a bien une finalité d'intérêt public puisque les images numérisées du visage des demandeurs sont « destinées à la collecte des données devant figurer dans le composant électronique du passeport ».

564. Toutefois, sans même avoir besoin d'une activité économique pour la réalisation d'une mission de service public, une personne publique gestionnaire du domaine public peut-elle prendre en charge une activité économique sur le marché ? Sans doute, la réponse est-elle affirmative, mais à condition de justifier un besoin d'intérêt public. Il ressort des arrêts du Conseil d'Etat⁷²⁸ que l'intérêt public peut justifier l'atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et donc permettre à une personne publique, y compris les autorités domaniales, d'intervenir sur le marché, même indépendamment⁷²⁹ de ces missions.

565. Par ailleurs, ce motif d'intérêt doit nécessairement résulter de la carence de l'initiative privée de répondre au besoin du marché.

II/ L'invocabilité d'un motif d'intérêt public « résultant de la carence de l'initiative privée »

566. Le motif d'intérêt public n'est pas suffisant pour justifier l'intervention d'une personne publique sur le marché. Quand bien même, on retrouve cette expression dans les arrêts « *RATP* » et « *Ville de Tours* » de 2012, le juge administratif a, antérieurement, considéré que le motif d'intérêt public « peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ».

567. Cette expression « carence de l'initiative privée » manque de définition. Mais au regard des décisions rendues par le juge, on peut considérer qu'il s'agit de l'hypothèse où une entreprise privée n'est plus en mesure de répondre suffisamment aux obligations qui lui incombent. En effet, le juge retient le critère de l'insuffisance en termes de prestation pour

⁷²⁷ CE, 26 oct. 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n°317952, 317827,318013, 318051.

⁷²⁸ CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats de paris*, n°275531. Pour le Conseil d'État, « [...] pour intervenir sur un marché, elles (les personnes publiques) doivent [...] justifier d'un intérêt public » ; v - CE 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, et CE, 29 oct.2012, *Ville de tours*, n°341173. Pour la Haute juridiction administrative, « [...] qu'elles (les personnes publiques) ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public ».

⁷²⁹ Sur ce point, le professeur CLAMOUR a expliqué que « [...] par activités économiques prises en charge indépendamment d'une mission de service public, il faut comprendre activités économiques prises en charge indépendamment d'une mission de service public expressément confiée à une personne publique » : v- Guylain CLAMOUR - « Droit de la concurrence ; Droit de la concurrence publique » - J.-Cl.CT, Fasc. 571, 2018, pt. 66.

admettre l'intervention économique de la personne publique. Sur ce point, la Cour administrative d'appel de Marseille avait considéré que les décisions du préfet relatives à l'exercice d'une activité relative à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours, par les offices de tourisme de Mandelieu-la-Napoule et de Cagnes-sur-Mer, étaient fondées, au motif que « l'organisation par les offices de tourisme des deux communes d'un service de traitement des demandes d'hébergement de touristes, d'un service de réservation hôtelière de dernière minute centralisée, d'offres de séjours sur un week-end ou sur une semaine en fonction des fêtes ou événements organisés par chacune des communes, répond à l'intérêt général de développement du tourisme local, insuffisamment satisfait à l'échelle de chaque commune par l'initiative privée »⁷³⁰.

568. Cette insuffisance peut être qualitative ou quantitative. Selon le professeur LE BOT, « ce cas de figure recouvre deux hypothèses : soit une activité n'est absolument pas prise en charge par le secteur privé, soit une activité est partiellement prise en charge par le secteur privé : une partie des habitants n'y a pas accès en raison d'une offre insuffisante pour faire face à la demande ou à un coût très élevé pour certains consommateurs qui s'en trouvent de ce fait exclus »⁷³¹. S'agissant de l'insuffisance qualitative, le juge s'intéresse à la satisfaction de la prestation par les administrés. Autrement dit, le juge vérifie si l'offre présentée par une entreprise privée suffit à satisfaire les bénéficiaires. Sur ce point, la Cour administrative de Nancy avait considéré que la personne publique doit être en mesure de prouver que « les besoins des utilisateurs n'étaient pas satisfaits par l'offre déjà existante. Qu'elle ne justifie pas, dès lors, d'une carence ou de l'insuffisance de l'initiative privée, seule de nature à permettre légalement l'opération envisagée »⁷³². En l'espèce, le Conseil de la communauté urbaine du Grand Nancy avait décidé de réaliser une seconde phase du réseau métropolitain de télécommunication. Cette infrastructure était destinée à être louée à des opérateurs des télécommunications, alors qu'une autre société France Télécom l'exploitait déjà. Pour le juge d'appel, il n'y avait pas eu d'insuffisance qualitative de la part de la société France Télécom.

569. Pour ce qui est de l'insuffisance quantitative, le juge retient l'insatisfaction soit totale⁷³³ soit partielle⁷³⁴ résultant des entreprises privées. De ce fait, l'intervention

⁷³⁰ CAA, Marseille, 10 janvier 2006, *Chambre syndical des agents de voyages de la région Côte-d'Azur*, AJDA, 2006, p.1723.

⁷³¹ Olivier Le BOT - « Contentieux des services publics » - Dalloz Professionnels Pratique du contentieux administratif, Dossier 470, 2015, n°660.

⁷³² CAA, Nancy, 24 juin 2004, *Communauté urbaine du Grand Nancy*, n°99NC01248.

⁷³³ CE, 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinématographie de l'Oranie*, Rec. p. 303.

⁷³⁴ CE, 17 fév. 1956, Siméon, Rec. p. 74.

économique de la personne publique en vue de concurrencer les entreprises privées sur le même marché demeure justifiée sans qu'il soit porté atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

570. Il est donc évident que l'autorité domaniale peut intervenir sur le marché dès que l'occupant de son domaine n'arrive pas à fournir un service suffisant à la demande des particuliers. À noter que le domaine public demeure, aussi, le siège des services publics. Ainsi, certaines autorisations ne portent pas seulement sur la réalisation d'une activité économique car l'occupation du domaine public peut être destinée aussi à la réalisation d'une mission de service public⁷³⁵, par des entreprises privées. Dans ce cadre, l'activité économique est la conséquence de l'occupation du domaine public. Ainsi, dans l'hypothèse où l'occupant dudit domaine n'arrive pas à satisfaire les besoins du service public, l'autorité domaniale peut intervenir soit en retirant l'autorisation en vue de réattribuer à un autre, soit d'intervenir elle-même.

571. En conséquence, les deux critères, intérêt public et carence de l'initiative privée, sont nécessaires pour permettre à la personne publique, y compris les autorités domaniales, d'intervenir sur le marché et ainsi porter une atteinte justifiée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. À défaut d'un de ces critères, l'intervention de la personne publique serait considérée comme une intervention illégale.

⁷³⁵ C'est le cas des entreprises qui souhaiteraient s'installer dans les marchés d'intérêt national. Elles doivent répondre de manière suffisante au besoin du marché.

CHAPITRE 2/ La liberté de gestion du domaine public encadrée par des règles issues du droit de la concurrence

572. Le bouleversement de la liberté de gestion du domaine public s'explique par la soumission de l'autorité domaniale au respect des règles issues du droit de la concurrence. Le respect d'une procédure de sélection préalable à l'édition des actes de gestion, relatifs aux autorisations d'occupation du domaine public, limite la liberté de gestion du domaine public. Toutefois, nous rappelons que bien avant cette obligation de soumission, les règles issues du droit de la concurrence étaient simplement opposables aux actes de gestion du domaine public. Cette opposabilité constituait aussi une limite à la liberté de gestion du domaine public. En effet, la doctrine distingue l'opposabilité de l'applicabilité. Pour le professeur DELAUNAY, « l'opposabilité signifie que si les règles de la concurrence ne sont pas directement applicables aux actes administratifs, la puissance publique n'en est pas moins tenue d'en reconnaître et d'en respecter l'existence »⁷³⁶. Alors que pour l'applicabilité, le droit de la concurrence s'impose de manière directe aux autorités domaniales.

573. À l'origine de ce bouleversement, il y a d'abord le droit communautaire [aujourd'hui, droit de l'Union européenne]. Pour le professeur LAVROFF, « le fait que le régime de la domanialité publique soit marqué par un fort particularisme et par la présence, traditionnelle, d'une mission d'intérêt général et de l'utilisation de moyens de puissance publique, ne met pas le domaine public à l'abri des règles communautaires »⁷³⁷. Ensuite, la doctrine⁷³⁸ avait soulevé l'idée de contrôler les actes administratifs, fussent-ils des actes de gestion du domaine public, au regard du droit de la concurrence. La jurisprudence⁷³⁹, à son tour, a fini par opposer les règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public.

574. Le bouleversement de la liberté de gestion du domaine s'explique par le fait que les règles issues du droit de la concurrence sont intégrées dans le bloc de la légalité administrative (Section 1). Par-delà l'intégration, la mise en place d'une procédure de sélection préalable aux autorisations d'occupation privative est destinée à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (section 2).

⁷³⁶ Benoît DELAUNAY – *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2^e éd., Coll. Manuel, 2018, p. 221.

⁷³⁷ Dmitri-Georges LAVROFF – « Domaine des collectivités locales : régime du domaine public » - Répertoire de droit immobilier, Dalloz, 2008, p.329.

⁷³⁸ V- Jean-Jacques ISRAËL – L'activité commerciale et domaine public, Actes du colloque organisés par la faculté de droit de Paris Saint-Maur, 20 et 21 mars 1990, n° hors-séries des CJEG, 1991, p.83.

⁷³⁹ CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n°169907.

Section 1/ L'intégration des règles du droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative

575. Parler du principe de légalité⁷⁴⁰, c'est évoquer « le principe fondamental selon lequel les actes de l'administrations doivent respecter les normes qui leurs sont supérieurs, qu'il s'agisse de celles émanant directement ou indirectement du peuple français, telles les normes constitutionnelles ou lois, ou des normes résultants des traités internationaux, et en particulier du droit communautaire dont l'éventualité méconnaissance par l'administration est aujourd'hui toujours susceptible d'être sanctionnée »⁷⁴¹. L'ensemble de ces normes peuvent être relatives au droit de la concurrence et de ce fait, elles s'imposent aux actes administratifs édictés à l'aide des prérogatives de puissance publique.

576. L'intégration des règles du droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative suppose également que les actes de gestion domaniale sont soumis au respect de ce droit. Cette soumission entraîne un bouleversement de la liberté de gestion, en ce qu'elle remet en cause les marges de manœuvres dont dispose l'autorité domaniale. Le professeur MELLERAY a écrit que « le droit administratif français, ensemble de prérogatives et de sujétions exorbitant du droit privé, connaît une profonde mutation. On assiste en effet à une remise en cause du droit administratif classique [...] »⁷⁴², il en va ainsi pour les actes de gestion du domaine public qui sont aussi soumis au respect des règles du droit de la concurrence.

577. Ce bouleversement s'est fait en deux temps. Dans un premier temps, l'on a assisté à une remise en cause de la liberté de gestion du fait de l'opposabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public (paragraphe 1). Dans un second temps, cette liberté de gestion est remise en cause en raison de l'obligation de soumettre les actes de gestion relatifs aux titres domaniaux au respect d'une procédure de sélection (paragraphe 2).

⁷⁴⁰ Selon Jean DELVOLVÉ, ce principe « est le plus important de notre droit public, principe antérieur à la législation républicaine elle-même et dont tout l'effort de la jurisprudence administrative a tendu à imposer le respect à toutes les autorités, si haut placées qu'elles fussent et quel que fût leur caractère, il constitue la garantie essentielle des citoyens et de la cité » : Jean DELVOLVÉ – Conclusion sur CE, 17 février 1950, Dame Lamotte, RDP, 1951, p.478. Le professeur DELVOLVÉ a expliqué, également, que ce principe « ne signifie pas seulement la subordination de l'administration à la loi, mais plus généralement au droit » : v- Pierre DELVOLVÉ – *Le droit administratif*, Dalloz, 5^e éd., 2010, p.54.

⁷⁴¹ Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, Jean SIRINELLI – *Droit administratif*, Dalloz, 11^e éd., 2015, p.23.

⁷⁴² Fabrice MELLERAY – « L'exorbitance du droit administratif en question » - AJDA, 2003, p.1961.

Paragraphe I/ L'opposabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public : une limite à la liberté de gestion du domaine public

578. Les règles issues du droit de la concurrence, avant d'être appliquées, étaient opposables aux actes de gestion du domaine public. Cette opposabilité a entraîné une limite à la liberté de gestion du domaine public, en ce sens que l'autorité domaniale devait aussi respecter les règles issues du droit de la concurrence.

579. En effet, c'est d'abord sous l'influence du droit de l'Union européenne que les règles du droit de la concurrence soient devenues opposables aux actes de gestion du domaine public (I). Sur ce point, le professeur GONZALEZ a écrit que « l'influence du droit communautaire est aussi perceptible au travers de la remise en cause de certaines modalités d'organisation ou de fonctionnement de services publics lorsque ceux-ci s'appuient sur le domaine public »⁷⁴³. Ensuite, le droit interne a fini par poser la règle de cette opposabilité malgré l'absence d'une obligation de soumettre les règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public (II).

I/ L'opposabilité du droit de la concurrence aux actes de gestion domaniale influencée par le droit de l'Union européenne

580. Le professeur DELAUNAY a souligné qu'en droit de l'Union européenne, le principe d'opposabilité se manifeste par l'existence de la règle « de l'effet utile ». Autrement dit, même si les articles 101 et 102 TFUE ne s'appliquent pas directement aux actes des autorités administratives et édictés à l'aide des prérogatives de puissance publique, néanmoins, lesdites autorités ne doivent pas prendre des mesures administratives « [...] susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises »⁷⁴⁴.

581. Si le droit de l'Union imposa, néanmoins, une neutralité vis-à-vis du marché (A), il a fini par imposer de manière définitive le respect du droit de la concurrence aux actes normatifs (B).

⁷⁴³ Gérard GONZALEZ – « Domaine public et droit de la concurrence » - AJDA, 1999, p.387.

⁷⁴⁴ Benoît DELAUNAY – *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2^e éd., Coll. Manuel, 2018, p.222.

A/ Une neutralité imposée aux personnes publiques vis-à-vis du marché

582. Le droit de l'Union a commencé par imposer aux autorités administratives une neutralité vis-à-vis du marché afin d'éviter qu'elles soient à l'origine des pratiques anticoncurrentielles. En effet, quand bien même l'acte de gestion du domaine public se distingue des activités de productions, de distributions et de services, l'autorité domaniale ne doit pas se livrer à des pratiques pouvant fausser les règles du jeu de la concurrence. Il ne fait aucun doute que le droit communautaire de la concurrence s'impose aux activités économiques⁷⁴⁵, mais la question se posait pour ce qui concerne les activités non économiques. Sur ce point, après avoir distingué les activités économiques des activités non économiques des personnes publiques⁷⁴⁶, le droit de l'Union avait commencé par exiger « une stricte neutralité vis-à-vis des activités et des entreprises dont leur gestion implique la fréquentation, ne serait-ce que pour l'achat des biens et services nécessaires à leur entretien ou à leur exploitation non marchande, pour l'attribution des droits d'usage ou pour la vente du bien ou de ses produits »⁷⁴⁷.

583. Dès lors, les actes de gestion du domaine public ne devaient pas porter atteinte aux règles issues du droit de la concurrence. Que sur ce fondement, les États membres ne devaient pas se fonder sur des critères discriminatoires pour empêcher l'accès des candidats au domaine public. La Cour de justice a considéré, à ce propos, que « l'article 52 du traité CEE [l'actuel article 49 TFUE] s'oppose à ce que, dans le cadre de l'adjudication d'un local appartenant au domaine public d'une commune, le cahier des charges subordonne l'admission des candidatures à une condition de nationalité »⁷⁴⁸.

584. Mais au-delà de cette neutralité qui s'impose aux personnes publiques, le droit de l'Union impose aux dites personnes le respect des règles communautaires du droit de la concurrence.

⁷⁴⁵ Il faut rappeler qu'au regard du droit de l'Union, l'activité économique est une activité exercée par une entreprise quelle que soit sa nature juridique, c'est-à-dire personne publique ou privée. Le droit de l'union retient en effet la nature de l'activité exercée pour déterminer s'il s'agit bien ou non d'une entreprise. Car, l'entreprise est définie comme étant, « l'entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et que, d'autre part, l'activité de placement est une activité économique » : v- CJCE, 23. Avr.1993, *Höfner*, aff., C-41/90, pt 21.

⁷⁴⁶ V - CJCE, 24.oct. 2002, *Aéroport de Paris c/ Commission*, aff., C-82/01.

⁷⁴⁷ Hubert LEGAL - « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques » - AJDA, 2007, p.949.

⁷⁴⁸ CJCE, 18 juin 1985, *SteinHauser C/ Ville de Biarritz*, aff., C-197/84, pt. 17.

B/ Une prise en compte des règles issues du droit de la concurrence imposée par le droit de l'Union

585. Le droit de l'Union a exercé une influence considérable quant à l'application des règles de concurrence aux actes de gestion du domaine public. Celui-ci, étant le siège de plusieurs activités économiques, il peut y avoir un lien direct avec le marché et pour cela, « [...], la gestion domaniale ne pouvait longtemps prétendre à une quelconque immunité concurrentielle au regard du droit de l'Union Européenne »⁷⁴⁹. D'abord parce que le droit de l'Union vise à la protection du marché commun contre toute pratique anticoncurrentielle. Ensuite, parce que le domaine public sert de lieu aux entreprises européennes pour leurs activités et pour cette raison, les autorités administratives ne doivent pas être à l'origine des pratiques contraires aux règles communautaires de la concurrence.

586. En effet, le droit communautaire, dès son origine, a imposé aux États membres l'obligation de respecter ses règles, notamment celles relatives au droit de la concurrence. D'ailleurs, d'une manière générale, les normes issues du droit communautaire et ayant une valeur contraignante s'imposent aux États membres, autrement dit, ce droit « s'intègre aux systèmes juridiques des Etats membres [...] »⁷⁵⁰ et s'impose aux autorités nationales y compris leurs juridictions. Ainsi, c'est parce que les États membres ont adhéré aux règles posées et édictées par le traité qu'ils doivent y obéir.

587. Reste à savoir si les actes de gestion du domaine public sont soumis aux règles communautaires de la concurrence. Sur cette question, il faut rappeler que l'acte de gestion du domaine public est un acte édicté à l'aide des prérogatives de puissance publique mais cela « ne met pas le domaine public à l'abri des règles communautaires »⁷⁵¹. De toute manière, la présence de telles prérogatives n'exonère pas l'autorité domaniale de cette obligation à respecter les règles de la concurrence⁷⁵² et peu importe la nature des actes, fussent-ils de gestion du domaine public⁷⁵³. En effet, depuis le traité de Rome de 1957, Traité instituant la communauté économique européenne, les États membres se trouvaient dans l'obligation de

⁷⁴⁹ Christophe ROUX - « Propriété publique et droit de l'Union européenne » - J.-Cl. Pp, 2017, Fasc.7, n°34.

⁷⁵⁰ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre E.N.E.L*, aff., C- 6/64, Site Lex-europa.eu.

⁷⁵¹ Dmitri-Georges LAVROFF - « Domaine des collectivités locales : Le régime du domaine public » - Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 3, Folio n°5040, 2018, p.329.

⁷⁵² V- Aurélien ANTOINE - *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, Thèse, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 261, 2009, p.261.

⁷⁵³ Puisque selon le professeur LAVROFF, « il importe peu que l'entreprise en question soit ou non établie sur le domaine public et qu'elle ne puisse fonctionner qu'au résultat de l'autorisation d'occupation du domaine public [...] » : v- Dmitri-Georges LAVROFF - « Domaine des collectivités locales : Le régime du domaine public » - Encyclopédie des collectivités locales, chapitre 3, Folio n° 5040, 2018, p.330.

prendre en compte les règles de la concurrence. Qu'à cet effet, les ententes illicites et les abus de position dominante sont des comportements prohibés et interdits non seulement aux entreprises communautaires mais aux autorités nationales. À ce propos, la Cour de justice avait considéré que « s'il est vrai que l'article 86 [TCEE] s'adresse aux entreprises, il n'en est pas moins vrai que le traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition »⁷⁵⁴. Qu'il en va ainsi pour les actes de gestion du domaine public de respecter les règles communautaires de la concurrence. Cela s'explique par le fait que le droit communautaire s'est fondé sur le marché commun et de ce fait, impose aux états membres de respecter les règles du libre jeu de la concurrence. Et pour reprendre les termes de la Cour de justice selon lequel, « les autorités publiques ne peuvent [...] ni édicter ni maintenir des mesures contraires aux traités, en particulier celles des articles 85 et 86. Par conséquent, il leur est interdit d'aider les entreprises concessionnaires à pratiquer des prix non équitables en imposant de tels prix comme une condition d'un contrat de concession »⁷⁵⁵, autrement dit, les décisions des autorités administratives, fussent-elles des actes de gestion du domaine public, ne doivent pas être à l'origine des pratiques anticoncurrentielles. Il est vrai que cette décision ne concerne pas directement le domaine public, néanmoins, le contrat de concession du service public dont il était question s'appuyait sur le domaine public. D'ailleurs, de nombreuses missions de services publics sont réalisées sur le domaine public nécessitant, pour leurs exercices, des autorisations d'occupation dudit domaine. De ce fait, il est contraint aux États membres de prendre en compte les règles communautaires de la concurrence et d'éviter que leurs actes affectent le marché.

588. En outre, sous l'influence du droit de l'Union, le droit positif interne a fini par imposer aux autorités domaniales le respect des règles du droit de la concurrence, malgré le caractère normatif de leurs actes de gestion. Il est cependant nécessaire de rappeler que malgré cette soumission, aucune obligation de mise en concurrence et de publicité ne s'imposait à l'autorité domaniale, au niveau interne.

⁷⁵⁴ CJCE, 16 novembre 1977, *Inno c/Atab*, aff., C-13/77.

⁷⁵⁵ CJCE, 4 mai 1988, *Corinne Bodson C/ SA Pompes Funèbre des régions libérées*, aff., C-30/87. En l'espèce, un contrat de concession de service public a été conclu entre la ville de Charleville-Mezière et la société des pompes funèbres des régions libérées. Ce contrat concède à cette société de manière exclusive le service extérieur des pompes funèbres. Au regard de ce contrat, cette société concessionnaire avait assigné Mme Bodson en référé au motif qu'elle avait pratiqué des obsèques sur cette commune.

II/ L'opposabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion domaniale malgré l'absence d'une obligation de soumission à une procédure de sélection

589. Le droit positif français, sous l'influence du droit de l'Union, a fini par soumettre les actes de gestion du domaine public au respect du droit de la concurrence (A). Cela a conduit à un bouleversement de la liberté de gestion du domaine public. Toutefois, malgré cette soumission, l'autorité domaniale n'était soumise à aucune obligation textuelle (B).

A/ La soumission des actes de gestion domaniale au respect des règles issues du droit de la concurrence

590. Depuis l'arrêt '*Ville de Pamiers*', la question quant à la compétence du juge administratif en matière de légalité des actes de gestion du domaine public au regard du droit de la concurrence se posait. L'acte administratif, à travers ses effets, pouvait avoir un impact sur le marché. Et sous l'influence du droit communautaire, le juge administratif a accepté, dans l'affaire Société Million et Marais, d'appliquer les règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public.

591. Après que plusieurs décisions⁷⁵⁶ du Conseil d'État aient rejeté cette possibilité de soumettre les actes administratifs, fussent-ils de gestion domaniale, au respect de l'ordonnance de 1986, le commissaire du gouvernement STAHL avait, en 1997, opté pour une autre solution. Selon ses termes, « c'est donc avec une particulière humilité que nous vous suggérons aujourd'hui d'en retenir une nouvelle lecture, différente de celle à laquelle vous vous êtes livrés jusqu'ici »⁷⁵⁷. Cette nouvelle lecture dont suggérait le commissaire STAHL consistait à admettre l'idée qu'un acte de l'administration, même normatif et édicté l'aide des prérogatives de puissance publique, puisse affecter le marché. Qu'un tel acte est capable de provoquer une pratique anticoncurrentielle, notamment en plaçant un opérateur économique dans une situation d'abus de position dominante. Car, en autorisant une entreprise d'occuper

⁷⁵⁶ V- CE, 23 juil. 1993, *Fédération nationale autonome de la fonction publique et des services de santé*, n°126018. Dans cette affaire, le Conseil d'État avait refusé l'application des règles de l'ordonnance de 1986 aux actes administratifs. Pour lui, « il résulte de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services. Que ni l'organisation du service public de distribution de l'eau, ni celle du service public de l'assainissement ne sont constitutives d'une telle activité. Que l'acte juridique de dévolution de l'un ou l'autre de ces services n'est pas, lui-même, susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » ; v- CE, 22 jan.1997, *Ste BC*, n°116416. V- CE, 13 juin. 1997, *Sté des transports pétroliers par pipeline*, n°167907.

⁷⁵⁷ Jacques-Henri STAHL, « L'application, par le juge administratif, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence » - Conclusion Sur CE, 3 nov. 1997, *Sté Millions et Marais*, RFDA, 1997, p.1228.

un espace du domaine public en vue d'une exploitation économique, c'est aussi priver les autres de bénéficier de cette autorisation. De la même sorte, il peut arriver qu'une décision relative à un titre domanial place le bénéficiaire dans une situation d'abus de position dominante, lorsque surtout l'espace occupé demeure une source rare pour les entreprises. Qu'il était donc essentiel de vérifier si telles décisions ne conduisent pas l'entreprise bénéficiaire d'une telle décision à des pratiques anticoncurrentielles.

592. Dans l'affaire '*Société Millions et Marais*', il a été considéré que l'acte juridique administratif ne doit être à l'origine d'une pratique anticoncurrentielle. L'approche retenue était celle d'admettre que ledit acte, même en étant normateur, puisse avoir un impact sur le marché. Et en adoptant une telle position, le juge administratif a intégré les règles posées par l'ordonnance de 1986 dans le bloc de légalité administrative. Autrement dit, le juge accepta de contrôler l'acte administratif au regard des règles de l'ordonnance du 1986. Car il a admis, désormais, l'idée que l'acte administratif puisse affecter le marché « en créant une position dominante »⁷⁵⁸ au profit d'un opérateur. Dans le cas d'espèce, le Conseil d'État a considéré que « le contrat litigieux, en attribuant à la société des pompes funèbres un droit exclusif sur les prestations du service extérieur des pompes funèbres de la commune a créé au profit de cette entreprise une position dominante au sens des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance ». Il s'agit d'une pure affirmation qu'un acte administratif, même de gestion domaniale, peut conférer une position dominante à une entreprise pouvant ainsi affecter les règles jeu du marché. Il revient, de ce fait, de vérifier que cet octroi de ladite position n'a pas été abusé. Car, il faut rappeler que la position dominante sur le marché n'est pas prohibée. En revanche, l'abus de position dominante l'est.

593. Cette application du droit de la concurrence aux actes administratifs a été confirmée par la jurisprudence ultérieure⁷⁵⁹ mais, a suscité plusieurs interrogations, notamment celle de

⁷⁵⁸ Sophie NICINSKI, « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives » - note sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, RFDA, 2012, p.1181.

⁷⁵⁹ Plusieurs arrêts, depuis la jurisprudence *Société Million et Marais*, ont confirmé cette application du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public, surtout lorsque celui-ci est siège de plusieurs activités économiques. La Haute juridiction administrative, dans l'affaire *Société EDA*, a considéré « qu'il appartient alors au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la légalité des actes 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 de ces règles [principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986] et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application » : v- C E, 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202260 ; aussi, dans l'affaire *SETIL*, le juge administratif d'appel a repris le considérant de l'arrêt *Société EDA*, mais à la différence de ce dernier, la Cour administrative de Paris a mentionné les règles du droit la concurrence là où le Conseil d'État mentionnait l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Pour la Cour, « s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendance 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

savoir si le respect aux règles du droit de la concurrence demeure une obligation pour le maître du domaine public. D'une autre manière, le maître du domaine public était-il dans l'obligation de soumettre la délivrance des autorisations d'occupation dudit domaine au respect des règles procédurales de publicité et de mise en concurrence ? Dans le cadre de ces problématiques, il a été considéré qu'aucun texte n'oblige le maître domanial à subordonner la délivrance d'un titre domanial au respect des mesures de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, quand bien même l'on assistait à un bouleversement de la liberté de gestion du domaine public, l'absence textuelle imposant le respect d'une obligation de procédure de sélection était aussi un moyen de préserver cette liberté de gestion.

B/ L'absence d'une obligation textuelle imposant le respect des mesures de publicité et de mise en concurrence

594. Jusqu'en 2017, le code général de la propriété des personnes publiques demeurait silencieux quant à la question de savoir si l'obligation de publicité et de mise en concurrence s'impose au maître du domaine public. L'acte de gestion du domaine public relatif à une autorisation d'occupation du domaine public doit respecter les règles de la concurrence, néanmoins, le code n'obligeait pas le maître dudit domaine de soumettre une telle délivrance à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Ce faisant, certains commentateurs dudit code n'ont pas hésité à manifester leur déception à propos de ce silence laissant « perdurer l'incertitude quant aux obligations à respecter pour attribuer les autorisations d'occupation privative du domaine public »⁷⁶⁰.

595. Par ailleurs, en raison du silence gardé par le code général de la propriété des personnes publiques, il revenait au juge d'indiquer si au regard dudit code, l'obligation de soumettre la délivrance à des mesures de publicités et de mise en concurrence s'impose au maître dudit domaine et de préciser si « en application de principe d'origine communautaire, les conventions d'occupation du domaine public ne doivent pas, avant leur publication, donner lieu à une publicité et une mise en concurrence destinées à susciter des offres

dépendances, celles-ci sont le siège d'activité de production, de distribution ou de services, de prendre en considération le principe de liberté du commerce et de l'industrie ainsi que les règles de concurrence dans le cadre desquelles s'exercent ces activités » : v- CAA de Paris, 4 décembre 2003, *SETIL*, n°00PA02740.

⁷⁶⁰ François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX - « Les occupations privatives du domaine public : Un espoir déçu » - RFDA, 2006, p.935.

concurrentes, surtout lorsque les opérateurs qui aspirent à occuper le domaine public interviennent sur un marché concurrentiel »⁷⁶¹ ?

596. Il est vrai que pour la Cour de justice, la gestion du domaine public est soumise au respect des règles communautaires de la concurrence⁷⁶². Aussi, à la lecture du rapport public du Conseil d'État publié en 2002, il était soutenu que « compte tenu de l'importance économique du domaine public, les décisions individuelles d'autorisations d'occupation de ce domaine devraient dorénavant être prises en veillant strictement à ne pas méconnaître les impératifs de la concurrence, c'est-à-dire selon une procédure assurant la publicité et garantissant un égal accès à ces autorisations »⁷⁶³, la Haute juridiction administrative allait dans le sens contraire en excluant cette obligation de soumettre la délivrance d'autorisation d'occupation du domaine public à des mesures de publicités et de mises en concurrence. En effet, l'affaire *Jean Bouin* est l'illustration parfaite de l'absence d'obligation de soumettre les délivrances de titre domanial à des procédures de publicités et de mise en concurrence. Pour le juge administratif, « 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 dans l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance »⁷⁶⁴. Au regard de cette jurisprudence, il est observé que la liberté de gestion du maître du domaine est renforcée, en ce sens que ladite autorité est libre de ne pas soumettre sa délivrance aux mesures de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, en attribuant un titre domanial, le maître du domaine doit éviter de fausser, par le biais de sa décision, les règles du marché.

597. Qu'en écartant l'obligation d'une procédure de sélection préalable, c'était une manière de distinguer, par exemple, les contrats d'occupation du domaine public des autres contrats de la commande publique. Pour le juge administratif, « la convention d'occupation du domaine

⁷⁶¹ Stéphane BRACONNIER, Rozen NOGUELLOU, « L'affaire Jean Bouin » - note sous CE, 3 déc.2010, *Ville de Paris*, n°338272, RDI, 2011. p.162.

⁷⁶² Dans l'affaire *Telaustria*, on peut en déduire que les conventions d'occupation du domaine public, contrats publics par détermination de la loi, sont soumis aussi aux règles communautaires de la concurrence. Selon le juge, tous les contrats publics même ceux qui sont « exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité général et le principe de non-discrimination [...]. Ce principe implique, notamment, une obligation de transparence [...] qui [...] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » : v- CJCE, 7 décembre 2000, aff., C-324/98, *Telaustria*.

⁷⁶³ Rapport Public, « Collectivité publique et concurrence », Etudes & Publications - Rapports & Etudes, 2002, Site Du Conseil d'État.

⁷⁶⁴ CE, sect., 3 déc. 2010, *Association Paris Jean Bouin*, n°338272.

public (...) n'a pas pour objet ni la délégation d'un service public ni l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, n'est pas au nombre des contrats mentionnés à l'article 551 du code de justice administrative »⁷⁶⁵. De ce fait, « la passation des contrats qui ont pour objet principal d'autoriser l'occupation du domaine public n'obéit pas à aucune règle générale de procédure »⁷⁶⁶.

598. Mais une autre question se pose, celle de savoir si en excluant l'obligation de procédure et de mise en concurrence, l'intérêt du domaine public ne risque pas d'être mis en cause. Sur ce point, si l'on part de l'idée que la concurrence reste la voie de l'enrichissement, le fait de ne pas imposer ces obligations de publicité et de mise en concurrence réduirait la recette que le maître du domaine pourrait percevoir en contrepartie de la délivrance d'une autorisation d'occupation d'une dépendance dudit domaine. Les professeurs, BRACONNIER et NOGUELLOU ont souligné que « la concurrence est susceptible d'entraîner une hausse de redevance d'occupation, ce qui répond naturellement à l'objectif de préservation des finances publiques, dès lors que chaque occupant potentiel cherchera à se démarquer de ses concurrents. La bonne gestion du domaine public paraît donc commander une transparence dans la délivrance des titres d'occupation »⁷⁶⁷. Mais peut-être qu'en revanche, ne pas contraindre l'administration de répondre à des conditions préalables, relatives aux mesures de publicité et de mise en concurrence avant toute délivrance d'autorisation d'occupation du domaine public, vise aussi à la protection à la fois dudit domaine mais aussi de son gestionnaire⁷⁶⁸, dès lors que celui-ci sera libre dans le choix de l'occupant de son domaine.

599. Toutefois, la jurisprudence n'exclut pas la possibilité pour l'autorité domaniale de soumettre la délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public à des mesures de publicité et de mise en concurrence. Si tel est le cas, sa décision ne doit pas être à l'origine d'une pratique contraire aux règles de la concurrence et donc l'interdiction faite « au gestionnaire domanial de ne pas accorder des autorisations d'occupation privative du domaine public si cela conduit à violer le droit de la concurrence et notamment à mettre à même leur

⁷⁶⁵ CE, 3 déc. 2014, *établissement public Tisséo*, n°384170.

⁷⁶⁶ Laurent RICHER, François LICHÈRE - *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10^e éd., 2016, p.653.

⁷⁶⁷ Stéphanie BRACONNIER, Rozen NOGUELLOU, « L'affaire Jean Bouin » - note sous CE, sec., 3 déc. 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, n°338272, Lebon, RDI, 2011. p.162.

⁷⁶⁸ En effet, celui-ci échapperait aux éventuelles contestations des entreprises qu'il aurait écartée. Il faut noter que le droit des contrats publics permet à toute entreprise, qui s'estime lésée par une décision de l'administration, de contester celle-ci devant le juge. Or, l'absence d'une obligation de mettre en œuvre une procédure de sélection et de mise en concurrence octroie à l'administration une liberté de gestion. De plus, elle bénéficie de l'immunité juridictionnelle.

titulaire d'abuser une position dominante »⁷⁶⁹. Entre le choix de ne pas soumettre la délivrance à des mesures de publicité et de mise en concurrence et le choix de soumettre à ces mesures, la position du juge administratif est d'inciter les autorités domaniales à privilégier le premier choix tout en évitant, si tel est le cas, de méconnaître les règles de la concurrence⁷⁷⁰. Car, l'idée même d'appliquer les règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public reste la voie naturelle visant à pousser les autorités domaniales à soumettre les délivrances d'autorisations d'occupation du domaine public à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Cette idée est devenue, aujourd'hui, une réalité et a vu le jour, certes sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice, depuis l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques. Un avènement qui abandonne certainement la jurisprudence *Jean Bouin* mais se conforma à la jurisprudence *Telaustria*.

Paragraphe II/ L'obligation de soumettre les actes de gestion au respect d'une procédure préalable de sélection : une remise en cause de la liberté de gestion du domaine public

600. Les autorités domaniales doivent, aujourd'hui, respecter les règles issues du droit de la concurrence, en ce sens que ce droit s'applique désormais aux actes de gestion du domaine public. Autrement dit, on est passé de l'opposabilité vers l'applicabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public. Dès lors, des mesures préalables sont exigées avant toute prise de décision relative à la gestion du domaine public. Le but étant d'éviter que ladite autorité fausse les règles imposées par le droit de la concurrence.

601. Cette obligation de soumettre les actes de gestion du domaine public constitue une limite à la liberté de gestion, dans la mesure où « l'autorité domaniale serait contrainte de garantir, au profit des candidats, un libre et égal accès à l'octroi du titre d'occupation du domaine public »⁷⁷¹. Cette contrainte suppose que la décision de l'autorité domaniale ne va plus bénéficier de l'immunité juridictionnelle car en cas de manquement à cette obligation de soumission, la décision de l'autorité domaniale serait frappée d'illégalité.

⁷⁶⁹ Norbert FOULQUIER, « gestion du domaine public et droit de la concurrence : Acte 2, 14 ans après » - note sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, RDI, 2012, p. 566.

⁷⁷⁰ V- CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909. Pour le juge, « 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 du commerce ».

⁷⁷¹ Sophie COMELLAS – *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales. Réflexion sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, Thèse, L'Harmattan, 2014, p.165.

602. Bien que cette obligation de soumettre les actes de gestion, relatifs aux titres d'occupation, au respect d'une procédure de sélection date depuis la réforme issue de l'ordonnance du 19 avril 2017 (I), en revanche, dans certaines catégories de titre d'occupation, le respect de cette procédure de sélection s'imposait bien avant cette date à l'autorité domaniale (II). Ainsi, dans tous les deux cas, l'on assiste à un bouleversement de la liberté de gestion du domaine public.

I/ L'obligation pour l'autorité domaniale de soumettre la délivrance de l'autorisation d'occupation du domaine public à une procédure de sélection

603. Influencé par le droit de l'Union, le droit interne oblige l'autorité domaniale de soumettre au préalable ses actes, relatifs aux autorisations d'occupation du domaine public à des fins économiques, à une procédure de sélection (A). Toutefois, cette obligation connaît des exceptions et c'est ce qui a suscité de nombreuses critiques doctrinales (B).

A/ Le principe législatif de l'obligation de soumettre les délivrances des titres domaniaux au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence

604. Ce principe est une application de la jurisprudence « *Promoimpresa* » qui a soumis les décisions relatives aux délivrances d'autorisation d'occupation du domaine public au respect d'une procédure de sélection. Cette jurisprudence a considéré que la directive européenne du 12 décembre 2006⁷⁷² s'applique, également, aux actes de gestion du domaine public. Autrement dit, il y a une obligation de mise en concurrence et de procédure qui s'impose aux actes de gestion du domaine public. Cette obligation entraîne donc un bouleversement de la liberté de gestion du domaine public.

605. En effet, sous l'influence de cette jurisprudence « *Promoimpresa* », le droit interne a fini par rendre obligatoire la procédure de publicité et de mise en concurrence pour les délivrances d'autorisation d'occupation privative du domaine public. L'on est passé de l'opposabilité à l'applicabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public. Autrement dit, « l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a remis le droit national applicable aux autorisations d'occupation du

⁷⁷² Dir, n°2006/123, 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, site Lex. Europa.eu. Selon son article 12, « 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, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture ».

domaine public dans le droit chemin dégagé par la jurisprudence de la CJCE et réaffirmé avec force dans son arrêt du 14 juillet 2016 »⁷⁷³. Dès lors, suivant cette jurisprudence de la Cour, les États membres sont dans l'obligation de mettre en place une procédure de sélection et de mise en concurrence en ce qui concerne les actes de gestion du domaine public relatifs aux autorisations d'occupation privative dudit domaine. Pour la Cour, « l'octroi d'autorisation, [conformément au paragraphe 1 de l'article 12 de la directive 2006/123], lorsque leur nombre est limité en raison de la rareté des ressources naturelles, doit être soumis à une procédure de sélection entre les candidats potentiels, laquelle doit répondre à toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment de publicité adéquate »⁷⁷⁴. Rappelons que cette position avait été défendue en droit interne par les juges du fond⁷⁷⁵. Ainsi, avec cette décision de la Cour, l'on assiste à un abandon de la jurisprudence « *Jean Bouin* » rendue par le Conseil d'État dans le sens où « une publicité préalable est, au minimum, nécessaire dans la plupart des hypothèses où l'autorisation domaniale est délivrée à un opérateur économique »⁷⁷⁶. De ce fait, les actes de gestion domaniale sont soumis au respect d'une procédure de sélection.

606. Historiquement, c'est la loi du 9 décembre 2016 qui, en habilitant le gouvernement à légiférer par la voie d'ordonnance les questions relatives à la propriété publique, est à l'origine de l'ordonnance de 2017. À son article 34, « le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi tendant à moderniser et simplifier, pour l'Etat et ses établissements publics : les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence

⁷⁷³ Bérangère DENIS – « Occupation du domaine public des personnes publiques : gare à la concurrence » - Juris Associations, 2018, n°576, p.29.

⁷⁷⁴ CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, aff., C-458/14, EUR – Lex, pt.49. En l'espèce, une autorité domaniale (consortium) a, par une décision du 16 juin et 17 Août 2006, attribué à la société *Promoimpresa* une concession en vue de l'exploitation d'une zone domaniale à des fins de Kiosque, de Véranda, de bains, de quai et de ponton, domaine qui fait partie du domaine du lac de Garde. Il était prévu que la durée de la concession arriverait à terme le 31 décembre 2010. Qu'à son expiration, la société s'est vu refuser le renouvellement au motif que « la nouvelle concession ne pouvait être obtenue sur la base d'une simple demande de renouvellement, mais uniquement au terme d'une procédure publique d'appel d'offres et, d'autre parts, que la concession venue à expiration était limitée à une durée de cinq ans et excluait toute forme de renouvellement automatique ». En revanche, la législation italienne prévoyait, à propos des autorisations d'occupation du domaine public, qu'à l'expiration d'une telle autorisation, celle-ci se proroge automatiquement. La société a donc saisi le juge administratif italien. Ce dernier a, sur le fondement de l'article 267 TFUE, décidé de sursoir et saisi la cour de justice de l'union européenne de questions préjudicielles portant sur l'interprétation des articles 49, 56 et 106 TFUE en tant que la loi Italienne prorogeant automatiquement les concessions porte atteinte à la liberté d'établissement et de non-discrimination et de protection de la concurrence car cette prorogation automatique empêcherait d'autres opérateurs de bénéficier des éventuelles titres d'autorisations par le biais d'appels d'offres.

⁷⁷⁵ V- TA Nîmes, 24 janvier 2008, *Sté des trains Touristiques G Eisenreich* ; v- CAA, Marseille, 6 septembre 2010, n°08MA01997.

⁷⁷⁶ Rozen NOGUELLOU, « L'attribution des autorisations domaniales : feu de l'arrêt Jean-Bouin » - note sous CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, n°c-458/14, AJDA, 2016, p.2176.

préalables applicable à certaines autorisations d'occupations et de préciser l'étendue des droits et obligations des bénéficiaires de ces autorisations [...] ». Qu'à l'issu de cette loi, une ordonnance fut adoptée et posa l'obligation de publicité et de mise en concurrence pour les délivrances d'autorisation d'occupation du domaine public. Le respect des règles de transparence dans les attributions des titres domaniaux s'impose donc aux autorités domaniales. À partir de là, le CGPPP devient sans doute plus exigeant en matière d'autorisation d'occupation du domaine public. Car, l'ordonnance du 19 avril 2017, en obligeant désormais au maître du domaine à soumettre les autorisations d'occupation du domaine public à des mesures de publicité et de mise en concurrence, écarte l'immunité juridictionnelle dont ledit maître bénéficiait jusque-là. On lit dans l'article L2122-1-1 que, « sauf disposition législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester ».

607. Dès lors, tout manquement à cette obligation risque d'être sanctionné par le juge, alors qu'auparavant le non-respect à ces conditions échappait à toute censure juridictionnelle. À ce propos, le professeur SORBARA a souligné que cette « réforme [est] la plus spectaculaire [en tant qu'il] tient à l'institution de principe d'une procédure de publicité et de sélection préalable pour l'attribution d'un titre d'occupation privative du domaine public en vue de l'exercice d'une activité économique »⁷⁷⁷. Et désormais, le juge vérifiera que cette obligation ait été respecté au préalable et à défaut, il censurera la décision de l'autorité domaniale. C'est ainsi que le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion a, en date du 16 mars 2018, soulevé le doute quant à la légalité d'une autorisation d'occupation du domaine public maritime en raison de l'absence de procédure de sélection conformément à l'article L.2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques. En l'espèce, était contesté un arrêté du maire de Saint Paul du 4 juillet 2017 portant autorisation d'occupation temporaire du domaine public maritime au profit de la Sarl Réunion Plage. Ainsi, pour suspendre l'arrêté du maire, le juge des référés du tribunal administratif a considéré que, « l'arrêté du maire de Saint- Paul du 4 juillet 2017 par lequel a été délivrée une AOT à la Sarl Réunion Plage est notamment contesté par le moyen tiré du défaut de mise en œuvre de la procédure de sélection

⁷⁷⁷ Jean – Gabriel SORBARA – « La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 » - RFDA, 2017, p.705.

prévue à l'article L.2122-1-1 du CGPP. Qu'un tel moyen peut être utilement invoqué (...) dans la mesure où l'acte qu'ils attaquent par la voie du recours pour excès de pouvoir est une AOT unilatéralement délivrée par l'autorité administrative, et non un contrat, soumis à un régime contentieux spécifique. Qu'en l'état de l'instruction, ledit moyen est de nature à générer un doute sérieux quant à la légalité de la décision litigieuse »⁷⁷⁸.

608. Par ailleurs, par-delà le bouleversement de la liberté de gestion du domaine public, l'ordonnance de 2017 vise aussi à la valorisation économique du domaine public, c'est-à-dire que l'obligation de procédure et de mise en concurrence permet de choisir le candidat qui répond aux exigences souhaitées pour l'intérêt du domaine public. Autrement dit, plus il y a la concurrence, plus celle-ci peut « entraîner une hausse de la redevance d'occupation [...] dès lors que chaque occupant potentiel cherchera à se démarquer des autres. La bonne gestion du domaine public paraît donc commander une transparence dans la délivrance des titres d'occupation »⁷⁷⁹. Certainement, cette ordonnance réduit la liberté de gestion du maître domanial, en ce sens qu'il ne bénéficierait plus d'une immunité juridictionnelle. Qu'ainsi, le manquement à ces obligations de publicités et de mise en concurrence, lors de la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public, peut faire l'objet d'une contestation devant le juge administratif et à ce titre, entraînera l'annulation de l'acte de gestion.

B/ Les exceptions au principe de l'obligation de publicité et de mise en concurrence en matière de délivrance des autorisations d'occupation du domaine public

609. Plusieurs dérogations sont prévues par l'ordonnance du 19 avril 2017 et qui permettent à l'autorité domaniale de ne pas subordonner les titres domaniaux à des procédures de publicité et de mise en concurrence.

610. D'abord, l'article L.2122-1-2 pose quatre exceptions où le principe de soumettre les titres domaniaux à une procédure de sélection n'est pas applicable. En premier lieu « lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L.2122-1 s'insère dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes caractéristiques que la procédure déterminée par le premier alinéa de l'article L.2122-1 ». En second lieu, « lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection ».

⁷⁷⁸ TA, Réunion, Ord. 16 mars 2018, n°1800124.

⁷⁷⁹ Stéphane BRACONNIER, Rozen NOGUELLOU, « l'affaire Jean-Bouin » - note sous CE, sect., 3 déc. 2010, Ville de Paris, n°338272, RDI, 2011, p.162.

Ensuite, « lorsque l'urgence le justifie. La durée du titre ne peut excéder un an ». Enfin, « [...], lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante, sans que sa durée totale ne puisse excéder celle prévue à l'article L.2122-2 ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente ». À la lecture de cette disposition L.2122-1-2, on peut comprendre que le législateur, en posant ces dérogations, vise à protéger l'intérêt du domaine public. Ainsi, des motifs liés à l'urgence et d'ordre économique peuvent être avancés pour déroger ce principe de soumission des titres domaniaux à la procédure de sélection.

611. Au-delà de l'article L.2122-1-2, le législateur-délégué a ajouté une autre dérogation prévue à l'article L.2122-1-3. Cette disposition pose cinq points dérogeant le principe de soumission des titres domaniaux à une procédure de sélection. Le premier est « lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ». Ensuite, « lorsque le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente ou à une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit ». Le troisième point s'impose « lorsqu'une première procédure de sélection s'est révélée infructueuse ou qu'une publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent est demeurée sans réponse ». Et le quatrième point précise que l'autorité domaniale n'organise pas de procédure de sélection « lorsque les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée ». Et le dernier point concerne le cas où « des impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou à des considérations de sécurité publique le justifient ».

612. Par ailleurs, l'ordonnance du 19 avril 2017 n'a pas échappé aux critiques doctrinales. Certes, elle pose l'obligation de soumettre aux autorisations d'occupation du domaine public à des mesures de publicité et de mise en concurrence, mais, cette obligation est accompagnée d'exceptions suscitant plusieurs interrogations. En effet, la doctrine n'a pas hésité à parler de « consécration nuancée de l'obligation de transparence »⁷⁸⁰. Cette doctrine s'étonne, d'abord, du fait que ladite ordonnance exclut l'obligation de transparence aux occupations ou

⁷⁸⁰ Christophe ROUX – « La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public » - commentaire de l'ordonnance n°2017 -562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, RDA, 2017, pt. 4.

utilisations du domaine privé. L'article L.2122-1-1 n'aborde que la question des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine public, il est donc étonnant que ladite ordonnance exclue le domaine privé de l'administration dans la mesure où comme l'a souligné le professeur ROUX, « la directive du 12 décembre 2006 ne fait nullement référence à une telle exclusion et que, en toutes hypothèses, l'occupation privative du domaine privé répond, autant que celle du domaine public, à un régime d'autorisation au sens où l'entend la cour de justice »⁷⁸¹. Toutefois, pour expliquer la raison d'une telle exclusion, on pourrait considérer qu'étant donné que le domaine public est affecté à l'utilité publique, cette affectation mérite plus de valorisation que celle concernant le domaine privé. D'autant plus que le domaine public est davantage sollicité par les entreprises plus que le domaine privé de l'administration.

613. Ensuite, une autre exception qui a fait l'objet d'une critique doctrinale est celle relative à l'exclusion de l'obligation de transparence aux biens de dépendance du domaine public appartenant aux autres personnes publiques. L'article L.2122-1-1 pose le principe selon lequel l'obligation de publicité et de mise en concurrence ne s'applique qu'à l'Etat, aux collectivités territoriales, à leurs groupements et aux établissements publics. On peut donc constater que les autres personnes morales de droit public sont donc exclues, à l'instar des autorités administratives indépendantes. Le Professeur SORBARA⁷⁸² va jusqu'à expliquer qu'une unification aurait été souhaitable et « préférable » au motif que le législateur a déjà soumis aux autorités administratives indépendantes les mêmes conditions que celles applicables aux établissements publics de l'Etat⁷⁸³, mais en vain car la réforme n'a pas envisagé une telle unification.

614. De plus, les articles L2122-1-2⁷⁸⁴ à L2122-1-3⁷⁸⁵ ont énuméré des conditions dans lesquelles l'obligation de publicité et de mise en concurrence n'est pas nécessaire. À la lecture

⁷⁸¹ Ibid., pt.9.

⁷⁸² Jean- Gabriel SORBARA – « La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 » - RFDA, 2017, p. 705.

⁷⁸³ V- article 20 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, n°2017-55 en vertu duquel « les biens immobiliers appartenant aux autorités publiques indépendantes sont soumis aux dispositions du code général de la propriété des personnes publiques applicables aux établissements publics de l'État ».

⁷⁸⁴ Selon cet article, « l'article L. 2122-1-1 n'est pas applicable : 1° lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L.2122-1 s'insère dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes caractéristiques que la procédure déterminée par le premier alinéa de l'article L.2122-1-1 ; 2° lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection ; 3° lorsque l'urgence le justifie. La durée du titre ne peut alors excéder un An ; 4° sans préjudice des dispositions figurant aux 1° à 5° de l'article L. 2122-1-3, lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante, sans que sa durée totale ne puisse excéder celle prévue à l'article L.2122-2 ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au

de ces articles, on peut observer une face cachée de l'ordonnance visant à maintenir la liberté de gestion du maître domanial. Bien que cette ordonnance apparaisse nécessaire, elle ne règle pas tout. Des imprécisions subsistent toujours malgré la soumission des délivrances des autorisations d'occupation du domaine public à des mesures de publicité et de mise en concurrence. À l'appui de cet argument, il est précisé que l'urgence peut permettre à l'autorité domaniale de ne plus soumettre la délivrance d'autorisation d'occupation de son domaine à des mesures de publicité et de mise en concurrence alors que l'on sait pertinemment que l'urgence reste un motif qui peut justifier l'action administrative. De la même sorte, le point 4° de l'article 2122-1-3 qui « est rédigé en des termes très larges laissant un pouvoir d'appréciation certain à l'autorité administrative »⁷⁸⁶ illustre bien l'ambiguïté de ladite ordonnance. Une ambiguïté dans le sens où cette ordonnance, censée réduire la liberté dont dispose le maître domanial, laisse une certaine marge de manœuvre au profit de celui-ci.

615. À titre d'exemple, on peut citer le fait que l'ordonnance de 2017 a écarté l'obligation de procédure de publicité et de mise en concurrence « lorsque l'organisation de la procédure qu'il prévoit s'avère impossible ou non justifiée ». Ici, le code reste silencieux en termes de précision puisqu'il n'indique pas ce qu'on entend par « non justifiée ». À ce propos même, une circulaire adressée aux préfets de département de métropole et d'outre-mer, a précisé qu'« en attendant que la jurisprudence ait précisé cette notion, il paraît possible de considérer que la sélection préalable est non justifiée lorsque les enjeux économiques et les enjeux en termes

dénouement, dans des conditions acceptables, notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente ».

⁷⁸⁵ Selon cet article, « l'article L.2122-1 n'est pas non plus applicable lorsque l'organisation de la procédure qu'il prévoit s'avère impossible ou non justifiée. L'autorité compétente peut ainsi délivrer le titre à l'amiable, notamment dans les cas suivants : 1° lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ; 2° lorsque le titre est délivré à une personne publique dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'autorité compétente ou à une personne privée sur les activités de laquelle l'autorité compétente est en mesure d'exercer un contrôle étroit ; 3° lorsqu'une procédure de sélection s'est révélée infructueuse ou qu'une publicité suffisante pour permettre la manifestation d'un intérêt pertinent est demeurée sans réponse ; 4° lorsque les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographique, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée ; 5° lorsque les impératifs tenant à l'exercice de l'autorité publique ou des considérations de sécurité publique le justifient. Lorsqu'elle fait usage de la dérogation prévue au présent article, l'autorité compétente rend publiques les considérations de droit et de fait l'ayant conduite à ne pas mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L.2122-1-1 ».

⁷⁸⁶ Jean-Gabriel SORBARA – « la modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 » - RFDA, 2017, p.705.

de respect de la concurrence sont très faibles, au point que le recours à la sélection apparaît disproportionné »⁷⁸⁷.

616. En outre, bien que l'obligation de transparence soit assortie d'exceptions, le principe reste l'obligation de soumettre la délivrance des autorisations d'occupation ou d'utilisation du domaine public à des mesures de publicités et de mise en concurrence. Il est certain que cette obligation de soumission remet en cause la liberté de gestion du domaine public.

II/ L'intégration des formalités de procédure dans certains titres d'autorisations d'occupations privatives du domaine public

617. Dans certains titres d'autorisations d'occupations privatives du domaine public, le maître du domaine est tenu de respecter les règles issues du droit de la concurrence avant toute autorisation. Autrement dit, les mêmes règles propres à la commande publique s'imposent au maître du domaine. Cela constitue une limite à la liberté de gestion du domaine, en ce que l'autorité se trouve soumise au respect de ces règles.

618. C'est le cas en effet lorsque l'occupation ne porte pas seulement sur l'exercice d'une activité économique, mais qu'elle porte également sur la réalisation des missions de service public. Rappelons que le domaine public étant « le siège d'un service public »⁷⁸⁸, son occupation privative peut être « en réalité essentiellement destinée au public ou à un service public »⁷⁸⁹. C'est ainsi que dans certaines situations, des règles de formalités préalables s'imposent au maître du domaine (A). De la même sorte, les règles de la commande publique s'appliquent à certaines autorisations d'occupations du domaine public constitutives des droits réels (B).

A/ La subordination de certaines autorisations d'occupations du domaine public au respect des formalités préalables

619. Le domaine public demeure le siège à l'intérieur duquel s'exercent des missions de service public. Autrement dit, l'occupation sera accordée à la fois en vue de l'exercice d'une activité économique et pour la réalisation d'une mission de service public.

⁷⁸⁷ Circulaire du 19 oct. 2017, NOR CP AE1727822C relative à la délivrance de titres d'occupation de courte durée – les fêtes foraines et les cirques, application des dispositions de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

⁷⁸⁸ Philippe GODFRIN, Michel DEGOFFE – *Droit administratif des biens*, Sirey, 12^e éd., 2018, p. 176.

⁷⁸⁹ Pierre DELVOLVÉ – « L'utilisation privative des biens publics » - RFDA, 2009, p.229.

620. Rappelons-le qu'avant l'ordonnance de 2017 relative à la propriété des personnes publiques, la délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public n'était pas soumise obligatoirement au respect des formalités préalables de procédures. L'autorité domaniale disposait, ainsi, d'une liberté de gestion domaniale car « l'absence d'une telle procédure n'entache [ait] pas d'irrégularité une autorisation ou une convention d'occupation d'une dépendance du domaine public »⁷⁹⁰. En revanche, dans certaines autorisations d'occupation du domaine public, l'occupant était tenu de réaliser, outre ses activités d'ordre privé, des missions de service public sur ledit domaine. C'est le cas des entreprises qui souhaiteraient s'installer dans les marchés d'intérêt national⁷⁹¹ et qui sont contraintes de demander l'autorisation auprès de « l'organisme gestionnaire du marché »⁷⁹². Dans cette hypothèse, le maître domanial est tenu de soumettre la délivrance d'un titre d'autorisation portant occupation sur un emplacement dans ce marché à des obligations de formalités de procédures de publicités préalables⁷⁹³. Il faut rappeler que ces marchés d'intérêt national peuvent faire partie des dépendances du domaine public⁷⁹⁴. C'est la raison pour laquelle lesdits marchés sont laissés à la gestion du maître du domaine.

621. Sans doute, le gestionnaire de ces marchés d'intérêt national gère une mission de service public comme le prévoit l'ordonnance n°2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises et codifiée aux articles L. 761-1 et suivant du code de commerce. Il en va ainsi pour les grossistes et producteurs installés sur ces marchés qui accompagnent le gestionnaire dans la réalisation de ces missions de service public. C'est pour cette raison qu'en cas de candidature pour occupation privative dudit domaine, le gestionnaire doit traiter tous les candidats désirant s'implanter de manière égale. Que dans le cas contraire, ses actes de gestions seront frappés d'irrégularités. À ce propos, le professeur TERNEYRE a expliqué que « les marchés d'intérieur national [...] sont pourtant des lieux protégés des transactions commerciales autres que de détail. De ce fait, parce qu'ils prévoient l'institution de périmètre de protection autour du marché et, à l'intérieur, l'attribution d'autorisation d'occupations d'emplacement, ces marchés sont susceptibles de

⁷⁹⁰ CE, sect., 3 décembre 2010, *Association Paris Jean Bouin*, n°338272.

⁷⁹¹ Selon l'article L.761-1 du code de commerce « Les marchés d'intérêt national sont des services publics de gestion offrant à des grossistes et à des producteurs des services de gestion collectives adaptés aux caractéristiques de certains produits agricoles et alimentaires ».

⁷⁹² Henri COURIVAUD - « Marché et Halles » - Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2016, n° 88.

⁷⁹³ V- Art R.761-22 du code de commerce selon lequel, « L'autorisation de s'établir sur le marché d'intérêt national est donné par son gestionnaire. Elle est précédée d'une publicité appropriée ».

⁷⁹⁴ Selon M. DISTEL, « les MIN [...] se tiennent cependant dans des immeubles appartenant à des personnes publiques, spécialement affectés à la tenue des marchés et qui sont des dépendances du domaine public » : v- Michel DISTEL - « La réforme des marchés d'intérêt national » - AJDA, 2006, p.2263.

créer des véritables monopoles commerciaux [...] »⁷⁹⁵. Et pour éviter cela, seule l'obligation de transparence préalable à l'octroi des titres d'autorisation d'occupation d'un emplacement sur le marché installé dans le domaine public est nécessaire.

622. C'est ce que prévoit, en effet, le code de commerce. Celui-ci pose les obligations de publicité et de mise en concurrence, avant toute délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public. En demeurent le principe, cette obligation bouleverse, en ce qui concerne ces types d'autorisation, la liberté de gestion du domaine public. L'article R.761-22 du code de commerce dispose que « l'autorisation de s'établir sur le marché d'intérêt national est donnée par son gestionnaire. Elle est précédée d'une publicité appropriée ».

623. Par ailleurs, au-delà des marchés d'intérêt national, d'autres autorisations d'occupations privatives du domaine public sont subordonnées au respect des mesures de publicités préalables. C'est le cas des autorisations d'occupations temporaires constitutives des droits réels.

B/ L'application des règles de la commande publique aux autorisations d'occupation du domaine public constitutives des droits réels

624. Dans certaines autorisations d'occupation du domaine public, l'on assiste à une intégration des règles de la commande publique. Ce disant, la délivrance de ces autorisations est soumise à des formalités préalables au même titre que celles applicables aux contrats de la commande publique. Il s'agit, en effet, des autorisations constitutives des droits réels nécessaires à l'exercice et à l'exécution d'un contrat de la commande publique. C'est ce qui ressort du dernier alinéa de l'article L.2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques en vertu duquel, « dans le cas où un titre d'occupation serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine ».

625. Rappelons que contrairement aux autres autorisations traditionnelles d'occupation du domaine public, les autorisations temporaires constitutives des droits réels ou les baux emphytéotiques administratifs peuvent être associés aux contrats de la commande publique. De ce fait, les titres d'autorisations sont soumis au respect des mêmes règles que celles qui s'imposent en matière de contrat de la commande publique dans la mesure où ces titres ne

⁷⁹⁵ Philippe TERNEYRE - « Intervention économique » - Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, 2018, n°77.

portent pas uniquement sur l'occupation privative dudit domaine, mais, portent aussi sur une autre finalité, celle de réaliser une mission d'intérêt général. Ce sont donc les règles de la commande publique qui conditionnent les critères d'octroi d'une telle autorisation. D'ailleurs, la Haute juridiction administrative avait précisé que l'autorité domaniale de l'État et de ses établissements publics peuvent accorder des autorisations contractuelles au regard d'une autre convention nécessaire de la commande publique. Selon le Conseil d'État, « aucune disposition, ni aucun principe n'interdit que l'État et ses établissements publics puissent autoriser l'occupation d'une dépendance du domaine public en vertu d'une convention par laquelle l'une des parties s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain de l'autre partie et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée de la convention [...] »⁷⁹⁶. À propos de cette décision, la doctrine explique que « la règle de principe est donc qu'il faut appliquer cumulativement les normes propres aux contrats qui ont un objet principal autre que l'occupation du domaine mais dont l'exécution implique une telle occupation et les normes applicables aux autorisations domaniales »⁷⁹⁷.

626. On observe donc à une remise en cause de la liberté de gestion du maître domanial, étant donné qu'avant de délivrer des autorisations d'occupation du domaine public, il doit respecter au préalable les règles de formalités de procédure et de mise en concurrence. Dans ce cas, les règles de la commande publique doivent être respectées avant la délivrance de ces types d'autorisation d'occupation du domaine public⁷⁹⁸.

627. Rappelons que la jurisprudence « *Association Eurolat* » interdisait toute autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels au motif que ladite autorisation reste « incompatible avec les principes de la domanialité publique »⁷⁹⁹, mais le législateur a posé des exceptions en permettant aux autorités domaniales d'autoriser des occupations constitutives de droits réels⁸⁰⁰. Et dans la mesure où une telle occupation serait destinée à la

⁷⁹⁶ CE, 11 mai. 2016, *Communauté Urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n°390118.

⁷⁹⁷ Etienne FATÔME, Jean-François LAFAIX, « Attribution et consolidation des titres d'occupation du domaine public : Retour sur l'arrêt Communauté Urbaine de Marseille-Provence-Métropole » - note sous CE 11 mai 2016, *Communauté Urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n°390118, AJDA, 2017, p.611.

⁷⁹⁸ Les commentateurs du code général de la propriété des personnes publiques ont rappelé, à propos de l'alinéa 4 de l'article L.2122-6, que cet alinéa signifie que « [...] tout montage contractuel associant un BEA ou une AOT constitutive de droits réels avec un marché public ou contrat de concession doit être conclu dans le respect des règles de passation propres aux marchés publics et aux concessions car l'objet premier et principal de ces montages est précisément de répondre à une commande publique » : v- Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET - *Code général de la propriété des personnes publiques*, Annoté et commenté, Dalloz, 8^e éd., 2018, p.275.

⁷⁹⁹ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n°41589.

⁸⁰⁰ Il s'agit de la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation (art 13) et de la loi du 25 juillet 1994 complétant le domaine public de l'Etat et relative à la constitution des droits réels sur le domaine public.

réalisation des missions d'intérêt public, il arrive que l'autorisation soit associée à une commande publique. Dans ce cas, ce sont les règles de la commande publique qui vont préciser les conditions de délivrance de titre d'occupation dudit domaine constitutive de droits réels. Ainsi, les autorités domaniales se trouvent dans l'obligation de subordonner ces titres d'occupations constitutives de droits réels aux règles qui s'appliquent en matière de commande publique. À titre d'exemple, l'article 57 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 (codifié à l'article L.1311-2) relative au contrat de concession précise, à propos d'un bail emphytéotique conclu par les collectivités territoriales, que « [...] dans le cas où un tel bail serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine ». On comprend par-là que le BEA est attaché à un contrat de commande publique, les règles de celle-ci s'imposent. Et comme l'a rappelé Mme. COMELLAS, « l'occupation privative du domaine public est une condition nécessaire à l'exercice d'une mission publique sur le domaine public. Elle est alors incluse dans des mécanismes contractuels que le législateur soumet à des obligations de publicité et de mise en concurrence »⁸⁰¹.

628. Toutefois, l'intégration des règles applicables aux contrats de la commande publique aux autorisations d'occupation constitutives des droits réels fait l'objet d'une critique doctrinale. En effet, l'intégration des règles de la commande publique aux actes de gestion du domaine public relatifs aux autorisations dudit domaine suppose qu'il faille appliquer de manière cumulative les règles de la commande publique et les règles de la domanialité publique. Toutefois, le cumul de ces règles peut engendrer plusieurs problématiques.

629. D'abord, la doctrine s'interroge sur la faisabilité d'un tel cumul. Dans l'hypothèse où l'objet du contrat principal porte sur un contrat de la commande publique, comment concilier les règles relatives aux modalités de rémunération de l'administré et l'obligation de l'occupant en contrepartie de l'occupation, c'est-à-dire l'obligation de payer une redevance ? Bien évidemment, il serait difficile dans un contrat de marché public emportant occupation domaniale d'exiger à la fois la rémunération par l'administration au profit de l'administré et au même moment d'exiger de ce dernier le paiement d'une redevance au profit de la première. C'est pourquoi la doctrine, du point de vue pratique, considère que la mise en œuvre d'un tel cumul des règles demeure infaisable. Car, « le respect des règles relatives aux redevances

⁸⁰¹ Sophie COMELLAS - *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales, Réflexion sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, Thèse, L'Harmattan, 2014, p.67.

d'occupation complexifie inutilement le montage économique du contrat ayant objet principal distinct de l'occupation »⁸⁰².

630. Ensuite, puisque la faisabilité de la mise en œuvre d'un tel cumul des règles demeure difficile, la doctrine s'interroge sur la question de savoir laquelle de ces deux règles [règles de la commande publique et règles de la domanialité publique] doit prévaloir. Sur ce point, les articles L.2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques et L.1311-3 du code général des collectivités territoriales précisent que les règles de la commande s'appliquent à chaque fois qu'une délivrance de titre domanial demeure nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique. À ce propos, la doctrine explique « ce sont toujours les règles [de la commande publique] qu'il convient d'appliquer dans la mesure où l'exécution de l'objet principal de ce contrat implique cette occupation [du domaine public] »⁸⁰³.

Section 2/ La mise en place d'une procédure de sélection destinée à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

631. À noter que dès lors que l'occupation du domaine public porte sur l'exercice d'une activité de nature économique, le respect du principe de mise en concurrence s'impose au maître domanial⁸⁰⁴. De ce fait, l'organisation d'une procédure de sélection (paragraphe I), avant toute délivrance d'un titre domanial, devient un principe. Ce principe est destiné à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles (paragraphe II).

Paragraphe I/ Le principe de l'organisation d'une procédure de sélection

632. Rappelons-le que l'ordonnance du 19 avril 2017 ne mentionne pas l'expression du principe de mise en concurrence, en revanche, « on perçoit difficilement comment une sélection ne se traduit pas précisément par une mise en concurrence »⁸⁰⁵. Ainsi, cette procédure de sélection implique la mise en concurrence. L'autorité domaniale est, avant de délivrer un titre domanial, tenue de subordonner ce titre à une procédure de sélection (I).

⁸⁰² Etienne FATÔME, Jean-François LAFAIX - « Attribution et consolidation des titres d'occupations du domaine public : Retour sur l'arrêt Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole » - note sous CE, 11 mai 2016, n°390118, AJDA, 2017, p.611.

⁸⁰³ Ibid., p.611.

⁸⁰⁴ Selon Bérengère DENIS, « la mise en concurrence semble devoir s'imposer dès lors que l'occupant potentiel serait en mesure de produire, par le biais de cette occupation, une activité lui procurant des recettes » : v- Bérengère DENIS - « Occupation du domaine public des personnes publiques : Gare à la concurrence » - Juris association, 2018, n°576, p.29.

⁸⁰⁵ Gilles BACHELIER - « Contentieux du domaine public » - Dalloz professionnels pratique du contentieux administratif, Dossier 570, 2018, n°377.

Toutefois, l'ordonnance de 2017 relative à la propriété des personnes publiques a prévu une procédure préalable un peu plus souple dans certains cas (II).

I/ L'autorité domaniale et la procédure de sélection

633. Désormais, l'autorité domaniale, lorsqu'elle délivre une autorisation d'occupation privative du domaine public destinée à l'exercice d'une activité économique⁸⁰⁶, est tenue de précéder cette délivrance d'une procédure de sélection impliquant d'une part la transparence et l'impartialité (A), d'autre part une obligation de publicité (B).

A/ Le principe de transparence et d'impartialité avant toute délivrance d'un titre domanial

634. Dans la jurisprudence *Promoimpresa* du 14 juillet 2016, la Cour « a en effet jugé que la délivrance de titres d'occupation du domaine des personnes publiques impose une procédure de sélection [...] en application de l'article 12 de la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 [...] qui impose que les États membres appliquent une procédure de sélection impartiale et transparente [...] »⁸⁰⁷. Sous cette influence, l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété publique a fait des principes de transparence et d'impartialité des principes qui précèdent les délivrances de titres domaniaux.

635. En effet, le premier alinéa de l'article L2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que « sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L.2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence [...] ». Ce disant, deux principes découlent de cette procédure de sélection

636. D'abord, le principe de transparence de procédure. Celui-ci demeure « la condition même de la mise en concurrence. Plus précisément, elle surdétermine tout le dispositif de mise en concurrence et se traduit par certaines obligations relatives au marché à passer »⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ Il faut rappeler que l'ordonnance ne définit pas ce qu'on entend par activité économique. Pour la définir, il faut se référer à la directive 2006/123 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et à l'article 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ainsi, l'activité économique est une prestation fournie en contrepartie d'une rémunération ou une prestation fournie en vue de percevoir un revenu.

⁸⁰⁷ Michèle RAUNET, Raphaël LÉONETTI - « Domaine public : L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques » - La semaine juridique Notariale et Immobilière, 2017, n°7.

⁸⁰⁸ Christine BRÉCHON-MOULÈNES - « Marchés publics » - Répertoire de droit international, 1998, n°38.

Sans cette transparence dans les titres domaniaux, l'autorité domaniale manquerait à ses obligations qui découlent de l'ordonnance du 19 avril 2017. Ainsi, ce principe implique efficacité⁸⁰⁹, meilleure publicité, impartialité et favoriserait le bon déroulement de la gestion domaniale. D'ailleurs, on lit dans la jurisprudence « *Telaustria* » que « l'obligation de transparence [...] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »⁸¹⁰, car plus il y a suffisamment de publicité plus il y aura assez d'opérateurs qui seront intéressés par l'offre en vue d'exercer leurs activités au sein du domaine public, lequel demeure, sans doute, le lieu des libertés économiques. En effet, la transparence est un « principe d'organisation de la société démocratique »⁸¹¹. C'est le principe qui va permettre au maître domanial de rendre plus clairs les processus de ses prises de décisions relatives à la gestion domaniale.

637. Quant au principe d'impartialité, il s'impose, également, au maître domanial dont sa « méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mises en concurrence »⁸¹². Il est, ainsi, l'un des principes conditionnant l'efficacité de l'acte de gestion domaniale. Il incombe, ainsi, au maître domanial d'écarter toute sorte de doute d'impartialité en matière de délivrance de titres domaniaux. Cela signifiera donc que les règles de mise en concurrence ont été bien respectées.

638. Mais ces deux principes ne sont pas les seuls à garantir une meilleure concurrence au profit des candidats potentiels en vue d'une occupation privative du domaine public. S'ajoute, également, l'obligation de publicité préalable à la délivrance de titre domanial en vue d'exercer une activité économique.

B/ Les mesures de publicité précédant les délivrances des titres domaniaux

639. Aux termes de l'ordonnance du 19 avril 2017, « sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L.2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection [...] comportant des mesures de publicité

⁸⁰⁹ Selon Jean-Marc SAUVÉ, « la transparence favorise l'efficacité de l'administration » : v- Jean-Marc SAUVÉ - Transparence et efficacité de l'action publique, Assemblée générale de l'inspection générale de l'administration, 2017, Conseil d'État.fr.

⁸¹⁰ CJCE, 7 décembre 2000, aff., C-324/98, *Telaustria*,

⁸¹¹ Lexique des termes juridiques, 21 éd, Dalloz, 2014, p. 930.

⁸¹² CE, 14 oct. 2015, *Société RevetSens*, n°390968.

permettant aux candidats potentiels de se manifester ». Cette obligation de précéder la délivrance de titre domanial par des mesures de publicité vise à informer le maximum d'entreprises qui souhaiteraient occuper ledit domaine. À ce propos, ces mesures de publicité ont comme finalités de « permettre une information suffisante aux opérateurs concernés et assurer une diffusion large auprès de tous les opérateurs potentiels susceptibles d'être intéressés »⁸¹³. Quand bien même les modalités de publicités restent libres⁸¹⁴, l'autorité domaniale est contrainte de respecter cette condition de publicité. Une mesure de publicité suffisante afin de permettre aux candidats intéressés de se manifester. Alors que sans cette publicité suffisante, les principes d'égal accès⁸¹⁵, d'impartialité et de transparence seront méconnus. Il reste, toutefois, à savoir comment rendre suffisantes ces mesures de publicité ?

640. Il faut rappeler qu'en matière de commande publique, il existe plusieurs supports permettant à la personne publique de lancer une publicité⁸¹⁶. Pour l'occupation ou utilisation du domaine public en vue d'exercer une activité économique, l'autorité domaniale chargée de la gestion du domaine public peut choisir un des supports légaux, à l'instar d'un journal d'annonce légale ou le site internet soumis sous le contrôle du maître domanial dès lors que ce site demeure suffisant, pour les mesures de procédures de publicité. Le but étant de « permettre aux candidats potentiels de se manifester, ce qui suppose de choisir un support adapté, tant du point de vue de l'activité économique concernée que du point de vue du périmètre géographique concerné »⁸¹⁷.

641. Le respect des règles de procédures de publicité préalables par l'autorité domaniale permettra de rendre transparentes les autorisations domaniales, dans la mesure où ces mesures de publicités permettront aux opérateurs intéressés de prendre connaissance de l'offre présentée en vue de l'occupation dudit domaine. Ce respect aura, également, comme conséquence le respect du principe d'égal accès au domaine public puisque tous les potentiels occupants intéressés seront traités de la même manière et auront, par la suite, la liberté de

⁸¹³ Stéphanie BRACONNIER, Magalie DEJOUX, Julie COULANGE - « Occupation du domaine public : les modalités concrètes de publicités des autorisations d'occupation temporaire du domaine public » - Contrats et marchés publics, n°3, 2018, pt.3.

⁸¹⁴ Dans le sens où l'ordonnance, relative à la propriété des personnes publiques, n'apporte pas de précisions sur les modalités de mise en œuvre de mesures de publicités.

⁸¹⁵ Selon Jean-Baptiste VILA, « les mesures de publicité jouent un rôle essentiel pour assurer le respect de principe d'égal accès au marché » : v- Jean-Baptiste VILA - « Contrat de délégation de service public, Passation » - Répertoire de droit immobilier, Chapitre 2, Dalloz, 2017, n°65.

⁸¹⁶ Par exemple, pour les contrats des marchés publics, il y a le bulletin officiel des annonces des marchés publics. Il y a également, les journaux d'annonces légales, le journal officiel de l'union européenne.

⁸¹⁷ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET - *Code général de la propriété des personnes publiques, Annoté et commenté*, Dalloz, 8^e éd., 2018, p.259.

candidater pour l'occupation dudit domaine. Par-là, la procédure de publicité demeure une condition indispensable pour l'attribution des autorisations d'occupation privative du domaine public.

642. Toutefois, les rédacteurs de l'ordonnance de 2017 ont écarté cette procédure de sélection dans certaines autorisations domaniales et ont consacré simplement une procédure souple de publicité préalable.

II/ La consécration d'une procédure souple de publicité préalable uniquement dans certaines autorisations domaniales

643. Dans certaines occupations du domaine public, l'autorité domaniale n'est pas tenue de subordonner l'octroi d'un titre domanial à une procédure de sélection. Elle n'est tenue qu'à respecter une procédure simplifiée, conformément à l'alinéa 2 de l'article L.2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Aux termes de cet alinéa, « lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution ».

644. Au vu de cette disposition, deux cas où l'autorité domaniale n'est tenue que pour une simple procédure de publicité. Le premier tenant à la durée (A), le second tenant au nombre d'autorisations disponibles (B).

A/ La consécration d'une simple procédure de publicité tenant compte de la durée

645. L'alinéa 2 de l'article L.2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques précise qu'en cas d'occupation ou d'utilisation du domaine public pour une courte durée, l'autorité domaniale n'est tenue que de subordonner la délivrance d'un tel titre simplement à une procédure de publicité. Rappelons que la simple mesure de publicité est moins rigide que l'organisation d'une procédure de sélection.

646. Par ailleurs, les rédacteurs de l'ordonnance n'apportent guère de précision quant au sens d'occupation ou d'utilisation de courte durée. Dans ce cas, Il faut se diriger vers le rapport du président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 pour avoir plus de précision sur la notion d'occupation ou d'utilisation de courte durée. Selon

ce rapport, les occupations ou utilisations de courte durée « délivrées quotidiennement par les personnes publiques : manifestations artistiques et culturelles, manifestation d'intérêt local, privatisations temporaires de locaux, pour lesquelles de simples mesures de publicité préalable devront être mises en œuvre [...]. Sont visées par là des situations n'ayant pas pour effet de restreindre ou de limiter la libre concurrence »⁸¹⁸. Mais au-delà de ce rapport, la notion de courte durée n'est pas définie par l'ordonnance. Pour la doctrine, « on peut supputer que la notion de courte durée ne sera pas la même selon l'autorité gestionnaire »⁸¹⁹. L'autorité gestionnaire peut évaluer la courte durée selon le temps que l'occupation durera (une durée non ponctuelle) en fonction des évaluations qu'elle mettra. L'important est que cette occupation de courte durée ne soit pas en mesure de fausser les règles du droit de la concurrence, sinon l'autorité domaniale serait tenue de subordonner la délivrance de titre au respect d'une procédure complète, c'est-à-dire à une procédure de sélection.

647. Au-delà de l'occupation ou utilisation de courte durée, l'alinéa 2 de l'article L.2122-1-1 met en place une procédure allégée en raison du nombre d'autorisations disponibles. Autrement dit, l'autorité domaniale sera dispensée de procédure complète de sélection

B/ La consécration d'une procédure allégée de publicité en raison du nombre d'autorisations disponibles

648. En effet, on lit dans cet alinéa 2 de l'article L.2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques que « [...] le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique n'est pas limité ». Dans ce cadre, l'autorité domaniale ne sera pas tenue de mettre en œuvre une procédure complète de sélection préalable aux délivrances de titre.

649. On comprend par-là que l'expression « n'est pas limitée » renvoie à l'idée selon laquelle le domaine public sollicité ne constitue pas un lieu rare à occuper en vue de l'exercice d'une activité économique. Car, si tel est le cas, autrement dit, si le domaine public concerné demeure une ressource rare, l'autorité domaniale sera tenue, comme le précise l'article 12 de la directive 2006/123, de respecter entièrement la procédure de sélection, impliquant les mesures de transparence et d'impartialité d'un côté, et de procédure de publicité de l'autre côté.

⁸¹⁸ Rapport du président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, JORF, n°0093, 20 avril 2017, Texte n°7.

⁸¹⁹ Christine MAUGÛÉ, Philippe TERNEYRE - « Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPPP » - AJDA, 2017, p.1606.

650. Ce disant, le critère de la rareté de ressource demeure un critère qui conditionne le titre domanial au respect d'une procédure complète de sélection. Il reste maintenant à indiquer la manière dont on identifie cette rareté. Sur ce point la doctrine indique que « la rareté de la ressource doit s'apprécier au regard de biens présentant un intérêt similaire au regard de l'occupation envisagée et dans un périmètre géographique pertinent »⁸²⁰.

651. Cependant, l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, en imposant une procédure de sélection préalable, vise à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Autrement dit, le respect des procédures de mise en concurrence et de publicité reste à l'origine de la légalité des actes de gestion du domaine public

652. . Ainsi, cette ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques légifère une position qui était jusque-là jurisprudentielle. À la différence de la jurisprudence, le législateur-délégué renforce cette position.

Paragraphe II/ Une procédure de sélection préalable destinée à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielle

653. Rappelons que l'acte de gestion du domaine public peut être à l'origine des pratiques anticoncurrentielles. C'est ainsi que, dès l'année 1996, la Haute juridiction administrative vérifia la légalité des actes administratifs au regard du droit communautaire.

654. En effet, dans l'arrêt « *Fédération Française des sociétés d'assurance* » du 8 novembre 1996, « le Conseil d'État vérifie la compatibilité d'un décret octroyant un droit exclusif à un organisme privé chargé d'une mission de service public au regard de l'article 86 du traité »⁸²¹. Pour le Conseil d'État, « en confiant à la seule caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole la gestion du régime institué par l'article 1122-7 du Code rural, le décret attaqué a accordé à cet organisme des droits exclusifs au sens des dispositions précitées. Qu'il a ainsi créé à son profit une position dominante au sens de l'article 86 du traité sur une partie substantielle du marché des produits de retraite complémentaire offerts aux chefs d'exploitation agricole dans la communauté européenne »⁸²². Depuis, la jurisprudence a évolué et a fini par contrôler les actes administratifs, y compris les actes de

⁸²⁰ Philippe HANSEN - « Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics » - J.-Cl. Pp, Fasc.77-50, 2018, pt.15.

⁸²¹ Marie PICARD - « Concurrence » - Répertoire de contentieux administratif, chapitre 3, 2005, pt.56.

⁸²² CE, 8 Nov. 1996, *Fédération Française des sociétés d'assurance*, n°122664.

gestion du domaine public, au regard tant du droit interne de la concurrence que du droit communautaire de la concurrence.

655. Au-delà de la jurisprudence, aujourd'hui, le législateur s'est aligné sur les positions jurisprudentielles et soumettant, de façon obligatoire, les actes de gestions du domaine public relatifs aux titres domaniaux au respect des règles de mise en concurrence et de publicité. Ces procédures « de sélections préalables » encadrent l'action de l'autorité domaniale. De ce fait, l'autorité domaniale ne doit pas pousser l'occupant du domaine public à méconnaître les règles du droit de la concurrence ou être elle-même directement à l'origine d'une pratique anticoncurrentielle (I). Aussi, le respect du droit de la concurrence implique le respect du principe d'égalité (II), lequel permet de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles.

I/ Une procédure de sélection visant à empêcher les violations des règles du droit de la concurrence

656. L'acte de gestion du domaine public relatif aux autorisations d'occupation du domaine public ne doit pas inciter les occupants dudit domaine à méconnaître les règles issues du droit de la concurrence tant internes que communautaires. Il est donc interdit au maître du domaine de cautionner les ententes illicites⁸²³(A) et les abus de positions dominantes⁸²⁴ (B).

A/ Une procédure de sélection visant à empêcher les ententes illicites

657. L'autorité domaniale ne doit pas se livrer, elle-même, à des pratiques anticoncurrentielles. Le domaine public, étant un lieu stratégique pour les entreprises, son gestionnaire ne doit pas, dans ce cas, refuser l'accès à son domaine sans un motif valable lié à l'intérêt dudit domaine. La Cour de cassation a rappelé que l'autorité domaniale est tenue d'éviter les pratiques anticoncurrentielles et « qu'à cet effet, une procédure de sélection peut être engagée sous leur autorité »⁸²⁵. L'organisation d'une procédure de sélection préalable à l'octroi d'un titre domanial a comme objectif de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles.

658. Rappelons qu'en droit de l'Union européenne, la notion d'entente est prévue par l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Selon cet article,

⁸²³ En droit interne, il s'agit de l'article L 420-1 du code de commerce. En droit de l'union européen, il s'agit de l'article 101 TFUE.

⁸²⁴ En droit interne, il s'agit de l'article L 420-2 du code de commerce. En droit de l'Union européenne, il s'agit de l'article 102 TFUE.

⁸²⁵ Cass., 3^e civ, 5 avr.2018, n°17-10.466.

constitue une entente, « tous accords entre entreprise, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher ou de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ». Au regard de cette disposition, l'autorité domaniale ne doit pas empêcher une entreprise d'accéder sur le domaine public en vue d'exercer une activité économique. Or, l'accès au domaine public dépend de l'autorisation émanant de l'autorité domaniale. Ainsi, ladite autorisation octroie à cette autorité un pouvoir de décision sur le domaine public. Il lui soit donc interdit d'user, en concertation avec d'autres entreprises concurrentes, ce pouvoir pour empêcher d'autres concurrents d'accéder au domaine public en vue d'exercer des activités économiques.

659. En droit interne, l'entente est prévue à l'article L.420-1 du code de commerce en vertu duquel, « sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises [...] ». Il est donc interdit à l'autorité domaniale, en raison de sa liberté de gestion, d'empêcher, sans raison valable, l'accès des entreprises sur son domaine public. Surtout lorsque le domaine public demeure une ressource rare pour l'exercice des activités économiques. Car, dans ce cas, pour les entreprises, ledit domaine constitue un endroit stratégique pour l'exploitation de leurs activités. L'accès, pour elles, au sein du domaine est une nécessité. Et leur refuser cet accès leur priverait de leur droit d'exercer une activité économique, en ce sens que ledit domaine demeure le seul lieu où leurs activités pouvaient être exercées. L'avis du conseil de la concurrence, sur ce point, est significatif lorsqu'il affirma que « les restrictions d'accès à cette ressource doivent être justifiées par des raisons objectives »⁸²⁶, à défaut, la décision serait contraire aux règles issues du droit de la concurrence.

660. En conséquence, il est clair qu'en imposant une organisation d'une procédure de sélection, impliquant, d'une part, une procédure de publicité et, de l'autre part, une mise en concurrence, le législateur a voulu éviter que l'autorité domaniale se livre à des pratiques anticoncurrentielles injustifiées.

⁸²⁶ Cons. Conc., Avis n°04-A-19 du 21 oct. 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution des journaux gratuits, Site. Autorité-de-la-concurrence.

B/ Une procédure de sélection visant à empêcher les abus de position dominante

661. Sans doute, l'autorité domaniale dispose d'une position dominante du fait de son pouvoir de décision dont il dispose sur son domaine public, puisque l'accès audit domaine dépend de son autorisation. Ainsi, elle ne doit pas abuser de cette position dominante pour nuire aux règles du jeu de la concurrence. En partant de l'idée que le domaine public est siège des activités économiques, le fait que l'exercice desdites activités dépend de la volonté du gestionnaire dudit domaine, cela permet de considérer que cette dépendance engendre une position dominante au profit de cette autorité chargée de la gestion de ce domaine public. Ainsi, la mise en place d'une procédure de sélection permet d'éviter que le maître du domaine se mette à abuser de sa position dominante.

662. Sur ce point, la Cour de justice a, dans l'affaire *ADP contre commission des communautés européennes*, considéré que « l'affirmation d'ADP, selon laquelle les pouvoirs dont il dispose sur son domaine sont ceux de n'importe quel propriétaire sur son bien, n'est pas de nature à modifier l'appréciation selon laquelle ADP jouit d'une position dominante sur le marché pertinent. En l'occurrence, ADP, en tant que propriétaire des installations aéroportuaires, est seul à pouvoir en autoriser l'accès [...]. Dans ces conditions, le tribunal, a pu, à bon droit, conclure, qu'ADP se trouve dans une situation de puissance économique qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants »⁸²⁷.

663. Cette position dominante dont dispose cette autorité peut être octroyée à l'occupant privatif du domaine public. C'est ainsi que l'autorité domaniale ne doit accorder une autorisation d'occupation privative du domaine public qui placerait cet occupant dans une situation d'abus de sa position dominante. Bien que la position dominante ne soit pas interdite, l'octroi d'une telle position engendrerait un monopole au bénéfice dudit occupant. Ce dernier pourrait se livrer, ainsi, à des pratiques abusives, notamment en empêchant d'autres concurrents d'exercer leurs activités sur le domaine public occupé⁸²⁸. Il est clair qu'engager une procédure de sélection avant toute délivrance de titre domanial empêcherait

⁸²⁷ CJCE, 24 oct.2002, *ADP C/ Commission des communautés européennes*, aff., C-82/01 P.

⁸²⁸ C'est le cas de l'avis du Conseil de la concurrence n°04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits. Selon le Conseil de la concurrence, après avoir rappelé que le journal se finance par le biais de vente d'espace publicitaire à des annonceurs alors qu'il est attribué gratuitement aux consommateurs, a avancé l'avis selon lequel « le risque est que cette situation de monopole constitue une discrimination anticoncurrentielle s'exerçant au détriment des concurrents et qu'elle donne, en outre, à son bénéficiaire la possibilité d'abuser de cette position extrêmement favorable ».

de placer automatiquement un occupant potentiel en situation d'abuser de sa position dominante⁸²⁹, dans la mesure où le candidat est retenu selon les exigences de l'intérêt du domaine public en conformité avec les règles du droit de la concurrence.

664. C'est ainsi que le juge administratif vérifie si les décisions autorisant des titres domaniaux ne plaçaient pas les occupants du domaine public dans une situation d'abus de position dominante⁸³⁰. Cet abus se manifeste lorsque le bénéficiaire d'une telle autorisation se livre à des pratiques illicites, notamment lorsqu'il exerce son droit exclusif au détriment des autres concurrents. Il ressort de la décision rendue par la Haute juridiction administrative du 26 mars 1999, « *Société EDA* », « qu'il appartient à l'autorité affectataire de dépendances du domaine public [...] de prendre en considération les diverses règles, telles que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 » et notamment en évitant de méconnaître « les dispositions de l'article 8 »⁸³¹ de ladite ordonnance. Il était question dans cet arrêt de savoir si dans le cadre du refus de l'aéroport de Paris, informant à la société EDA que son offre pour l'exercice de l'activité de loueur de voiture sans chauffeur sur les aéroports d'Orly et Roissy-Charles de Gaulle n'a pas pu être examinée, l'aéroport de Paris a méconnu les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

665. Aussi, en partant de cette logique, le Conseil de la concurrence, dans sa décision du 2 décembre 1998, a affirmé « qu'il ne peut être exclu ni qu'ADP détienne une position dominante sur le marché de l'accès aux installations permettant aux loueurs de véhicules d'exercer leurs activités sur les plates-formes aéroportuaires d'Orly et de Roissy, ni que les pratiques dénoncées, notamment en ce qu'elles lient les prestations demandées sur deux sites et visent la politique tarifaire des entreprises de location de véhicules, entrent dans les

⁸²⁹ Par définition, « l'abus de position dominante consiste pour une entreprise ou un groupe d'entreprises, disposant d'une place prépondérante sur un marché, à profiter de sa situation pour adopter certains comportements nocifs pour la concurrence » : v- Fiche d'orientation - Abus de position dominante - Dalloz, Avr. 2018.

⁸³⁰ V- CE, 3 Nov. 1997, *Sté Million et Marais*, n°169907. Selon le juge, pour rejeter la requête formulée par la société Million et Marais, a considéré que « (...) les clauses du contrat ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle conviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ». Au regard de cette jurisprudence, il est interdit aux autorités domaniales d'autoriser un titre domanial plaçant le bénéficiaire dans une situation d'abuser de sa position dominante ; v- CE, 23 Mai. 2012, *RATP*, n°348909. Selon le juge administratif, « la personne publique ne peut 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 ».

⁸³¹ CE, 26 mars, 1999, *Sté EDA*, n°202260.

prévisions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 »⁸³². Au regard de ces décisions, la position dominante du gestionnaire du domaine public n'est pas prohibée en revanche, le maître domanial ne doit pas se livrer à des abus de position dominante empêchant les concurrents d'accéder au domaine public.

II/ Une procédure de sélection destinée à assurer une égalité entre les candidats potentiels

666. La procédure de sélection implique le respect du principe d'égalité entre les candidats à l'occupation du domaine public (A), quand bien même des exceptions y peuvent déroger (B).

A/ Le principe d'égalité dans la gestion du domaine public

667. Le principe d'égalité est un principe transversal et qui s'applique dans plusieurs domaines. Ainsi, l'effectivité des libertés publiques dépend, aussi, du respect dudit principe. Rappelons que ce principe d'égalité trouve sa source dans plusieurs textes. D'abord, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il est sans doute que ce principe a été, pour reprendre l'expression du doyen HAURIOU, « la force agissante dans la révolution »⁸³³. Puis il est repris par le préambule de la Constitution de 1948. Aujourd'hui, la Constitution de 1958 le consacre également. Pour cette raison, ce principe d'égalité est conçu comme principe à la fois à valeur constitutionnel⁸³⁴, de ce fait il s'impose au législateur, et à la fois un principe général de droit⁸³⁵ et de ce fait s'impose à l'administration.

668. La bonne gestion du domaine public implique que les candidats à l'occupation du domaine public soient traités de manière égale. L'autorité domaniale est tenue, dans la gestion de son domaine, de traiter de manière identique tous les candidats à l'occupation du domaine public. De ce fait, le principe d'égalité implique l'absence de discrimination dans la gestion du domaine public. C'est ainsi que, par exemple, peut être considérée comme portant atteinte au principe d'égalité la mise en place d'un écart du montant de redevance pour occupation du domaine public entre les usagers. Autrement dit, la fixation du prix de la redevance, bien qu'elle relève de la compétence du maître domanial et bien qu'elle « constitue une

⁸³² Cons. Conc., DC n°98-MC-13, 2 déc. 1998, relative à la situation de la concurrence sur le marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des sociétés de location de véhicules sans chauffeur mis à leur disposition par Aéroport de Paris sur les aéroports d'Orly et de Roissy-Charles de Gaulle.

⁸³³ Maurice HAURIOU - *La science sociale traditionnelle*, LAROSE, Paris, 1896, p.80.

⁸³⁴ Décision n°73-51 DC, 27 déc. 1973, *Taxation d'office*.

⁸³⁵ CE, sec, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec., p.151.

compensation financière s'inscrivant dans un souci de bonne gestion patrimoniale »⁸³⁶, ne doit pas porter atteinte au principe d'égalité entre les opérateurs⁸³⁷.

669. Cela dit, la procédure de sélection dans la gestion du domaine public permet d'instaurer un traitement égal au profit de tous les candidats à l'occupation du domaine public. En effet, cette procédure de sélection mettrait en avance l'égalité de chance puisque seul le candidat, qui répond au mieux aux critères imposés, pourra être retenu. Toutefois, pour y parvenir, l'autorité domaniale devra étudier tous les dossiers sans exception et sans aucune mesure partielle ni discriminatoire. De la même sorte, pour y parvenir, l'autorité domaniale devra mettre tous les moyens de publicité nécessaires afin de permettre aux candidats intéressés de prendre connaissance de l'offre présentée. Il est donc clair que la mise en œuvre d'une procédure de sélection implique ainsi l'égalité.

670. La procédure de sélection prévue par l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques implique une obligation de procédure préalable à la délivrance des autorisations domaniales. Ainsi, cette procédure de publicité permet d'assurer un égal accès au domaine public au motif qu'avec une telle procédure, les candidats intéressés vont pouvoir être en mesure de prendre connaissance des conditions d'occupation du domaine public. On peut donc considérer que « les mesures de publicité jouent un rôle essentiel pour assurer le respect de ce principe »⁸³⁸ d'égal accès au domaine public.

671. En outre, il existe une exception au principe d'égal accès au domaine public. En effet, plusieurs conditions justifient qu'il soit porté atteinte audit principe.

B/ Les exceptions au principe d'égalité dans la gestion du domaine public

672. Le principe d'égalité n'exclut pas qu'il y ait des différences de traitements dans la gestion du domaine public. Pour la doctrine, « il n'y a pas méconnaissance du principe d'égalité des usagers du domaine public, non seulement dans l'hypothèse où une différence de situation justifie une différence de traitement, mais aussi et surtout dans le cas où le domaine

⁸³⁶ Stéphanie DAMAREY - « Mise à disposition de locaux et de matériels publics » - Juris Corpus droit des associations et fondations, Œuvre collective sous la direction de Philippe-Henri DUTHEIL, Etudes 38, 2016, n°38.10.

⁸³⁷ V- CE, 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, n°189191. Pour le juge, « l'absence de toute justification apportée par l'administration, l'écart entre le montant de la redevance due pour les autoroutes et le montant de la redevance due pour les routes nationales, départementales et communales ne peut être regardé comme respectant le principe d'égalité ».

⁸³⁸ Jean-Baptiste VILA - « contrat de délégation de service public » - Encyclopédie des collectivités locales, Folio n°3119, Chapitre 2, 2017, n°65.

public fait l'objet d'une utilisation privative »⁸³⁹. En effet, plusieurs hypothèses justifient l'atteinte au principe d'égalité. Cela suppose donc que l'autorité domaniale peut ne pas organiser une procédure de sélection, et ce qui va conduire à un traitement inégalitaire entre les candidats à l'occupation du domaine public, soit parce que l'autorité domaniale se trouve contrainte de ne pas organiser une procédure de sélection et ainsi seule une partie des candidats auront connaissance de l'offre, soit par ce que d'autres circonstances l'exigent.

673. C'est notamment lorsqu'il s'agit d'assurer l'intérêt du domaine public. L'autorité domaniale peut donc se fonder sur cet intérêt pour apporter des restrictions au principe d'égalité. L'ordonnance de 2017 relative à la propriété des personnes publiques évoque des cas où la procédure de sélection est dispensée. C'est lorsque l'urgence le justifie. Le point 3 de l'article L2122-1-2 du code général de la propriété des personnes publiques précise que la procédure de sélection n'est pas applicable lorsque « l'urgence le justifie. La durée du titre ne peut alors excéder un an ». On comprend par-là que le motif d'urgence évoquée renvoie à l'approche selon laquelle l'autorité domaniale doit être à la recherche de l'intérêt du domaine. Et dans l'hypothèse où ce dernier se trouve menacé, l'urgence peut être invoquée et de ce fait, elle rend inapplicable la procédure de sélection.

674. Ensuite, le principe d'égalité peut être méconnu et donc l'absence de procédure de publicité, lorsque « l'organisation de la procédure qu'il prévoit s'avère impossible ». Sur ce point, l'article L.2122-1-3 du code général de la propriété des personnes publiques livre des cas où la procédure de publicité, qui aurait permis aux candidats de se manifester, n'est pas applicable. Parmi ces cas, on retrouve le point 1 dudit article selon lequel, « lorsqu'une seule personne est en droit d'occuper la dépendance du domaine public en cause ». Ce point concerne les droits exclusifs d'occupation du domaine public. Dans ce cas, la procédure de sélection n'est pas applicable. Le point 4 précise que la procédure de sélection n'est pas applicable « lorsque les caractéristiques particulières de la dépendance, notamment géographiques, physiques, techniques ou fonctionnelles, ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou les spécificités de son affectation le justifient au regard de l'exercice de l'activité économique projetée ».

675. L'exception à ce principe d'égalité implique donc que l'autorité domaniale peut écarter la procédure de sélection lors des délivrances des titres domaniaux en vue de

⁸³⁹ Bruno GENEVOIS, Mattias GUYOMAR - « principes généraux du droit : principes de philosophie politique » - Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2018, n°437.

l'exercice d'une activité économique. Et d'ailleurs, en posant des exceptions à ce principe d'égalité, le législateur renforce la liberté de gestion du domaine public, c'est-à-dire, de permettre à ladite autorité de pouvoir assurer et maintenir à la fois l'intérêt du domaine public et la protection de son affectation.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

676. Le maintien d'un équilibre entre la liberté de gestion du maître domaniale et la liberté des particuliers est nécessaire pour, non seulement, la valorisation du domaine public mais aussi, pour les intérêts des occupants potentiels du dudit domaine. En effet, le domaine public, étant un espace d'accueil pour les activités économiques, demeure une source de revenus pour les entreprises. Ainsi, les autorités domaniales sont tenues de faciliter l'installation de ces entreprises sur le domaine public. L'on assiste, pour cette raison, à une restriction de la liberté de gestion dudit domaine, en ce que le maître du domaine se trouve dans l'obligation de respecter certaines règles.

677. D'abord, il est tenu de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le respect de ce principe vise à la lutte contre les discriminations et conduit à un traitement égal au profit des entreprises intéressées par l'occupation du domaine public. Et ce traitement égal tend à « garantir, autant que possible, la liberté du commerce et de l'industrie [...] dans l'accès aux installations »⁸⁴⁰. Ainsi, ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie constitue une limite à la liberté de gestion du domaine public.

678. Ensuite, le droit de la concurrence constitue également une limite à la liberté de gestion du domaine public. Surtout qu'aujourd'hui, « l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a modifié le droit applicable jusque-là tel qu'il découlait de l'ancienne version du code général de la propriété des personnes publiques »⁸⁴¹. Là où au départ, le principe de mise en concurrence et de publicité n'était pas obligatoire en matière de gestion domaniale, aujourd'hui l'absence d'une telle procédure entacherait d'irrégularité l'acte de gestion du domaine public. Cela constitue donc une limite à la liberté de gestion dont dispose le maître du domaine. Car, les règles s'appliquant aux activités de productions, de distributions et de services s'appliquent aussi aux actes de gestion domaniale. Autrement dit, les actes de gestion du domaine public sont soumis au respect des mesures de publicité et de mise en concurrence. Cette soumission constitue une limite indéniable à la liberté de gestion du domaine public.

679. Toutefois, cette remise en cause de la liberté de gestion n'est pas totale, elle est partielle dans la mesure où le maître du domaine conserve une partie de sa liberté de gestion.

⁸⁴⁰ CE, 30 juin 2004, n°250124, Concl. Pierre COLLIN, Revue juridique de l'entreprise, 2004.

⁸⁴¹ Jean-Marc PEYRICAL – « Domaine des collectivités territoriales : convention d'occupation domaniale » - Encyclopédie des collectivités locales, chapitre 6, Folio n°4860, 2017, pt.77.

Autrement dit, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence ne font pas obstacle à l'exercice de la liberté de gestion du domaine public. Il est soutenu, dans cette étude, l'idée de la préservation de la liberté de gestion du domaine public.

TITRE 2/ La préservation de la liberté de gestion du domaine public

680. La liberté de gestion du domaine public n'est pas totalement écartée. En effet, ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ni le droit de la concurrence n'annihilent pas entièrement la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale. Cette liberté est toujours préservée. Autrement dit, bien que l'autorité domaniale soit soumise à ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de la concurrence, le droit positif de la domanialité a préservé la liberté de gestion de ladite autorité.

681. Ceci s'explique d'abord par le fait que la jurisprudence fait prévaloir la liberté de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ; le juge censure rarement un acte de gestion du domaine public au nom du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. D'ailleurs, à ce propos, la doctrine a expliqué que « les libertés économiques ne priment pas donc sur la liberté accordée aux personnes publiques dans la gestion de leur domaine public »⁸⁴². Et cette primauté de la liberté de gestion s'explique pour deux raisons. Premièrement, le juge administratif a toujours considéré que l'acte de gestion du domaine public n'est susceptible de nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie⁸⁴³. Deuxièmement, ce même principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut faire obstacle à l'exercice de ladite liberté⁸⁴⁴. Dès lors, la liberté de gestion du domaine public est préservée en ce qu'il prime sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (chapitre 1).

682. Il en va de même pour le droit de la concurrence qui ne supprime pas la liberté de gestion du domaine public. Certes, l'autorité domaniale est tenue de soumettre ses actes de gestion relatifs aux titres domaniaux au respect d'une procédure de sélection, néanmoins, le fait que le législateur n'apporte aucune précision quant au type de procédure à mettre en œuvre, l'absence d'une telle précision préserve la liberté de gestion du domaine public. Ainsi, la liberté de gestion est préservée (chapitre 2) quand bien même le respect du droit de la concurrence par l'autorité domaniale s'impose. Ceci s'explique par le fait que l'autorité domaniale est libre quant au choix du type de procédure de sélection à mettre en œuvre. Cette possibilité qui lui est accordée manifeste, en effet, sa liberté de gérer le domaine public. Rappelons-le qu'il n'est pas question de renier le fait que le droit de la concurrence

⁸⁴² François BRENET, « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public » - note sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, *Droit administratif*, n°112012, comm.89.

⁸⁴³ CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909 ; v- CE, 29 oct. 2012, *Ville de Tours*, n°341173.

⁸⁴⁴ V- CE, 10 mai 1996, *SARL La Roustane*, n°142024.

bouleverse la liberté de gestion, en revanche, cette étude défend l'idée aussi d'un bouleversement relatif.

CHAPITRE 1/ La primauté de la liberté de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie

683. La liberté de gestion du domaine public doit être conciliée avec le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette conciliation a pour but de subordonner les actes de gestion du domaine public au respect de ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

684. Toutefois, il est constaté que le juge a toujours fait prévaloir la liberté de gestion du maître domanial sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, en ce sens qu'il censure rarement un acte de gestion du domaine public au nom dudit principe. À tel point que la doctrine affirme, à propos de la confrontation entre la liberté de gestion et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, que « les libertés économiques ne priment donc pas sur la liberté accordée aux personnes publiques dans la gestion de leur domaine public »⁸⁴⁵.

685. En effet, cette primauté s'explique par le fait que l'acte de gestion domanial est conçu comme un acte ne pouvant porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (section 1). Et c'est la raison pour laquelle il est difficile d'obtenir la censure d'un acte de gestion domaniale au nom dudit principe. De plus, il a été considéré que les opérateurs privés ne peuvent exiger de l'autorité domaniale une autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public (Section 2), au motif que l'occupation ou l'utilisation privative du domaine public ne constitue pas un droit. Et quand bien même l'autorité domaniale est tenue de justifier toute décision refusant l'occupation ou l'utilisation, elle ne se trouve pas dans l'obligation d'en accorder à chaque fois qu'une demande lui est adressée. Dès lors, la liberté de gestion du maître domanial prime sur la liberté du commerce et de l'industrie.

Section 1/ L'acte de gestion domanial conçu comme insusceptible de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

686. L'affirmation selon laquelle l'acte de gestion du domaine public n'est susceptible de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie renforce l'idée de la liberté de gestion du domaine public. Rappelons que l'acte de gestion du domaine public est un acte administratif. Selon le commissaire STAHL, « les actes de gestion du domaine public

⁸⁴⁵ François BRENET, « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public » - note sous CE, 23 mai 2012, RATP, n°348909, Droit administratif, n°112012, comm. 89.

sont, au sein des actes administratifs, sans doute parmi ceux qui sont les plus marqués par les prérogatives de puissance publique : les occupations privatives ne peuvent qu'être 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 »⁸⁴⁶.

687. Par ce qu'il est un acte administratif, il est considéré que l'acte de gestion du domaine public ne peut porter atteinte aux activités de productions, de services et de distributions et de ce fait, il ne peut porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (paragraphe I). Cette affirmation reste identique avec celle avancée par la jurisprudence Ville de Pamiers (paragraphe II), quand bien même la question de la soumission des actes de gestion domaniale au droit de la concurrence est, aujourd'hui, résolue.

Paragraphe I/ Le refus d'assimiler l'acte de gestion du domaine public aux actes de productions, de services et de distributions

688. Le fait de distinguer l'acte de gestion du domaine public des actes de productions, de services et de distributions doit être interprété comme étant une affirmation selon laquelle l'acte de gestion ne peut porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (I), en raison surtout de la nature même de l'acte de gestion domaniale, qualifié d'acte administratif édicté à l'aide des prérogatives de puissance publique. Il y a là un objectif visant à préserver la liberté de gestion du domaine public.

689. Dès lors, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut faire obstacle à l'exercice de la liberté de gestion du maître domanial (II). Ainsi, on peut constater que le juge fait primer ladite liberté de gestion sur le principe législatif de liberté du commerce et de l'industrie.

I/ L'acte de gestion du domaine public : un acte non économique ne pouvant porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

690. L'acte de gestion du domaine public se distingue, sans doute, des activités économiques (A). Pour cette raison, il ne peut nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (B).

⁸⁴⁶ Jacques-Henri STAHL - « Conséquence de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif » - Conclusion sur CE, 26 mars 1999, AJDA, 1999, p.427

A/ L'acte de gestion du domaine public conçu comme une activité non économique

691. Bien que l'acte administratif puisse produire des effets sur le marché, il ne constitue pas une activité économique. D'une autre manière, l'acte de gestion du domaine public se distingue donc des actes de nature économique. Laurent RICHER a expliqué que « l'activité économique s'oppose à l'activité d'autorité »⁸⁴⁷, en ce sens que les deux activités n'ont pas les mêmes finalités. La première est réservée aux entreprises et constitue un acte de production, de service et de distribution, alors que pour la seconde, elle est d'initiative publique et sa finalité est liée à l'intérêt général.

692. En effet, la personne publique, agissant en qualité d'autorité normative, ne peut, en principe, se livrer à des activités économiques. Pour le professeur HAMONIAUX, « les États membres ne peuvent, lorsqu'ils prétendent agir en tant qu'autorité publique, exercer une activité économique »⁸⁴⁸. Il en va de même s'agissant de l'acte de gestion domaniale qui ne peut être assimilé à une activité économique, dans la mesure où l'autorité domaniale est investie, dans la gestion dudit domaine, des prérogatives de puissance publique. Cette autorité domaniale, en agissant en qualité d'autorité normative et « qui participe au système étatique en tant que détenteur d'une parcelle de puissance publique nationale »⁸⁴⁹, n'est pas à la recherche d'un intérêt économique, même si son domaine public demeure « le support d'activités économiques »⁸⁵⁰.

693. Considérer que l'acte de gestion n'a rien à voir avec les actes économiques revient à affirmer que seuls les opérateurs économiques sont susceptibles de nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, dans la mesure où ledit principe est destiné aux entreprises. Cette considération ne veut pas dire que l'autorité domaniale ne peut violer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, il s'agit, en revanche, de souligner que l'acte de gestion, acte administratif, qui se distingue des actes économiques, n'est susceptible, en lui-même, de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. De ce fait, cet acte de gestion peut bénéficier d'une immunité juridictionnelle en raison de sa nature d'acte « non susceptible » de méconnaître les règles posées par le principe de la liberté du

⁸⁴⁷ Laurent RICHER - « Notion d'activité économique » - AJDA, 1999, p.532.

⁸⁴⁸ Thomas HAMONIAUX - « L'autorité publique nationale entre souveraineté de l'État et intégration communautaire » - LPA, 2002, n°42, p.10.

⁸⁴⁹ Arnaud RACLET - « Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales » - Dalloz, 2002, n°117.

⁸⁵⁰ Sophie NICINSKI, Pierre-Alain JEANNENEY - « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation » - AJDA, 2009, p. 1812.

commerce et de l'industrie. À titre d'exemple, l'acte de gestion relatif à la mise en place d'une redevance pour occupation du domaine public ne peut constituer une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. On sait très bien que cette redevance peut être un obstacle à certaines entreprises de pouvoir obtenir un titre domanial toutefois, sa mise en place ne peut être vue comme étant une atteinte non justifiée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Car, pour la Cour administrative d'appel, « le fait de subordonner à une autorisation l'occupation d'une dépendance du domaine public moyennant une redevance ne porte pas, par elle-même, une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie »⁸⁵¹.

694. Par ailleurs, il est incontestable que l'acte de gestion domaniale doit respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, c'est-à-dire de ne pas prendre des mesures injustifiées et « limitant l'exercice d'activités économiques par les opérateurs privés »⁸⁵², au demeurant, cet acte de gestion domaniale se distingue des activités économiques et pour cette raison, il a été considéré que cet acte de gestion du domaine public ne peut, en principe, nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Qu'à travers ce constat, l'on peut considérer que la liberté de gestion du domaine public prime sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

B/ L'acte de gestion domaniale insusceptible de nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

695. L'acte de gestion domaniale, par ce qu'il est édicté à l'aide des prérogatives de puissance publique, ne peut porter atteinte au principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie. Très récemment, la Cour administrative d'appel de Nantes a rappelé que « la décision de délivrer ou non à une personne privée l'autorisation d'occuper une dépendance du domaine public pour exercer une activité économique n'est pas, par elle-même, susceptible de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Seule une réglementation des activités économiques ou la prise en charge d'une activité économique par une personne publique sont susceptibles de caractériser une telle atteinte »⁸⁵³. C'est ainsi que, par exemple, « le refus d'attribuer un emplacement sur le domaine public accueillant la foire du Trône, opposé aux demandes des requérants, ne peut, alors même qu'il a pour conséquence de les

⁸⁵¹ CAA, Marseille, 8 novembre 2011, *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier le port LAVANDOU*, n°09MA03280.

⁸⁵² Sophie NICINSKI - *Droit public des affaires*, LGDJ, 6^e éd., 2018, p.58.

⁸⁵³ CAA, Nantes, 7 fév. 2020, n°18NT00759.

priver de la possibilité d'exercer leur activité commerciale, être regardé comme portant atteinte à une liberté fondamentale »⁸⁵⁴, en l'occurrence, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette position de valider la décision de l'autorité domaniale relative au refus d'accorder un titre domanial, alors même que ce refus constitue un obstacle à l'exercice des activités économiques des entreprises sur le domaine public, fait primer la liberté de gestion dudit domaine sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

696. Toutefois, cela ne voudrait pas dire que l'autorité domaniale doit écarter ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie dans la gestion domaniale. En effet, « le maintien du principe de la liberté du commerce et de l'industrie malgré les limitations et les dérogations qui lui sont apportées traduit incontestablement l'attachement du juge administratif à la protection de l'initiative privée »⁸⁵⁵, il est donc nécessaire de respecter ce principe lors de la gestion du domaine public. Mais il est nécessaire de rappeler qu'en matière de domanialité publique, l'octroi d'une autorisation domaniale ne peut être une obligation. L'octroi ou non d'une autorisation d'occupation du domaine public est laissé à la liberté de l'autorité domaniale, en ce sens que l'obtention dudit titre n'est pas un droit. Pour cette raison, l'acte de gestion du domaine public ne peut être conçu comme susceptible de méconnaître le principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie. C'est ce qui ressort des décisions rendues par le Conseil d'État selon lesquelles, « [...] la décision de délivrer ou non une telle autorisation, [...], n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie [...] »⁸⁵⁶. En l'espèce, dans l'arrêt RATP, il s'agissait d'un avis d'appel public à concurrence en vue de l'installation de présentoirs à journaux sur le domaine public appartenant à la Régie autonome des transports parisiens. Pour répondre à cet avis, plusieurs entreprises spécialisées dans le domaine ont déposé leur offre. Celle-ci a été, finalement, attribuée à la société Bolloré au détriment de la société 20 Minutes. Saisi par la société 20 Minute, le tribunal administratif de Paris a, par un jugement en date du 5 novembre 2010⁸⁵⁷, annulé la décision du président général de la RATP ayant rejeté la demande faite par la société 20 Minutes. Également, la Cour administrative d'appel de Paris, par un arrêt du 14

⁸⁵⁴ CE, 6 avr. 2001, *Lapere*, n°062119.

⁸⁵⁵ Jean-Philippe KOVAR - « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie » - Droit administratif, n°12, 2007, Étude 18.

⁸⁵⁶ CE, 23 mai. 2012, *RATP*, n°348909. V- CE, 29 octobre 2012, *Ville de Tours*, n°341173.

⁸⁵⁷ TA, Paris, 5 nov. 2010, *Sté 20 Minutes*, n°0808815-0808823-0808827. Pour le juge, « par l'effet conjugué de découpage des lots, de la sélection d'un seul éditeur pour le lot principal et de l'exclusivité accordée à cet éditeur, de l'absence de tout critère objectif dans la détermination du montant de la redevance, de l'existence de clauses faisant obstacle à l'installation des concurrents et visant à favoriser le candidat ayant remporté le lot principal, la RATP a porté une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie ».

avril 2011 rejeta la demande de la RATP. Cette dernière s'est pourvue en cassation devant le Conseil d'État. Pour ce dernier, l'attribution d'une autorisation d'occupation du domaine n'est ni une obligation pour le maître domanial, ni un droit pour les administrés. Ainsi, « il n'existe aucun droit à exercer une activité économique sur le domaine public qui pourrait être fondé sur la liberté du commerce et de l'industrie »⁸⁵⁸. Et selon Fanny TARLET, à propos de cet arrêt « RATP », le Conseil d'Etat a opté pour un régime très défavorable aux opérateurs économiques en décidant que le refus de délivrer un titre est libre et que l'autorisation de délivrer un titre demeure conditionnée »⁸⁵⁹

697. Au vu de ces explications, le juge administratif fait primer l'acte de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, en ce sens que l'autorité domaniale se voit accorder une marge de manœuvre dans la gestion du domaine public. Ceci s'explique par le fait que, et selon la professeure PAULIAT, « l'acte décidant de délivrer ou non une autorisation [...] ne constitue pas un acte économique »⁸⁶⁰.

698. Par-là, on peut constater que la liberté de gestion prime sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. L'affirmation selon laquelle un acte de gestion domanial n'est susceptible, par lui-même, de nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie explique bien la raison pour laquelle le juge censure rarement ledit acte au nom de la liberté du commerce et de l'industrie. Certainement, cette primauté dont bénéficie l'autorité domaniale reste renforcée par la finalité de la gestion du domaine public, celle de conserver celui-ci mais aussi d'assurer sa meilleure utilisation et exploitation.

II/ L'exercice de la liberté de gestion du domaine public et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie

699. Il est admis que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut faire obstacle à l'exercice de la liberté de gestion du domaine public. Cette affirmation manifeste la primauté de la liberté de gestion sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (A) fondée nécessairement sur le but de protéger le domaine public (B).

⁸⁵⁸ Pierre SOLER-COUTEAUX, François LLORENS - « Propriété des personnes publiques- Un an de droit de la propriété des personnes publiques » - Contrats et Marchés publics, n°12, 2013, pt.20.

⁸⁵⁹ Fanny TARLET - « L'image des biens publics » - AJDA, 2017, p.2069.

⁸⁶⁰ Hélène PAULIAT, « La valorisation de son domaine public par la RATP ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie » - note sous CE, 23 mai 2012, n°348909, Semaine juridique Administration et collectivités territoriales, n°3, 2013.

A/ La primauté de la liberté de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie

700. Le domaine public, selon la professeure UBAUD-BERGERON, « est toujours un terrain d'équilibre entre les prérogatives de la personne publique propriétaire et les droits des tiers, qu'il s'agisse des usagers de la dépendance ou des entreprises souhaitant y exercer une activité commerciale »⁸⁶¹. Cet équilibre nécessite qu'il soit pris en compte le principe de la liberté du commerce et de l'industrie dans la gestion du domaine public. Le juge a rappelé dans l'arrêt Société EDA « qu'il incombe [à l'autorité domaniale] en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en compte les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie [...] »⁸⁶².

701. Toutefois, bien que l'acte de gestion domaniale doive prendre en compte le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, celui-ci ne peut faire obstacle à l'exercice de la liberté de gestion du domaine public. L'autorité domaniale demeure libre dans la gestion du domaine public. D'ailleurs, il est rare qu'un acte de gestion du domaine public soit censuré au nom du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour cette raison, l'on assiste à une primauté de la liberté de gestion sur ledit principe. Ceci s'explique par le fait que l'acte de gestion relatif à l'octroi ou non d'une autorisation d'utilisation du domaine public « n'est pas susceptible [...] de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ». Dès lors, c'est une « [...] affirmation des pouvoirs entiers de la personne publique sur ses biens et donc, de sa liberté de gestion »⁸⁶³.

702. Plusieurs arrêts affirment cette primauté de la liberté de gestion sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le sens est le même : affirmer que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut faire obstacle à l'exercice de la liberté de gestion du domaine public. Dans l'arrêt *Sté La Roustane*, le Conseil d'État a considéré que, « le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce qu'un établissement public concède une partie de son domaine public [...]. Que la circonstance que ladite librairie ait également été autorisée à proposer, en outre, divers périodiques ainsi que

⁸⁶¹ Marion UBAUD-BERGERON, « Pouvoirs du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie ? » - note sous CE, 29 oct. 2012, *Ville de Tours*, n°341173, RJEP, n°707, 2013, comm.14.

⁸⁶² CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, n°202260.

⁸⁶³ Marion UBAUD-BERGERON, « Pouvoirs du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie ? » - note sous CE, 29 oct.2012, n°341173, RJEP, n°707, 2013, comm.14.

des articles de papeterie est sans incidence sur la légalité de la délibération contestée »⁸⁶⁴. En l'espèce, la décision de l'Université de Provence ayant autorisé l'installation d'une librairie privée sur le domaine public universitaire ne viole pas ce principe de liberté du commerce et d'industrie, dans la mesure où cette librairie est amenée à « exercer une activité commerciale destinée à satisfaire les besoins directs des usagers du service public de l'enseignement ». Également, il a été considéré que l'acte de gestion du domaine relatif à l'octroi d'un titre domanial n'est pas un acte susceptible de nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour le conseil d'État, « une délibération [autorisant une infirmière à occuper privativement des locaux situés à l'intérieur du bâtiment de l'hôtel de ville] n'a pas consenti à l'intéressé un avantage portant illégalement atteinte au libre exercice de leur art par d'autres infirmiers »⁸⁶⁵.

703. Cette idée de faire primer la liberté de gestion sur la liberté du commerce et de l'industrie est nécessairement liée à l'obligation de protéger le domaine public.

B/ La primauté de la liberté de gestion du domaine public sur la liberté du commerce et de l'industrie : conséquence de l'obligation d'assurer la protection de l'affectation dudit domaine

704. L'affirmation de la primauté de la liberté de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est la conséquence de l'obligation incombant à l'autorité domaniale de protéger l'affectation du domaine public. Celui-ci est affecté à l'utilité publique, sa conservation doit être maintenue. Pour la doctrine, « la conservation du domaine public correspond à un ensemble d'obligations ayant pour objet d'assurer l'effectivité de la dépendance domaniale au service de son affectation. Il s'agit de garantir son intégrité matérielle et fonctionnelle en la protégeant des actions susceptibles de nuire à l'usage auquel elle est destinée »⁸⁶⁶. Ainsi, la protection dudit domaine renforce la liberté de gestion du maître domanial au détriment de la liberté des personnes privées qui seront tentées d'exercer leurs activités au sein de ce domaine. Il s'agit de faire prévaloir la liberté de gestion sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

705. On lit, d'ailleurs, dans la décision du Conseil d'État, lorsqu'il refusa d'envoyer une question prioritaire au Conseil constitutionnel, à propos de la constitutionnalité de l'article

⁸⁶⁴ CE 10 mai 1996, *SARL La Roustane*, n°142024.

⁸⁶⁵ CE, 19 mai 1993, *Champel*, n°72993.

⁸⁶⁶ Hervé de GAUDEMAR - « Conservation du domaine public » - J.-Cl., Pp, Fasc.62, 2012, n°4.

L.2132-3 du Code général de la propriété des personnes publiques, que « les dispositions de l'article L.2132-3 du code général de la propriété des personnes publiques, qui interdisent en principe l'édification ou le maintien d'aménagements ou de constructions non compatibles avec cette affectation publique et exposent celui qui y procède à la démolition de ses installations, ne portent pas d'atteinte excessive à la liberté d'entreprendre non plus qu'à la liberté du commerce et de l'industrie [...] »⁸⁶⁷. Au regard de cette décision, tout comportement qui risquerait de méconnaître cette affectation serait contraire aux règles de la domanialité publique. Il en va ainsi pour toute occupation ou utilisation du domaine public qui risquerait de porter atteinte à cette affectation. C'est ainsi que le refus d'accorder un titre domanial ne saurait être vu comme étant une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, si ce refus est fondé sur l'obligation de protéger le domaine public.

706. En conséquence, l'obligation de protéger l'affectation du domaine public renforce la liberté de gestion du domaine public. Le professeur BRENET explique que, à propos des occupations privatives du domaine public, « l'occupation du domaine public [...] est une faculté que l'autorité administrative consent, à condition toutefois que cette occupation privative aux fins d'y exercer une activité économique soit compatible avec l'affectation et la conservation du domaine. Les libertés économiques ne priment donc pas sur la liberté accordée aux personnes publiques dans la gestion de leur domaine public »⁸⁶⁸.

707. Au-delà de cette question de primauté de la liberté de gestion du domaine public, l'on remarque, toutefois, qu'il existe une similarité entre la décision rendue en 1989, '*Ville de Pamiers*' selon laquelle l'acte administratif ne peut nuire aux règles issues de l'ordonnance de 1986 et les décisions du Conseil d'État rendues en 2012, '*RATP et Ville de Tours*' selon lesquelles, l'acte de gestion du domaine public n'est pas susceptible de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Mais à la différence de ce principe de liberté du commerce et de l'industrie, les règles issues du droit de la concurrence sont, aujourd'hui, mises en avant car elles subordonnent les actes de gestion relatifs aux autorisations domaniales au respect d'une obligation de procédure de sélection.

⁸⁶⁷ CE, 6 oct.2010, n°341537.

⁸⁶⁸ François BRENET, « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public » - note sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, *Droit administratif*, n°112012, comm.89.

Paragraphe II/ Le refus d'assimiler l'acte de gestion domaniale aux actes économiques : une approche identique à celle avancée par la jurisprudence « Ville de Pamiers »

708. Il y a bien évidemment une approche identique entre celle dégagée dans la jurisprudence « *ville de Pamiers* » et celle dégagée dans les arrêts du conseil d'État à propos des rapports qui existent entre le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de gestion du domaine public. Certes, dans « *Ville de Pamiers* », il s'agissait du droit de la concurrence seulement alors que dans les autres arrêts⁸⁶⁹, il s'agit du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence. En étudiant ces deux approches, l'on constate qu'elles mettent en œuvre la primauté de la liberté de gestion du domaine public.

709. En effet, l'idée est identique : l'acte de gestion ne peut porter atteinte aux actes de productions, de services et de distributions (I). Toutefois, le droit positif met en avant le droit de la concurrence, au détriment du principe de la liberté du commerce et de l'industrie pour limiter la liberté de gestion du maître domanial (II).

I/ L'acte de gestion domaniale insusceptible de porter atteinte aux actes de productions, de services et de distributions : une approche identique entre celle du tribunal des conflits et celle du Conseil d'État

710. De la même manière qu'avait fait le tribunal des conflits, en 1989, le Conseil d'État, en 2012, dégage le principe qui consiste à considérer que l'acte de gestion ne peut nuire à ces diverses règles, telles que l'ordonnance de 1986 et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (A). En conséquence, ledit acte bénéficie d'une sorte d'immunité juridictionnelle (B). Toutefois, pour ce qui est des rapports entre l'acte de gestion domaniale et le droit de la concurrence, les règles ont changé depuis l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, puisque les actes de gestions relatifs aux délivrances des titres domaniaux sont subordonnés au respect d'une procédure de sélection.

⁸⁶⁹ CE, 23 mai 2012, *RATP*. V- CE, 29 octobre 2012, *Ville de Tours*.

A/ L'acte de gestion conçu, pour le tribunal des conflits et pour le Conseil d'État, comme acte insusceptible de nuire aux règles de la concurrence et au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

711. La professeure PAULIAT explique qu'« on ne peut s'empêcher d'effectuer un parallèle » entre l'arrêt *RATP* et « la décision du tribunal des conflits, ville de Pamiers »⁸⁷⁰. En effet, l'approche est la même, celle qui considère que l'acte administratif, même de gestion domaniale, ne peut porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie mais aussi aux règles issues de l'ordonnance de 1986. Dans l'affaire '*Ville de Pamiers*', même s'il est vrai que « le tribunal des conflits a répondu à une question de compétence (quel juge est compétent pour appliquer le droit de la concurrence à un acte administratif ?) par une question de fond, celle du champ d'application du droit de la concurrence (un acte administratif ne constitue pas une activité de production, de distribution et de services) »⁸⁷¹, l'approche du juge des conflits se rapproche de celle du Conseil d'État.

712. Dans la première approche dégagée par le juge des conflits, « l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service [public de la distribution de l'eau] n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché »⁸⁷². Ce raisonnement est similaire à celui appliqué par le Conseil d'État, cette fois-ci, à propos du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Selon lui, « 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 »⁸⁷³. Et dire qu'un acte de gestion du domaine public ne peut fausser les règles du droit de la concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, c'est aussi une manière d'accorder une prééminence à la liberté de gestion du domaine public, en ce sens qu'il sera rare de censurer un acte de gestion au nom de ces règles et principe.

713. Cela montre, en effet, qu'à la lecture des arrêts, du juge des conflits et du Conseil d'État, l'idée est de faire primer les actes pris à l'aide des prérogatives de puissance sur les libertés économiques. En 1989, l'intérêt demeurait dans l'inopposabilité des actes

⁸⁷⁰ Hélène PAULIAT, « La valorisation du domaine public par la RATP ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie » - note sous CE, 23 mai 2012, n°348909, *Semaine juridique Administration et collectivités territoriales*, n°3, 2013, 2012.

⁸⁷¹ Guylain CLAMOUR, Stéphane DESTOURS - « Droit de la concurrence : Droit public de la concurrence » - *J.-Cl.CT*, Fasc.724-20, 2014, n°4.

⁸⁷² TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, n°02578.

⁸⁷³ CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909. V- CE, 29 oct. 2012, *Ville de Tours*, n°341173.

administratifs au respect des règles du droit de la concurrence tandis qu'en 2012 l'acte de gestion doit certes respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie mais, ce dernier ne peut faire obstacle à l'exercice de la liberté de gestion du domaine public. L'on peut considérer que l'acte de gestion du domaine public peut bénéficier d'une sorte d'immunité juridictionnelle.

B/ L'immunité juridictionnelle accordée aux actes de gestion domaniale : conséquence de l'affirmation de la liberté de gestion du domaine public sur les libertés économiques

714. Cette primauté, comme cela a été dit plus haut, s'explique par le fait que l'acte administratif, même de gestion domaniale, pourrait échapper aux censures par le juge administratif. Dans l'affaire '*Ville de Pamiers*' il s'agissait de l'inapplicabilité des règles issues de l'ordonnance de 1986 aux actes administratifs, même de gestion domaniale. Ainsi, l'acte de gestion bénéficiait d'une certaine immunité juridictionnelle, en ce sens que ledit acte, en tant qu'acte normatif édicté à l'aide des prérogatives de puissance publique, ne pouvait nuire à ces règles au regard du droit de la concurrence.

715. Il en va de même dans les affaires, '*RATP*' et '*Ville de Tours*', où l'acte de gestion domaniale, bien qu'il doive prendre en compte le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, bénéficie d'une immunité juridictionnelle, dans la mesure où ledit acte est conçu comme insusceptible de nuire audit principe. On retrouve dans ces arrêts les mêmes interprétations, celles de dire que l'acte de gestion domaniale n'est pas un acte économique et que les libertés économiques sont réservées, seulement, aux personnes privées. L'acte de gestion est un acte édicté à l'aide des prérogatives de puissance publique et donc son édicition ne peut avoir un impact sur le marché.

716. Cet acte de gestion ne constitue pas une activité économique. Ainsi, au regard du juge, il ne peut nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le juge administratif avait aussi, rappelé dans la décision '*Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier le port LEVANDOU*' que « le fait de subordonner à une autorisation l'occupation d'une dépendance du domaine public moyennant une redevance ne porte, par elle-même, une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie »⁸⁷⁴. Il y a là une manifestation de la liberté de gestion du domaine public. Cependant, entre le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence, le droit positif a privilégié le second par rapport

⁸⁷⁴ CAA, Marseille, 8 novembre 2011, *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier le port LEVANDOU*, n°09MA03280.

au premier. Autrement dit, aujourd'hui, les actes de gestion du domaine public, relatif aux autorisations d'occupation privative, sont soumises au respect d'une procédure de sélection.

II/ Le droit de la concurrence mis en avant par rapport au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

717. Aujourd'hui, l'applicabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public a évolué. Désormais, sont intégrées dans le code général de la propriété des personnes publiques les règles issues du droit de la concurrence. En effet, l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques subordonne l'octroi des titres domaniaux, lorsqu'ils ont comme objectif l'autorisation d'occupation en vue de l'exercice d'une activité économique, au respect d'une obligation de procédure de sélection. L'absence d'une telle procédure entacherait d'irrégularité l'acte de gestion domaniale relatif aux autorisations d'occupation privative du domaine public.

718. Le juge ne se limite plus, aujourd'hui, à l'impact que peut avoir l'acte de gestion domaniale sur le marché pour censurer cet acte, mais vérifie si la procédure de sélection imposée par le code a été bien respectée. L'on est passé de l'opposabilité vers l'applicabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public. Il est bien clair que le juge ne va pas attendre que ledit acte ait des effets sur le marché pour le censurer mais il peut le censurer alors même qu'il n'a pas produit aucun de ses effets. Cette approche n'est pas la même que celle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Ce principe de liberté du commerce et de l'industrie est absent dans le code de la propriété des personnes publiques et le juge administratif maintient toujours sa position, celle de dire que l'acte de gestion n'est pas susceptible de nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Et si aujourd'hui, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne figure pas sur le CGPPP, il peut être interprété comme étant une manière de « [...] marginaliser la liberté du commerce et de l'industrie au profit du droit de la concurrence »⁸⁷⁵.

719. Toutefois, un arrêt récent de la Cour administrative d'appel de Marseille a dû rejeter une demande faite par une commune et a annulé sa décision en tant qu'elle portait atteinte injustifiée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour le juge administratif d'appel « l'interdiction faite à Mr. B de s'installer à l'endroit qu'il occupait habituellement les jours de marché [...] porte une [...] atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de

⁸⁷⁵ François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX - « Autorisation d'occupation du domaine public et liberté du commerce et de l'industrie » - Contrats et marchés publics, n°8-9, 2012, Repère 8.

l'industrie »⁸⁷⁶. On peut se demander si une telle démarche ne s'oppose pas à la position du Conseil d'État qui précise que l'autorité domaniale n'est pas tenue d'accorder une telle autorisation.

Section 2/ L'absence d'un droit à l'obtention d'un titre domanial

720. La primauté de la liberté de gestion sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'explique aussi par le fait que les entreprises ne peuvent exiger de l'autorité domaniale l'octroi d'un titre d'occupation privative du domaine public, en vue de l'exercice d'une activité économique. Cela suppose donc que le refus d'accorder un titre domanial ne saurait être regardé comme une atteinte injustifiée au principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie au motif qu'il n'y a aucun droit acquis à l'obtention d'un titre domanial (Paragraphe I). Toutefois, en cas de refus de titre domanial, l'autorité domaniale se doit de motiver sa décision (Paragraphe II).

Paragraphe I/ L'absence d'un droit à l'obtention d'un titre d'occupation et utilisation du domaine public et principe de la liberté du commerce et de l'industrie

721. L'obtention d'un titre en vue de l'occupation privative du domaine public ne constitue pas un droit (I). L'autorité domaniale peut ne pas accorder ce titre. Ainsi, cette absence d'un droit acquis à l'occupation du domaine public renforce en effet la liberté de gestion du maître domanial (II).

I/ L'absence d'un droit à l'occupation et utilisation privative du domaine public

722. Il est d'une jurisprudence constante que l'obtention d'un titre à l'occupation ou à l'utilisation privative du domaine public n'est pas un droit. Pour le Conseil d'État, « aucun texte de loi ou de règlement ne reconnaît aux particuliers un droit à l'obtention de permissions d'occupation du domaine public [...] »⁸⁷⁷. L'autorité domaniale n'est donc pas obligée d'accorder une autorisation d'occupation ou d'utilisation de son domaine à chaque fois qu'une demande de titre lui est adressée. Pour les annotateurs et commentateurs du code général de la propriété des personnes publiques, « le gestionnaire du domaine public est libre d'accorder ou de refuser les autorisations d'occupation du domaine public, même dans

⁸⁷⁶ CAA, Marseille, 23 oct. 2017, n°15MA04709.

⁸⁷⁷ CE, 5 nov. 1937, *Société industrielle des schistes et dérivés*, Réc., 1957, p.897.

l'hypothèse où l'autorisation sollicitée est compatible avec l'affectation »⁸⁷⁸. L'autorité domaniale est, en revanche, tenue, comme l'a expliqué le professeur BRACONNIER, d'assurer « le respect de l'égalité entre opérateurs »⁸⁷⁹, quand bien même le refus d'un titre domanial ne saurait être regardé comme susceptible de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

723. Cette absence d'un droit à l'obtention d'un titre en vue de l'occupation suppose que « le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à l'exercice de ce pouvoir de gestion »⁸⁸⁰ du maître domanial. Dans ce cas, un opérateur privé peut se voir refuser l'accès sur le domaine public en vue d'exercer son activité économique. En effet, entre l'exercice de cette liberté de refuser l'accès sur le domaine public et l'exercice d'une activité économique sur ledit domaine, le droit positif privilégie la liberté de refuser un titre domanial, sans que ce refus soit vu comme une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Ceci s'explique par le fait que l'autorité domaniale « n'est jamais tenue d'accorder »⁸⁸¹ une autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public. Il y a là une confirmation de cette absence d'un droit⁸⁸² à l'occupation et/ou utilisation du domaine public à des fins commerciales. L'expression « n'est jamais tenue d'accorder » renvoie à l'absence d'une obligation à l'octroi d'un titre domanial. Pour le professeur BRENET, « [...], l'occupation du domaine public n'est pas un droit, mais une simplement une faculté que l'autorité administrative consent, à condition toutefois que cette occupation privative aux fins d'exercer une activité économique soit compatible avec l'affectation et la conservation du domaine »⁸⁸³. Rien donc ne peut obliger au maître du domaine d'accorder un titre domanial. Il est le maître de son domaine et c'est à lui de décider si son domaine public doit ou non faire l'objet d'une occupation privative en vue d'exercer une activité économique.

⁸⁷⁸ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET - *Code général de la propriété des personnes publiques, annoté et commenté*, Dalloz, 2018, p.211.

⁸⁷⁹ Stéphane BRACONNIER, « Domaine public : La liberté du commerce et de l'industrie réhabilitée, mais bridée » - note Sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, *AJDA*, 2012, p.1129. V- Marion UBAUD-BERGERON, « Pouvoirs du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie » - note sur CE, 29 Oct.2012, n°341173, *RJEP*, n°707, 2013, comm.14.

⁸⁸⁰ CE, 5 mai 1993, *Association Liberté dans les Gares*, n°91772.

⁸⁸¹ CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909 ; v- CE, 29 oct. 2012, *Ville de Tours*, n°341173 ; v- CAA Paris, 7 fév. 2013, *RATP*, n°10PA05686, 11PA02805.

⁸⁸² Selon Gille BACHELIER, « nul n'a droit à occuper à titre privatif une dépendance du domaine public, que ce soit par un titre unilatéral ou par un contrat et il importe peu que l'occupation envisagée soit conforme ou même simplement compatible avec la destination du domaine » : v- Gilles BACHELIER - « Contentieux du domaine public » - *Dalloz professionnels pratique du contentieux administratif*, Dossier 510, 2017, pt.385.

⁸⁸³ François BRENET, « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public » - note sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, *Droit administratif*, n°11, 2012, comm.89.

724. Cette absence d'un droit acquis à l'obtention d'un titre domanial renforce de ce fait la liberté de gestion du maître domanial. C'est aussi une affirmation de la primauté, en tout cas en ce qui concerne ce cas, de la liberté de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

II/ L'absence d'un droit acquis à l'obtention d'un titre domanial : un renforcement de la liberté de gestion du maître domanial

725. En effet, l'absence d'un droit à l'octroi d'un titre domanial renforce la liberté de gestion du domaine public, en ce sens que l'autorité domaniale est libre ou non d'accorder une telle autorisation. Pour le doyen HAURIOU, l'octroi ou le refus d'un titre domanial affirme la liberté de gestion du maître domanial. D'une autre manière, pour ce qui est de l'octroi ou du refus de l'octroi dudit titre, « [...], il est évident qu'il faut en principe conclure à la liberté de l'administration »⁸⁸⁴. Cette affirmation est d'autant plus renforcée du fait de l'absence d'un droit à l'obtention d'un titre domanial. En effet, ni le législateur, ni le juge n'impose à l'autorité domaniale d'accorder un titre domanial. L'autorité domaniale n'est en aucun cas dans l'obligation d'accorder une autorisation domaniale en vue de l'exercice d'une activité économique. Et cette liberté de gestion se manifeste à travers cette disposition, prévue à l'article L2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques, selon laquelle « nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public [...] ». Et que rien, non plus, n'oblige à l'autorité domaniale d'accorder ce titre. Ce n'est donc pas parce qu'une personne souhaite exercer librement son activité économique qu'elle peut l'exercer sur le domaine public. Le consentement de l'autorité domaniale est indispensable. Et son refus ne peut frapper sa décision d'illégalité et ne peut être vu comme étant une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Dans son arrêt rendu le 7 février 2020, la Cour administrative d'appel de Nantes a rappelé ce principe selon lequel « il appartient à l'autorité gestionnaire du domaine public, laquelle n'est jamais tenue de délivrer ou renouveler une autorisation d'occupation temporaire, de fixer, tant dans l'intérêt du domaine que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner la délivrance ou le renouvellement d'une telle autorisation [...] »⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ Maurice HAURIOU - *Précis de droit administratif et du droit public*, Sirey, 10^e éd., 1921, p.867.

⁸⁸⁵ CAA, Nantes, 7 fév., 2020, *Grand Port Maritime de Nantes Saint-Nazaire*, n°18NT00759.

726. Toutefois, l'on peut se demander si dans l'hypothèse où le domaine public constitue une ressource rare et non substituable, le refus de l'occuper ou de l'utiliser ne méconnaîtrait pas le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ?

727. La réponse est négative. Puisque, de toute manière, l'occupation ou l'utilisation privative du domaine public n'est pas un droit et peu importe que ledit domaine soit rare ou substituable, l'autorité domaniale n'est pas tenue d'accorder une telle autorisation. À l'appui de cet argument, le Conseil d'État, dans l'affaire '*Ville de Tours*' de 2012, a affirmé cette absence d'un droit à l'obtention d'une permission d'occupation ou d'utilisation du domaine public. Alors qu'on sait très bien que le domaine public mobilier relatif aux collections des musées demeure une ressource rare non substituable et de ce fait, reste aux yeux des photographes le seul endroit où ils peuvent exercer leurs activités de photographie. En dépit de cette qualité de ressource rare, le Conseil d'État a rappelé la règle de l'absence d'un droit acquis à l'obtention d'un titre domanial, même si ce domaine présente le caractère d'une ressource non substituable mais plutôt rare, à l'instar des musées. Pour le juge, « 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, ainsi qu'il a été dit au considérant 2, 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 »⁸⁸⁶. Il y a là une volonté, de la part du juge, de manifester la primauté de la liberté de gestion sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

728. Aujourd'hui encore, on pourrait s'étonner de l'absence de ce principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie dans le code général de la propriété des personnes publiques. Contrairement au droit de la concurrence qui, depuis l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, y est inséré. En revanche, au-delà de cette primauté de la liberté de gestion du maître domanial sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ledit maître est tenu de motiver sa décision relative au refus d'autorisation d'occupation privative du domaine public.

⁸⁸⁶ CE, 29 oct. 2012, n°341173, *Ville de Tours*.

Paragraphe II/ L'obligation de motiver les décisions de refus des titres domaniaux

729. L'acte de gestion du domaine public, qualifié d'acte administratif, peut faire l'objet d'une contestation devant le juge administratif. Il reste à savoir si l'autorité domaniale est dans l'obligation de motiver ses actes de gestion domaniale. En principe, il est d'une jurisprudence ancienne qu'un acte administratif n'a pas à être motivé⁸⁸⁷ au motif que « l'administration qui interdit, ordonne, réglemente, accorde ou refuse ses bienfaits [est] sans rendre compte aux administrés »⁸⁸⁸. Si l'on suit cette règle, l'acte de gestion domaniale, même de refus d'autorisation d'occupation du domaine public, n'a pas à être motivé.

730. Toutefois, la jurisprudence⁸⁸⁹ et le législateur⁸⁹⁰ ont apporté des exceptions à ce principe et ont obligé l'administration, dans certains cas, à motiver ses décisions. Que dès lors, les actes de gestion du domaine public relatifs au refus d'octroi d'une autorisation doivent être motivés, surtout qu'ils constituent des mesures individuelles et défavorables.

731. Ainsi, seuls les actes de gestion relatifs aux refus d'autorisation d'occupation et utilisation du domaine public sont à motiver (I). Il en va de même pour les refus de renouvellement d'autorisation (II).

I/ L'obligation de motiver toute décision relative au refus d'autorisation d'occupation et utilisation privative du domaine public

732. Pour la doctrine, « la motivation s'entend au sens d'expression formelle des motifs d'une décision »⁸⁹¹. Ainsi, en matière de domanialité, l'autorité domaniale est tenue de

⁸⁸⁷ CE, 30 avr. 1880, *Harouel et Morin*, Rec. 1880, p. 419.

⁸⁸⁸ Jeanne LEMASURIER - « Vers une démocratie administrative, du refus d'informer au droit d'être informé » - RDP, 1980, p.1239.

⁸⁸⁹ Dans l'arrêt *Agence maritime Marseille*, le Conseil d'État a imposé la motivation des actes édictés par certains organismes. Pour le Conseil d'État, « qu'eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme [commission permanente du groupement des armements français] professionnel auquel les pouvoirs publics ont conféré le pouvoir d'arrêter (...) de chaque armement dans l'exploitation du trafic général sur la relation France, les décisions prises par ladite commission permanente doivent être motivées » : v- CE, sect., 27 nov. 1970, Rec. p.704.

⁸⁹⁰ La loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Cette loi est abrogée par l'ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration. À son article L211-2, « les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informés sans délais des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. À cet effet, doivent être motivées les décisions qui [...] refusent une autorisation (...) ».

⁸⁹¹ Jean-Yves VINCENT - « La motivation de l'acte administratif » - J.-Cl.A, 2014, n°4.

motiver ses décisions refusant l'octroi d'un titre domanial (A). À défaut, son acte risque d'être censuré par le juge administratif (B).

A/ L'obligation de motiver les décisions de refus d'autorisation domaniale

733. Comme il a été expliqué que l'acte de gestion du domaine fait partie des actes administratifs, l'autorité chargée de la gestion du domaine public doit donner les raisons pour lesquelles elle aurait refusé l'octroi d'un titre en vue de l'occupation privative du domaine public. Car, le refus d'accorder un titre domanial constitue une décision administrative défavorable à ceux qui en ont fait la demande. Pour cette raison, il y a une obligation de motiver cette décision. Cette motivation, pour reprendre l'expression du professeur FRIER, « consiste en l'exposé des raisons de fait et de droit qui justifient cet acte »⁸⁹². Ainsi, l'autorité domaniale doit donc donner les raisons, de faits et de droit, qui l'ont poussé à refuser d'accorder un titre domanial à une personne privée en vue, surtout, de l'exercice d'une activité économique. Plusieurs raisons peuvent être invoquées, notamment des motifs d'ordre financier, d'intérêt général ou d'intérêt du domaine public, d'affectation, de valorisation, pour refuser l'octroi d'un titre en vue d'occupation du domaine public. Par ailleurs, cette obligation de motivation ne doit pas être vue comme étant une remise en cause de la liberté de gestion du domaine public. L'autorité domaniale, chargée de la gestion du domaine public, possède tous les moyens suffisants pour justifier sa décision défavorable. Surtout qu'il convient de rappeler qu'elle n'est pas « tenue d'accorder » un titre en vue d'une occupation privative du domaine public. C'est surtout lorsqu'elle aurait présenté une offre qu'elle soit tenue de motiver sa décision de refus au détriment d'un candidat ayant vu sa demande de candidature rejetée. En effet, à la lecture de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, et aujourd'hui, par l'ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration, il est précisé, surtout à l'article L.211-2 de ladite ordonnance, que « [...] doivent être motivées les décisions qui [...] refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions du point 2° de l'article L.311-5 [...] ».

734. Il est à préciser, par ailleurs, que la motivation est imposée aux décisions administratives individuelles et défavorables. Ainsi, le refus d'une autorisation d'occupation

⁸⁹² Pierre-Laurent FRIER - « Vice de forme » - Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2004, n°69.

ou d'utilisation privative du domaine public est à motiver lorsqu'il est défavorable. C'est le cas des décisions de refus relatives au domaine public hertzien qui doivent être motivées sur le fondement de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée par la loi n°86-1210 du 27 novembre 1986 relative à la liberté de la communication. Sur ce point, le juge administratif a considéré que toute décision refusant l'autorisation à l'usage du domaine public hertzien doit être motivée. Ainsi, pour annuler une décision prise par la commission nationale de la communication et des libertés, le Conseil d'État a considéré que cette commission « s'est bornée à indiquer qu'en raison du nombre et des caractéristiques du projet en concurrence et du nombre très restreint des fréquences disponibles, il n'a pas été possible au regard des critères précédemment rappelés et notamment de celui de l'équilibre des opérateurs d'accorder l'autorisation demandée. Que si cette lettre permet d'identifier celui des critères énumérés à l'article 29 de la loi sur lequel la commission s'est particulièrement fondée pour rejeter la demande, elle ne précise pas les éléments de fait que la commission a retenus pour estimer qu'au regard de ce critère, la demande devait être écartée. Qu'ainsi, la décision attaquée ne satisfait pas à l'obligation faite par l'article 32 de la loi à la commission nationale de communication et des libertés de motiver son refus d'autorisation »⁸⁹³.

735. Par ailleurs, il faut rappeler que le domaine public est le siège de libertés économiques. En effet, les entreprises voient dans ce domaine le lieu, parfois, idéal pour l'exercice de leurs activités économiques. Ainsi, pour pouvoir exercer leurs activités, elles doivent obtenir une autorisation émanant de l'autorité domaniale. Que le refus d'une telle autorisation peut être vu comme une atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. De ce fait, la jurisprudence exige que la décision de refus soit motivée. D'une autre manière, toute décision portant atteinte au principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie est soumise à l'obligation de motivation. Le Conseil d'État, dans l'affaire *RATP*, a considéré que, « la décision rejetant une offre présentée en vue de la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public constitue un refus d'autorisation au sens de ces dispositions [de la loi du 11 juillet 1979] et doit, par suite, être motivée »⁸⁹⁴. C'est ainsi qu'à défaut d'une motivation, la décision refusant une autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être censurée par le juge.

⁸⁹³ CE, 18 mai 1990, *Association Radio Panoramas*, n°105061.

⁸⁹⁴ CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909.

B/ L'annulation d'une décision de refus d'autorisation de titre domaniale en raison de l'absence d'une motivation.

736. Parce que les décisions de refus d'une autorisation doivent être motivées, l'absence d'une telle motivation peut entraîner l'annulation desdites décisions. Dans sa décision du 21 octobre 1994, le Conseil d'État, pour annuler une décision de refus d'autorisation prise par Aéroport de Paris, a considéré qu'« en se bornant à indiquer à la société ACDC que sa candidature n'avait pas été retenue, après examen et comparaison de l'ensemble des dossiers de candidature, tant sur le plan financier que commercial, Aéroport de Paris n'a pas satisfait à l'obligation de motivation susmentionnée »⁸⁹⁵. Toutefois, il convient de préciser que le risque d'annulation d'une décision de refus est présent lorsque l'on est dans le cas où l'autorité domaniale aurait fait un appel public en vue de l'occupation privative du domaine public. Dans ce cadre, le droit positif de la domanialité publique exige que les décisions de refus soient motivées. Il est donc pour l'intérêt de l'autorité domaniale, lorsqu'elle refuse une demande d'autorisation d'occupation du domaine, qu'elle apporte des précisions suffisantes tenant au motif d'un tel refus. Il faut rappeler que plusieurs motifs sont pris en compte pour motiver une décision de refus d'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public. Ainsi, par exemple, l'autorité domaniale peut prendre en compte « les garanties [qu'une demande d'autorisation] présente pour la meilleure utilisation possible du domaine public. [...]. Elle peut aussi, sous le contrôle du juge, de rejeter une telle demande pour un motif d'intérêt général »⁸⁹⁶. De la même sorte que la motivation « peut être liée à des risques de troubles à l'ordre public »⁸⁹⁷ pour refuser une autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public.

737. Le juge contrôle donc les actes de gestion domaniale relatifs aux refus d'autorisation au regard de la loi du 11 juillet 1979 abrogée par l'ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration. Ainsi, toute décision de refus en violation de ces normes peut être censurée par le juge administratif. Ceci est une preuve pour qualifier les actes de gestion du domaine public d'actes administratifs, édictés à l'aide des prérogatives de puissance publique.

⁸⁹⁵ CE, 21 octobre 1994, *Aéroport de Paris*, n°139970.

⁸⁹⁶ CE, 25 janv. 2017, *Commune de Port-Vendres*, n°395314.

⁸⁹⁷ Julien MONDOU - « Refus d'autorisation » - JS, 2018, n°189, p.46.

738. Cette obligation de motivation englobe aussi les décisions de refus de renouvellement de titres domaniaux. Elles sont donc soumises à l'obligation de motivation car le non-renouvellement d'un titre domanial est conçu comme une décision administrative défavorable.

II/ La motivation des décisions relatives au refus de renouvellement d'autorisation d'occupation du domaine public

739. Au regard de la loi du 11 juillet 1979 et abrogée par l'ordonnance de 2015, l'autorité domaniale est tenue de motiver toute décision relative au refus de renouvellement d'une autorisation d'occupation ou d'utilisation privative du domaine public. Cette décision rentre dans les catégories d'actes administratifs défavorable et de ce fait, elle doit être motivée. La Cour administrative d'appel de Marseille a précisé que « le refus d'une autorisation d'occupation du domaine public constitue, quels que soient les motifs sur lesquels il repose, un refus d'autorisation au sens des dispositions de l'article 1 de la loi du 11 juillet 1979. Qu'ainsi, il doit être motivé [...] »⁸⁹⁸. Cette obligation de motivation concerne donc toutes les décisions de refus, qu'il s'agisse d'un refus d'autorisation ou d'un refus de renouvellement d'autorisation, elles sont toutes des décisions de refus au sens de la loi du 11 juillet 1979⁸⁹⁹.

740. Par ailleurs, il est à préciser que les personnes privées n'ont aucun droit acquis à l'obtention d'un titre d'occupation. De la même sorte, elles n'ont pas non plus un droit acquis au renouvellement d'un titre domanial. Toutefois, dans les deux cas, la motivation des refus s'impose au maître domanial. C'est ainsi que, par exemple, « l'abrogation des autorisations d'occupation du domaine public doit être motivée en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 »⁹⁰⁰. L'autorité domaniale doit, donc, motiver son refus de renouvellement en se fondant soit sur des motifs d'intérêt général, soit d'ordre esthétique, financier ou d'intérêt du domaine public. Sur ce point, le Conseil d'État a considéré que « s'il résulte des principes généraux de la domanialité publique que les titulaires d'autorisations ou de conventions d'occupation temporaire du domaine public n'ont pas de droit acquis au renouvellement de leur titre, il appartient au gestionnaire du domaine public d'examiner chaque demande de

⁸⁹⁸ CAA, Marseille, 10 nov. 2015, *Préfet de la Corse-du-Sud*, n°14MA03830.

⁸⁹⁹ À ce propos, le Conseil d'État a considéré que la « lettre, qui doit être regardée comme notifiant une décision de rejet » rentre dans les décisions de refus et donc à être motivé. En l'espèce, la lettre par laquelle le chef du service maritime et hydraulique de la direction départementale de l'équipement des Alpes Maritimes l'a informé de ce que le préfet avait décidé d'attribuer la concession d'occupation de la parcelle du domaine public maritime ne manquait pas de motivation : v- CE, 20 mars, 1996, *Jean-Louis*, n°121601.

⁹⁰⁰ François LLORENS, « Convention d'occupation domaniale : obligation de motivation de la décision de résiliation » - note sous CAA Bordeaux, 3 juil. 2008, n°06BX01281, SARL J.B. L, *Contrats et Marchés publics*, 2008, Comm. 207.

renouvellement en appréciant les garanties qu'elle présente pour la meilleure utilisation possible du domaine public. Il peut décider, sous le contrôle du juge, de rejeter une telle demande pour un motif d'intérêt général »⁹⁰¹.

741. Au regard de la loi de 1979 abrogée par l'ordonnance de 2015, la motivation des actes de gestion domaniale s'impose au maître domanial lorsqu'ils ont comme objet le refus d'accorder un titre d'occupation du domaine public ou le refus de renouveler un titre d'occupation. Quand bien même il n'y a aucun droit ni à l'obtention d'un titre domanial ni au renouvellement d'un titre domanial, cette motivation peut justifier les atteintes portées au principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie. On sait très bien qu'un refus d'accorder un renouvellement d'un titre d'occupation peut avoir un impact sur l'activité de l'occupant, et c'est ainsi que l'autorité domaniale demeure dans l'obligation de motiver son acte de gestion.

742. Cela dit, l'obligation de motiver les décisions relatives aux refus d'autorisation ou de renouvellement d'autorisation d'occupation du domaine public ne change à rien quant à l'idée de faire prévaloir la liberté de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

⁹⁰¹ CE, 25 janvier 2017, *Commune de Port-Vendres*, n°395314.

Chapitre 2/ La préservation de la liberté de gestion du domaine public et le droit de la concurrence

743. L'application des règles du droit de la concurrence n'écarte pas totalement la liberté de gestion du domaine public. Certes, cette liberté est bouleversée en raison de la soumission des actes de gestion du domaine public [il s'agit des actes relatifs aux autorisations d'occupation du domaine public] au respect du droit de la concurrence, toutefois, elle demeure préservée et ce pour deux raisons.

744. D'abord, s'agissant des autorisations d'occupation privative du domaine public, bien qu'elles soient soumises au respect d'une procédure de sélection, l'autorité domaniale reste toujours maître quant au choix de procédure de sélection à mettre en œuvre. L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a « certes instauré la procédure de sélection préalable à l'octroi des titres domaniaux, mais à reculons et en préservant au maximum la liberté de choix des gestionnaires »⁹⁰², en ce sens qu'elle accorde à l'autorité domaniale une large liberté dans le choix de procédure de sélection à mettre en œuvre. Il en va de même pour les cas où le domaine public est le siège des missions de service public. Dans le cadre d'une occupation privative dudit domaine, l'occupant sera tenu d'exercer aussi des missions de service public au-delà de l'occupation. Ainsi, l'attribution d'un titre d'occupation, quand bien soumise au respect des règles procédurales, est laissée à la liberté du maître du domaine, en ce sens que ledit maître fixe librement les modalités de procédures de publicités à mettre en œuvre. Il est donc certain que le fait de laisser à l'autorité domaniale le choix de définir les règles de procédures à mettre en place, cette situation ne fait que préserver la liberté de gestion de ladite autorité (section 1).

745. Ensuite, en ne précisant pas le type de procédure de sélection à mettre en œuvre, le droit positif de la domanialité préserve la liberté de gestion du domaine public. Il est évident qu'en cas d'organisation d'une procédure de sélection en vue d'une occupation privative du domaine public, le maître du domaine va préférer le choix de la procédure adaptée. Pour les commentateurs du code général de la propriété des personnes publiques, ils soulignent que le fait d'imposer seulement une procédure de sélection sans préciser les modalités de sa mise en œuvre, cela suppose donc que « cette procédure de sélection n'a rien de commun avec les procédures de passation formalisées qui gouvernent les contrats les plus importants de la

⁹⁰² Norbert FOULQUIER, « L'absence de notification de l'identité du bénéficiaire de l'autorisation domaniale après une procédure de sélection » - note sous CE 31 octobre 2017, n°410772, *Sté MB Terrassement Bâtiment*, Lebon, AJDA, 2017, p. 2165.

commande publique »⁹⁰³. Dès lors, le recours à la procédure adaptée, sans aucune contrainte, illustre bien cette préservation de la liberté de gestion du domaine public (section 2).

Section 1/ Le choix de définir librement les règles de procédure à mettre en place : une préservation de la liberté de gestion du domaine public

746. La liberté de gestion du maître du domaine n'est pas supprimée par le droit de la concurrence. L'obligation de soumettre les titres domaniaux au respect d'une procédure de sélection n'annihile pas la liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale. L'intérêt de maintenir cette liberté est motivé par la recherche de plusieurs intérêts du domaine public, par la protection de son affectation (paragraphe 2).

747. Par ailleurs, la préservation de cette liberté s'explique par le fait que les textes, en posant l'obligation de soumettre les actes de gestion domaniale au respect d'une procédure de sélection, [le cas des occupations du domaine public en vue d'exercer une activité économique], ils n'apportent pas de précisions quant au choix de procédure à mettre en œuvre. Ainsi, l'absence de précisions textuelles quant au choix de type de procédure à mettre en place octroie à l'autorité domaniale une grande liberté de gestion (paragraphe 1).

Paragraphe I/ Une liberté de gestion préservée en raison de l'absence de précisions textuelles quant au choix de procédure à mettre en place

748. En effet, l'absence de précision quant aux modalités de mise en œuvre de la procédure de sélection (I) confère à l'autorité domaniale une liberté d'action dans le choix de type de procédure à mettre en œuvre (II).

I/ L'absence de précisions quant aux modalités de mise en œuvre de la procédure de sélection

749. L'obligation de soumettre les actes de gestion du domaine public, relatifs aux autorisations d'occupation du domaine public, au respect d'une procédure de sélection manque de précisions quant aux modalités de mise en œuvre de cette procédure. En effet, les textes se contentent simplement de poser l'obligation sans apporter davantage de précisions. Autrement dit, ces textes restent silencieux sur le choix du type de procédure à mettre en

⁹⁰³ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET – *Code général de la propriété des personnes publiques, annoté et commenté*, 2018, 8^e éd., Dalloz, p. 259.

place. Le principe posé étant celui de la soumission, sans précision aucune, des actes de gestion du domaine public relatifs aux autorisations d'occupation privative, au respect d'une procédure de sélection. Ici, l'on remarque que les textes ne donnent pas de précisions quant aux types de procédures de sélection que l'autorité domaniale doit mettre en œuvre.

750. On observe ces manques de précisions dans plusieurs cas. En effet, dans le cas où l'autorisation d'occupation du domaine public sert à l'accomplissement d'une mission de service public, comme le cas des entreprises qui souhaiteraient s'établir sur les marchés d'intérêt national et qui sont contraintes de solliciter une autorisation pouvant leur permettre de s'y installer, le code de commerce, tout en imposant une obligation de formalité de procédures préalables, n'apporte pas de précisions quant aux modalités de mise en œuvre de ces formalités. Selon l'article R. 761 -22 dudit code, « l'autorisation de s'établir sur le marché d'intérêt national est donnée par son gestionnaire. Elle est précédée d'une publicité appropriée ». Ici, le code de commerce précise simplement que l'autorité chargée de la gestion des marchés d'intérêt national doit mettre en œuvre des mesures de 'publicité appropriée'. Toutefois, il n'apporte pas de précisions quant à la manière d'organiser ces mesures de 'publicité'. Il ne donne pas non plus le sens de cette expression 'publicité appropriée'. L'on peut considérer que la publicité sera appropriée lorsqu'elle mise en œuvre à travers une « voie d'affichage, via internet ou par la publication dans un journal d'annonce légale »⁹⁰⁴. L'on observe donc un manque de précision textuelle de cette obligation de précéder les autorisations d'occupation du domaine public d'une procédure de sélection.

751. Il en va de même pour les autorisations traditionnelles d'occupation du domaine public en vue de l'exercice d'une activité économique. L'article L.2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques oblige au maître du domaine d'organiser une procédure de sélection avant toute délivrance d'un titre d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique. En revanche, cette disposition, issue de l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, ne détermine pas les modalités de mise en œuvre de procédure de sélection. Elle ne fait qu'obliger une procédure de sélection préalable sans pour autant préciser la manière dont cette procédure doit être mise en œuvre. Autrement dit, et comme le souligne le professeur BOREL, « l'ordonnance [du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publique] ne contient aucune précision sur les modalités de mise en œuvre de la procédure de sélection et de publicité, les personnes publiques

⁹⁰⁴ Frédéric ALLAIRE – « Marché public : procédure » - Encyclopédie des collectivités locales, chapitre 3, folio n°3020, 2017, n°124.

pourront recourir aux procédures existantes en matière de commande publique tout en veillant à respecter les grands principes qui leur sont applicables »⁹⁰⁵. En n'apportant pas de précision quant à la mise en œuvre de la procédure de sélection préalable aux autorisations d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique, l'ordonnance du 19 avril 2017, à travers son article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, « se borne à poser le principe, dans des termes directement repris de l'article 12 de la directive services, selon lequel l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable [...] »⁹⁰⁶. En optant pour le choix du silence, c'est provoquer une imprécision quant à la manière, par exemple, de rendre public un avis d'appel public à la concurrence en vue d'exercer une activité économique sur le domaine public. Il suffira que l'autorité domaniale se contente des supports de publicités existants pour lancer son avis d'appel.

752. Ces absences de précisions de modalité de mise en œuvre de procédure de sélection et de formalités de publicité ont comme conséquence l'octroi d'une liberté d'action au profit de l'autorité domaniale, en ce sens que ladite autorité demeure libre de choisir la procédure qui lui conviendrait.

II/ Une liberté d'action dans le choix de la procédure de sélection et de publicité à mettre en œuvre

753. En effet, l'autorité domaniale, chargée de la gestion du domaine public, demeure libre d'organiser la procédure de sélection qui lui convient. Le législateur a pris le soin de consacrer cette liberté de gestion s'agissant de l'organisation d'une procédure de sélection. Cette liberté est ainsi la conséquence de l'absence de précision de modalité de mise en œuvre de ladite procédure. D'une autre manière, l'on peut dire qu'« une grande liberté est laissée aux personnes publiques dans la détermination de la procédure applicable »⁹⁰⁷.

754. Certes, le code général de la propriété des personnes publiques instaure une procédure de sélection préalable avant de délivrer des autorisations d'occupation en vue d'une exploitation économique, toutefois, l'autorité domaniale dispose de marge de manœuvre lui permettant d'organiser une procédure de sélection à sa convenance. L'article L.2122-1-1 du

⁹⁰⁵ Jean - Philippe BOREL – « Le point sur l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques » - AJDI, 2017, p. 828.

⁹⁰⁶ Philippe HANSEN – « Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics » - J. -Cl. Pp, Fasc. 77-50, 2018, n°43.

⁹⁰⁷ Stéphane BRACONNIER - « Retour sur quelques questions intéressant les opérations immobilières des personnes publiques » - RDI, 2018, p.8.

code général de la propriété des personnes publiques le précise clairement. Selon cet article, « sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L.2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité [...] ». À la lecture de cette disposition, l'on peut affirmer qu'avec le choix de l'adverbe 'librement', le législateur a voulu laisser à l'autorité domaniale une liberté d'organiser une procédure de sélection préalable aux délivrances de titre d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique. Et pour reprendre les termes de la doctrine, cette disposition « a certes insaturé la procédure de sélection préalable à l'octroi des titres domaniaux, mais [...] en préservant au maximum la liberté de choix des gestionnaires »⁹⁰⁸. Pour M. PEYRICAL, cette disposition « ne définit pas de procédure très précise pour l'octroi des autorisations en cause, laissant une liberté certaine aux collectivités »⁹⁰⁹.

755. Cette liberté de gestion va se manifester lors du choix de la procédure de sélection. Il faut rappeler, comme dans les contrats de la commande publique, il y a deux sortes de procédures, la procédure adaptée et la procédure formalisée. Mais à la différence des contrats de la commande publique où « le pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice [qui] doivent respecter les ordonnances n°2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et n°2016 – 86 du 1^{er} février 2016 relative aux contrats de concession [...] », dans l'organisation d'une procédure de sélection préalable à la délivrance des titres domaniaux en vue d'une exploitation économique, « le gestionnaire domanial l'organise librement »⁹¹⁰. Il est donc évident qu'en laissant à l'autorité domaniale le choix de déterminer librement une procédure de sélection, elle choisira la procédure la plus avantageuse. Ce sera donc nécessairement le choix de la procédure adaptée qui permet à « l'administration de déterminer quelles modalités de publicités doivent être mises en œuvre pour respecter les principes d'égalité entre les candidats »⁹¹¹. Ainsi, en choisissant la procédure adaptée, l'autorité domaniale disposera d'une liberté d'action, en ce sens que ladite procédure sera avantageuse pour elle. Elle pourra,

⁹⁰⁸ Norbert FOULQUIER, « L'absence de notification de l'identité du bénéficiaire de l'autorisation domaniale après une procédure de sélection » - note sous CE, 31 octobre 2017, n°410772, Sté MB Terrassement Bâtiments, Lebon, RDI, 2018, p.109.

⁹⁰⁹ Jean-Marc PEYRICAL – « Convention d'occupation domaniale » - Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 6, n°4860, 2018, pt.82.

⁹¹⁰ Jean-François GIACUZZO - « L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques » - Constitutions, 2017, p.421.

⁹¹¹ Stéphanie DAMAREY – « Marché public » - Juris corpus, 2016, pt.35-15.

par le biais de cette procédure, choisir la voie la plus adaptée à la valorisation de son domaine public. Autrement dit, l'organisation d'une procédure adaptée octroie une liberté de négociation et une large liberté de choix de support réservé pour la publicité [site internet, journal de la ville, et autres].

756. Par ailleurs, il est à constater que le fait de laisser à l'autorité domaniale le soin de déterminer librement les procédures de sélection préalables aux délivrances de titres domaniaux, les textes visent à la préservation de l'intérêt du domaine public et à la protection de l'affectation dudit domaine. Certes, l'obligation de précéder les délivrances des titres domaniaux d'une procédure de sélection est destinée à traiter de manières égales les usagers intéressés par l'occupation dudit domaine, mais il est à rappeler que l'autorité domaniale doit rechercher l'intérêt dudit domaine et la protection de l'affectation des biens de dépendance du domaine public. En laissant à l'administration le choix d'organiser librement une procédure de sélection c'est aussi une manière de lui permettre d'assurer l'intérêt du domaine public, lequel peut se tourner vers la valorisation économique.

Paragraphe II/ Une liberté de gestion justifiée par la recherche de l'intérêt du domaine public et par la protection de l'affectation dudit domaine : conséquence de l'absence de précisions sur les modalités de mise en œuvre de procédure de sélection

757. En restant silencieux sur la question du choix du type de procédure de sélection à mettre en œuvre, le législateur a voulu, par-là, accorder une large liberté à l'autorité domaniale. Cette liberté accordée sert à maintenir à la fois l'intérêt du domaine public et la protection de l'affectation dudit domaine. ROMBAUTS-CHABROL a écrit, à ce propos, que « sans davantage de précisions textuelles, il appartiendra a priori à la personne publique d'indiquer explicitement les conditions d'attributions qu'elle a retenues, motivées tant par l'intérêt du domaine, de son affectation que par l'intérêt général »⁹¹². Ainsi, l'absence de précision préserve la liberté de gestion du domaine public exercée en vue de l'intérêt de celui-ci (I) et de la protection de l'affectation dudit domaine (II).

⁹¹² Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL – « Occupation du domaine public et mise en concurrence : focus sur la procédure simplifiée » - AJCT, 2017, p.486.

I/ L'absence de précisions sur les modalités de mise en œuvre de la procédure de sélection et l'intérêt du domaine public

758. La volonté du législateur d'accorder une liberté de gestion à l'autorité domaniale, en matière d'organisation de procédure de sélection, constitue un moyen permettant à cette autorité de maintenir et sauvegarder l'intérêt du domaine public. En effet, en laissant à l'autorité domaniale la possibilité d'organiser une procédure de sélection de son choix, le but poursuivi étant la recherche de l'intérêt du domaine public. Le fait de pouvoir organiser 'librement' une procédure de sélection permet à cette autorité d'entretenir librement des négociations avec tous les candidats dans le but de déterminer celui qui pourrait répondre efficacement aux exigences retenues pour l'intérêt du domaine public. De la même sorte, l'autorité domaniale peut organiser une publicité adaptée aux intérêts dudit domaine en choisissant, par exemple, l'un des supports de publicité existants mais adapté au besoin de l'intérêt du domaine public. Ainsi, la recherche de l'intérêt du domaine public demeure une finalité qui peut orienter le choix du type de procédure de sélection.

759. La recherche de l'intérêt du domaine public implique la valorisation de celui-ci et de ce fait, l'autorité domaniale peut librement fixer les critères de sélection des candidats. Elle peut, à titre d'exemple, décider que la redevance soit intégrée dans les critères de sélection. Alors que cette redevance peut être vue comme étant un principe destiné à la recherche de l'intérêt du domaine public, l'autorité domaniale peut librement la fixer comme critère de sélection. Autrement dit, sera retenu le candidat qui pourra présenter une offre avantageuse, en termes de redevance, que les autres. Il est à rappeler que « la mise en concurrence doit ainsi permettre de sélectionner la meilleure offre »⁹¹³, l'autorité domaniale peut faire du prix de la redevance comme un critère de sélection des candidats. Le Conseil d'État, dans son arrêt du 17 septembre 2018, *Société Le Pagus*, a considéré que l'autorité domaniale « peut librement négocier avec les candidats à l'attribution [...] l'ensemble des éléments composant leur offre, y compris le montant de la redevance, afin de rechercher la valorisation optimale de son domaine. Qu'à ce titre, une collectivité délégante peut notamment prévoir que le montant de la redevance domaniale versée par l'attributaire fasse partie des critères de sélection des offres. Qu'il appartient ensuite à la collectivité délégante, en sa qualité d'autorité gestionnaire du domaine public, de fixer elle-même, [...], le montant de la redevance domaniale devant être versée par l'attributaire du contrat »⁹¹⁴. Cette liberté dont dispose l'autorité domaniale est

⁹¹³ Christophe le BERRE - « La valeur économique en droit public » - AJDA, 2017, p.2343.

⁹¹⁴ CE, 17 Sept. 2018, *Sté Le Pagus*, n°407099.

la conséquence de l'absence de précisions quant aux modalités de mise en œuvre de procédure de sélection. Et c'est parce qu'il y a une absence de précision que l'idée de la préservation de la liberté de gestion du domaine public se manifeste. Pour cette raison, l'autorité dudit domaine peut, en profitant de cette absence de précision, fixer les conditions d'attribution d'un titre domanial selon une procédure de sélection adaptée à l'intérêt dudit domaine.

760. Certes, l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a comme but « suppléer au vide que n'avait pas souhaité combler le Conseil d'État dans son arrêt Jean Bouin »⁹¹⁵, toutefois, elle manque de précisions. Il est ainsi prévu, par exemple, que l'urgence⁹¹⁶ peut permettre à l'autorité domaniale de ne pas organiser cette procédure de sélection. L'on peut considérer, dans ce cas, que la nécessité de rechercher l'intérêt du domaine public constitue une urgence pour l'autorité domaniale. Surtout que l'ordonnance n'apporte pas de précisions quant à la manière d'identifier cette urgence. Il est donc laissé à l'autorité domaniale la liberté de déterminer s'il y a ou non urgence en la matière.

II/ L'absence de précisions sur les modalités de mise en œuvre de procédure de sélection et la protection de l'affectation du domaine public

761. La question de l'intérêt de protéger l'affectation du domaine public peut se poser aussi lors de l'organisation d'une procédure de sélection préalable à l'octroi d'un titre d'occupation privative dudit domaine. Il revient à l'autorité domaniale de vérifier si le prochain occupant est en mesure de respecter l'affectation principale du domaine public. Il est à rappeler que toute occupation privative doit être compatible avec l'affectation, l'autorité domaniale peut aussi jouer un rôle préventif en choisissant l'entreprise qui répondrait davantage à cette exigence. Il est, par exemple, soutenable que l'autorité domaniale puisse poser la règle de l'exemplarité comme critère de sélection des candidats. D'une autre manière, un candidat qui aurait, dans le passé, porté atteinte à l'affectation du domaine public peut être écarté. L'exemplarité peut s'identifier à travers l'image du candidat et comme critère de sélection. Et l'autorité domaniale doit gérer son domaine aussi dans l'intérêt d'assurer la protection de cette affectation.

⁹¹⁵ Jean-Gabriel SORBARA – « La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 » - RFDA, 2017, p.705.

⁹¹⁶ Selon le point 3 de l'article L.2122-1-3 du code général de la propriété des personnes publiques, « l'article L.2122-1-1 n'est pas applicable [...] lorsque l'urgence le justifie. La durée du titre ne peut alors excéder un an ».

762. Ainsi, dans un souci de protéger l'affectation du domaine public, l'autorité domaniale peut décider que parmi les critères de sélections, figure la preuve de bon usage du domaine public. Dans ce cas, le candidat doit être en mesure de prouver qu'il n'a jamais été, dans le passé, à l'origine d'un mauvais usage du domaine public. Cette faculté dont peut bénéficier l'autorité domaniale se fonde sur l'absence de précision quant aux modalités de mise en œuvre de procédure de sélection préalable à l'octroi d'un titre d'occupation du domaine public. L'autorité domaniale peut, dans l'intérêt de l'affectation du domaine public, fixer les modalités de mise en œuvre d'une procédure préalable de sélection. Il est d'une jurisprudence constante que l'autorité domaniale, agissant en sa qualité d'autorité de gestion du domaine public, peut, dans l'intérêt de l'affectation du domaine public, déterminer les conditions d'attributions des autorisations d'occupation privative du domaine public⁹¹⁷.

763. Ces absences de précisions quant aux modalités de mise en œuvre de procédure de sélection préservent la liberté de gestion du domaine public. Pour parvenir à préserver cette liberté de gestion, l'autorité domaniale optera pour le choix de la procédure de sélection la plus adaptée au besoin du domaine public.

Section 2/ Le recours à la procédure adaptée et la liberté de gestion du domaine public

764. Cette possibilité laissée à l'autorité domaniale de choisir librement l'une de procédure de sélection, sans aucune contrainte, lors de la délivrance des titres domaniaux illustre bien cette préservation de la liberté de gestion. Cette liberté de gestion est renforcée en raison de l'absence de précision quant aux modalités de mise en œuvre de cette procédure de sélection préalable aux délivrances des titres domaniaux en vue de l'exercice d'une activité économique. Ainsi, le choix de la procédure de sélection adaptée est bien celui qui corrobore cette idée de préservation de la liberté de gestion du domaine public (paragraphe 1).

765. De plus, en laissant à l'autorité domaniale la liberté de définir la procédure de sélection octroie à celle-ci une sorte d'immunité juridictionnelle lorsqu'elle optera pour le choix de la procédure adaptée (paragraphe 2).

⁹¹⁷ V- CAA, Paris, 29 oct., 2019, *La Sarl LGA Café*, n°18PA02627. Pour le juge administratif d'appel, « il appartient à l'autorité administrative de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation (...) ».

Paragraphe I/ Absence de précision quant aux modalités de mise en œuvre de la procédure de sélection : un recours à la procédure adaptée

766. En réalité, l'absence de précision quant à la manière de définir la procédure de sélection suppose que l'autorité domaniale va recourir à la procédure adaptée, au lieu de la procédure formalisée, lors de la délivrance des titres domaniaux en vue d'une activité économique (I). Cette faculté qui lui est laissée de recourir à cette procédure adaptée illustre bien sa liberté de gestion dont elle dispose (II).

I/ Le choix de la procédure adaptée

767. Rappelons-le que les textes qui instituent les procédures de sélection lors des délivrances des titres domaniaux manquent de précisions quant aux modalités de leur mise en œuvre. En prenant l'exemple de l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, celle-ci manque de précision quant à la mise en œuvre de cette procédure de sélection. Autrement dit, elle ne précise pas laquelle de deux procédures de sélections, formalisée ou adaptée, s'impose au maître du domaine lors de la délivrance des titres domaniaux. De plus, cette ordonnance n'indique pas les hypothèses en présence desquelles le maître du domaine doit appliquer l'une de ces procédures. Elle se contente simplement d'imposer une procédure de sélection en matière de délivrance des titres domaniaux en vue de l'exercice d'une activité économique.

768. Il est ainsi clair que l'autorité domaniale est libre de définir les modalités de la procédure de sélection lors de la délivrance des titres domaniaux et de choisir la procédure de sélection la moins contraignante. À ce propos, la doctrine considère donc que « cette procédure de sélection n'a rien de commun avec les procédures de passations formalisées qui gouvernent les contrats les plus importants de la commande publique »⁹¹⁸, ce qui montre ainsi que la procédure privilégiée par cette ordonnance est la procédure adaptée. D'une autre manière, à la lecture de cette ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, on constate qu'elle « ne précise pas quelle procédure de sélection doit être suivie par l'autorité compétente préalablement à la délivrance d'un titre d'occupation du domaine »⁹¹⁹. Certainement, cette procédure ne peut être semblable aux procédures

⁹¹⁸ Fabrice MELLERAY, Philippe YOLKA, Caroline CHAMARD-HEIM, Marie-Charlotte LESERGENT, François BRENET – *Code général de la propriété des personnes publiques, Annoté et commenté*, Dalloz, 8^e éd., 2018, p.259.

⁹¹⁹ Eve-Line BERNARDI – « Publicité et mise en concurrence : quel type de procédure mettre en place, dans quel cas ? » - AJCT, 2017, p.489.

formalisées car, dans ce cas, l'autorité domaniale ne disposerait pas davantage de marge de manœuvre dans l'organisation de la procédure de sélection. Alors que s'agissant de la procédure adaptée, l'autorité domaniale disposera d'une large liberté, en ce sens qu'il lui appartiendra, s'agissant des conventions d'occupation privative du domaine public, « de déterminer librement la manière dont elle mettra en œuvre les principes de passation du contrat de façon adaptée à ses caractéristiques »⁹²⁰. Le silence gardé par le texte est avantageux pour l'autorité domaniale, en ce sens que cette dernière retiendra l'offre présentée et qui répondra aux exigences destinées à la bonne utilisation du domaine public.

II/ Le choix du recours à la procédure adaptée : une préservation de la liberté de gestion du domaine public

769. La liberté de gestion du maître du domaine va être préservée lorsque celui-ci choisit de recourir à la procédure adaptée lors de la délivrance des titres domaniaux en vue d'une exploitation économique. À la différence de la procédure formalisée, la procédure adaptée octroie à la personne publique une marge de manœuvre, et dans le cas du domaine public, une large liberté dans la gestion dudit domaine.

770. En effet, dans le cadre de la procédure adaptée, il revient à l'administration de définir, par exemple, les modalités de publicités à mettre en œuvre. Dans ce cas, la personne publique demeure libre à « sélectionner les moyens de publicités les plus adaptés [publication spécialisée, journaux d'annonces légales, site internet] »⁹²¹. Autrement dit, l'autorité chargée de la gestion est libre de choisir le lieu où sera publiée son annonce en cas d'un avis d'appel à l'attribution d'un titre domanial en vue d'une exploitation économique. De la même sorte, l'autorité domaniale demeure libre de déterminer les conditions de sélection des offres. Elle peut décider que le montant de la redevance soit parmi les critères de sélection. Il choisira le candidat qui va se démarquer des autres concurrents, c'est-à-dire celui qui présentera une offre de redevance importante. Sur ce point, le juge administratif a considéré que l'autorité domaniale est libre « de prévoir que le montant de la redevance domaniale versée fasse partie des critères de sélection des offres »⁹²².

771. Cela dit, l'on peut souligner que la volonté du législateur de garder le silence à propos des modalités de mise en œuvre de la procédure de sélection sert à préserver la liberté de

⁹²⁰ Pierre -Laurent FRIER, Jacques PETIT – *Droit administratif*, LGDJ, 9^e éd., 2014, p.402.

⁹²¹ Stéphanie DAMAREY- « Marché public » - *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, Etude 35, 2016, pt.35.15.

⁹²² CE, 17 Sept., 2018, *Sté Le Pagus*, n°407099.

gestion du domaine public. Cela s'explique par le fait que l'autorité domaniale demeure libre d'organiser une procédure de sélection sans qu'une contrainte ne lui soit faite. Le choix de déterminer une procédure de sélection de manière libre, sans contrainte, suppose que l'autorité domaniale soit dotée d'une liberté d'action en matière de gestion du domaine public.

Paragraphe 2/ Procédure de sélection et immunité juridictionnelle

772. Rappelons-le que dans l'arrêt *Jean-Bouin*, le juge administratif avait accordé une immunité juridictionnelle aux actes de gestion du domaine public relatifs aux autorisations d'occupation du domaine public. Le juge administratif ⁹²³ avait fait bénéficier aux actes de gestion du domaine public une immunité juridictionnelle, dans la mesure où l'absence d'une organisation d'une procédure de sélection ne frapperait lesdits actes d'irrégularité.

773. Aujourd'hui, ce n'est plus cas. Le code général de la propriété des personnes publique est catégorique à propos de la question de l'organisation d'une procédure de sélection préalable à la délivrance des titres domaniaux. Toutefois, une autre immunité juridictionnelle apparaît, en ce que l'autorité domaniale n'est pas dans l'obligation de motiver les raisons pour lesquelles elle aurait choisi de recourir à l'une des procédures de sélection existantes (I). La décision de choisir l'une de procédure de sélection, formalisée ou adaptée, bénéficie d'une immunité juridictionnelle, en ce sens que ladite décision ne serait frappée d'illégalité. Aucun texte n'impose à l'autorité domaniale de suivre une procédure particulière et bien précise. La loi se contente simplement de poser le principe de l'organisation d'une procédure de sélection préalable aux délivrances des titres domaniaux en vue d'une activité économique.

774. De la même sorte, l'absence de précisions sur les modalités de mise en œuvre de procédure de sélection suppose que l'autorité domaniale optera pour le recours à la procédure adaptée, cette dernière ne sera pas dans l'obligation de communiquer l'identité du candidat retenu (II). Ces éléments laissent affirmer une liberté d'action dans la gestion du domaine public.

⁹²³ CE, 3 déc., 2010, *Association Jean Bouin*, n°338272. Selon le juge, « 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 ».

I/ L'absence d'obligation de motiver la décision portant sur le choix du type de la procédure de sélection à mettre en place

775. La liberté de gestion du domaine public se manifeste à partir du moment où l'autorité domaniale n'est pas tenue de motiver et voire de justifier sa décision portant sur le choix le type de procédure de sélection. Elle est, en réalité, libre de mettre en œuvre l'une des procédures de sélection existantes sans qu'elle soit dans l'obligation d'apporter des motivations. À la lecture de l'article L.2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques⁹²⁴, l'on constate que le législateur instaure une certaine immunité juridictionnelle, en ce qu'il ne précise pas les modalités de mise en œuvre de cette procédure de sélection. L'autorité domaniale, tenue simplement d'organiser une procédure de sélection préalable, n'est dans l'obligation de motiver le choix du type de la procédure de sélection. Ainsi, en privilégiant le choix de la procédure adaptée, choix qui lui est favorable, l'autorité domaniale n'est pas dans l'obligation de motiver ce choix.

776. L'on assiste donc à une certaine immunité juridictionnelle dans la mesure où aucun candidat ne peut exiger de l'autorité domaniale de motiver sa décision portant sur son choix de recourir à la procédure adaptée plutôt qu'à la procédure formalisée. Cette dernière impose plus de contraintes en termes de critères de sélection et de publicité élargie. Contrairement lorsque l'autorité domaniale décide d'organiser une procédure de sélection adaptée, elle disposera d'une large liberté. L'on imagine donc qu'au regard de cette disposition, le juge ne censurera pas une décision de l'autorité domaniale privilégiant le choix de la procédure adaptée et peu importe les critères de sélection imposés par ladite autorité. Il est donc clair que le législateur a voulu préserver la liberté de gestion du domaine public en laissant au maître du domaine le soin de définir librement les modalités de mise en œuvre de procédure de sélection.

777. Cette préservation de la liberté de gestion s'explique par le fait que l'autorité domaniale est libre d'organiser une procédure de sélection favorable à l'intérêt du domaine public. Et l'on sait que la procédure adaptée est celle qui présente moins de contrainte et accorde davantage une large liberté à l'autorité domaniale. Ce type de procédure lui permettrait de négocier et d'indiquer les critères de sélection des offres en toute liberté. Selon

⁹²⁴ Selon cette disposition, « sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicités permettant aux candidats potentiels de se manifester ».

Jean-Luc HECKENROTH, « lorsqu'une sélection sera nécessaire en application du premier alinéa de l'article L.2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, il est probable que la négociation sera, en pratique privilégiée pour favoriser la concurrence et retenir l'offre la mieux adaptée à la bonne utilisation des dépendances domaniales »⁹²⁵.

II/ L'absence d'obligation de communiquer l'identité du candidat retenu

778. Si l'on se réfère à cette jurisprudence constante selon laquelle qu'il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public « de fixer tant dans l'intérêt du domaine public » les conditions de l'utilisation privative des biens de dépendance dudit domaine, l'on imagine que cette autorité va organiser une procédure de sélection favorable aux intérêts de son domaine. Certainement, elle choisira le candidat qui répondrait mieux au besoin de l'intérêt du domaine public, notamment celui qui va permettre de valoriser économiquement ce domaine. Par ailleurs, le législateur, pour préserver la liberté de gestion du domaine public, n'oblige pas le maître du domaine à communiquer l'identité du candidat qu'il a retenu. Sur ce point, l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques reste silencieux.

779. En effet, suivant ce silence gardé par ledit code, l'autorité domaniale ne sera pas tenue, lorsqu'elle choisit la procédure adaptée, de communiquer aux candidats non retenus l'identité du candidat retenu. Pour une simple raison, que « pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur doit, dès qu'il décide de rejeter une offre, notifier ce rejet au soumissionnaire concerné, sans être tenu de lui notifier la décision d'attribution »⁹²⁶. Et le professeur FOULQUIER, en commentant cette décision, a souligné que « le Conseil d'État refuse d'étendre cette contrainte [aux marchés passés selon une procédure adaptée], on comprend qu'il ne le fera pas pour les titres d'occupation du domaine public »⁹²⁷.

⁹²⁵ Jean-Luc HECKENROTH – « Occupation du domaine public : maîtriser la mise en concurrence des titres domaniaux » - Contrats et Marchés publics, 2017, p.9.

⁹²⁶ CE, 31 oct., 2017, *Sté MB Terrassements Bâtiments*, n°410772.

⁹²⁷ Norbert FOULQUIER, « L'absence de notification de l'identité du bénéficiaire de l'autorisation domaniale après une procédure de sélection » - note sous CE, 31 oct., 2017, n°410772, RDI, 2018, p.109.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

780. Le droit positif de la domanialité publique n'écarte pas totalement la liberté de gestion dont dispose le maître du domaine. Rappelons-le qu'au regard de ce droit, cette liberté est préservée. Cette préservation est nécessaire, en ce qu'elle permet à l'autorité domaniale d'exercer sa liberté dans l'intérêt à la fois du domaine public et général.

781. Bien que l'autorité domaniale soit tenue de « garantir, autant que possible, la liberté du commerce et de l'industrie (...) dans l'accès aux installations »⁹²⁸ sur son domaine, le juge administratif fait prévaloir la liberté de gestion sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour le professeur BRENET, « les libertés économiques ne priment pas sur la liberté accordée aux personnes publiques dans la gestion de leur domaine public »⁹²⁹. En effet, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est toujours vu comme non susceptible de faire obstacle à l'exercice de la liberté de gestion du domaine public⁹³⁰. Que l'idée de défendre l'impossibilité pour l'acte de gestion de porter atteinte aux activités économiques⁹³¹ constitue un argument « d'affirmation [...] de [la] liberté de gestion »⁹³² de l'autorité domaniale.

782. Ensuite, sans nier le fait que le droit de la concurrence ait pu bouleverser la liberté de gestion du domaine public, il est défendu, dans cette thèse, l'argument selon lequel ce bouleversement ne supprime pas totalement ladite liberté. Celle-ci est préservée. En effet, bien que l'autorité domaniale soit tenue d'organiser une procédure préalable à la délivrance des titres domaniaux en vue d'une exploitation économique, elle demeure maître quant aux modalités de mise en œuvre de cette procédure. Le silence gardé par la loi sert à maintenir et à préserver cette liberté de gestion du domaine public.

⁹²⁸ CE, 30 juin 2004, n°250124 - Concl. Pierre COLLIN, *Revue juridique de l'entreprise*, 2004.

⁹²⁹ François BRENET, « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public » - note sous CE, 23 mai 2012, *RATP*, n°348909, *Droit administratif*, n°11, 2012, comm. 89.

⁹³⁰ V- CE 10 mai., 1996, *SARL La Roustane*, n°142024.

⁹³¹ V- CE, 23 mai., 2012, *RATP*, n°348909.

⁹³² Marion UBAUD-BERGERON, « Pouvoir du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie ? » - note sous CE, 29 oct. 2012, n°341173, *Ville de Tours*, *RJEP*, n°707, 2013, comm.14.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

783. Le domaine public apparaît comme le lieu idéal pour exercer des activités économiques. De ce fait, l'exercice desdites activités constitue une limite à la liberté de gestion du domaine public. En revanche, cette limite est relative, elle n'écarte pas totalement cette liberté. En effet, les restrictions apportées à la liberté de gestion du domaine public par l'exercice des libertés économiques demeurent partielles. Cette liberté de gestion dont dispose l'autorité domaniale ne disparaît pas totalement. En effet, cette idée de réaffirmation de la liberté de gestion, malgré sa remise en cause par le droit de la concurrence et par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, se fonde sur deux arguments.

784. D'abord, l'autorité domaniale, bien que soumise au respect d'une procédure de sélection préalable à l'octroi d'un titre domanial en vue de l'exercice d'une activité économique, demeure libre dans le choix du type de procédure de sélection à mettre en œuvre. C'est le cas de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques qui a « certes instaurée la procédure de sélection préalable à l'octroi des titres domaniaux, mais à reculons et en préservant au maximum la liberté de choix des gestionnaires »⁹³³. En effet, il n'est pas précisé dans ladite ordonnance le type de procédure de sélection à mettre en œuvre lors de la délivrance des titres domaniaux. D'une autre manière, en ne précisant pas laquelle de deux procédures, formalisée ou adaptée, à mettre en œuvre, ni les hypothèses en présence desquelles l'autorité domaniale doit appliquer une procédure particulière, l'ordonnance de 2017 relative à la propriété des personnes publiques n'a fait qu'affirmer « une liberté certaine aux collectivités à ce stade »⁹³⁴. Cette liberté s'explique par le fait que l'autorité domaniale est libre de choisir la procédure de sélection présentant des avantages pour son domaine public.

785. Ensuite, le deuxième argument affirmant le maintien de la liberté de gestion du domaine public se fonde sur l'approche selon laquelle l'autorité domaniale peut refuser l'accès des entreprises sur son domaine sans que cela soit vu comme une atteinte injustifiée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, il est affirmé que l'acte de gestion domaniale demeure insusceptible de nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En conséquence, il s'agit là d'une « affirmation des pouvoirs publics entiers de la

⁹³³ Norbert FOULQUIER, « L'absence de notification de l'identité du bénéficiaire de l'autorisation domaniale après une procédure de sélection » - note sous CE 31 octobre 2017, n°410772, *Sté MB Terrassement Bâtiment*, Lebon, AJDA, 2017, p. 2165.

⁹³⁴ Jean-Marc PEYRICAL - « Convention d'occupation domaniale » - Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 6, n°4860, 2018, pt. 82.

personne publique sur ses biens et donc de sa liberté de gestion »⁹³⁵. Par ailleurs, l'autorité domaniale est tenue de prendre en compte ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de n'y apporter aucune atteinte injustifiée sans motif valable.

786. Bien que le respect du droit de la concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'impose, la liberté de gestion du domaine public ne disparaît pas.

⁹³⁵ Marion UBAUD-BERGERON, « Pouvoirs du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie ? » - note sous CE, 29 octobre 2012, *Ville de Tours*, n°341173, RJEP, n°707, 2013, comm. 14.

CONCLUSION GÉNÉRALE

787. Cette recherche tend à défendre l'idée selon laquelle le maître du domaine demeure libre dans la gestion du domaine public.

788. D'abord, il a été défendu l'argument selon lequel la propriété publique -publique constitue le fondement de cette liberté de gestion dont dispose le maître du domaine. Il a été démontré qu'aujourd'hui encore, cette question de la propriété publique divise la doctrine. Toutefois, le fait qu'aucune réponse n'a été apportée quant à la question de savoir si la propriété publique exercée sur le domaine public est la même que celle exercée sur le domaine privé de l'administration, cette recherche a proposé de diviser cette propriété publique en deux propriétés : la propriété publique – publique et la propriété publique – privée. La première, tout en faisant naître un rapport d'inégalité entre l'administration propriétaire et les personnes privées, fonde la liberté de gestion du domaine public. La raison en est que la personne publique propriétaire du domaine public se dirige à la fois vers la recherche d'un but d'intérêt général et de l'intérêt du domaine public.

789. Plusieurs exemples montrent, en effet, que l'autorité domaniale demeure libre dans la gestion du domaine public. Elle est ainsi libre, par exemple, d'affecter le bien de dépendance du domaine public soit à l'usage de tous soit à un service public. On lit, d'ailleurs, à propos de l'acte d'affectation, que celui-ci est « l'une des prérogatives attachées à la propriété du domaine public »⁹³⁶. On peut aussi prendre l'exemple de la fixation du prix de redevance pour occupation privative du domaine public. Ce principe de redevance manifeste la liberté de gestion de l'autorité domaniale. Cette dernière demeure libre quant aux modalités de fixation du montant mais en même temps, elle a la possibilité de moduler et de réviser le prix de la redevance. Cela dit, ce qui fonde cette liberté de gestion est la propriété publique – publique exercée sur le domaine public. Selon les termes du professeur FOULQUIER, « cette liberté forme le corollaire de son droit de propriété [...]. Le propriétaire du domaine fixe librement le montant des redevances de son bien »⁹³⁷.

790. C'est le cas aussi des autorisations d'occupation du domaine public qui dépendent absolument de l'autorité domaniale. La pratique montre que « le recours fréquent aux autorisations d'occupation privative du domaine public est le moyen pour le propriétaire, ou du moins l'affectataire, de retrouver momentanément le droit d'user et de faire fructifier une

⁹³⁶ André de LAUBADÈRE - Traité de droit administratif, LGDJ, 6^e éd., 1975, p.149.

⁹³⁷ Norbert FOULQUIER - Droit administratif des biens, LexisNexis, 2011, p.299.

partie de son patrimoine »⁹³⁸. Ce propriétaire accorde ces titres de manière libre, dans la mesure où il n'est pas tenu d'en accorder. De la même sorte que le refus d'en accorder ne constitue pas une atteinte injustifiée au principe législatif de la liberté du commerce et de l'industrie⁹³⁹.

791. D'autres arguments prouvent la liberté dont dispose l'autorité domaniale dans la gestion du domaine public. Rappelons que « le droit de propriété publique a dû s'adapter à un certain nombre de contraintes économiques, stratégiques et politiques »⁹⁴⁰, il a fallu, de ce fait, reconnaître aux occupants du domaine public la possibilité de disposer des droits réels qui présentent, pour eux, des bénéfices leur permettant de financer leurs investissements. Toutefois, l'octroi de ces droits réels dépend de l'administration propriétaire.

792. Ensuite, cette recherche a présenté le droit de la concurrence ainsi que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie comme limites à la liberté de gestion du domaine public. Ces limites bouleversent, en effet, la liberté de gestion du domaine public, en ce qu'elles obligent l'autorité domaniale de respecter ce droit de la concurrence et ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Toutefois, cette limite n'écarte pas totalement la liberté de gestion du domaine public. Il a été avancé, par exemple, que le droit positif de la domanialité oblige l'autorité domaniale d'organiser une procédure de sélection préalable à la délivrance des titres domaniaux en vue d'une exploitation économique, en revanche, ce droit « ne définit pas avec précisions les modalités de cette procédure. L'autorité administrative dispose d'un large pouvoir dans leur détermination, ce qui rappelle la procédure adaptée applicable aux marchés publics »⁹⁴¹. Il en va de même pour le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui ne fait pas obstacle à l'exercice de la liberté de gestion du domaine public.

⁹³⁸ Julien SOULIÉ - « Le domaine public : une catégorie juridique protégée ? » - RFDA, 2003, p. 903.

⁹³⁹ Les arrêts du Conseil d'État, *RATP* et *Ville de Tours*, rendus en 2012 précisent que « la décision de délivrer ou non une telle autorisation (...) n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ».

⁹⁴⁰ Stéphane BRACONNIER - *Droit public de l'économie*, PUF, 1^e éd., 2015, p.231.

⁹⁴¹ Jean-Gabriel SORBARA – « La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 » - RFDA, 2017, p.705.

BIBLIOGRAPHIE

- I- OUVRAGES, TRAITÉS ET MANUELS
 - II- THÈSES
 - III- RAPPORTS ET ACTES DU COLLOQUE
 - IV- ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES
 - V- ARTICLES
 - VI- NOTES, COMMENTAIRES ET CONCLUSIONS
 - VII- AUTRES
-

I. OUVRAGES, TRAITÉS ET MANUELS

AMIET (P) - *L'antiquité orientale. Que sais-je?* PUF, 2017.

AUBY (J-M), BON (P), AUBY (J-B), TERNEYRE (P) - *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Précis, 7^e ed., 2016.

AUBY (J-M), BON (P), AUBY (J-B), TERNEYRE (P) - *Droit administratif des biens*, Dalloz, 6^e ed., 2011.

BERTHÉLEMY (H) - *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 2^e ed., 1902.

BLOCK (M) - *Dictionnaire de l'administration française*, Berger-Levrault, 2^e ed., 1891.

BONNARD (R) - *Précis de droit administratif*, LGDJ, 4^e ed., 1943.

BOURDON (P), MORAND-DEVILLER (J), POULET (F) - *Droit administratif des biens*, LGDJ, 10^e ed., 2018.

BOUSSARD (S), BERRE (Ch le) - *Droit administratif des biens*, LGDJ, 2014.

BRACONNIER (S) - *Droit public de l'économie*, PUF, 1^e ed., 2015.

BRARD (Y) - *Domaine public et domaine privé, 10 ans de jurisprudence commentée 1991-2001*, Litec, 2002.

CABRILLAC (R) - *Introduction général au droit*, Dalloz, 12^e ed., 2017.

CHAPUS (R) - *Droit administratif général*, Montchrestien, 3^e ed., 1988, t.2.

CHAPUS (R) - *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e ed., 2002, t.2.

CLERGERIE (J-L), GRUBER (A) - *L'Union Européenne*, Dalloz, coll. Précis, 11^e ed., 2016.

CORNU (G) - *Vocabulaire juridique*, PUF, 3^e ed., 1992.

DEBBASCH (C), BOURDON (J), PONTIER (J-M), RICCI (J-C) - *Droit administratif des biens*, PUF, 1994.

DEGOFFE (M), GODFRIN (Ph) - *Droit administratif des biens*, Sirey, coll. Université, 12^e ed., 2018.

DEGOFFE (M), GODFRIN (Ph) - *Droit administratif des biens*, Sirey, 11^e ed., 2015.

DELAUNAY (B) – *Droit public de la concurrence*, LGDJ, Coll. Manuel, 2^e éd., 2018.

DELVOLVÉ (P) - *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.

DELVOLVÉ (P) - *Le droit administratif. Connaissance du droit*, Dalloz, 5^e ed., 2010.

DENIZEAU (S) - *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Dyna'sup droit, 2008.

DOMAT (J) - *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Librairie ordinaire du roi, 2^e ed., 1689, t.1.

DUCROCQ (T) - *Cours de droit administratif*, Ernest Thorin, 6^e ed., 1881, t.2.

DUFAU (J) - *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^e ed., 2001.

DUGUIT (L) - *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing, 2^e ed., 1923, t.3.

FABRÈGUES (M de) - *Introduction à la gestion*, Dalloz, 2^e ed., 2012.

FOULQUIER (N) - *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 2011.

FOULQUIER (N) – *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. Manuels, 4^e éd., 2018.

- FRANCK (A) - *Dictionnaire des sciences philosophiques*, Hachette, 1875.
- FRIER (P-L), PETIT (J) - *Droit administratif*, LGDJ, 12^e ed., 2018.
- FRISON-ROCHE (M-A), PAYET (M-S) - *Droit la concurrence*, Dalloz, 1^e ed., 2018.
- GAUDEMET (Y) - *Droit administratif des biens*, LGDJ, 15^e ed., 2014, t. 2.
- GIRARD (P-F) - *Manuel élémentaire de droit romain et en droit français*, Rousseau, 4^e ed., 1906.
- GODFRIN (P) - *Droit administratif des biens*, Armand Colin, 5^e ed., 1997.
- GONOD (P), MELLERAY (F), YOLKA (Ph) - *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 2.
- HAURIOU (M) - *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Larose, 1899.
- HAURIOU (M.) - *La science sociale traditionnelle*, Larose, 4^e ed., 1896.
- HAURIOU (M) - *Précis de droit administratif*, Larose, 8^e ed., 1913.
- HAURIOU (M) - *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^e ed., 1933.
- HAURIOU (M) - *Précis du droit administratif et du droit public*, Sirey, 10^e ed., 1921.
- HILAIRE (J) - *Histoire du droit*, Dalloz, 14^e ed., 2017.
- ISRAËL (J-J) – *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ, coll. Manuel, 1998.
- JOBBE-DUVAL (E) - *L'enseignement du droit romain: Son utilité, son état actuel*. Marescq Ainé, 1904.
- LAUBADÈRE (A de) - *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e ed., 1975.
- LAUBADÈRE (A de) – *Traité de droit administratif*, LGDJ, 7^e ed., 1980, t.2.
- LAVELEYE (E de) - *De la propriété et ses formes primitives*, Félix Alcan, 4^e ed., 1891.
- LOVISI (C) - *Introduction Historique au droit*, Dalloz, 5^e ed., 2016.
- LOMBARD (M), DUMONT (G), SIRINELLI (J) - *Droit administratif*, Dalloz, 11^e ed., 2015.

MALAURIE-VIGNAL (M) - *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 7^e ed., 2017.

MORAND-DEVILLER (J) - *Droit administratif des biens*, LGDJ, coll. Cours, 9^e ed., 2016.

NICINSKI (S) - *Droit public des affaires*, LGDJ, 6^e ed., 2018.

PEISER (G) - *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Mémentos, 2015.

PIQUEMAL (M) - *Droit des servitudes administratives: Les servitudes traditionnelles*. Berger Levrault, 1967.

PLANCHE (L de la) - *Mémoires sur les matières domaniales ou traité du domaine*, Desaint&Saillant, 1764, t. 1.

PROUDHON (J-B-V) - *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Victor Lagier, 1833, t. 1.

RAPP (L), TERNEYRE (Ph) - *Lamy droit public des affaires*, Wolters Kluwer, 2016.

RICHER (L), LICHÈRE (F) - *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10^e ed., 2016.

ROBERT (J), DUFFAR (J) - *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 8^e ed., 2009.

ROUX (Ch) – *Droit administratif des biens*, Dalloz, coll. Mémentos, 1^e éd., 2019.

SABOURET (D.C de) - *Dictionnaire élémentaire du droit*, Dalloz, 2^e ed., 2016.

SALEILLES (R) - *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Larose, 1889.

SORBARA (J-G) - *Manuel de droit administratif des biens*, PUF, 2016.

TRAORÉ (S) - *Droit des propriétés publiques*, Vuibert, 2008.

VEDEL (G) - *Le droit administratif*, PUF, 1992, t. 1.

WALINE (J) - *Droit administratif*, Dalloz, 26^e ed., 2016.

YOLKA (Ph) - *Droit des biens publics*, LGDJ, 1^e ed., 2018.

II. THÈSES

ALHAMA (F) – *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques*, Dalloz, Nouvelle Bibl. de Thèse, Volume 171, 2018.

ANTOINE (A) - *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 261, 2009.

BERNARD (L) - *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, Thèse, Aix-Marseille, 1910, dact.,.

BERNARD (S) - *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 218, 2001.

BETTIO (N) - *La circulation des biens entre personnes publiques*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 265, 2011.

BROUANT (J-Ph) – *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse, Paris I, 1995.

CAMUS (A) – *Le pouvoir de gestion du domaine public*, Thèse, Nanterre, 2013.

CHAMARD - HEIM (C) - *La distinction des biens publics et des biens privés: contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, Nouvelle Bibl. de Thèse, 2004.

CHOUQUET (M) – *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, LGDJ, Thèse, Bibl. de droit public, Tome 295, 2017.

COMELLAS (S) - *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales : réflexions sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, L'harmattan, 2014.

FATÔME (E) - *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous: recherches sur son fondement et son étendu*, Thèse, Caen, 1974, dact.,.

GARBOULEAU (P) - *Du domaine public en droit romain et en droit français*, Durand, 1859.

GAUDEMAR (H) - *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse, Paris II, 2006, dact.,.

GIACUZZO (J-F) – *La gestion des propriétés publiques en droit français*, LGDJ, Thèse, Bibl. de droit public, Tome 283, 2014.

GILBERT (S) - *Le juge judiciaire, gardien de la propriété privée immobilière*, Mare&Martin, 2011.

LENOIR (Y) - *Les domaines de l'Etat et des autres personnes publiques*, SIREY, 1966.

MAMONTOFF(C) - *Domaine public et entreprises privées: la domanialité publique mise en péril par le marché*, L'Harmattan, 2003.

MOUNAYER (N) - *Le régime de la Terre en syrie, Etudes historiques, juridiques et économiques*, LGDJ, 1929.

MAROGER (G) - *L'affectation à l'usage du public des biens des patrimoines administratifs*, Sirey, 1942.

MAUBLANC (J-V) – *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, Thèse, LGDJ, Tome 311, 2019.

MOYSAN (H) - *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 219, 2001.

RIGAUD (L) - *Le droit réel: histoire et théorie, son origine institutionnelle*, Nauze, 1912.

ROUX(C) - *Propriété publique et droit de l'union européenne*, LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 290, 2015.

SCHMALTZ (B) - *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, Volume 160, 2016.

TARLET (F) – *Les biens publics mobiliers*, Dalloz, Nouvelle Bibl. de Thèse, Volume 170, 2017.

YOLKA (Ph) - *La propriété publique. Élément pour une théorie*, Thèse. LGDJ, Bibl. de droit public, Tome 191, 1997.

III. RAPPORTS ET ACTES DU COLLOQUE

FOULQUIER (N) – *La consistance des droits des occupants du domaine public*, colloque du 10 janvier 2020, organisé par le GRIDAUH, Intitulé « Hommage au professeur Étienne FATÔME », *RFDA*, 2020, p.926.

GIACCUZZO (J-F) - *La propriété des personnes publiques*, Actes du colloque des 15, 16 et 17 juin 2016, portant sur les controverses en droit administratif. In *AFDA, Dalloz*, 2017, p. 105.

ISRAËL (J-J) - *activité économique et domaine public*, Actes du colloque des 20 et 21 septembre 1990 organisé par la faculté de droit de Paris Saint-Maur, *n°hors série des CJEG, 1991*.

Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, Publié au JO, le 22 avril 2006.

Rapport du président de la République relatif à l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, *JORF*, n°0093, 20 avril 2017, Texte n°7.

Rapport Public - *Collectivité publique et concurrence*, Etudes & Publications - Rapports & Etudes, 2002, Site Du Conseil d'Etat.

RICHER (L) - *Les bases constitutionnelles du droit du domaine public*, colloque du 10 janvier 2020, organisé par le GRIDAUH, intitulé " Hommage au professeur Étienne FATÔME", *RFDA*, 2020, p.918.

SAUVE (J-M) - *la transparence favorise l'efficacité de l'administration, Transparence et efficacité de l'action publique*, Assemblée générale de l'inspection générale de l'administration, 2017, *Conseil d'État.fr*.

SAUVE (J-M) - *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, Actes du colloque du 6 juillet 2011 organisé par le Conseil d'État à l'École nationale d'administration, dans le cadre des entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique. *Conseil d'État.fr*.

SCHMALTZ (B) - *La propriété publique*, Actes du colloque des 15,16 et 17 juin 2016 portant sur les Controverses en droit administratif,. In *AFDA, Dalloz*, 2017, p. 117.

SEILLER (B) - *L'exorbitance des actes administratifs unilatéraux*, Actes du colloque des 11 et 13 décembre 2003, organisé par l'institut de droit public et la faculté de Droit de Poitiers, *LGDJ*, 2003, p. 110.

TARLET (F) - *Les acteurs de la propriété publique*, Actes du colloque des 13-14 juin 2019, portant sur la Propriété publique, In *AFDA, Dalloz*, 2020, p.61.

YOLKA (P)- *Personnalité publique et patrimoine*, Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007, Colloques et Débats, In *AFDA, Litec.Coll*, 2007, p. 35.

IV. ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES

ALBERT (J-L) - « Les redevances » - *Encyclopédie des collectivités territoriales, Chapitre 1, 2003.*

ALLAIRE (F) - « Marché public : Procédure » - *Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 3, Folio n°3020, n°124, 2017.*

ATIAS (Ch), GRIMONPREZ (B) - « Bornage » - *Répertoire de droit immobilier, Dalloz, n°2, 2016.*

BACHELIER (G) - « Contentieux du domaine public » - *Dalloz Professionnels pratique du contentieux administratif, n°377, 2018.*

BACHELIER (G) - « Contentieux du domaine public » - *Dalloz Professionnels Pratique du contentieux administratif, n°510, 2017.*

BAUBONNE (M) - « Les ressorts de la valorisation optimale des ressources du domaine public. Brèves observations autour des pistes ouvertes par la jurisprudence administrative » - *Contrats et Marchés publics, n°10, 2016, étude 7.*

BETTIO (N) - « domaine de collectivités locales, règles communes (affectation des biens) » - *Répertoire du droit immobilier, Dalloz, n°67, 2016.*

BLAISE (J-B) - « Entente » - *Répertoire de droit européen, Dalloz, n°58, 2016.*

BOT (O le) - « Contentieux des services publics » - *Dalloz Professionnels Pratique du contentieux administratif, Dossier 470, n°660, 2015.*

BOUSSARD (S) - « Autorités publiques et exploitation commerciale de la voirie publique » - *JCP A, LexisNexis, n°29-33, 2016, p. 2.*

BRACONNIER (S), DEJOUX (M), COULANGE (J) - « Occupation du domaine public : Les modalités concrètes de publicités des autorisations d'occupation temporaire du domaine public » - *Contrats et Marchés publics, n°3, 2018.*

BRÉCHON-MOULÈNE (C) - « Marchés publics » - *Répertoire de droit international, Dalloz, n°38, 1998.*

CLAMOUR (G), DESSTOURS (S) - « Droit de la concurrence. Droit public de la concurrence » - *Jurisclasseur Collectivités territoriales, n°1, Fasc.724-20, 2014.*

CLAMOUR (G) - « Droit de la concurrence. Droit de la concurrence publique » - *Jurisclasseur Collectivités territoriales, n013, Fasc.571, 2018.*

COURIVAUD (H) - « Marché et Halles » - *Répertoire de droit commercial, Dalloz, n°88, 2016.*

DAMAREY(S) - « Mise à disposition de locaux et de matériels publics » - *JurisCorpus Droit des associations et fondations, Œuvre collective sous la direction de Philippe-Henri DUTHEIL, n°38.10, 2016* .

DUTRIEUX(D) - « Domaine. Domaine public des personnes publiques.-Définition. Consistance. Constitution. Protection » - *Jurisclasseur Enregistrement Traité, n°3, Fasc.20, 2011*.

FIENBERG (M.S) - « Gestion de l'immobilier » - *Juris Corpus Droit des associations et fondations, Œuvre collective sous la direction de Philippe-Henri DUTHEIL, n°24.36,2017*.

FRIER (P-L) - « Vice de forme » - *Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, n°69, 2004*.

GAUDEMAR (H de), YOLKA (Ph) - « Domaine public et servitudes », Fasc.406-11, n°7 . *Jurisclasseur Administratif, n°7,Fasc.406-11, 2012*.

GAUDEMAR (H de) - « Conservation du domaine public » - *Jurisclasseur Propriétés Publiques, n°4, Fasc.62, 2012*.

GENEVOIS (B), GUYOMAR (M) - « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique » - *Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, n°437, 2018*.

GIACCUZZO (J-F) - « Domaine public, Règles générales d'utilisation : utilisation compatible » - *Jurisclasseur Contrats et marchés publics, n°19, Fasc.512, 2016* .

GUIBAL (M) - « Commerce et industrie » - *Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2003*.

HANSEN (P). (2018) - « Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics » - *Jurisclasseur Propriétés publiques,n°43, Fasc.77-50, 2018*.

KOVAR (J.P) - « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? » - *Droit administratif, n°12, Étude 18, 2007*.

KOVAR (R) - « Droit de propriété » - *Répertoire de droit européen, Dalloz, n°1, 2007*.

LAJOYE (C) - « Patrimoine des collectivités territoriales » - *Jurisclasseur collectivités territoriales, n°106, Fasc. 865, 2009*.

LAVROFF (D.G) - « Domaine des collectivités locales, règles communes (régime juridique des biens domaniaux) » - *Répertoire de droit immobilier, Dalloz, 2008, p.356*.

LAVROFF(D.G). (2007). « Le domaine des collectivités locales ». *Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, 2007*.

Lavroff, D. G - « Le régime juridique des biens domaniaux » - *Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 3, 2008, p. 357*.

LIBCHABER (R) - « Biens » - *Répertoire de droit civil, Dalloz, n°4, 2016*.

PAILLARD (C) - « Collectivités propriétaires » - *Jurisclasseur Propriétés Publiques*, n°1, 2018.

PEYRICAL (J-M) - « Contrat des collectivités territoriales, Marché public » - *Encyclopédie des collectivités locales*, n°201, 2017.

PEYRICAL (J-M) - « Convention d'occupation domaniale » - *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 6, n°82, 2018.

PICARD (M) - « Concurrence » - *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, n°31, 2005.

RAUNET (M), LÉONETTI (R) - « Domaine public : L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques » - *La semaine juridique notariale et immobilière*, n°7, 2017.

ROLIN (F) - « Adaptée, vous avez dit procédure adaptée? » - in IDPA (dir.), Florilèges du droit public, Recueil de Mélanges en l'Honneur de Jean-Pierre BOIVIN, La Mémoire du Droit, 2012, p.221.

ROUX(C) - « Propriété publique et droit de l'Union européenne » - *Jurisclasseur Propriétés publiques*, n°34, Fasc.7, 2015.

ROUX (M le) - « Délimitation du domaine public » - *Jurisclasseur Propriétés publiques*, Fasc.5, 2012, p.3.

ROUX (M le) - «Délimitation du domaine public» - *Jurisclasseur Administratif*, Fasc.405-24, 2012, p.1.

SABIANI (F) - « Dommages de travaux publics : Condition d'indemnisation » - *Dalloz Action droit de la construction*, Oeuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dossier 281,2019.

SEILLER (B) - « Acte administratif: identification - notions » - *Répertoire du contentieux administratif*, 2015, pt.100.

SERIAUX(A) - « La propriété » - *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°43 2016.

SOLER-COUTEAUX (P), LLORENS (F) - « Propriété des personnes publiques- Un an de droit de la propriété des personnes publiques » - *Contrats et Marchés publics*,n°12, 2013, p. 20.

TERNEYRE (P) - « Intervention économique » - *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, n°77,2018.

THERY (P) - « Voies d'exécution » - *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°8, 2013.

TIFINE (P) - « Domaines » - *Jurisclasseur Administratif*, Synthèse 190, 2018, pt.42.

VIDELIN (J-C) - « Gestion des propriétés publiques » - *Jurisclasseur Propriétés publiques*, Synthèse, 2020, pt.3.

VILA (J-B) - « Contrat de délégation de service public, Passation » - *Répertoire de droit immobilier, Dalloz, n°65, Chapitre 2, 2017.*

VINCENT (J-Y) - « La motivation de l'acte administratif » - *Jurisclasseur Administratif, n°4, 2014.*

YOLKA (P) - « Distinction du domaine public et du domaine privé » - *Juriclasqueur Propriétés publiques, n°18, Fasc.10, 2009.*

ZATTARA-GROS (A-F) - « Conv.EDH, Protocole 1, Art. 1 : Droit de propriété » - *Répertoire de droit européen, Dalloz, n°3, 2014.*

V. ARTICLES

AGLAE (M-J) - « La loi du 25 juillet 1995 complétant le code du domaine public de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public » - *Petites affiches, 1994, n°155.*

AMADEI (J-P) - « Domanialité publique, propriété administrative et affectation à la lumière de la décentralisation » - *AJDI, 1996, p. 981.*

ANDREANI (J) - « Aménagement indispensable et portée de l'obligation de déclassement » - *AJDA, 2008, p. 2338.*

AUBY (J.-B) - « Incompatibilité de la domanialité publique et de la copropriété » - *RDI, 1994, p. 487.*

BACHELIER (G) - « Les Habits particuliers de la propriété des personnes publiques. Dossier: la propriété » - *Justice&Cassation, 2015, p. 13.*

BALLANDRAS-ROZET (C) - « L'aménagement indispensable, un critère discutable du domaine public » - *AJDA, 2007, p. 571.*

BERLIN (D) - « Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence » - *AJDA, 1995, p. 259.*

BERNARDI (E-L) - « Publicité et mise en concurrence : quel type de procédure mettre en place en pratique, dans quel cas ? » - *AJCT, 2017, p. 489.*

BERNARDI (E-L) - « Valorisation du domaine des collectivités territoriales : Où en sommes-nous ? » - *AJCT, 2016, p. 608.*

BIOY(X) - « La propriété éminente de l'Etat » - *RFDA, 2006, p. 963.*

BOLZE (C) - « La notion d'entreprise en droit communautaire » - *RJ.Com*, 1993, n° spécial., p. 1987.

BOREL (J-P) - « le point sur l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques » - *AJDI*, 2017, p. 828.

BRACONNIER (S) - « Retour sur quelques questions intéressant les opérations immobilières des personnes publiques » - *RDI*, 2018, p.8.

BRARD (Y) . (1999). « Redevance pour occupation du domaine public : certitudes et incertitudes de la jurisprudence » - *Dalloz*, 1999, p. 19.

BROUANT (J-Ph), FOULQUIER (N) - « Les pouvoirs de contrôle du gestionnaire du domaine sur les activités des occupants » - *AJDA*, 2013, p. 351.

CANEDO-PARIS (M) - « Irréductible principe d'inaliénabilité du domaine public » - *AJDA*, 2010, p. 1311.

CAR (J-C) - « Les servitudes sur le domaine public : quel statut » -*AJDA*, 2016, p. 1413.

CHAPUS (R) - « Activités des personnes publiques, droit de la concurrence et compétence juridictionnelle » - *RFDA*, 1989, p. 86.

CHARBIT (N) - « L'application du droit de la concurrence au domaine public : affrontement sur la voie publique » - *RTD.Com*, 2004, p. 47.

CHAVRIER(G) - « Établissement public de santé, logique économique et droit de la concurrence » - *RDSS*, 2006, p. 274.

CHAZAL(J-P) - « La propriété : Dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser ?» - *RTDCiv*, 2014, p. 769.

DAMAREY(S) - « Nouvelles règles de la commande publique » - *Juris Associations*, n°576, 2018 , p. 15.

DELVOLVÉ (P) - « Les libertés économiques » - *RFDA*, 2017, p. 33.

DELVOLVÉ (P) - « L'utilisation privative des biens publics » - *RFDA*, 2009, p. 229.

DELVOLVÉ (P) - « Le code général de la propriété des personnes publiques : regard extérieur sur le code » - *RFDA*, 2006, p. 899.

DELVOLVÉ (P) - « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : L'incohérence » - *RDI*, 2010, p. 584.

DENIS (B) - « Occupation du domaine public des personnes publiques : gare à la concurrence » - *Juris Associations*, n°576, 2018, p. 29.

DERUY (L), MANDELKERN (D) - « Rapport du groupe de travail, Valorisation des propriétés publiques » - *Les Petites affiches*, n°147, 2004.

DIDRICHE (O) - « La délivrance des titres d'occupation du domaine public » - *AJCT*, 2011, p. 555.

DISTEL (M) - « La réforme des marchés d'intérêt national » - *AJDA*, 2006, p. 2263.

DJOUDI (J) - « Servitudes » - *RDI*, 2016, p. 64.

DUFAU (J) - « Propriété publique et domanialité publique » - *AJDA*, n°25, 2012, p. 1381.

FATÔME (E) - « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public » - *AJDA*, 2003, p.1192.

FATÔME (E), LAFAIX (J-F) - « Attribution et consolidation des titres d'occupation du domaine public » - *AJDA*, 2017, p.611.

FATÔME (E), RAUNET (M) - « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : Le BEA de valorisation » - *AJDA*, 2010, p. 2475.

FATÔME (E), TERNEYRE (Ph) - « Droits réels sur le domaine public de l'État : Clarification ou multiplication des interrogations » - *AJDA*, 1995, p. 905.

FARGE (H) - « propriété » - *Justice&Cassation*, 2015, p. 5.

FEVROT (O) - « La volonté de mieux exploiter son domaine public justifie qu'on mette fin à son occupation » - *RDI*, 2011, p. 657.

FLEURY (B) - « R...Comme redevance d'occupation du domaine public » - *Juris Associations*, n°497, 2014, p. 54.

FOULQUIER (N) - « Le renouvellement des titres domaniaux : la priorité à l'occupant » - *AJDA*, 2017, p. 1232.

FOURNIER (A), JACQUOT (H) - « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public » - *AJDA*, 1994, p. 759.

GAUDEMET (Y) - « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques » - *RDP*, 2012, p. 1223.

GAUDEMET (Y) - « Actualité sur la dissociation des droits sur le sol en droit public » - *RDI*, 2009, p. 8.

GAUDEMET (Y) - « Les droits réels sur le domaine public » - *AJDA*, 2006, p. 1094.

GIACUZZO (J-F) - « L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques » - *Constitutions*, 2017, p. 421.

GONZALEZ (G) - « Domaine public et droit de la concurrence » - *AJDA*, 1999, p. 387.

HAMONIAUX (T) - « L'autorité publique nationale entre souveraineté de l'État et intégration communautaire » - *Les petites affiches*, n°42, 2002, p. 10.

HECKENROTH (J-L) - « Occupation du domaine public : Maîtriser la mise en concurrence des titres domaniaux » - *Contrats et Marchés publics*, n°10, 2017, p. 9.

HOURQUEBIE (F) - « Les servitudes conventionnelles sur le domaine public » - *RFDA*, 2007, p. 1165.

ISRAËL (J-J) - « Droit de la concurrence et des personnes publiques : les actes administratifs ne relèvent pas du contentieux spécial de la concurrence mais du juge administratif qui peut appliquer le droit de la concurrence » - *Dalloz*, 1990, p. 418.

JACQUOT (H) - « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public » - *AJDA*, 1994, p. 759.

JUEN (P) - « la compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels » - *RDI*, 2000, p. 12.

LAGET-ANNAMAYER (A) - « Occupation du domaine public et intérêt général : d'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action » - *AJDA*, 2003, p. 890.

LANGELIER (E) - « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens » - *RDP*, 2011, p. 1493.

LAVAL (N) - « Développement économique et domaine public » - *Les petites affiches*, 1997, p. 13.

LE BERRE (CH) - « La valeur économique en droit public » - *AJDA*, 2017, p. 2343.

LEGAL (H) - « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques » - *AJDA*, 2007, p. 949.

LEMASURIER (J) - « Vers une démocratie administrative, du refus d'informer au droit d'être informé » - *RDP*, 1980, p. 1239.

LOMBARD (F) - « Aux origines de l'ordonnance du 19 avril 2017 imposant l'obligation d'une procédure de sélection préalable à l'attribution des titres domaniaux ». - *AJCT*, 2017, p. 480.

LOMBARD (M) - « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques » - *Dalloz*, 1994, p. 183.

LLORENS (F), SOLER-COUTEAUX (P) - « Les occupations privatives du domaine public : Un espoir déçu » - *RFDA*, 2006, p. 935.

MAÏA (J) - « Les nouvelles dispositions sur les contrats de la commande publique » - *RFDA*, 2016, p. 196.

MARKUS (J-P) - « La réception parachevée du droit de la concurrence par le juge administratif » - *Recueil Dalloz*, 2000, p. 204.

MARTHINET (L) - « Questions sur les archives publiques : propriété, imprescriptibilité, revendication, accès » - *RFDA*, 2019, p. 1085.

MATHIEU (G) - « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques » - *Dalloz*, 1995, p. 27.

MAUGÜÉ (C), BACHELIER (G) - « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publique » - *AJDA*, 2006, p. 1073.

MAUGÜÉ (C), TERNEYRE (PH) - « Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPPP » - *AJDA*, 2017, p. 1606.

MELLERAY (F) - « L'exorbitance du droit administratif en question » - *AJDA*, 2003, p. 1961.

MELLERAY (F) - « L'exploitation du domaine public » - *RJEP*, n°636, 2006, p. 10056.

MELLERAY (F) - « L'utilisation privative du domaine public » - *AJDA*, 2013, p. 992.

MONDOU (J) - « Refus d'autorisation » - *Jurisport*, n°189, 2018, p. 46.

MONPION (A) - « le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de liberté du commerce et de l'industrie ? » - *AJDA*, 2008, p. 232.

MORAND-DEVILLER (J) - « Domaine public, affectation, copropriété » - *RDI*, 1995, p. 678.

NICINSKI (S) - « La délivrance des autorisations d'occupation du domaine public et le droit de la concurrence » - *AJDA*, 2005, p. 200.

NICINSKI (S) - « Lease américain, équipement public et droit administratif » - *AJDA*, 2001, p. 538.

NICINSKI (S), JEANNENEY (P-A) - « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation » - *AJDA*, 2009, p. 1812.

PASTRE-BELDA (B) - « L'effectivité des garanties procédurales de l'occupant sans titre du domaine public » - *AJDA*, 2011, p. 2325.

PERROUD (T) - « Le gestionnaire du domaine public peut-il fixer le montant de la redevance d'occupation ? » - *AJDA*, 2012, p. 1680.

PIETRI (G), BERNIS (Ch de) - « Les virtualités du système des droits réels mis en place par la loi du 25 juillet 1994 : Des montages habiles mais risqués » - *Les Petites affiches*, n°142, 1998, p. 4.

RACLET (A) - « Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales » - *Dalloz*, n°117, 2002.

RAPP (L) - « Entrée et sortie des biens (la propriété choisie) » - *RFDA*, 2006, p. 916.

RÉZENTHEL (R) - « Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public » - *AJDA*, 2001, p. 1025.

RICHER (L) - « Notion d'activité économique » - *AJDA*, 1999, p. 532.

ROMBAUTS - CHABROL - « Occupation du domaine public et mise en concurrence : focus sur la procédure simplifiée » - *AJCT*, 2017, p. 486.

ROUAULT (M-C) - « La constitution de droits réels sur le domaine public » - *RDI*, 1995, p. 27.

SORBARA (J-G) - « La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 » - *RFDA*, 2017, p. 705.

TARLET (F) - « L'application du droit privé aux propriétés publiques » - *AJDA*, 2021, p.69.

TARLET (F) - « Les manuscrits de Londres 1940: un grand absent, le CGPPP » - *AJDA*, 2018, p.2209.

TARLET (F) - « L'image des biens publics » - *AJDA*, 2017, p.2069.

UBAUD-BERGERON (M) - « Pouvoirs du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie » - *RJEP*, 2013, p. 707.

VAUTROT-SCHWARZ (C) - « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale » - *AJDA*, 2009, p. 568.

VERPEAUX (M) - « La liberté » - *AJDA*, 1998, p. 144.

WAGENER (N) - « Patrimoine mobilier -Domaine public- Revendication de biens culturels passés en mains privées » - *Juris art etc*, 2016, n°32, p.14.

YOLKA (Ph) - « Les droits réels sur le domaine public » - *AJDA*, 2016, p. 1798.

ZENATI-CASTAING (F) - « La propriété : Mécanisme fondamental du droit » - *RTDCIV*, 2006, p. 445.

VI. NOTES, CONCLUSIONS ET COMMENTAIRES

AUBY (J-B) - « Constitue une contravention de grande voirie le fait de violer une servitude instituée au profit du domaine public » - note sous TA Poitiers, 12 avril 1992, Préfet de la Vienne, n°911375. *RDI*, 1993, p. 353.

AUBY (J-B) - « Protection de la propriété publique et convention européenne des droits de l'homme » - note sous CEDH, 9 décembre 1994, n° 10/ 1993, *RDI*, 1996, p. 359.

BERGEAL (C) - « La candidature d'une personne publique à un contrat » - Conclusion Sur CE, 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne de services d'eau. *RFDA*, 2001, p. 106.

BERGEAL (C) - Conclusions sur CE, Avis., 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants. *RFDA*, 2001, p. 113.

BRACONNIER (S) - « Domaine public : liberté du commerce et de l'industrie réhabilitée, mais bridée » - note sous CE, 23 mai 2012, n°348909, RATP, *AJDA*, 2012, p. 1129.

BRACONNIER (S), NOGUELLOU (R) - « L'affaire Jean Bouin » - note sous CE, 3 déc.2010, Ville de Paris, n°338272. *RDI*, 2011, p. 162.

BRENET (F) - « Liberté du commerce et de l'industrie et autorisation d'occupation du domaine public » - note sous CE, 23 mai 2012, RATP, n°112012, comm. 89. *Droit administratif*.

COLLIN (P) - Conclusion sur CE, 30 juin 2004, n°250124, *Revue juridique de l'entreprise publique*, 2004.

DEGOMMIER (S) - « Liberté du commerce et de l'industrie et gestion des musées » - note sous CAA Nantes, 4 mai 2010, EURL Photo Josse, *AJDA*, 2010, p. 1475.

DELVOLVÉ (J) - Conclusion Sur CE, 17 février 1950, Dame Lamotte. *RDP*, 1951, p. 478.

DONNAT (F), CASAS (D) - « Obligations de la juridiction administrative saisie d'une question préjudicielle renvoyée à elle par l'autorité judiciaire » - note sous CE, 17 octobre 2003, n°247747, Syndicats des copropriétaires de la résidence Atlantis. *AJDA*, 2003, p. 2028.

DROSS (W) - « Les servitudes administratives sont-elles d'intérêt privé ? » - note sous Cass. Ch. Civ., 24 mars 2015, n°14-14.296. *RTD Civ*, 2015, p. 656.

FATÔME (E), LAFAIX (J-F) - « Attribution et consolidation des titres d'occupation du domaine public : Retour sur l'arrêt Communauté Urbaine de Marseille-Provence-Métropole » - note sous CE, 11 mai 2016, n°390118, Communauté Urbaine Marseille-Provence-Métropole. *AJDA*, 2017, p. 611.

FÉVROT (O) - « Critère de l'aménagement indispensable et application de la loi dans le temps » - note sous CAA Lyon, 29 avril 2008, Société Boucherie André, n°07LY02216. *RDI*, 2008, p. 552.

FÉVROT (O) - « La volonté de mieux exploiter son domaine public justifie qu'on mette fin à son occupation » - note sous CE, 23 mai 2011, EPAD. *AJDA*, 2011, p. 1115.

FOULQUIER (N) - « Les occupants de la propriété publique et la Covid 19. Une protection infectée de deux incompétences législatives » - *RDI*, 2020, p.364.

FOULQUIER (N) - « L'absence de notification de l'identité du bénéficiaire de l'autorisation domaniale après une procédure de sélection » - note sous CE, 31 octobre 2017, n°410772, Sté MB Terrassements Bâtiments. *AJDA*, 2017, p. 2165.

FOULQUIER (N) - « La compatibilité, sous réserve, de la procédure d'alignement avec la constitution » - note sous Cons. Const., 2 décembre 2011, déc. n° 2011-201 QPC . *RDI* , 2012, p. 170.

FOULQUIER (N) - « gestion du domaine public et droit de la concurrence : Acte 2, 14 ans après » - note sous CE, 23 mai 2012, RATP, n°348909,. *RDI* , 2012, p. 566.

FOULQUIER (N) - « Les servitudes conventionnelles sur le domaine public, constituées antérieurement au code général de la propriété des personnes publiques » - note sous CE, 26 février 2016, Syndicat des copropriétaires de l'immeuble le Mercure. *RDI* , 2016, p. 284.

GAVALDA (C), LEYSSAC (CL) - « Le droit de la concurrence est-il applicable aux personnes publiques ? » - note sur TC, 6 juin 1989, Ville de Pamiers. *Recueil Dalloz* , 1990, p. 101.

GIACUZZO (J-F) - « Les droits réels consentis sur le domaine public : Des nouvelles précisions » - notes sur CE, 11 mai 2016, N°390118, Association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer . *DALLOZ* , 2016.

GIACUZZO (J-F) - « Nouvelles précisions sur le régime constitutionnel des servitudes administratives » - note sous Cons. Const., 2 février 2014, déc. n°2015-518 QPC . *AJDA* , 2016, p. 176.

GONDOUIN (G) - « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public » - note sous Cons. Const., 21 juillet 1994, déc. n° 94-346 DC, . *AJDA* , 1994, p. 786.

HANSEN (P) - « L'intérêt financier gestionnaire est-il encore un motif de résiliation d'un titre d'occupation du domaine » - note Sous CAA Paris, 2 avril 2009, Sté Veolia Eau. *AJDA* , 2009, p. 2292.

HAURIOU (M) - «Caractère d'établissement public des associations syndicales de propriétaires » - note sous TC, 9 décembre 1899, Association syndicale du canal du Ginac, S.1900, N°11062. *RGD*, 2013.

HAURIOU (M) - « La nature du droit appartenant au concessionnaire du domaine public sur sa concession : le droit réel administratif » - note sous CE, 25 mai 1906, n°15749. *RGD*, 2015.

HEUMANN (C) - Conclusion sur CE, 14 octobre 1955, Association des concerts colonnes, *AJDA* ,1955, p. 426.

ISRAËL (J-J) - « Droit de la concurrence et personnes publiques : Les actes administratifs ne relèvent pas du contentieux spécial de la concurrence, mais du juge administratif qui peut appliquer le droit de la concurrence » - note sous TC, 6 juin 1989, Ville de Pamiers. *Dalloz* , 1990, p. 418.

LAVIALLE (c) - « Expulsion du domaine public :Compétences respectives du propriétaire et du gestionnaire » - note sous CE, 1er juin 2016, Société Mahoraise. *RFDA* , 2016, p. 1120.

LAVIALLE (C) - « La procédure d'alignement à l'épreuve de la constitution » - note sous Cons. Const., 2 décembre 2011, déc. n° 2011-201 QPC. *AJDI* , 2012, p. 570.

LLORENS (F) - « Convention d'occupation domaniale : obligation de motivation de la décision de résiliation » - note sous CAA Bordeaux, 3 juillet 2008, n°06BX01281, SARL J.B. L, Comm. 207. *Contrats et Marchés publics*, 2008.

LOMBARD (F) - « Gestion du domaine, Propriété publique » - note sous CJUE du 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl c/ Consorzio*, n°C-458/14. *Revue trimestrielle de droit commercial* , 2017, p. 51.

LOMBARD (F) - « Les droits de l'occupants privatifs » - note sous CE, 25 janvier 2017, n°395314, Commune de Port-Vendres. *RTD com* , 2017, p. 302.

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

MARCUS (L), PERRIN (A) - « La volonté de l'administration d'incorporer un bien au domaine public » - note sous CAA, Paris, 27 septembre 2001, *RFDA*, 2003, p.67.

MONTECLER, (M-C de) - « Conditions de maintien des servitudes conventionnelles sur le domaine public » - note sous CE, 26 fév 2016, n°383935, Syndicat des copropriétaires de l'immeuble le Mercure. *Dalloz Actualité* , 2016.

NICINSKI (S) - « Libertés économiques, droit de la concurrence et décisions administratives » - note sous CE, 23 mai 2012, RATP, n°348909. *RFDA* , 2012, p. 1181.

NOGUELLOU (R) - « L'attribution des autorisations domaniales : Feu de l'arrêt Jean-Bouin » - note sous CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, n°c-458/14. *AJDA* , 2016, p. 2176.

PAULIAT (H) - « Droit réel et propriété publique : Une conciliation délicate » - note sous Cons. Const., 21 juillet 1994, déc. n° 94-346 DC. *Recueil Dalloz* ,1995, p. 93.

PAULIAT (H) - « La valorisation de son domaine public par la RATP ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie » - note sous CE, 23 mai 2012, n°348909, n°3. *Semaine juridique Administration et collectivités territoriales*, 2013.

ROUX (C) - « La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public » - Commentaire de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, n°4. *RDA*, 2017.

SEILLER (B) - « Droit public de la concurrence et séparation des autorités » - note sous TC, 19 janvier 1998, Union Française de l'express et autres C/ La poste et autres. *RFDA* ,1999, p. 189.

SOLER-COUTEAUX (P) - « Liberté du commerce et de l'industrie, discrimination et concurrence » - note sous CAA Paris, 10 juil 2018, n°17PA02667, n°10,Comm. 233. *Contrats et Marchés publics*, 2018.

STAHL (J-H) - Conclusion sur CE, 26 mars 1999, société EDA. *AJDA* , 1999, p. 427.

STAHL (J-H) - « Conséquence de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif » - Conclusion sur CE, 26 mars 1999. *AJDA* ,1999 p. 427.

STAHL (J-H) - « L'application, par le juge administratif, de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence » - Conclusion Sur CE, 3 nov. 1997, Sté Millions et Marais. *RFDA* , 1997, p. 1228.

STIRN (B) - Conclusion Sur TC, 6 juin 1989, préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris C/Cour d'appel de Paris . *RFDA* , 1989, p. 466.

UBAUD-BERGERON (M) - « Pouvoirs du propriétaire public versus liberté du commerce et de l'industrie » - note sous CE, 29octobre 2012, Ville de Tours c/EURL photo Josse, n°341173, n°707, Comm.14. *Révue juridique de l'économie publique*, 2013.

VII. AUTRES

MELLERAY (F), YOLKA (Ph), CHAMARD-HEIM (C), BRENET (F), BREIL (Cl) – *Code général de la propriété des personnes publiques, annoté et commenté* – Dalloz, coll. Dalloz Professionnels, 10^e éd., 2020.

MELLERAY (F), YOLKA (Ph), CHAMARD-HEIM (C), LESERGENT (M-Ch), BRENET (F) – *Code général de la propriété des personnes publiques, annoté et commenté* - Dalloz, coll. Dalloz Professionnels, 9^e éd., 2019.

DELVOLVÉ (P), LONG (M), WEIL (P), BRAIBANT (G), GENEVOIS (B) – *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* – Dalloz, coll. Grands arrêts, 22^e éd., 2019.

MELLERAY (F), YOLKA (Ph), CHAMARD-HEIM (C), NOGUELLOU (R) – *Grandes décisions du droit administratif des biens* – Dalloz, coll. Grands arrêts, 3^e éd., 2018.

GAÏA (P), GHEVONTIAN (R), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F), ROUX (A), OLIVIA (E) – *Grandes décisions du Conseil Constitutionnel* – Dalloz, coll. Grands arrêts, 19^e éd., 2018.

INDEX

A

Acte de gestion, 28, 91, 194
 Acte de police, 28, 194
 Affectation, 8, 76, 79
 Aménagement, 8
 Aménagement indispensable, 8, 23
 Aménagement spécial, 19, 23
 Applicabilité, 223, 234
 Archives publiques, 69, 78

B

Bail emphytéotique, 151
 Bail emphytéotique administratif, 151
 Bornage, 168
 Bouleversement, 198, 223

D

Délimitation, 166, 167
 Démembrement, 138
 Désaffectation, 79
 Domaine privé, 8, 70
 Domaine public immobilier, 13
 Domaine public mobilier, 13, 78
 Domanialité publique, 7
 Droit de garde, 95
 Droit de la concurrence, 7, 40, 194, 262
 Droits réels administratifs, 126, 130

E

Égalité, 258

F

Faute, 111

G

Gestion administrative, 26
 Gestion des services publics, 26

I

Immunité juridictionnelle, 233, 275, 298
 Inaliénabilité, 9, 83, 152
 Indemnisation, 109
 Intérêt du domaine public, 90, 101, 120, 211, 288
 Intérêt financier, 96, 98
 Intérêt général, 70, 72, 91, 110

L

La gestion, 7, 25, 26
 La liberté de circulation, 30
 La liberté de gestion, 7, 25, 39, 68, 194, 269
 La liberté de stationnement, 30
 Liberté du commerce et de l'industrie, 7, 39, 194, 264
 Limite, 45, 196

M

Meilleure exploitation du domaine public, 89, 96, 108
 Mise en concurrence, 245

O

Occupation privative, 108
 Opposabilité, 221, 223

P

Plan d'alignement, 171
 Pouvoir de police, 28
 Pouvoirs exorbitants, 73
 Précarité, 109

Prérogatives de puissance publique, 34, 267
 Préservation, 7, 83, 292
 Principe de non-concurrence, 208, 218
 Primauté de la liberté de gestion, 269
 Procédure de sélection, 38, 233, 287
 Procédure adaptée, 298, 299
 Procédure formalisée, 298
 Propriété, 8, 51
 Propriété administrative, 16, 57, 70, 129
 Propriété privée, 71
 Propriété publique, 8, 16
 Propriété publique – privée, 35, 50, 165
 Propriété publique – publique, 35, 50, 165
 Publicité, 247, 249

R

Redevance, 115, 293
 Réglementation de gestion, 30

Réglementation de police, 30
 Réparation, 109

S

Servitude administrative, 179
 Servitude conventionnelle, 186

T

Transparence, 246, 291

U

UMTS, 92

V

Valorisation du domaine public, 132, 141
 Valorisation économique, 64, 141, 143, 160

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	7
Section 1/ La définition du domaine public	10
Paragraphe 1/ La définition du domaine public selon la doctrine	11
I/ La définition du domaine public sur le fondement du droit romain	11
II/ La définition du domaine public sur le fondement des textes révolutionnaires	12
III/ La définition doctrinale du domaine public dès le 19 ^e siècle	13
Paragraphe 2/ Le domaine public : une notion définie par la jurisprudence	15
I/ Le domaine public, objet de propriété selon la jurisprudence	16
II/ Le domaine public et l'affectation à l'usage direct du public	17
III/ Le domaine public et l'affectation à un service public	18
IV/ La notion d'aménagement spécial non définie explicitement par la jurisprudence	19
Paragraphe 3/ Le domaine public : une notion définie par le code général de la propriété des personnes publiques de 2006	21
I/ Des critères identiques que ceux retenus antérieurement par la jurisprudence	21
II/ L'aménagement de certains critères jurisprudentiels par le code général de la propriété des personnes publiques	23
Section 2/ L'objet de notre recherche : la liberté de gestion du domaine public	25
Paragraphe 1/ L'approche de notre recherche	26
I/ La gestion du domaine public	26
II/ La délimitation de notre recherche	28
A/ La gestion du domaine public : une finalité d'ordre économique et patrimonial	29
B/ Les mesures de gestions du domaine public : des mesures se distinguant des mesures de police	31
Paragraphe 2/ La liberté de gestion du domaine public : le principe	33
I/ L'existence d'un droit de propriété sur le domaine public : une source de liberté de gestion du domaine public	33
A/ La reconnaissance d'un droit de propriété sur le domaine public	34
B/ La propriété publique sur le domaine public : source de liberté en raison de sa soumission à un régime exorbitant du droit commun	35
II/ Le domaine public, un domaine librement géré par les personnes publiques propriétaires	37
A/ L'affirmation de la liberté de gestion par le code général de la propriété des personnes publiques	37
B/ La préservation de la liberté de gestion par la réforme du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques	38

Paragraphe 3/ L'exception au principe de la liberté de gestion du domaine public _____	40
Section 3/ L'intérêt de notre recherche _____	43
Section 4/ La problématique de la recherche _____	45
Partie I/ Le principe de la liberté de gestion du domaine public _____	47
TITRE 1/ La liberté de gestion du domaine public : conséquence de l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public _____	49
CHAPITRE 1/ La propriété publique – publique : fondement de la liberté de gestion du domaine public _____	52
Section 1 : La propriété des personnes publiques sur le domaine public _____	53
Paragraphe 1/ L'essence du droit de la propriété sur le domaine public _____	54
I/ Les origines lointaines relatives à la reconnaissance d'un droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens _____	55
A/ La propriété publique dans les civilisations préromaines _____	55
B/ Une propriété publique originaire des droits savants _____	58
II/ L'attribution de la thèse de l'existence d'un droit de propriété publique au doyen Hauriou _____	59
Paragraphe 2/ Une propriété publique sur le domaine public consacrée par le droit positif _____	61
I/ Le droit de propriété publique, un droit régi par des sources diverses _____	61
A/ Un droit de propriété publique consacré par des sources internes _____	62
B/ La propriété publique régie par des sources externes _____	64
II/ La clarté du code de 2006 sur l'existence d'un droit de propriété sur le domaine public _____	66
A/ Une consécration affirmative de la propriété publique par le CGPP _____	67
B/ Une propriété reconnue à l'ensemble des personnes publiques par le code général de la propriété des personnes publiques _____	69
Section 2/ La liberté de gestion du domaine public : conséquence de l'existence d'une propriété publique-publique sur le domaine public _____	70
Paragraphe 1/ Le droit de propriété des personnes publiques : source de liberté de gestion du domaine public _____	72
I/ Une propriété publique – publique différente de la propriété publique - privée ____	73
A/ La propriété publique : objet de controverses doctrinales _____	73
B/ Une propriété publique – publique différente de la propriété publique – privée _____	76
II/ La propriété publique – publique : une source de liberté de gestion du domaine public _____	79
A/ Les droits de la personne publique propriétaire : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public _____	80
B/ L'obligation de protéger l'affectation : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public _____	83

Paragraphe 2/ L'inapplicabilité des règles du droit de la propriété des personnes privées aux biens de dépendance du domaine public _____	86
I/ L'incompatibilité entre le régime de la copropriété et le domaine public : un moyen de préserver la liberté de gestion du domaine public _____	87
A/ L'exigence d'une propriété publique entière : une préservation de la liberté de gestion du domaine public _____	87
B/ L'incompatibilité entre la copropriété et le régime de la domanialité publique : une protection du principe de l'inaliénabilité et de l'affectation du domaine public _____	90
II/ La spécificité de la propriété publique : une préservation de la liberté de gestion du domaine public _____	91

CHAPITRE 2/ L'autorité domaniale et la meilleure exploitation du domaine public 93

Section 1/ L'intérêt général et la recherche de l'intérêt du domaine public : un moyen d'établir une liberté de gestion du domaine public _____ 94

Paragraphe 1/ L'intérêt général dans la gestion du domaine public _____	95
I/ L'intérêt général dans la gestion du domaine public : un moyen d'assurer une meilleure exploitation du domaine public _____	95
A/ La gestion du domaine public en vue de l'intérêt général _____	96
B/ La recherche d'une meilleure exploitation ou utilisation du domaine public : le recours au motif d'intérêt général au-delà des motifs de police administrative__	99
II/ La prise en compte d'un intérêt financier, comme motif d'intérêt général, pour justifier la liberté de gestion du domaine public _____	101
A/ La prise en compte d'un intérêt financier _____	101
B/ Des positions jurisprudentielles controversées _____	103
Paragraphe 2/ La prise en considération de l'intérêt du domaine public par l'autorité domaniale en vue d'une meilleure exploitation du domaine public _____	105
I/ Liberté d'action et intérêt du domaine public _____	105
A/ La recherche de l'intérêt du domaine public par l'autorité domaniale _____	106
B/ La liberté d'action de l'autorité domaniale engendrée par la recherche de l'intérêt du domaine public _____	108
II/ La primauté de l'intérêt du domaine public sur celui des administrés : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public _____	110
A/ Le caractère précaire et révocable de l'autorisation d'occupation privative du domaine public et l'intérêt dudit domaine _____	110
B/ La prise en charge des dépenses des travaux réalisés pendant l'occupation par l'occupant : une prise en charge justifiée par l'intérêt du domaine public _____	112

Section 2/ La meilleure exploitation du domaine public : une finalité encadrée _____ 113

Paragraphe 1/ L'indemnisation de l'occupant du domaine public en raison du préjudice résultant d'une révocation anticipée du titre domanial _____	114
I/ L'indemnisation de l'occupant du domaine public du fait du dommage causé par le retrait anticipé du titre domanial _____	115
A/ L'indemnisation en cas de retrait anticipé du titre domanial _____	115

B/ L'absence d'un droit à l'indemnisation en cas de faute commise par l'occupant du domaine public _____	117
II/ Le droit à l'indemnisation en raison de l'exécution des travaux publics entrepris par l'autorité domaniale sur le domaine public occupé _____	118
A/ L'ouverture d'un droit à l'indemnisation en cas de préjudice causé par l'exécution des travaux publics sur le domaine public déjà occupé _____	118
B/ Le cas où l'intérêt du domaine public et un autre intérêt sont concurremment à l'origine des travaux réalisés au sein du domaine public occupé _____	120
Paragraphe 2/ La redevance : un principe manifestant la liberté de gestion de l'autorité domaniale _____	121
I/ La fixation du prix de la redevance pour occupation du domaine public : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public _____	121
A/ Un principe consacré en vue de la bonne gestion du domaine public _____	121
B/ Le principe de redevance : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public _____	123
II/ Le principe de redevance : un principe bien encadré _____	125
A/ Le principe de la redevance et l'intérêt du domaine public _____	125
B/ Un principe de redevance placé au rang législatif _____	126
CONCLUSION DU TITRE PREMIER _____	128
TITRE 2/ Le rapport entre l'autorité domaniale et les usagers du domaine public : un rapport exorbitant du droit commun _____	130
CHAPITRE 1/ L'attribution des droits réels au profit de l'occupant privatif du domaine public : des droits réels dépendant de la personne publique propriétaire dudit domaine _____	132
Section 1/ L'attribution des droits réels et la liberté de gestion du domaine public _	133
Paragraphe 1/ L'attribution des droits réels et prérogatives de la personne publique propriétaire _____	133
I/ La reconnaissance des droits réels sur le domaine public _____	134
A/ Le droit réel sur le domaine public : une notion ayant fait l'objet d'une controverse doctrinale _____	135
B/ La consécration des droits réels administratifs par le droit positif _____	136
II/ La constitution des droits réels sur le domaine public : un principe tributaire de la personne publique propriétaire dudit domaine _____	141
A/ La constitution des droits réels sur le domaine public et la liberté de gestion du dudit domaine _____	142
B/ La constitution des droits réels sur le domaine public : un démembrement du droit de propriété _____	145
Paragraphe 2 : Les finalités de la constitution des droits réels sur le domaine public _	147
I/ La constitution des droits réels et la valorisation du domaine public _____	148
A/ La constitution des droits réels et valorisation économique du domaine public	148
B/ La constitution des droits réels et intérêt général : une valorisation du domaine public _____	150

II/ La constitution des droits réels : outil nécessaire pour l'occupant privatif pouvant lui permettre d'investir sur le domaine public _____	152
A/ La constitution des droits réels et financement des ouvrages sur le domaine public étatique et de ses établissements _____	153
B/ La constitution des droits réels et le financement des ouvrages sur le domaine public local _____	157

Section 2/ La constitution des droits réels sur le domaine public et le principe de l'inaliénabilité _____ 159

Paragraphe 1/ L'incompatibilité des droits réels au principe de l'inaliénabilité _____	159
I/ L'absence d'un droit de propriété sur le domaine public : un obstacle à la constitution des droits réels _____	159
A/ L'idée hostile à la propriété publique : une idée défavorable à la constitution des droits réels sur le domaine public _____	160
B/ Le principe de l'inaliénabilité : le fondement de l'interdiction des droits réels _____	161
II/ L'interdiction de constituer des droits réels : un démembrement du droit de la propriété _____	162
A/ L'interdiction de constituer des droits réels : une position jurisprudentielle _____	162
B/ Les conséquences d'une telle interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public _____	163
Paragraphe 2/ La compatibilité des droits réels au principe d'inaliénabilité _____	164
I/ La valeur législative du principe de l'inaliénabilité _____	165
A/ Le refus de placer le principe de l'inaliénabilité au rang constitutionnel _____	165
B/ L'exception au principe de l'inaliénabilité du domaine public _____	166
II/ Une dérogation au principe de l'inaliénabilité soumise au respect de l'affectation du domaine public _____	167
A/ La constitution des droits réels sur le domaine public : un renforcement de l'affectation du domaine _____	168
B/ La constitution des droits réels sur le domaine public : un principe compatible au principe de l'inaliénabilité du domaine public _____	169

Chapitre 2/ Le rapport entre le domaine public et son voisinage : un rapport exorbitant du droit civil justifié par la propriété publique - publique _____ 171

Section 1 : La délimitation du domaine public et la liberté de gestion du domaine public _____ 172

Paragraphe 1/ La propriété publique – publique et la délimitation du domaine public _____	172
I/ La délimitation du domaine public et l'inapplicabilité des règles civiles de droit commun _____	173
A/ Le caractère unilatéral de l'opération de délimitation du domaine public _____	174
B/ Le caractère obligatoire de l'opération de délimitation du domaine public _____	175
II/ La délimitation du domaine public artificiel : une manifestation de la liberté de gestion du domaine public _____	175
A/ La liberté de l'autorité domaniale dans la délimitation du domaine public artificiel : le cas de l'alignement _____	176

B/ Les droits des propriétaires riverains de l'administration _____	177
Paragraphe 2 : Le juge et la délimitation du domaine public _____	179
I/ Le juge et le contentieux de la délimitation du domaine public _____	179
A/ Le recours dirigé contre l'acte de délimitation devant le juge administratif _____	179
B/ Le juge judiciaire et le contentieux de la délimitation du domaine public _____	180
II/ Les recours exercés devant les ordres de juridiction : des recours exercés de manière distincte _____	182
A/ Des recours exercés de manière successive _____	182
B/ Les recours successifs contre l'acte de délimitation : deux positions controversées _____	183
Section 2/ Les charges de voisinages et la liberté de gestion du domaine public _____	184
Paragraphe 1/ La propriété publique et les servitudes administratives _____	185
I/ Des servitudes administratives au profit des dépendances du domaine public _____	186
A/ Servitudes administratives d'intérêt général et servitudes administratives au profit du domaine public _____	186
B/ Les servitudes administratives au profit du domaine public : une manifestation de la liberté du propriétaire dudit domaine _____	188
II/ L'établissement et la mise en œuvre des servitudes administratives dans l'intérêt du domaine public _____	190
A/ Les finalités de l'établissement et de la mise en œuvre des servitudes administratives _____	190
B/ Les conséquences en cas de violation des servitudes administratives _____	191
Paragraphe 2/ Le domaine public et le voisinage : l'hypothèse d'une servitude frappant le premier au profit du second _____	192
I/ L'institution d'une servitude grevant le domaine public au profit des propriétés riveraines : un débat doctrinal controversé _____	193
A/ La thèse hostile aux servitudes conventionnelles sur le domaine public _____	193
B/ La thèse favorable aux servitudes conventionnelles sur le domaine public _____	195
II/ La consécration de servitudes conventionnelles par le droit positif _____	196
A/ Le juge et la consécration de servitudes conventionnelles sur le domaine public _____	196
B/ La position explicite du législateur : la consécration de servitudes conventionnelles sur le domaine public au-delà de la consécration jurisprudentielle _____	197
CONCLUSION DU TITRE SECOND _____	200
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE _____	201
PARTIE 2/ L'exercice d'une activité économique sur le domaine public : une limite à la liberté de gestion du domaine public _____	202
Titre 1/ Le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le respect du droit de la concurrence : une limite indéniable à la liberté de gestion du domaine public _____	204

CHAPITRE 1/ L'obligation de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : une limite à la liberté de gestion du domaine public _____ 206

Section 1/ La prise en compte du principe de la liberté du commerce et de l'industrie par l'autorité domaniale : une limite à la liberté de gestion du domaine public _____ 207

Paragraphe I/ Un principe de liberté du commerce et de l'industrie s'imposant au maître domanial _____ 207

I/ Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et l'autorité domaniale __ 207

A/ L'intégration du principe de la liberté du commerce et de l'industrie dans la gestion domaniale _____ 208

B/ L'annulation de l'acte de gestion domaniale pour illégalité en cas de méconnaissance du principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____ 210

II/ L'obligation de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : un moyen de faciliter l'accès des personnes privées au domaine public en vue d'exercer leurs activités économiques _____ 211

A/ L'autorité domaniale et l'installation des entreprises sur le domaine public __ 211

B/ Le respect par l'autorité domaniale du principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____ 212

Paragraphe II/ L'interdiction faite aux autorités domaniales de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie : une limite à la liberté de gestion _____ 213

I/ L'interdiction faite à l'autorité domaniale de concurrencer les occupants du domaine public _____ 214

II/ L'interdiction faite à l'autorité domaniale d'apporter des restrictions injustifiées aux activités économiques _____ 216

Section 2/ Des dérogations au principe de la liberté du commerce et de l'industrie 218

Paragraphe I/ La sauvegarde des intérêts par l'autorité domaniale : un motif de restriction au principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____ 218

I/ L'intérêt du domaine public et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____ 219

A/ L'atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie justifiée par la protection du domaine public _____ 219

B/ L'atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie justifiée par les mesures de conservation du domaine public _____ 221

II/ L'intérêt général et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____ 222

Paragraphe II/ La possibilité pour l'autorité domaniale de concurrencer un occupant du domaine public : une atteinte justifiée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____ 223

I/ L'invocabilité d'un motif d'intérêt public : une dérogation au principe de non-concurrence _____ 224

II/ L'invocabilité d'un motif d'intérêt public « résultant de la carence de l'initiative privée » _____ 226

CHAPITRE 2/ La liberté de gestion du domaine public encadrée par des règles issues du droit de la concurrence _____ 229

Section 1/ L'intégration des règles du droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative _____ 230

Paragraphe I/ L'opposabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion du domaine public : une limite à la liberté de gestion du domaine public _____ 231

I/ L'opposabilité du droit de la concurrence aux actes de gestion domaniale influencée par le droit de l'Union européenne _____ 231

A/ Une neutralité imposée aux personnes publiques vis-à-vis du marché _____ 232

B/ Une prise en compte des règles issues du droit de la concurrence imposée par le droit de l'Union _____ 233

II/ L'opposabilité des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion domaniale malgré l'absence d'une obligation de soumission à une procédure de sélection _____ 235

A/ La soumission des actes de gestion domaniale au respect des règles issues du droit de la concurrence _____ 235

B/ L'absence d'une obligation textuelle imposant le respect des mesures de publicité et de mise en concurrence _____ 237

Paragraphe II/ L'obligation de soumettre les actes de gestion au respect d'une procédure préalable de sélection : une remise en cause de la liberté de gestion du domaine public _____ 240

I/ L'obligation pour l'autorité domaniale de soumettre la délivrance de l'autorisation d'occupation du domaine public à une procédure de sélection _____ 241

A/ Le principe législatif de l'obligation de soumettre les délivrances des titres domaniaux au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence _____ 241

B/ Les exceptions au principe de l'obligation de publicité et de mise en concurrence en matière de délivrance des autorisations d'occupation du domaine public _____ 244

II/ L'intégration des formalités de procédure dans certains titres d'autorisations d'occupations privatives du domaine public _____ 248

A/ La subordination de certaines autorisations d'occupations du domaine public au respect des formalités préalables _____ 248

B/ L'application des règles de la commande publique aux autorisations d'occupation du domaine public constitutives des droits réels _____ 250

Section 2/ La mise en place d'une procédure de sélection destinée à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles _____ 253

Paragraphe I/ Le principe de l'organisation d'une procédure de sélection _____ 253

I/ L'autorité domaniale et la procédure de sélection _____ 254

A/ Le principe de transparence et d'impartialité avant toute délivrance d'un titre domaniale _____ 254

B/ Les mesures de publicité précédant les délivrances des titres domaniaux _____ 255

II/ La consécration d'une procédure souple de publicité préalable uniquement dans certaines autorisations domaniales _____ 257

A/ La consécration d'une simple procédure de publicité tenant compte de la durée _____ 257

B/ La consécration d'une procédure allégée de publicité en raison du nombre d'autorisations disponibles _____ 258

Paragraphe II/ Une procédure de sélection préalable destinée à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielle _____	259
I/ Une procédure de sélection visant à empêcher les violations des règles du droit de la concurrence _____	260
A/ Une procédure de sélection visant à empêcher les ententes illicites _____	260
B/ Une procédure de sélection visant à empêcher les abus de position dominante _____	262
II/ Une procédure de sélection destinée à assurer une égalité entre les candidats potentiels _____	264
A/ Le principe d'égalité dans la gestion du domaine public _____	264
B/ Les exceptions au principe d'égalité dans la gestion du domaine public _____	265
CONCLUSION DU TITRE PREMIER _____	268
TITRE 2/ La préservation de la liberté de gestion du domaine public _____	270
CHAPITRE 1/ La primauté de la liberté de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____	272
Section 1/ L'acte de gestion domanial conçu comme insusceptible de porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____	272
Paragraphe I/ Le refus d'assimiler l'acte de gestion du domaine public aux actes de productions, de services et de distributions _____	273
I/ L'acte de gestion du domaine public : un acte non économique ne pouvant porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____	273
A/ L'acte de gestion du domaine public conçu comme une activité non économique _____	274
B/ L'acte de gestion domaniale insusceptible de nuire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____	275
II/ L'exercice de la liberté de gestion du domaine public et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____	277
A/ La primauté de la liberté de gestion du domaine public sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____	278
B/ La primauté de la liberté de gestion du domaine public sur la liberté du commerce et de l'industrie : conséquence de l'obligation d'assurer la protection de l'affectation dudit domaine _____	279
Paragraphe II/ Le refus d'assimiler l'acte de gestion domaniale aux actes économiques : une approche identique à celle avancée par la jurisprudence « Ville de Pamiers » _____	281
I/ L'acte de gestion domaniale insusceptible de porter atteinte aux actes de productions, de services et de distributions : une approche identique entre celle du tribunal des conflits et celle du Conseil d'État _____	281
A/ L'acte de gestion conçu, pour le tribunal des conflits et pour le Conseil d'État, comme acte insusceptible de nuire aux règles de la concurrence et au principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____	282

B/ L'immunité juridictionnelle accordée aux actes de gestion domaniale :
conséquence de l'affirmation de la liberté de gestion du domaine public sur les
libertés économiques _____ 283

II/ Le droit de la concurrence mis en avant par rapport au principe de la liberté du
commerce et de l'industrie _____ 284

Section 2/ L'absence d'un droit à l'obtention d'un titre domanial _____ 285

Paragraphe I/ L'absence d'un droit à l'obtention d'un titre d'occupation et utilisation du
domaine public et principe de la liberté du commerce et de l'industrie _____ 285

I/ L'absence d'un droit à l'occupation et utilisation privative du domaine public __ 285

II/ L'absence d'un droit acquis à l'obtention d'un titre domanial : un renforcement de
la liberté de gestion du maître domanial _____ 287

Paragraphe II/ L'obligation de motiver les décisions de refus des titres domaniaux __ 289

I/ L'obligation de motiver toute décision relative au refus d'autorisation d'occupation
et utilisation privative du domaine public _____ 289

A/ L'obligation de motiver les décisions de refus d'autorisation domaniale _____ 290

B/ L'annulation d'une décision de refus d'autorisation de titre domanial en raison
de l'absence d'une motivation. _____ 292

II/ La motivation des décisions relatives au refus de renouvellement d'autorisation
d'occupation du domaine public _____ 293

Chapitre 2/ La préservation de la liberté de gestion du domaine public et le droit de la concurrence _____ 295

Section 1/ Le choix de définir librement les règles de procédure à mettre en place : une préservation de la liberté de gestion du domaine public _____ 296

Paragraphe I/ Une liberté de gestion préservée en raison de l'absence de précisions
textuelles quant au choix de procédure à mettre en place _____ 296

I/ L'absence de précisions quant aux modalités de mise en œuvre de la procédure de
sélection _____ 296

II/ Une liberté d'action dans le choix de la procédure de sélection et de publicité à
mettre en œuvre _____ 298

Paragraphe II/ Une liberté de gestion justifiée par la recherche de l'intérêt du domaine
public et par la protection de l'affectation dudit domaine : conséquence de l'absence de
précisions sur les modalités de mise en œuvre de procédure de sélection _____ 300

I/ L'absence de précisions sur les modalités de mise en œuvre de la procédure de
sélection et l'intérêt du domaine public _____ 301

II/ L'absence de précisions sur les modalités de mise en œuvre de procédure de
sélection et la protection de l'affectation du domaine public _____ 302

Section 2/ Le recours à la procédure adaptée et la liberté de gestion du domaine public _____ 303

Paragraphe I/ Absence de précision quant aux modalités de mise en œuvre de la
procédure de sélection : un recours à la procédure adaptée _____ 304

I/ Le choix de la procédure adaptée _____ 304

II/ Le choix du recours à la procédure adaptée : une préservation de la liberté de gestion du domaine public _____	305
Paragraphe 2/ Procédure de sélection et immunité juridictionnelle _____	306
I/ L'absence d'obligation de motiver la décision portant sur le choix du type de la procédure de sélection à mettre en place _____	307
II/ L'absence d'obligation de communiquer l'identité du candidat retenu _____	308
CONCLUSION DU TITRE SECOND _____	309
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE _____	310
CONCLUSION GÉNÉRALE _____	312
BIBLIOGRAPHIE _____	314
INDEX _____	334
TABLE DES MATIÈRES _____	336