



**HAL**  
open science

# L'inadaptation de la distinction domaine public / domaine privé et présentation de modèles divergents

Maxime Le Nouvel

► **To cite this version:**

Maxime Le Nouvel. L'inadaptation de la distinction domaine public / domaine privé et présentation de modèles divergents. Sciences de l'environnement. 2018. dumas-02095480

**HAL Id: dumas-02095480**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02095480>**

Submitted on 10 Apr 2019

**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.



**CONSERVATOIRE NATIONAL DES ARTS ET MÉTIERS**  
**ÉCOLE SUPÉRIEURE DES GÉOMÈTRES ET TOPOGRAPHES**

---

**MÉMOIRE**

**présenté en vue d'obtenir**

**le DIPLÔME NATIONAL DE MASTER**  
**« Sciences, Technologies, Santé »**

**Mention « Identification, Aménagement et gestion du Foncier »**

**par**

**Maxime LE NOUVEL**

---

**L'inadaptation de la distinction domaine public/domaine privé et  
présentation de modèles divergents**

**Soutenu le 12 juin 2018**

---

**JURY**

**PRESIDENT :** M. Christophe PROUDHOM

**MEMBRES :** M. Nicolas CHAUVIN      **Professeur référent**  
M. Eric BANSARD              **Second examinateur**  
Mme Jennifer FARDIN        **Maître de stage**

## Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier M. Nicolas CHAUVIN de m'avoir suivi tout au long de ces cinq mois de stage, et de m'avoir orienté et renseigné pour me permettre de réaliser ce mémoire.

Je tiens également à remercier Mme Jennifer FARDIN pour son accueil au sein de son cabinet qui m'a permis de pratiquer la recherche au sein du milieu professionnel. Je remercie aussi M. Loïc LAIZET et M. Laurent EECKHOUDT de m'avoir accordé une partie de leur temps pour répondre à mes questions et enrichir mes connaissances.

Enfin, je tiens à remercier ma famille proche pour m'avoir accompagné tout au long de la réalisation de ce mémoire.

## Liste des abréviations

**CGPPP** : Code Général des Propriétés des Personnes Publiques

**CGCT** : Code Général des Collectivités Territoriales

**CR** : Code Rural

**Cass** : Cour de Cassation

**CAA** : Cour Administrative d'Appel

**TC** : Tribunal des Conflits

**BEA** : Bail Emphytéotique Administratif

**AOT** : Autorisation d'Occupation Temporaire

**POPS** : Privately Owned Public Space (espace public privé)

## Glossaire

**Apanage** : Portion du domaine royal que le Roi a confié à ses descendants, et qui lui est revenu lors de la mort du descendant sans héritier.

**Assiette** : En droit foncier, surface occupée par la chaussée et les parties accessoires d'une route.

**Droit comparé** : Science de la comparaison des droits du monde.

**Imprescriptible** : Est dit d'un droit qui ne peut pas s'éteindre par l'écoulement du temps.

**Inaliénable** : Est dit d'un bien qui ne peut pas être cédé sous aucune forme.

**Intérêt général** : Conception de ce qui est bénéfique à l'ensemble de la population.

**Réserves foncières** : Terrains ou bâtiments acquis par l'administration dans l'intérêt général afin d'anticiper une future opération d'aménagement.

**Service public** : Il s'agit d'une activité dont l'objectif est de satisfaire un besoin d'intérêt général.

## Table des matières

Remerciements .....	2
Liste des abréviations .....	3
Glossaire.....	4
Table des matières .....	5
Introduction .....	6
<b>I LA MISE EN PLACE DE CRITERES DE DISTINCTION ENTRE LE DOMAINE PUBLIC ET LE DOMAINE PRIVE .....</b>	<b>10</b>
I.1 L'EMERGENCE DE CRITERES ... ..	10
I.1.1 Les premiers critères énoncés dans la doctrine française issus d'une base erronée .....	10
I.1.2 L'apparition d'un nouvel élément pour définir le domaine public : la reconnaissance d'un droit de propriété.....	12
I.1.3 L'émergence des critères jurisprudentiels sur la base de la vision doctrinale .....	14
I.2 ... ACTUELLEMENT CODIFIES ET CONTESTES .....	15
I.2.1 Une appartenance en fonction du type de personne publique .....	16
I.2.2 Une affectation à l'usage du public remise en question.....	17
I.2.3 L'affectation à un service public : une condition d'aménagement nécessaire mais inefficace.....	18
<b>II LES LIMITES DE LA DISTINCTION DOMAINE PUBLIC/DOMAINE PRIVE .....</b>	<b>23</b>
II.1 EXCEPTIONS A LA DEFINITION CONCEPTUELLE DU DOMAINE PUBLIC .....	23
II.1.1 Les notions d'accessoire, de domaine public global et de domaine public virtuel .....	23
II.1.2 Les dérogations législatives .....	25
II.2 LA POSSIBILITE D'ACQUERIR DES DROITS REELS SUR LE DOMAINE PUBLIC .....	28
II.2.1 Les règles générales d'occupation du domaine public.....	28
II.2.2 Le Bail Emphytéotique Administratif (BEA) et les Autorisations d'Occupation Temporaire (AOT) .....	29
II.2.3 Les permissions de voirie.....	31
<b>III AUTRES SOLUTIONS D'ORGANISATION DU DOMAINE PUBLIC.....</b>	<b>33</b>
III.1 L'ECHELLE DE LA DOMANIALITE : UNE THEORIE DOCTRINALE NON APPLIQUEE .....	33
III.1.1 Ancienne proposition de distinction domaine privé/domaine public dans le droit français.....	33
III.1.2 Observations suite à cette théorie.....	35
III.2 DIVERSES ORGANISATIONS DANS LE DROIT COMPARE.....	36
III.2.1 Le système juridique anglo-américain .....	36
III.2.2 Le trust et son application dans le droit français .....	38
III.2.2.1 La notion de trust en droit anglais.....	38
III.2.2.2 La fiducie appliquée au droit français .....	39
III.2.3 La privatisation des espaces publics ouverts (POPS).....	41
Conclusion.....	43
Bibliographie.....	44
Table des illustrations .....	47

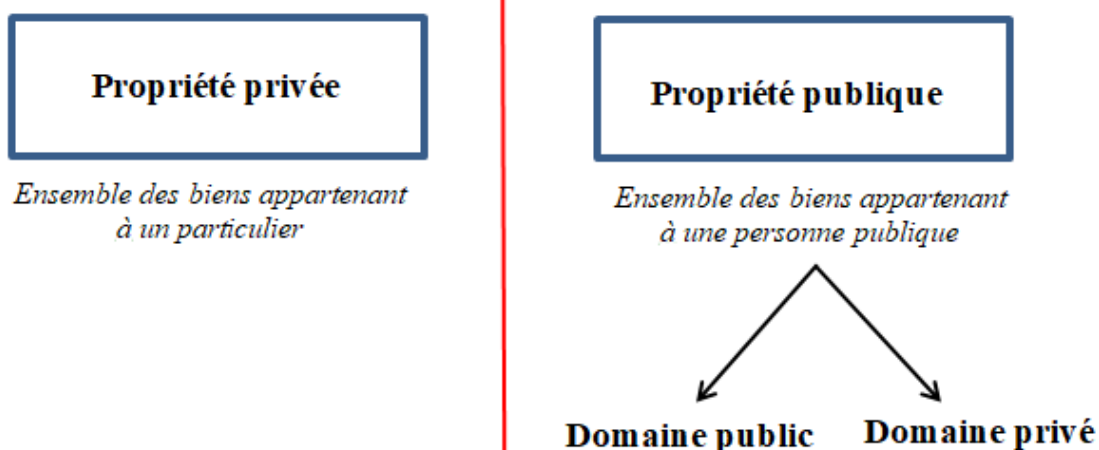
## Introduction

Le droit français fait la distinction entre l'ensemble des biens appartenant à un particulier, appelé propriété privée, et l'ensemble des biens appartenant aux personnes publiques, appelé propriété publique. Cette dernière constitue ce qu'on appelle le domaine.

Le mot « *domaine* » est défini comme étant la propriété foncière, et peut également représenter un ensemble de biens. Dans le langage juridique, ce terme correspond à l'ensemble des biens publics mobiliers ou immobiliers. Par ailleurs, chaque personne publique (État, collectivités territoriales, établissements publics) a son propre domaine public et son propre domaine privé.

Les biens d'une même propriété d'une personne publique peuvent appartenir à son domaine public ou son domaine privé. Tout comme une personne privée détient son propre patrimoine privé, une personne publique détient, elle aussi, son propre domaine privé. Cependant, à l'exception de décisions législatives, un bien qui n'appartient pas à une personne publique ne peut pas rentrer dans le domaine public ou privé.

### Illustration 1 : Distinction des propriétés privée et publique



Source : réalisation personnelle

La différenciation entre les biens appartenant au domaine public et ceux appartenant au domaine privé n'est pas totalement claire et précise. C'est un débat qui a beaucoup alimenté la doctrine en droit français. Pour bien comprendre les incertitudes autour de cette distinction il faut remonter à sa création. Comme le dit P. Yolka, il existe un « *mystère des origines* »<sup>1</sup> : en effet tous les auteurs qui ont étudié ce sujet ne sont pas en accord quant à son origine exacte.

<sup>1</sup> P. Yolka, « *Distinction du domaine public et domaine privé* », Fasc.10, JurisClasseur.

Les prémices d'une première distinction peuvent se retrouver dans le droit romain, qui séparait en deux catégories les choses publiques : d'un côté celles qui contribuent à la richesse patrimoniale du peuple et qui peuvent être vendues, et de l'autre les choses qui sont à l'usage de tous et qui ne peuvent pas être vendues.

Puis, c'est sous l'Ancien Régime que naît la première apparition d'une équivalence à la notion de domaine public, sans pour autant être équivalent à la notion actuelle. Au départ, les biens personnels du Monarque et ceux exécutant une fonction royale, c'est-à-dire ceux qui sont à l'usage de tous, étaient confondus au sein d'un même patrimoine. A partir du XIV<sup>e</sup> siècle, le domaine de Couronne, qui comprend l'ensemble des biens publics, a été instauré. Ce dernier se retrouve donc séparé des biens privés du Monarque.

Pour protéger les biens du domaine de la Couronne contre les tiers ou contre une éventuelle vente massive de ces biens par le Monarque, une loi fondamentale du Royaume, l'Edit de Moulin, a été créée en 1566. Cette loi met en place le principe d'inaliénabilité : les biens publics ne peuvent pas être vendus par leur propriétaire. Si l'inaliénabilité s'étendait à l'ensemble des biens constituant le domaine de la Couronne et formait son unité, quelques exceptions existaient. Par exemple, l'aliénation était autorisée lors de la constitution d'apanages ou pour couvrir des dépenses de guerre. Mais cette distinction n'est pas comparable avec la distinction actuelle dans le sens où l'inaliénabilité s'étendait à tous les biens de la Couronne, tandis qu'aujourd'hui elle ne concerne que les biens du domaine public appartenant aux personnes publiques. De plus, l'objectif de cette distinction est différent : l'inaliénabilité du domaine public permet de garantir l'affection d'un bien à une utilité publique. A l'époque, il s'agissait simplement d'une modalité de sauvegarde d'un patrimoine dont le monarque était un administrateur et en avait la responsabilité de la conservation et de la protection.

Un second édit a été mis en place en août 1667 pour compléter l'édit de Moulin. Il a créé un principe d'imprescriptibilité des biens du domaine de la Couronne : une personne privée ne peut pas devenir propriétaire des biens à la suite d'une utilisation prolongée.

Au début de la période révolutionnaire, les décrets des 22 novembre et 1<sup>er</sup> décembre 1790, appelé « Code domanial », vont venir modifier la valeur juridique de l'inaliénabilité émit par l'Edit de Moulin. La conséquence de ce décret est qu'il va mettre en place une ambiguïté à partir du vocabulaire qu'il instaure : son article 1<sup>er</sup> indique que le « *domaine national correspond à l'ensemble des propriétés de la Nation* », tandis que l'article 2 dit que « *les biens non susceptibles d'une propriété privée font partie du domaine public* ». C'est à partir de cette période que les avis des auteurs ont divergé. Certains voyaient en la distinction du domaine national et du domaine public une similitude à la distinction actuelle : les biens du domaine privé sont susceptibles d'aliénation et ceux du domaine public sont inaliénables. La doctrine a ensuite démontré que les expressions « *domaine national* » et « *domaine public* » utilisées dans ces deux articles étaient finalement synonymes.



D'autres auteurs ne sont pas convaincus car ils pensaient que cette distinction a simplement été opérée pour mettre en avant le possible droit de propriété de la Nation. Les biens pouvaient ne pas avoir qu'un seul propriétaire mais plutôt une propriété collective, il n'y avait donc pas véritablement de volonté d'affecter des biens à une utilité publique.

C'est également à partir de ce moment-là que le domaine de la Couronne devient le domaine de la Nation. Aussi, le décret va mettre en place la possibilité de « *la vente des biens du domaine national en vertu d'un décret formel du corps législatif sanctionné par le roi* » (article 8). Il n'existait pas de véritable définition conceptuelle mettant en avant la volonté d'affectation à une utilité publique. Cette volonté d'affectation est pourtant aujourd'hui le principal élément de différenciation entre le domaine public et le domaine privé des personnes publiques.

Le Code civil rédigé dans les années qui suivirent reprend l'idée émise par le décret de 1790, il définit ainsi, dans les articles 538 à 541, que l'expression « *domaine public* » correspond à tous les biens appartenant à l'État, dans le sens où l'État équivaut à la Nation.

Aujourd'hui le régime appliqué au domaine public permet de protéger les biens qui présentent une utilité pour la population, notamment à travers l'idée du maintien d'un service public. Ce dernier est une activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique. L'intérêt général étant ici considéré comme un intérêt propre à l'ensemble de la population, et qui surpasse l'intérêt individuel. Le service public et donc l'intérêt général ont considérablement évolué au cours des derniers siècles. Notamment, du fait de la prise en compte des besoins de la population et, par conséquent, de l'augmentation des moyens de l'administration pour parvenir à répondre à ces besoins.

Le domaine public est constitué exclusivement de biens appartenant soit au domaine public naturel soit au domaine public artificiel. Ce dernier correspondant par définition aux biens qui résultent du travail de l'Homme, sur lesquels il y a eu une transformation, tandis que les biens du domaine public naturel sont des parties de la nature sur lesquelles il n'y a pas eu d'action de l'Homme (exemple : rivage de la mer, bord de fleuve). Le domaine naturel étant exclusivement un domaine public, il est donc davantage intéressant d'étudier les critères permettant à un bien d'appartenir ou non au domaine public artificiel. Ce dernier peut être constitué de biens considérés comme immeubles, qui ne sont pas susceptibles de mobilité, et de biens considérés comme meubles, qui eux, sont susceptibles d'être déplacés d'un endroit à un autre sans être modifiés ou détruits.

Aujourd'hui, les critères d'appartenance au domaine public artificiel sont définis par le Code Général des Propriétés des Personnes Publiques (CGPPP) créé en 2006. Malgré ce code, on peut constater qu'à l'époque actuelle, la distinction entre les biens appartenant au domaine public et ceux appartenant au domaine privé des personnes publiques n'est pas pleinement effective.

**L'origine de la distinction entre le domaine privé et le domaine public a suscité de nombreux désaccords. Cette distinction des biens des domaines public et privé au sein de la propriété publique est-elle pertinente ?**

Dans une première partie nous allons présenter les critères de distinction domaine public/domaine privé et leurs évolutions, tout en démontrant leurs inadaptations actuelles. Dans une seconde partie, nous développerons les limites de ces critères et du régime de la domanialité publique. Enfin, dans une troisième partie, nous détaillerons d'autres méthodes d'organisation : l'une n'a pas été retenue par le législateur, les autres sont utilisées dans le droit étranger.

# I La mise en place de critères de distinction entre le domaine public et le domaine privé

## I.1 L'émergence de critères ...

### I.1.1 Les premiers critères énoncés dans la doctrine française issus d'une base erronée

➤ *De la notion du critère de non appropriation d'un bien à une personne privée définit par le Code civil...*

Au début du XIXe siècle, seul le Code civil semblait faire référence à la distinction entre le domaine public et le domaine privé des personnes publiques. En effet, l'article 538 promulgué en 1804, puis abrogé par la suite, indique une liste d'éléments, comme notamment « *les chemins, routes et rues à la charges de l'État* », et précise que ces derniers et « *toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public* ». D'après cette première définition, certains éléments auraient pu être identifiés comme bénéficiant d'un régime juridique spécial. Elle aurait également défini un premier critère d'appartenance au domaine public : la non appropriation d'un bien à une personne privée.

➤ *... à l'apparition du premier critère d'affectation d'un bien à l'usage de tous...*

Cette définition va être reprise par plusieurs auteurs : tout d'abord J.M. Pardessus, qui dans son ouvrage de 1806<sup>2</sup>, fait la distinction entre des biens dits « *nationaux* » qui peuvent faire l'objet d'appropriation privée, et les biens dits « *publics* » qui eux sont « *par nature consacrés à l'usage de tous et au service général* » et inaliénables et imprescriptibles.

Cette distinction va être approfondie par J.B.V. Proudhon, qui est considéré comme un des fondateurs de la distinction domaine public/domaine privé, dans son ouvrage de 1833<sup>3</sup>. Pour lui, le domaine public est constitué de « *choses qui sont, par les lois, asservies à l'usage de tous et dont la propriété n'est à personne* », c'est-à-dire que le domaine public comprend l'ensemble des biens dont les personnes publiques ont la garde, sans pour autant qu'elles en soient les propriétaires. Selon J.B.V. Proudhon il existe donc une erreur de rédaction dans l'article 539. Ce dernier indique que les biens « *vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public* ». Or selon sa définition, qui s'appuie sur son interprétation de l'article 538, les biens qui sont susceptibles d'appropriation privée ne peuvent appartenir au domaine public. Les biens cités par l'article 539 ne peuvent donc pas être considérés comme appartenant au domaine public.

---

<sup>2</sup> J.M. Pardessus, « *Traité des servitudes suivant les principes du Code civil* », 1ère édition, 1806.

<sup>3</sup> J.B.V. Proudhon, « *Traité du domaine public* », 1833-1834.

Ces biens sont alors inaliénables et imprescriptibles car ils sont affectés à l'usage de tous. Ils sont également improductifs, au contraire des biens du domaine privé qui appartiennent à la communauté. Cette affectation à l'usage de tous va devenir un des premiers critères de distinction entre les domaines privés et publics, à l'instar de la non appropriation à une personne privée. A cette époque, comme sous l'Ancien Régime, le droit de garde est à nouveau mis en avant. La distinction est donc nécessaire car un seul régime ne pouvait pas à la fois régir les biens du domaine public inaliénable, et les biens du domaine privé aliénable appartenant à la Nation.

Cette première théorisation sur la distinction entre le domaine public et le domaine privé est complétée par une nouvelle analyse d'H. Berthélémy<sup>4</sup> un siècle plus tard. Ce dernier confirme l'idée que des biens appartenant au domaine public ne sont pas susceptibles d'appropriation privée, et que les personnes publiques n'exercent dessus qu'un simple droit de garde.

H. Berthélémy contredit J.B.V. Proudhon lorsque ce dernier utilise comme base de réflexion l'article 538 du Code civil, qui, selon lui, fait une distinction entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé. Ainsi, pour H. Berthélémy, l'article 538 du Code civil et les suivants ne font pas la distinction domaine public/domaine privé, mais opèrent simplement une différenciation entre l'ensemble des biens appartenant au domaine général, et les biens appartenant à des particuliers. Par l'expression « *domaine public* », les rédacteurs du Code civil évoquent le domaine national, qui regroupe l'ensemble des biens qui n'appartiennent pas à des particuliers. Par ailleurs, selon H. Berthélémy, l'article 539 est correct si on remplace « *domaine public* » par « *domaine de la Nation* ». Pour appuyer son argumentation il déclare que dans l'article 538 les « *lais et relais* » n'ont pas les mêmes caractéristiques que les autres exemples de l'article, car ils ne sont pas l'usage de tous et sont susceptibles d'appropriation privée.

➤ ... et du deuxième critère d'affectation d'un bien à un service public

Pour démontrer l'idée que le législateur du Code civil ne soit pas entré dans la sous distinction du domaine public et du domaine privé, H. Berthélémy a émis sa propre théorie : c'est le bon sens et la réflexion de chacun qui fait office de distinction. En effet, chaque individu peut être capable de faire individuellement la distinction en se demandant quels sont, parmi les biens composant le domaine national, ceux qui ont besoin d'une protection particulière différente du régime qui est appliqué aux propriétés privées. Par exemple les routes, les ports, les fleuves sont soumis à un régime spécial, ils sont inaliénables et imprescriptibles. Il semblait logique, qu'à l'époque, personne n'aurait eu l'idée d'acheter ou de vendre une partie d'une place publique ou d'un port. C'est donc à partir d'un tel raisonnement que l'on peut distinguer le domaine public et le domaine privé.

---

<sup>4</sup> H. Berthélémy, Traité élémentaire du droit administratif, 1933.

H. Berthélémy va, par ailleurs, augmenter la liste des biens pouvant être considérés comme appartenant au domaine public. En plus du critère d'affectation à l'usage du public, comme J.B.V. Proudhon l'évoquait, il déclare qu'un bien pourra faire partie du domaine public suivant sa destination. C'est-à-dire que si un bien est affecté à un service public, alors il entrera dans le champ d'application du régime spécial de la domanialité publique. Donc en plus des biens tels que les cours d'eau, qui sont par nature à l'usage de tous, il faut y ajouter les biens des personnes publiques qui sont affectés à un service public (les écoles par exemple).

Ainsi, selon la doctrine française, deux critères d'appartenance au domaine public ont été proposés suite à la première définition erronée du Code civil qui parlait alors de propriétés publiques et privées et non pas de domaines publics et privés : l'affectation d'un bien à l'usage de tous et l'affectation d'un bien à un service public.

### **I.1.2 L'apparition d'un nouvel élément pour définir le domaine public : la reconnaissance d'un droit de propriété**

➤ *Selon H. Berthélémy, en accord avec la définition de J.B.V. Proudhon, les personnes publiques ne possèdent pas de droit de propriété sur les biens du domaine public...*

Après avoir étudié les critères d'appartenance d'un bien au domaine public ou domaine privé, H. Berthélémy s'est intéressé au sujet très controversé à cette époque du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public. Selon lui, les personnes publiques ne possèdent pas de droit de propriété sur les biens appartenant au domaine public. Ces derniers étaient définis par les biens non susceptibles de propriété privée. Or d'après l'article 544 du Code civil, « la propriété [privée] est le droit de jouir et de disposer d'une chose de la manière la plus absolue ». Mais il retient qu'une personne publique ne peut pas librement utiliser ses droits d'abusus, d'usus et de fructus sur les dépendances du domaine public, comme le ferait un propriétaire privé sur ses biens privés.

➤ *... mais, à l'inverse, selon M. Hauriou, les personnes publiques sont propriétaires des biens du domaine public...*

A l'opposé de la doctrine précédente, un nouveau front émerge sous l'influence de la pensée de M. Hauriou notamment. Ce dernier conteste l'idée que le domaine public ne soit pas la propriété de l'administration. Les arguments en faveur de ce point de vue seraient tout d'abord historique : sous l'époque romaine, une distinction était faite entre les biens appartenant à l'État (appelés « res publicæ ») et les biens appartenant aux cités (appelés « res univertatis »). Puis les textes de la fin du XVIIIe siècle-début XIXe siècle vont dans ce sens en utilisant le terme propriété.

La loi des 22 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790 et le Code civil énumèrent des listes de biens du domaine public qui sont la propriété de l'État : l'article 538 du Code civil classe « *toutes les portions de territoire qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérés comme des dépendances du domaine public* », malgré le fait que par le terme « *domaine public* » n'a pas la même définition qu'aujourd'hui, le Code civil distingue donc la propriété de l'État aux propriétés privées. Également, la loi du 22 décembre 1789-8 janvier 1790 indique que les administrations départementales ont à leur charge la conservation des « *propriétés publiques* » (art. 2).

A titre d'illustration, on peut prendre la construction d'une route : l'administration va, dans un premier temps, acquérir le terrain où se situera la route, et dans l'attente de sa mise en circulation, le terrain sera dans le domaine privé de la personne publique. Une fois la route affectée à l'usage du public, le terrain sera automatiquement inséré dans le domaine public. Enfin si un jour la route est désaffectée, le terrain reviendra dans le domaine privé. Or pendant ces diverses étapes, la propriété n'a pas disparu, elle a continué à perdurer sous une forme sans doute quelques peu différentes lorsque la route était affectée à l'usage du public.

➤ ... *en fonction de leur utilité publique*

Il reconnaît cependant, que le droit de propriété des personnes publiques sur les biens du domaine public qui sont affectés à l'utilité publique, peut être différent que le droit de propriété des personnes privées sur leurs biens. Le premier des trois attributs du droit de propriété, l'abusus, qui est le droit de disposer de la chose, n'apparaît plus puisque le bien ne peut plus être vendu. Car dans un but d'intérêt général, le bien ne peut pas faire l'objet d'appropriation privée sous peine de perdre sa destination. En ce qui concerne l'usus, qui est le droit d'user de la chose, il disparaît également puisque l'usage ne peut pas être différent de celui du départ qui a amené l'affectation. Et le fructus, qui est le droit de percevoir les fruits, il ne demeure pas sauf si cela n'a pas d'incidence sur la destination du bien.

A travers sa définition du domaine public, M. Hauriou a donc une vision extensive de ce dernier, en plus de l'affectation à l'usage du public, un bien peut prétendre au régime du domaine public s'il est affecté à un service public. Il va même jusqu'à reconnaître l'appartenance au domaine public quand la propriété administrative est affectée à « l'utilité publique ». Et c'est donc cette affectation qui va amener les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité des biens du domaine public.

Un des auteurs qui va dans le sens de M. Hauriou est R. Bonnard<sup>5</sup>. Dans son livre « Précis de droit administratif », il donne une nouvelle définition du domaine public. Selon lui, le domaine public regroupe l'ensemble des « *propriétés administratives qui sont affectées à l'usage de tous ou bien au fonctionnement d'un service public, et qui, par suite, sont soumises à un régime spécial* ».

---

<sup>5</sup> R. Bonnard, « Précis de droit administratif », 1943.

Au contraire des pensées de J.B.V. Proudhon et H. Berthélémy, il se positionne sur l'idée que les personnes publiques sont propriétaires des dépendances qu'elles possèdent. En effet, selon lui, la notion de propriété est possible et nécessaire pour le domaine public. Bien qu'il puisse s'agir ici d'une notion de propriété qui diffère légèrement de la propriété des personnes privées, les personnes publiques ont besoin d'être propriétaire de leurs dépendances pour répartir la gestion et la police du domaine. L'administration est propriétaire des biens de son domaine dans le but de garantir son usage à tous, et en parallèle elle ne pourrait faire valoir l'application des pouvoirs sur les biens du domaine. Tout comme le régime qui s'applique aux biens du domaine public, ils ne pourraient être inaliénables, et par conséquent imprescriptibles, si ses biens ne pouvaient être la propriété des personnes publiques. Ceci car l'aliénation résulte d'un transfert entre un patrimoine public, auquel ils appartiennent, vers un patrimoine privé ou public.

Face à ces pensées extensives du domaine public avec ce double critère d'affectation à l'usage du public et d'affectation à un service public, certains auteurs ont mené des réflexions pour essayer de limiter cette extension. C'est le cas de G. Jèze qui considère qu'un bien affecté à un service public ne peut prétendre faire partie du domaine public que s'il joue un rôle « *prépondérant* »<sup>6</sup>. Cette pensée rejoint un débat qui a divisé la doctrine : savoir si les bâtiments affectés à un service public appartiennent au domaine public.

Les auteurs du XXe siècle ont donc proposé de s'appuyer sur un nouvel élément pour définir l'appartenance au domaine public : la reconnaissance d'un droit de propriété. Par ailleurs, ces derniers reconnaissant le double critère qui est adopté par l'ensemble de la doctrine pour définir cette appartenance : l'affectation à l'usage du public et l'affectation à un service public.

### **I.1.3 L'émergence des critères jurisprudentiels sur la base de la vision doctrinale**

C'est au cours du XXe siècle que la distinction entre le domaine public et le domaine privé a été progressivement reconnue par la jurisprudence. Afin de pouvoir prendre la décision qu'un bien appartienne soit au domaine public, soit au domaine privé, les juges se sont basés sur un premier critère qui avait été mis en avant au XIXe siècle, à savoir l'appartenance d'un bien à l'usage de tous. La première grande décision de la jurisprudence dans ce sens a été prise le 28 juin 1935<sup>7</sup> par le Conseil d'État avec l'arrêt dit Marécar. Les juges ont estimé qu'un bien appartenait au domaine public dès lors que la seule condition d'affectation à l'usage du public était vérifiée, il s'agissait dans cet arrêt d'un cimetière appartenant à une commune.

Ce premier critère a ensuite été considéré comme trop restrictif. En effet certains biens étaient écartés du fait qu'ils n'étaient pas ou peu utilisés par tous mais ils présentaient pourtant une grande utilité publique. C'est pourquoi à partir des années 1950, la jurisprudence a joint à ce premier critère la condition d'affectation à un service public.

---

<sup>6</sup> Cité dans « Domaines public et privé des personnes publiques », Y. Brard, 1994.

<sup>7</sup> Cité dans « Domaines public et privé des personnes publiques, Y. Brard., 1994, (CE, 28 juin 1935).

C'est sous l'influence de leurs travaux que la Commission de révision du Code civil a retenu la nécessité de la présence d'un double critère d'affectation (à l'usage du public et à un service public) pour qu'un bien puisse appartenir au domaine public. En premier lieu c'est la Cour de Cassation, dans un arrêt du 7 novembre 1950<sup>8</sup>, qui va reprendre la définition des travaux précédents et ainsi permettre à la condition d'affectation à un service public d'être juridiquement reconnue. Puis, le Conseil d'État, à travers un arrêt de 1956 dit Société Le Béton<sup>9</sup>, sous-entend que des terrains font partie du domaine public s'il existe des installations qui participent au fonctionnement de l'ensemble d'un port, et donc au service public portuaire.

Le Conseil d'État continue dans ce sens en 1959 avec un arrêt du 11 mai 1959<sup>10</sup> dit Dauphin, où les juges ont reconnu qu'une allée peut être incorporée au domaine public lorsqu'elle est affectée à un service public culturel et touristique, et qu'elle a fait l'objet d'un aménagement spécial pour y répondre. Une allée similaire a été définie comme appartenant au domaine public suivant le critère de l'affectation à l'usage du public par le Conseil d'État dans un arrêt de 1960 dit Berthier<sup>11</sup>. Ce qui tend à prouver que la jurisprudence considère qu'un bien peut appartenir au domaine public s'il répond à deux conditions distinctes, soit l'affectation à l'usage du public ou l'affectation à un service public.

Ainsi, la jurisprudence s'est tout d'abord basée sur les deux critères énoncés dans la doctrine française : l'affectation d'un bien à l'usage de tous et l'affectation d'un bien à un service public. Puis, elle a également retenu une condition supplémentaire pour caractériser l'affectation à un service public : l'aménagement spécial. Cependant, la frontière entre ces deux critères est floue puisqu'un bien peut répondre aux deux affectations.

## **I.2 ... actuellement codifiés et contestés**

Depuis 2006, la distinction entre le domaine public et le domaine privé des personnes publiques a été défini juridiquement par le gouvernement dans un code appelé le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques (CGPPP). Il a été créé dans le but de définir l'ensemble des biens appartenant aux différentes personnes publiques, et se base sur les critères jurisprudentiels proposés au XXe siècle.

---

<sup>8</sup> Cité dans « Domaines public et privé des personnes publiques, Y. Brad (C.Cass, 7 novembre 1950).

<sup>9</sup> CE, 19 octobre 1956, n°20180, Société Le Béton.

<sup>10</sup> Cité dans « <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-assemblee-11-mai-1959-dauphin-rec-p-294/> » (visité le 31/05/2018), CE, Assemblée, 11 mai 1959, Dauphin.

<sup>11</sup> Cité dans « Domaines public et privé des personnes publiques », Y. Brard, 1994, (CE, Assemblée, 22 avril 1960).



L'article L2111-1 de l'ordonnance du 21 avril 2006 explique qu'un bien doit répondre à trois critères pour être reconnu dans le domaine public :

- appartenir à une personne publique,
- être affecté à l'usage direct du public,
- être affecté à un service public sous condition qu'il y ait la présence d'un aménagement indispensable.

Mais ces trois critères ne sont pas parfaits, ils ne permettent pas d'identifier clairement les biens qui sont susceptibles de se voir appliquer le régime de la domanialité publique.

### **I.2.1 Une appartenance en fonction du type de personne publique**

Ce premier critère d'appartenance à une personne publique n'a jamais été expressément cité avant ce code comme un élément participant à la distinction domaine public/domaine privé. Néanmoins, pour qu'un bien puisse intégrer le domaine public, il faut obligatoirement qu'il appartienne à une personne publique. Un avis du Conseil d'État en 2004<sup>12</sup> illustre ce propos en considérant que l'Agence France Presse était un organisme de droit privé et de ce fait elle ne pouvait détenir un domaine public. Par ailleurs, des contentieux se sont produits lorsque des propriétaires privés ont refusé d'entretenir un bien sous prétexte qu'il appartenait au domaine public du fait de son affectation, mais à l'image de l'arrêt du Conseil d'État du 8 mai 1970, un mur qui se situe sur un terrain privé en limite avec une voie publique ne peut pas prétendre appartenir au domaine public car il appartient à une personne privée.

De plus, les biens dont la propriété est partagée entre des personnes privées et publiques (copropriété, indivision, mitoyenneté) ne peuvent pas prétendre faire partie du domaine public. Pour cela, il faut que la personne publique ait la pleine propriété des biens. C'est un arrêt du Conseil d'État du 11 février 1994 concernant une compagnie d'assurance La Préservatrice Foncière qui illustre cette incompatibilité. Les juges ont estimé que le régime de la copropriété et celui du domaine public sont trop différents. Par conséquent, des locaux acquis par l'État dans un immeuble soumis au régime de la copropriété ne peuvent prétendre appartenir au domaine public.

On peut donc maintenant se demander si toutes les personnes publiques sont susceptibles d'avoir un domaine public. L'article L. 2111-1 du CGPPP, définissant le domaine public, s'applique aux personnes publiques mentionnées dans l'article L1 de ce même code, à savoir l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, et les établissements publics. Le CGPPP a donc repris en 2006 le droit qui était applicable antérieurement. Au départ, seul l'État possédait un domaine public, puis avec les lois de décentralisation des années 1980, les collectivités territoriales ont pu posséder leurs propres dépendances, et enfin les établissements publics ont été reconnus en capacité de posséder un domaine public.

---

<sup>12</sup> Assemblée générale, avis n°370.252, 10 juin 2004.

Par exemple :

- EPA : arrêt de 1981<sup>13</sup> portant sur un logement de fonction situé dans un établissement scolaire appartenant au domaine public d'un SIVOM,

- EPIC : arrêt de 1984<sup>14</sup> concernant la reconnaissance de l'appartenance de l'immeuble dit « *Dalle centrale* » de la place de la Défense au domaine public de l'établissement propriétaire de la place.

Le CGPPP ne règle pas la question des personnes publiques dites « *sui generis* », c'est-à-dire, celles qui ont un statut particulier propre à chacune comme par exemple les groupements d'intérêt public, les autorités publiques indépendantes personnalisées, etc. Alors que les personnes publiques dites classiques (État, collectivités territoriales, établissements publics) sont concernées par l'article L-2111-1 (qui fait référence à l'article L1), les autres, comme le précise l'article L2, ne voient ce code s'appliquer que dans « *les conditions fixées par les textes qui les régissent* ». Pour certaines d'entre-elles, des ordonnances ont été prises pour que leurs biens aient le même statut, comme par exemple la Banque de France où l'article L. 144-2-1 du Code Monétaire et Financier indique que les biens lui appartenant sont régis par le CGPPP. La situation est identique pour les biens de la Haute autorité de Santé (article 3-XIV de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006). Un flou persiste pour les personnes publiques « *sui generis* » dont les textes ne traitent pas du statut de leurs biens. On peut penser que tant que les textes qui régissent ces personnes publiques ne spécifient pas l'inverse, ces personnes publiques sont soumises au régime prévu par le CGPPP.

### **I.2.2 Une affectation à l'usage du public remise en question**

Le deuxième critère d'appartenance d'un bien au domaine public est l'affectation à l'usage du public. Il s'agit du critère le plus ancien. C'est donc le premier qui a été retenu et appliqué en premier lieu par la jurisprudence. Ce critère est indépendant des autres dans le sens, où s'il n'est pas vérifié, alors le bien en question ne pourra faire partie du domaine public.

Une interrogation subsiste quant à la portée du critère d'affectation à l'usage du public. Premièrement ce critère est applicable lorsque le public a une utilité directe avec le bien, mais il n'est pas retenu lorsqu'il est utilisé par le biais d'un service public : par exemple, ceux qui utilisent le service public ferroviaire n'ont pas un usage direct avec le domaine public ferroviaire. Dans ce cas, c'est le critère d'affectation à un service public qui sera privilégié. Deuxièmement, l'affectation à l'usage du public ne sous-entend pas forcément un usage collectif. En effet, certaines dépendances du domaine public affectées à l'usage du public sont en réalité affectées à des utilisations privées (ex : concessions funéraires des cimetières).

---

<sup>13</sup> CE, 6 février 1981, n°05716, Obernai.

<sup>14</sup> CE, 21 mars 1984, n°24944, Dalle Centrale.

En ce qui concerne l'ouverture au public, elle ne constitue pas un élément fiable permettant de justifier le critère de l'affectation à l'usage du public. D'un côté, les forêts appartenant à l'État ou à des collectivités territoriales font parties de leur domaine privé (arrêt de 2001<sup>15</sup>). Néanmoins, comme le reconnaissent les juges dans un arrêt du Conseil d'État du 28 novembre 1975<sup>16</sup> dans lequel une forêt se voit refuser le statut de domaine public malgré le fait qu'elle soit ouverte au public. Tandis que d'autres biens, comme par exemple des édifices du culte, se sont vu accordés le régime du domaine public du fait de leur ouverture au public.

Le critère de l'affectation à l'usage du public sous-entend en principe la liberté et la gratuité du service. Par conséquent toute personne peut recourir à la liberté de circulation sur le domaine public. En cas d'arrêté pris par une collectivité, il existe des restrictions à ces principes. Par exemple, des voies peuvent être interdites à la circulation des véhicules, ou la liberté de stationnement peut être limitée ou interdite sous réserve d'une condition valable. La gratuité de l'usage du domaine public est remise en cause par la mise en activité des péages sur les autoroutes au milieu du XXe siècle, et par l'instauration du stationnement payant.

### **I.2.3 L'affectation à un service public : une condition d'aménagement nécessaire mais inefficace**

#### ➤ *L'aménagement spécial...*

Le troisième critère édicté par l'article L.2111-1 du CGPPP est l'affectation à un service public pourvu que le bien ait fait l'objet d'un aménagement indispensable. Ce critère est issu de la doctrine puis, il a été repris par la jurisprudence au cours du XXe siècle.

L'objectif de l'ajout du critère d'affectation à un service public fut d'étendre le régime du domaine public aux biens qui n'étaient pas destinés à l'usage de tous mais qui présentaient une importante utilité publique. Ce critère a finalement eu pour conséquence d'élargir de manière trop extensive le régime du domaine public, c'est pourquoi la notion d'aménagement avait pour but d'affiner la portée de ce critère en limitant l'accès au domaine public aux seuls biens présentant le réel besoin de ce régime spécial.

Avant 2006, le droit français se référait à un aménagement qualifié de « *spécial* ». Ce dernier, comme le mentionne Yves Brard dans son livre « Domaines public et privé des personnes publiques »<sup>17</sup>, n'a pas spécialement rempli son objectif initial. L'aménagement spécial a notamment été utilisé par le juge comme un indice permettant de confirmer l'appartenance d'un bien au domaine public.

---

<sup>15</sup> TC, 18 juin 2001, n°01-03.241, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044339> (consulté le 15/05/2018)

<sup>16</sup> CE, 28 novembre 1975, n°90772, Abamonte.

<sup>17</sup> Y. Brard, « Domaines public et privé des personnes publiques », 1994.

Par exemple, un arrêt du 17 mars 1967<sup>18</sup> indique qu'un hôtel de ville appartient au domaine public car il est « *spécialement aménagé en vue du groupement des services publics municipaux auxquels il est affecté* ». Un arrêt du 25 novembre 1981<sup>19</sup> déclare qu'une salle des fêtes qui est « *affectée à des activités culturelles ou récréatives d'intérêt général présentant un caractère de service public pour lesquelles [elle] est spécialement aménagée* » fait partie du domaine public.

L'arrêt Berthier (1960), cité précédemment, est le premier mettant en avant le fait que la notion d'aménagement spécial pouvait concerner autant les biens affectés à un service public que les biens affectés à l'usage du public. En effet, une promenade est considérée faisant partie du domaine public du fait de son affectation à l'usage du public ainsi que de l'aménagement spécial dont elle fait l'objet. Dans ce même sens, un arrêt du 14 juin 1972<sup>20</sup> classe dans le domaine public les bois de Vincennes et de Boulogne du fait de leur affectation à l'usage du public et de leur aménagement qui en découle. Un autre arrêt du 30 mai 1975<sup>21</sup> considère qu'une plage qui est affectée à l'usage du public et qui fait l'objet d'un entretien, est assimilée par les juges à un aménagement spécial. Cet aménagement spécial permet à la plage de faire partie du domaine public.

L'aménagement spécial sert donc de vérification matérielle à l'affectation d'un bien à l'intérêt général (usage du public et service public). Même si il ne semble pas en mesure d'être un critère autonome de l'affectation, un arrêt du 15 janvier 1979<sup>22</sup> indique que des terrains qui n'ont été « *l'objet d'aucun aménagement particulier, ni d'aucune affectation au service public ou l'usage du public ne font pas partie du domaine public* ». Cette décision souligne qu'aucun aménagement particulier n'a été réalisé sur les terrains pour leur permettre d'accéder au régime de la domanialité publique.

Quant à l'importance de cet aménagement spécial, les juges ne possèdent pas de décision unanime permettant de qualifier et de quantifier la notion d'aménagement spécial. Ce dernier n'a pas à être original ou exceptionnel, il faut simplement qu'il soit en mesure de faire correspondre le bien avec l'affectation à un service public ou à l'usage du public auquel il se destine. Par exemple, l'aménagement d'une école publique n'a pas à être différent de celui d'une école privée pour que la première soit considérée comme appartenant au domaine public. D'un côté les juges ont admis qu'un bien entre dans le domaine public avec la présence au minimum d'un faible aménagement : quelques installations (arrêt Dauphin 1959, précité : « *deux bornes reliées par une chaîne, puis d'une grille à l'entrée de l'allée* ») ou un simple entretien (arrêt Commune de Six-Fours-La-Plage en 1975). D'un autre côté, dans un arrêt du 8 février 1989<sup>23</sup> les juges ont émis une liste d'actions qui ne pouvait pas s'apparenter à des aménagements spéciaux permettant à un bien de faire partie du domaine public.

---

<sup>18</sup> CE 17 mars 1967, n° 64440, Ville de Saint-Etienne.

<sup>19</sup> CE 25 novembre 1981, n°20539, Commune de La Roche-sur-Foron.

<sup>20</sup> CE 30 mai 1975, n°83245, Commune de Six-Fours-La-Plage.

<sup>21</sup> CE 30 mai 1975, n°83245, Commune de Six-Fours-La-Plage.

<sup>22</sup> TC 15 janvier 1979, n°02109, Société des Autoroutes du Sud de la France.

<sup>23</sup> CE 8 février 1989, n°77771, Commune du Grand Fougeray.

On y retrouve divers travaux de réfection, de dégagement de sentiers et de débroussaillage. Ces travaux d'aménagement sont jugés insuffisants pour permettre aux biens litigieux de faire partie du domaine public.

Cette notion d'aménagement spécial a néanmoins suscité des limites lors des interprétations faites par les juges. La présence d'installations matérielles était nécessaire pour identifier la condition d'un aménagement spécial. La jurisprudence a étendu la portée de cette notion en considérant notamment la configuration ou l'emplacement d'un bien, pour pouvoir prétendre au régime du domaine public. En témoigne un arrêt du 7 février 1965<sup>24</sup> qui indique qu'un garage situé près d'une gare et destiné aux passagers des trains fait partie du domaine public.

La condition d'aménagement spécial peut également être implicite, en effet dans certains cas les juges ont reconnu l'affectation et donc l'appartenance au domaine public, sans faire référence à la présence d'aménagement spécial. C'est le cas notamment pour un arrêt de 1972<sup>25</sup> où un aéroport est considéré appartenir au domaine public parce qu'il est ouvert à la circulation aérienne publique. Les juges n'ont alors pas cherché à vérifier si le bien présentait un aménagement spécial, qui était à ce moment-là la deuxième condition pour que ce bien puisse appartenir au domaine public.

➤ ... devient l'aménagement indispensable

L'arrivée du CGPPP en 2006 a apporté des modifications sur ce critère. Premièrement, alors que la jurisprudence avait étendu la condition d'aménagement aux biens affectés à un service public ainsi qu'aux biens affectés à l'usage du public, le CGPPP impose la condition d'aménagement uniquement pour les biens affectés à un service public, ce qui a pour conséquence de restreindre la portée de la nécessité de la présence d'un aménagement. Deuxièmement, afin de renforcer la condition d'aménagement pour les biens affectés à un service public, le CGPPP a substitué l'aménagement spécial par la notion d'aménagement indispensable. Cette dernière étant destinée à limiter l'extension du domaine public.

---

<sup>24</sup> CE 5 février 1965, n°57781, Hôtel Terminus à Lyon.

<sup>25</sup> CE 14 juin 1972, n°80500, Aéroclub d'Alsace.

Ce changement d'adjectif qualifiant la notion d'aménagement a suscité diverses interrogations dans la doctrine à propos de la différence entre les deux adjectifs et l'efficacité de la nouvelle notion d'aménagement indispensable. P. Yolka dans son article « Distinction entre le domaine public et le domaine privé »<sup>26</sup> évoque des incertitudes liées à cette nouvelle définition :

- la réduction du domaine public : les biens qui étaient affectés à l'usage du public mais qui ne présentaient pas d'aménagements spéciaux, faisaient partie du domaine privé, or maintenant tous les biens affectés à l'usage du public feront partie du domaine public, comme par exemple les pistes de ski sans remontées mécaniques qui n'ont pas nécessairement d'aménagements spéciaux.

- le changement d'adjectif : la jurisprudence retenait « *l'utilité* » et « *l'indispensabilité* » pour caractériser l'aménagement spécial, le remplacement de ce dernier laisse présumé que l'utilité n'emportera plus la domanialité, sous réserve de l'interprétation des juges.

Pour C. Ballandras-Rozet<sup>27</sup>, les deux adjectifs ont une signification présentant des similitudes, leurs définitions sont ambiguës et leurs champs d'application sont susceptibles de se recouper. Seules leurs hypothèses théoriques permettent de les différencier : l'adjectif « *indispensable* » devrait correspondre à la fonction du bien, tandis que l'adjectif « *spécial* » permettait de caractériser l'aménagement. E. Fatôme<sup>28</sup> est également de cet avis lorsqu'il déclare que la différence de signification est floue entre les deux adjectifs et que, selon lui, « *seuls parmi les biens affectés à un service public font partie du domaine public ceux qui sont nécessaires au bon fonctionnement des services auxquels ils sont affectés* ». Autrement dit, la volonté de changement d'adjectif a pour but de durcir l'appréciation des juges afin de restreindre l'appartenance au domaine public des biens appartenant à une personne publique et affectés à un service public.

Un arrêt de 2009<sup>29</sup> définit l'application dans le temps des nouveaux critères d'appartenance au domaine public. Il déclare que les critères du CGPPP ne sont pas rétroactifs, et que, par conséquent si le litige avait lieu avant l'entrée en vigueur du code c'était le critère de l'aménagement spécial qui était retenu pour déterminer l'appartenance ou non au domaine public. Un autre arrêt de 2012<sup>30</sup> indique qu'un bien, qui est entré dans le domaine public à partir des critères jurisprudentiels avant 2006, n'a pas été déclassé automatiquement suite à la codification des critères, il faut une décision expresse de déclasser pour le faire sortir du domaine public.

---

<sup>26</sup> Précité.

<sup>27</sup> C. Ballandras-Rozet, « *L'aménagement indispensable, un critère discutabile de réduction du domaine publi.* », AJDA 2007.

<sup>28</sup> E. Fatôme, « *La consistance du domaine public immobilier : évolutions et questions* », 2006.

<sup>29</sup> CE, 7 octobre 2009, n°309499, Société D'équipement de Tahiti et des Iles.

<sup>30</sup> CE, 3 octobre 2012, n°353915, Commune de Port-Vendres.

Des incertitudes subsistent lorsque d'un côté des juges retiennent l'ancienne condition d'aménagement spécial pour des faits survenus après 2006 (arrêt de 2011<sup>31</sup>), tandis que de d'autres juges se sont adaptés pour certaines décisions à faire référence à la notion d'aménagement indispensable (arrêt de 2012<sup>32</sup>).

Pour conclure, les trois critères définis par le CGPPP sont remis en question à cause de leurs nombreuses limites. La codification du premier critère d'appartenance à une personne publique (État, Collectivités Territoriales, Établissements publics) a permis de vérifier que seule cette dernière peut détenir un domaine public, mais que le statut des personnes « *sui generis* » n'est pas établi. Le second critère d'affectation à l'usage du public doit normalement être obligatoirement vérifié pour qu'un bien puisse appartenir au domaine public. Cependant, la jurisprudence a démontré que ce critère est subjectif : les juges prennent les décisions au cas par cas. Par ailleurs, ce critère pose une restriction sur les questions d'ouverture au public du bien. Le troisième critère d'affectation à un service public a eu pour conséquence d'augmenter le nombre de biens du domaine public. La condition d'aménagement avait alors pour objectif de réduire ces biens. Cependant, elle n'est pas utilisée à bon escient car les décisions des juges ne sont pas assez restrictives. Ainsi, il est intéressant de mettre en avant le fait que les critères de distinction, permettant à un bien de bénéficier du régime de la domanialité publique, ne se suffisent pas à eux-mêmes et présentent des limites dans leur application.

---

<sup>31</sup> CAA Bordeaux, 3 février 2011, n°10BX01818, Commune de Chambonchard.

<sup>32</sup> CE, 21 décembre 2012, n°342788, Société Saint-Quentinoise.

## II Les limites de la distinction domaine public/domaine privé

### II.1 Exceptions à la définition conceptuelle du domaine public

#### II.1.1 Les notions d'accessoire, de domaine public global et de domaine public virtuel

➤ *Le domaine public accessoire*

En parallèle des critères de la définition conceptuelle du domaine public définis par le CGPPP, il existe des systèmes permettant l'extension du domaine public. Dans un premier temps nous allons voir la notion de domaine public accessoire qui permet d'étendre le régime de la domanialité publique dans l'espace.

Le domaine public accessoire a été créé à partir de l'hypothèse selon laquelle les personnes publiques, comme les personnes privées, sont propriétaires de leurs biens. Le droit de propriété de ces personnes privées est régi par le Code civil, qui dans son article 551 déclare que « *tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire suivant les règles qui seront ci-après établies* ». C'est donc à partir de cette idée qu'un bien ne peut appartenir au domaine public, car il ne répond pas aux critères de la définition conceptuelle. Ce bien est cependant susceptible d'y appartenir sous réserve qu'il constitue un des accessoires d'un bien de ce domaine public.

C'est dans la seconde partie du XXe siècle que la théorie du domaine public accessoire a été reconnue par la jurisprudence. Cette dernière retenait deux conditions indépendantes l'une de l'autre :

- un lien physique entre le bien et la dépendance du domaine public (« *complément indissociable* ») : exemple d'un talus et d'une murette (arrêt de 1990<sup>33</sup>) qui servent d'assise à une avenue, et qui sont donc considérés comme appartenant au domaine public.

- un lien fonctionnel entre le bien et la dépendance du domaine public « *relation d'utilité* » : exemple : mobiliers urbains, arbres qui sont des compléments aux voies de circulation.

L'arrivée du CGPPP en 2006 a fait évoluer la notion de domaine public accessoire. L'article L.2111-2 y fait référence en indiquant que « *font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable* ». Les deux conditions énoncées par la jurisprudence sont donc maintenues et elles sont dorénavant cumulatives, il faut donc que le bien présente un lien physique et un lien fonctionnel avec une dépendance du domaine public pour qu'il puisse être incorporé au domaine public.

---

<sup>33</sup> CE, 29 juin 1990, n°77011, Commune de Cauterets.



Néanmoins, des arrêts survenus après la mise en application du CGPPP témoignent que les juges considèrent que si les faits liés au litige se sont produits avant l'entrée en vigueur du CGPPP alors ce sont les critères jurisprudentiels qui sont appliqués. Dans un arrêt de 2008<sup>34</sup>, les juges retiennent la définition jurisprudentielle (absence de lien physique) pour déterminer si des logements situés dans un ensemble immobilier public appartiennent ou non au domaine public. Plus récemment, dans un arrêt de 2012<sup>35</sup>, les juges ont décidé d'incorporer dans le domaine public des logements de gendarmes du fait de l'indissociabilité de ces logements avec le bâtiment où ils sont situés. De plus, ce bâtiment appartient au domaine public donc les logements en font également partis. Les faits étant antérieurs à l'entrée en application du CGPPP, le cumul des deux conditions n'étaient pas nécessaire. A l'inverse, dans un arrêt de 2014<sup>36</sup>, les juges délibèrent sur la qualification d'une piste de ski. Une partie de la parcelle fait l'objet d'une autorisation d'aménagement en piste de ski, et va donc considérée comme appartenant au domaine public du fait de son affectation à un service public et de la présence d'une remontée mécanique qui va servir d'aménagement. Tandis que pour la seconde partie de la parcelle, les juges mettent en avant l'absence des deux critères cumulatifs : si l'utilité est reconnue de par le passage des skieurs pour accéder à des aménagements publics, cette seconde partie de la parcelle est dissociable de la première à cause de l'autorisation, alors le deuxième critère n'est pas reconnu, ce qui a pour conséquence de ne pas l'intégrer au domaine public.

➤ *Le domaine public global*

Le durcissement de l'application du domaine public accessoire va entraîner des conséquences sur la théorie du domaine public global. Cette dernière constitue un cas extrême de la domanialité par accessoire, et a pour conséquence d'étendre spatialement la consistance du domaine public. Cette théorie se retrouve généralement dans les ensembles immobiliers complexes pour éviter la multiplication des régimes juridiques dans un même ensemble. Elle a une origine jurisprudentielle et correspond à l'hypothèse selon laquelle des biens appartiennent au domaine public dès lors qu'ils font partie d'une unité foncière faisant partie du domaine public, et ce même si ces biens ne répondent pas aux critères de la domanialité publique. Cette théorie a été appliquée dans un arrêt de 1975<sup>37</sup> où un logement de fonction a été considéré comme appartenant au domaine public car il était situé dans un groupe scolaire communal qui appartenait lui-même au domaine public. Cette théorie repose sur un lien d'indissociabilité que peuvent avoir deux biens, tout comme la théorie de l'accessoire, mais diffère sur le lien fonctionnel, qui n'est pas nécessaire pour la domanialité publique globale.

---

<sup>34</sup> CE, 11 décembre 2008, n°309260, Crédit municipal de Paris.

<sup>35</sup> CE, 7 mai 2012, n°342107, SCP Mercadier et Krantz.

<sup>36</sup> CE, 28 avril 2014, n°349420, Société Doudoune.

<sup>37</sup> TC, 7 juillet 1975, n°02002, Commune de Cadours.

La question du maintien de cette théorie s'est posée lors de l'instauration du CGPPP, qui a imposé la présence cumulative des deux critères pour incorporer un bien dans le domaine public. Mais, ce dernier ne mentionne pas la domanialité publique globale, son silence peut donc être interprété de deux manières différentes (continuité ou suppression de cette théorie).

➤ *Le domaine public virtuel*

Enfin, la théorie de la domanialité publique virtuelle a également été instaurée par la jurisprudence dans un arrêt de 1985<sup>38</sup>. Les juges ont reconnu qu'un bien (ici des « *lits destinés à l'hébergement des personnes âgées* ») qui n'est pas affecté ni aménagé, peut prétendre appartenir au domaine public si l'affectation est prévue de manière certaine. Cette théorie a été adoptée dans le but d'appliquer le régime protecteur de la domanialité publique à un bien qui était destiné à être incorporé au domaine public. Mais elle n'a pas fait l'unanimité dans la doctrine, de nombreux auteurs ont remis en question cette théorie. Elle apportait une insécurité juridique parce qu'il n'y a pas de précision sur le moment de départ de la décision d'affectation d'un bien.

L'instauration du CGPPP en 2006 n'a pas fait évoluer le devenir de la théorie du domaine public virtuel car il ne fait pas mention de celle-ci. Comme le mentionne E.Fatôme<sup>39</sup> et P. Yolka<sup>40</sup> dans leur article, l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 indique que « *c'est désormais la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable pour concrétiser l'affectation d'un immeuble au service public, qui déterminera de façon objective l'application à ce bien du régime de la domanialité publique. De la sorte, cette définition prive d'effet la théorie de la domanialité publique virtuelle* ». Il apparaît donc que la codification des critères de la domanialité publique a fait disparaître la théorie du domaine public virtuel. Néanmoins, les jurisprudences qui sont intervenues à ce sujet ne tranchent pas de manière définitive : dans un arrêt de 2006<sup>41</sup> les juges ont admis qu'un logement de fonction appartient au domaine privé car il « *a été déclassé* » et qu'il « *n'est plus affecté depuis au service public, ni n'est destiné à l'être* ». Ou encore, dans un arrêt de 2007<sup>42</sup>, les juges ont demandé l'expulsion des occupants d'un terrain, car ce dernier était considéré comme appartenant au domaine public du fait qu'il était en cours d'aménagement et donc ouvert au public.

## II.1.2 Les dérogations législatives

En parallèle de la méthode conceptuelle du CGPPP, une méthode énumérative s'est progressivement mise en place, notamment sous l'effet d'une certaine opportunité des situations qui se présentaient.

---

<sup>38</sup> CE, 6 mai 1985, n°41589, Association Eurolat.

<sup>39</sup> Précité.

<sup>40</sup> Précité.

<sup>41</sup> CE, 21 décembre 2006, n°297488, Centre de rééducation cardio-respiratoire de Menton.

<sup>42</sup> CAA Paris, 22 mars 2007, n°04PA03776, Commune de Nouméa.

➤ *Biens classés dans le domaine public*

D'un côté, on retrouve des biens qui répondent aux critères de l'article L.2111-1 du CGPPP et qui ont été classés comme appartenant au domaine public par des articles de ce même code. C'est le cas par exemple pour le domaine public artificiel maritime (art L.2111-6 du CGPPP) ou fluvial (art. L.2111-10 du CGPPP), ainsi que pour le domaine public routier (art. L.2111-14 du CGPPP).

De l'autre côté, certains biens ont été classés dans le domaine public sans qu'ils ne répondent aux critères de la domanialité publique. C'est le cas, par exemple, pour le domaine public hertzien (art. L.2111-17 du CGPPP), qui ne devrait pas faire partie du domaine public, mais qui y appartient selon le CGPPP. C'est également le cas pour les entreprises privatisées telles que La Poste ou France Telecom qui ne répondent plus aux critères d'appartenance à une personne publique en raison du changement de statut en société anonyme. Leurs biens ne peuvent donc plus se situer dans le domaine public. Néanmoins, les règles de droit public s'y appliquent toujours car ils sont considérés comme réalisant un service public national.

➤ *Biens classés dans le domaine privé*

A l'inverse, certains biens ont été classés dans le domaine privé alors même qu'ils répondaient aux critères du domaine public de la définition conceptuelle. La situation des réserves foncières a été fixée par le CGPPP, alors qu'auparavant le droit ne le mentionnait pas expressément, hormis l'article L.221-1 du code de l'urbanisme qui le laissait présumé. Elles sont dorénavant considérées comme faisant partie du domaine privé (art. L.2211-1). Ce même article classe dans le domaine privé les immeubles à usage de bureaux, sauf « *ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public* ».

De la même manière, l'article L.2212-1 du CGPPP indique que les bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier font partis du domaine privé, comme la jurisprudence les classait précédemment. Or les bois et forêts sont affectés à l'usage du public et sont également affectés à un service public, mais comme le démontre M. Chouquet, ces biens ont été intégrés dans le domaine privé à partir de la saisie d'une opportunité d'unifier le régime juridique appliqué à chacun de ses biens, puisqu'il existe des forêts qui ne sont pas ouvertes au public, et qui ont une fonction patrimoniale. Ce même article entérine également le devenir des chemins ruraux en les rangeant dans le domaine privé, ce qui concorde avec l'article L.161-1 du CVR.

➤ *Cas particulier des chemins ruraux*

Il est intéressant d'apporter quelques précisions sur la décision d'insertion dans le domaine privé des chemins ruraux prévu par le législateur. Comme le fait remarquer M. Chouquet, ce sont les lois des 21 mars 1836 et 20 août 1881 qui vont l'une après l'autre donner naissance à la notion de chemins ruraux. La distinction ancienne faisait référence à des voies non urbaines sur lesquelles la commune avait obligation d'entretien et de réparation, et à l'inverse des voies rurales qui se voyaient dispenser de cette obligation. La seconde loi donne la définition suivante des chemins ruraux : « *les chemins appartenant aux communes, qui n'ont pas été classés comme chemins vicinaux [ancienne voies communales]* » sur lesquelles les communes n'ont pas « *d'obligation d'entretien* ». Puis l'ordonnance du 7 janvier 1959 confirme l'appartenance au domaine privé des chemins ruraux en les qualifiant de « *chemins appartenant aux communes, affectés à l'usage du public, qui n'ont pas été classés en voies communales* ».

Les chemins ruraux sont aujourd'hui définis par l'article L.161-1 du CR qui déclare que « *les chemins ruraux sont des chemins appartenant aux communes, affectés à l'usage du public, qui n'ont pas été classés comme voies communales. Ils font partie du domaine privé de la commune* ». Dans sa définition, on peut constater qu'ils répondent à deux des critères de la domanialité publique : l'affectation à l'usage du public et la propriété de la commune. Pour ce dernier, ce critère est identique aux biens appartenant au domaine public, les personnes publiques disposent d'un droit de propriété similaire sur l'ensemble de ses biens. Tandis que l'affectation à l'usage du public correspond ici à un passage continu de toute personne autre que les riverains. La condition déterminante qui va permettre aux chemins ruraux d'intégrer le domaine privé c'est le non-classement en voie communale.

De plus, l'ambiguïté autour du statut juridique de ces biens est accentuée par le fait que physiquement ils ne possèdent pas de différence notable avec les voies communales appartenant au domaine public. Et la fonction des chemins ruraux est identique à celle des voies communales, qui est l'affectation à la circulation publique.

Les chemins ruraux possèdent une qualification juridique qui pourrait être considérée comme mixte : s'ils ont un régime juridique de droit privé, et qu'ils sont aliénables et prescriptibles, les travaux qui y sont réalisés sont considérés comme étant des travaux publics. Ce qui implique qu'ils sont à la fois régis par le droit privé et par le droit public, et qu'en cas de litige cela peut relever soit des tribunaux de l'ordre judiciaire, soit de ceux de l'ordre administratif suivant le litige lequel il porte.

M. Chouquet<sup>43</sup> retient divers arguments pour justifier le fait que les chemins ruraux fassent partie du domaine privé des personnes publiques. En premier lieu, c'est l'entretien facultatif sur ces voies qui a été reconnu au XIX<sup>e</sup> siècle par le législateur, notamment pour permettre aux communes de diminuer leur coût de gestion.

---

<sup>43</sup> M. Chouquet, « Le domaine privé des personnes publiques : contribution à l'étude du droit des biens publics », 2013.

La jurisprudence a fait évoluer la qualification de l'entretien, en instaurant la condition d'un entretien normal sur les chemins ruraux. Dans le même sens, la jurisprudence, dans un arrêt de 1987<sup>44</sup>, a pris la décision qu'une voie communale, qui n'a pas été déclassée, est soumise à l'obligation d'entretien de la part de la commune concernée. En second lieu, c'est le fait que les chemins ruraux n'ont pas besoin du régime de la domanialité publique pour assurer leur fonction première. Ils profitent d'un régime qui leur permet de garantir l'affectation à l'usage du public.

## II.2 La possibilité d'acquérir des droits réels sur le domaine public

Face au régime protecteur qui est appliqué sur les biens du domaine public, des mesures peuvent être prises pour permettre à des propriétaires privés d'obtenir des droits réels sur le domaine public, c'est-à-dire qu'ils peuvent obtenir un pouvoir direct et immédiat sur une chose. Ces mesures sont en contradiction directe avec le régime de la domanialité publique qui, à partir de ses principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, réfutent toutes hypothèses d'acquisition de droits réels sur un bien du domaine public. Ces restrictions se retrouvent sous forme de contrats (Bail Emphytéotique Administratif) ou d'autorisations (Autorisation d'Occupation Temporaire ou permission de voirie) qui sont accordés par une personne publique au profit notamment d'une personne privée.

### II.2.1 Les règles générales d'occupation du domaine public

Le CGPPP définit les principes généraux régissant les règles d'occupation et d'utilisation du domaine public. Ces dernières doivent répondre à plusieurs hypothèses pour pouvoir être valides :

- l'article L.2121-1 met en avant l'obligation de compatibilité entre l'utilisation d'un bien du domaine public et l'affectation d'origine du bien. Au contraire si une utilisation n'est conciliable avec l'affectation, « *aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti* »,

- l'article L.2122-1 stipule, lui, que « *nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique* », et que l'utilisation qui est faite du domaine public ne doit pas dépasser « *le droit d'usage qui appartient à tous* ». Toute occupation sans titre est alors illégale, et l'objet de l'occupation doit être justifié pour pouvoir être accordée.

Les articles L.2122-2 et L.2122-3 précisent les caractéristiques de cette occupation : elle doit être « *temporaire* », « *précaire et révocable* ». Concernant les occupations accordées par l'État ou ses établissements publics : lorsque la décision de résiliation est prise, « *les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier* » présents sur le domaine public « *doivent être démolis* », sauf décision contraire de la personne publique souhaitant la maintenir (article L.2122-9).

---

<sup>44</sup>CE, 10 juillet 1987, n°66311, Commune d'Uvernet-Fours.

L'article L.2125-1 pose le principe que toute occupation ou utilisation du domaine public des personnes publiques donne lieu au paiement d'une redevance, suivant les dispositions de l'article L.2125-3 qui déclare que «*la redevance due pour l'occupation [...] tient compte des avantages [...] procurés au titulaire de l'autorisation* ». Même avant la création du CGPPP, les juges retenaient dans un arrêt de 2004<sup>45</sup> que toutes utilisations du domaine public donnaient lieu au paiement d'une redevance, notamment du fait de la richesse qu'un événement pouvait créer pour la collectivité propriétaire. Mais dans un arrêt récent de 2014<sup>46</sup>, les juges ont montré que dans certaines situations, il était possible de reconnaître un droit d'usage limité au profit d'une autorisation d'occupation temporaire. C'était le cas concernant la présence des clients des établissements bancaires et commerciaux sur le domaine public le temps d'effectuer une transaction. Mais cette occupation du domaine public a été considérée comme non exclusive à la présence d'autres usagers et non incompatible avec l'affectation d'origine. De ce fait, ces établissements n'avaient pas lieu de demander une autorisation d'occupation temporaire et n'avaient alors pas besoin de payer une redevance.

A l'image de ce précédent arrêt, l'occupation du domaine public peut être délivrée gratuitement. Par exemple, lorsque l'occupation concerne l'installation par l'État des équipements ayant pour but d'améliorer la sécurité routière, ou lorsqu'une autorisation est délivrée à une association à but non lucratif qui contribue à la satisfaction d'un intérêt général.

L'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques est venue modifier les règles d'occupation du domaine public. En effet, cette ordonnance a instauré de nouveaux articles dans le CGPPP : article L.2122-1 et suivants. Dorénavant, lorsque l'occupation du domaine public est accordée dans le but d'une exploitation économique, la personne publique est obligée de réaliser une procédure de mise en concurrence et de publicité (article L. 2122-1-1 du GGPPP). De même, la caractéristique temporaire des occupations est renforcée. Puis, l'article L.2122-2 déclare qu'une occupation en vue d'une exploitation économique voit sa durée limitée pour ne pas restreindre la libre concurrence.

## **II.2.2 Le Bail Emphytéotique Administratif (BEA) et les Autorisations d'Occupation Temporaire (AOT)**

### ➤ *Le Bail Emphytéotique Administratif*

Le BEA est défini par l'article L.1311-2 du CGCT et peut être conclu notamment dans le but de réaliser une opération d'intérêt général ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice de culte ouvert au public.

---

<sup>45</sup> CAA Marseille, 6 décembre 2004, n°00MA01740, Commune de Nice.

<sup>46</sup> CE, 31 mars 2014, n°362140, « Taxe Kebab ».

Mais le BEA ne peut concerner que « *les dépendances du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie* », c'est-à-dire sur les biens du domaine public, sauf ceux du domaine public routier. De plus, le BEA ne peut porter que sur les biens appartenant aux collectivités territoriales ou à un établissement public des collectivités territoriales. Ceux appartenant à l'État ne peuvent faire l'objet de ce type de contrat. Un des avantages du BEA est qu'il permet à la collectivité de transférer temporairement des droits réels pour une durée variant entre 18 à 99 ans.

Le champ d'application des BEA a été modifié suite à l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015. Désormais, ce bail ne peut plus être réalisable lorsque l'objet concerne « *l'exécution de travaux, la livraison de fourniture, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie financière constituée par un prix [...] pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur [public]* ». Auquel cas, le bail sera considéré comme un marché public, et devra être soumis aux règles relatives les régissant, notamment l'obligation de mise en concurrence et de publicité. Ceci a été mis en place pour lutter contre la création des « BEA aller-retour », qui permettait à une personne publique de commander la réalisation de travaux pour répondre à ses propres besoins, en évitant les règles spécifiques liées aux contrats de marché public.

L'article L.1331-3 du CGCT définit les caractéristiques du bail. Les droits conférés par le BEA sont personnels, ils ne peuvent être cédés qu'avec l'accord de la personne publique et dans le respect du maintien des droits et obligations prévus initialement par le bail. Pendant la durée du contrat, le locataire possède donc des droits réels sur le bien, il est considéré comme étant le propriétaire, et peut procéder à la mise en hypothèque du bien à la seule condition qu'il sert à rembourser les emprunts éventuels contractés pour financer la réalisation d'ouvrage sur le bien en question. Il possède donc l'obligation de réaliser les constructions et de les entretenir conformément à l'accord passé avec la personne publique. En contrepartie, il s'engage à verser un loyer à la personne publique propriétaire initiale du bien.

➤ *Les Autorisations d'Occupation Temporaire (AOT)*

Il existe deux types d'AOT :

- celles qui sont établies par l'État : elles sont définies par la loi n°94-631 du 25 juillet 1994 qui est venue compléter le code du domaine de l'État. L'article L.34-1 indique que « *le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre* ». Il n'y a donc pas d'activité spécifique pour qu'une AOT soit accordée, il faut simplement qu'elle soit compatible avec l'affectation qui est faite du domaine public.

- celles qui sont établies par les collectivités territoriales : elles sont notamment définies par les articles L.1311-5 et suivants du CGCT. Le premier article indique que les collectivités territoriales peuvent accorder sur leur domaine public des AOT « *constitutives de droits réels ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence* ». Et que le bénéficiaire de l'AOT « *possède un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice de cette activité* ». L'article L.1311-6 déclare, lui, que le droit réel qui est accordé au bénéficiaire, ainsi que les ouvrages réalisés, ne peuvent être cédés ou transmis à toute autre personne privée ou publique.

Le champ d'application et le régime juridique de ces deux AOT sont énoncés par le CGPPP aux articles L.2112-5 et suivants pour les AOT de l'État et à l'article L.2122-20 pour les AOT des collectivités territoriales. Une AOT constitutive de droits réels est accordée pour que le bénéficiaire procède à la réalisation de travaux. Il peut s'agir de travaux qui sont nécessaires pour réaliser les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qui lui permettront de réaliser l'activité prévue par son titre. Une AOT peut également concerner des travaux sur des ouvrages déjà existants. Les AOT ont une durée dans le temps (70 ans maximum) et peuvent prendre fin par une décision unilatérale de la personne publique à tout moment.

Tout comme pour le BEA, le champ d'application a été modifié par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, déclarant dans son article 101 qu'une AOT ne peut « *avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fourniture, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public* ». Dans le cas contraire, l'AOT sera considérée comme une procédure de marché public, et devra répondre aux droits applicables aux marchés publics, notamment l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

### **II.2.3 Les permissions de voirie**

L'article L.113-2 du CVR prévoit que l'occupation du domaine public routier n'est autorisée, quand il est question de l'emprise, que par la délivrance d'une permission de voirie. Tout comme l'AOT constitutive de droit réel, cette autorisation est précaire et révocable, et peut donc à tout moment être abrogée par la personne publique.



Cette autorisation doit être attribuée par l'administration lorsqu'il y a une volonté d'effectuer sur le domaine public des travaux qui seraient susceptibles de modifier l'assiette de ce dernier. Il peut s'agir par exemple de la création d'un accès à une propriété privée, de la construction d'un kiosque à journaux ou de mobiliers urbains tels qu'un panneau de publicité, ou de la pose de canalisation ou de divers réseaux en souterrains.

L'autorité compétente pour délivrer cet acte unilatéral est celle qui est propriétaire ou gestionnaire du domaine public en question. Si le bien fait partie du domaine public communal c'est donc le Maire qui sera compétent. Ce dernier peut se réserver le droit de ne pas délivrer ou de ne pas renouveler une permission de voirie précédemment accordée. De plus, la permission de voirie est un acte administratif permettant au bénéficiaire de détenir un droit d'occupation privative sur un bien du domaine public. Il s'agit d'un droit personnel, qui ne peut être cédé à un tiers. Cette occupation est généralement soumise au paiement d'une redevance pour compenser les avantages spéciaux qui leur sont procurés.

Néanmoins, certaines dérogations à cette obligation d'autorisation ont été instaurées par la jurisprudence ou par des textes divers. C'est le cas pour les services de la distribution comme l'électricité ou le gaz. Un arrêt de 1995<sup>47</sup> déclare que malgré l'obligation pour tout propriétaire sur ou sous le domaine public d'être titulaire d'une permission de voirie, lorsqu'il s'agit de travaux sur la distribution d'électricité ou de gaz, ces établissements n'ont pas l'obligation de posséder une autorisation de permission de voirie. Cette décision est vérifiée par l'article L.323-1, créé en 2011, du Code de l'Énergie, qui accorde le droit aux services de distribution d'effectuer des travaux nécessaires à l'établissement et à l'entretien des ouvrages. Malgré cette dispense d'autorisation, ces établissements restent soumis à l'obligation de payer une redevance (arrêt de 2012<sup>48</sup>).

Ainsi, la distinction domaine public et domaine privé rencontre des limites à deux niveaux. Tout d'abord, des exceptions concernant les limites des critères du CGPPP ont été mises en place afin de préciser la distinction du domaine public et du domaine privé. Puis, le législateur a créé des dérogations (BEA, AOT, permissions de voirie) pour contourner le principe de domanialité publique. Cela permet donc l'acquisition de droits réels privés sur des biens du domaine public.

---

<sup>47</sup> CE, 12 avril 1995, n° 144346, Electricité de France et Gaz de France.

<sup>48</sup> CE, 01 février 2012, n°338665, SA RTE EDF TRANSPORT.

### III Autres solutions d'organisation du domaine public

Après avoir montré que les critères de distinction entre les deux domaines, public et privé pouvaient présenter certaines anomalies, il est intéressant de développer d'autres solutions d'organisation des biens publics. Pour cela, trois concepts peuvent être retenus pour pallier la distinction domaine public/domaine privé. Le premier est une ancienne théorie qui a été envisagée par la doctrine mais qui n'a pas été retenue par le législateur. Les deux autres sont issues du droit comparé et permettent de confronter le système français avec des systèmes étrangers.

#### III.1 L'échelle de la domanialité : une théorie doctrinale non appliquée

##### III.1.1 Ancienne proposition de distinction domaine privé/domaine public dans le droit français

➤ *D'une théorie binaire de la distinction domaine privé/domaine public...*

La très controversée distinction entre le domaine public et le domaine privé des personnes publiques est aujourd'hui reconnue et ancrée dans le système juridique français de par son intégration dans le CGPPP. Néanmoins, son origine doctrinale puis jurisprudentielle au XIXe siècle, ajouté au fait que les législateurs français ne l'ont instaurée que depuis le XXIe siècle, laisse penser que la distinction a évolué au cours du temps. En effet, cette dernière reposant sur la présence d'une activité de service public qui a elle-même pris de l'ampleur au cours de ce dernier siècle, ce qui a eu pour conséquence d'accroître la diversité des biens appartenant aux personnes publiques. Or, cette amplification de ces biens a apporté également une multitude de régimes juridiques propres à chaque type de biens. Mais la distinction entre le domaine public et le domaine privé se définit comme étant l'application d'un régime unique de droit public appliqué sur les biens du domaine public, et comme un régime de droit commun appliqué sur les biens du domaine privé. On se retrouve donc face à un paradoxe entre d'un côté la volonté de regrouper en deux catégories et deux régimes juridiques distincts (domaine public et domaine privé), et de l'autre la présence d'une diversité de régimes juridiques au sein de chacune de ces deux catégories.

➤ *...à la proposition d'une théorie multiple...*

C'est pourquoi en 1921, L. Duguit dans son livre « Traité de droit constitutionnel »<sup>49</sup> évoque la possibilité du recours à une échelle de la domanialité. La distinction binaire domaine public/domaine privé serait substituée par une échelle de la domanialité qui comprendrait diverses catégories, avec pour chacune un régime juridique différent. Selon lui, au sein du domaine public on retrouve des biens qui ont des régimes juridiques divergents du fait de leurs natures différentes et de la façon dont elles sont affectées à un service public.

---

<sup>49</sup> L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Tome 3, 1921-1925.

Au préalable de l'échelle de la domanialité, il faut effectuer une première distinction entre les biens qui sont affectés à un service public et ceux qui ne le sont pas. Et c'est les premières qui vont être soumises à l'échelle de la domanialité, en fonction de la catégorie du service public, de la nature du bien et du mode d'affectation. Selon L. Duguit, une catégorie sera constituée des biens qui ne sont pas affectés à un service public, et qui seront soumis à un régime juridique se rapprochant de celui qui est appliqué pour les biens d'un propriétaire privé.

Quant aux autres catégories constituées des différents biens affectés à un service public, elles sont classées suivant une graduation qui correspond d'un côté à des biens qui subissent un régime juridique très protecteur, jusqu'à l'autre côté, des biens ayant un régime juridique se rapprochant de celui des biens des propriétaires privés.

➤ ... composée de 6 catégories

L. Duguit met en avant six catégories de biens, qui sont :

- les biens « *qui sont affectés au libre usage du public* ». Cet usage donne lieu à un service public qui va devoir le protéger et l'assurer. Cette catégorie écarte les choses qui sont communes au public sans l'intervention d'une personne publique, comme l'air ou la lumière par exemple. On retrouve au contraire dans cette catégorie le rivage de la mer, les routes nationales ou encore les cours d'eau navigables. Il s'agit de biens qui sont « *objets* » de service public car ils ne sont pas directement liés à un service public. Mais ce dernier prend part à la conservation dans leur structure et dans leur forme pour leur permettre la continuité d'usage du public. En ce qui concerne le régime juridique, les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité s'appliquent pour garantir l'usage au public.

- « *les chemins de fer* ». Au contraire de la catégorie précédente, ces biens ne sont pas des objets du service public, mais un moyen permettant la réalisation d'un service public. A la différence de la catégorie précédente où les routes et les cours d'eau sont au libre accès du public, les chemins de fer ne le sont pas, leur accès y est interdit et sanctionné. La portée de l'inaliénabilité porte ici sur le fait qu'il s'agit de biens indispensables à la réalisation d'un service public. De même, les autorisations qui peuvent être accordées aux biens de la première catégorie, ne peuvent pas s'appliquer ici.

- « *les ouvrages militaires* ». A l'image de la catégorie précédente, ces biens ne sont pas ouverts au public, et sont également un moyen permettant la réalisation d'un service public de la défense nationale. Une protection stricte et unique est appliquée à ces biens pour garantir la structure de ces biens et protéger leur objectif. Pour L. Duguit, il est impossible d'appliquer le même régime juridique pour les ouvrages militaires que pour une route ou des chemins de fer.

-« *les forêts de l'État* ». Bien que définies par la loi comme appartenant au domaine privé des personnes publiques, L. Duguit classe les forêts publiques dans les biens appartenant au domaine public. Pour lui, elles sont « *objet* » de service public puisque le service forestier a été instauré pour conserver, protéger et assurer la gestion de ces biens.

Les forêts publiques sont régies par le code forestier, qui est très protecteur envers ces biens. Le régime qui s'y applique ne correspond ni à celui des biens du domaine public ni à celui du domaine privé. Par exemple l'inaliénabilité y est autorisée suivant des conditions particulières (sous forme de loi, contenance maximale, incidences environnementales mineures).

- « *immeubles bâtis ou non affectés au fonctionnement d'un service public* ». On retrouve dans cette catégorie les mairies, et l'ensemble des bâtiments où sont installés un service public. Ces biens sont affectés à un service public d'où leur présence dans le domaine public, et ils sont considérés comme étant un moyen pour la réalisation d'un service public. Le degré de domanialité est ici différent des autres catégories, en effet une modification de la structure n'empêcherait pas le fonctionnement du service public. Il faut une décision expresse pour justifier de l'affectation du bien, et tant que cette dernière existe et sans un acte de désaffectation, le bien ne peut pas subir de modification qui serait contraire à cette affectation.

- « *objets mobiliers classés* ». Pour L. Duguit, rien en principe de s'oppose au fait que les personnes publiques puissent posséder un domaine public mobilier. Ces biens sont considérés comme des « objets » d'un service public, le fait qu'ils puissent être remplacés ne leur permettent pas d'être un moyen et que sans la présence du bien le service public ne peut pas fonctionner.

### **III.1.2 Observations suite à cette théorie**

Cette théorie proposée dans les années 1920 par L. Duguit n'a pas réussi à l'époque à atteindre la pensée du législateur. En effet, tous les auteurs s'accordaient à la distinction binaire domaine public/domaine privé, et ne pouvaient admettre une nouvelle conception de la domanialité publique.

Malgré la multiplication par trois des catégories de biens, L. Duguit n'a pas réussi à écartier définitivement la distinction entre le domaine public et le domaine privé. En effet, au préalable à sa classification, il a séparé les biens qui étaient affectés à un service public et ceux qui ne le sont pas. Cela permet donc aux personnes publiques de conserver un domaine privé et un domaine public. Par conséquent, sa classification ne concerne alors que les biens du domaine public.

Comme le souligne C. David, cette théorie a été reprise par J.M. Auby au milieu du XXe siècle. A la différence de L. Duguit, il va intégrer dans sa classification tous les biens appartenant aux personnes publiques. J.M. Auby reprend la logique de son prédécesseur en plaçant en haut de l'échelle les biens qui présentaient de nombreuses règles de droit public les protégeant, aux biens situés en bas de l'échelle qui se voyaient régis par peu de règles de droit public.

O. de David Beauregard-Berthier évoque également la classification réalisée par J.M. Auby, et constate que ce dernier n'a pas pour objectif de définir des catégories fixes de biens du fait des évolutions qu'elles peuvent subir et notamment celles que peuvent leur accorder le juge et le législateur. Cette théorie n'a pas non plus été reprise par la suite ni par la doctrine ni par la loi.

C'est sous l'influence de la doctrine moderne remettant en cause la dualité domaine public/domaine privé, que l'efficacité de la théorie de l'échelle de la domanialité publique va être à nouveau étudiée, notamment sous l'influence des écrits de F. Melleray ou C. David. Tous les auteurs s'accordent à constater que les régimes juridiques présents dans chacune des deux catégories ne sont pas identiques, et qu'il existe une pluralité de régime juridique parmi les biens présents au sein d'un même domaine. De plus, depuis l'annonce de cette théorie au XXe siècle, de nombreux changements ont été opérés sur les régimes domaniaux. De ce fait, selon les auteurs, une modernisation de cette échelle pourrait permettre relancer le débat de son utilisation.

### **III.2 Diverses organisations dans le droit comparé**

Tout comme dans le droit français, la détermination des critères permettant la distinction entre le domaine public et le domaine privé a été un sujet qui a donné lieu à d'importants débats au sein des droits étrangers. Dans une majorité de pays, au Moyen-Age, les biens personnels des seigneurs et des rois, et les biens à l'usage de tous étaient confondus. Puis, au fil du temps, une distinction a été effectuée entre les biens dits « *patrimoniaux* » et les biens « *affectés à l'usage de tous* ». C'est par la suite que les droits vont diverger : le droit français va distinguer le domaine public du domaine privé pour les personnes publiques, le droit allemand va séparer l'utilisation du bien au droit de propriété. Le premier sera réagi par le droit public tandis que le deuxième sera soumis au droit privé. Enfin, le droit anglo-américain va différencier les propriétés publiques des propriétés privées, cependant dans une grande majorité de cas c'est un droit commun à tous qui est appliqué, ceci dans le but de traiter au maximum de façon égalitaire les particuliers et l'administration.

#### **III.2.1 Le système juridique anglo-américain**

Avant de mettre en avant une conception issue du droit anglo-américain qui pourrait permettrait d'amener une ouverture par rapport à la distinction domaine public/domaine privé du droit français, il est important de présenter les différences entre les deux systèmes juridiques.

➤ *Le droit anglo-américain se base sur la jurisprudence*

Le droit anglo-américain se distingue du droit français sur différents points. Tout d'abord, le premier est appliqué dans les pays dits du Common law<sup>50</sup>, ce qui implique que ces derniers possèdent comme base juridique les décisions judiciaires.

C'est donc la jurisprudence qui dicte les règles de droit. Les juges, lorsqu'ils sont amenés à statuer, ont l'obligation de se référer en priorité aux décisions jurisprudentielles antérieures. A l'inverse, le droit en vigueur notamment en France, se fonde sur les différents codes qui servent donc de base juridique. Ces codes sont complétés au fil du temps par les grandes décisions de jurisprudence qui peuvent venir modifier ou affiner le contenu des articles, et sont insérées dans les codes.

➤ *Du Common Law...*

Ensuite, le droit anglo-américain possède un doublement de son droit. Historiquement, le droit du Common law a été mis en place entre le XIe et le XVe siècle, sous le régime féodal. A cette époque, il a été créé par les juridictions royales dans le but de régler les litiges qui pouvaient avoir un enjeu pour la Couronne. Cela concernait donc exclusivement le droit relatif aux intérêts publics. Les intérêts privés étaient, eux, alors délaissés. De plus, comme le déclare H.G. Hanbury<sup>51</sup>, le système du Common law était devenu trop rigide, par exemple, les juges se contentaient d'appliquer le droit déjà en place et les décisions antérieures qui avaient été rendues. Il était rendu impossible pour les juges de statuer sur de nouvelles situations. Également, une autre limite du Common Law à cette époque a été qu'elle ne permettait pas de souplesse lors de décisions discriminantes, puisqu'elle ne pouvait s'éloigner des principes établis antérieurement.

➤ *... à l'Equity*

C'est pourquoi à partir du XVe siècle, un nouveau droit va être instauré en parallèle, il s'agit de l'Equity. C'est un droit qui a pour objectif de compléter le précédent et de permettre de reconnaître certains droits qui ne pouvaient être admis. L'Equity se réfère à une sorte de justice morale, et statue de manière autonome par rapport au droit établi par le Common law. Dès ses débuts, l'Equity était réservé aux demandeurs honnêtes, et elle ne pouvait s'appliquer qu'aux parties qui avaient de réelles raisons d'en faire recours. Les deux systèmes juridiques étaient appliqués par des tribunaux différents, jusqu'à la fin du XIXe siècle où une succession de lois (Judicature Acts) a décidé de les fusionner pour permettre de rendre des décisions plus justes. Malgré cette fusion, le droit anglo-américain a conservé cette distinction dans ses principaux droits.

---

<sup>50</sup> Il s'agit d'un système juridique qui est appliqué au Royaume-Uni, aux États-Unis et dans la majorité des pays qui sont des anciennes colonies anglaises. A la différence du droit romain qui s'appuie sur des codes, le système du Common law a pour principale source les décisions de jurisprudence.

<sup>51</sup> Article « *La position actuelle de l'équité dans le système juridique de l'Angleterre* » dans un Bulletin de la Société de législation comparée, juillet 1929.

Ainsi, concernant le droit de propriété, il a été rendu possible au Royaume-Uni, de partager la propriété entre une personne qui est chargée de gérer et de l'administrer, et une autre à qui on confie les bénéfices de cette propriété.

### III.2.2 Le trust et son application dans le droit français

#### III.2.2.1 La notion de trust en droit anglais

➤ *Le trust, une relation triangulaire...*

Le trust a été instauré dans le droit anglais à la même époque que la création de l'Equity. Lorsque les guerriers partaient se battre, ils confiaient la gestion de leurs terres à des personnes de confiance qui avaient pour obligation morale de s'en occuper comme un véritable propriétaire. En parallèle, ils avaient la charge de remettre les fruits aux enfants des guerriers, et de leur transmettre la propriété en cas de non-retour.

La notion de trust est aujourd'hui un élément central dans le droit anglo-saxon. On peut aussi bien la retrouver dans un contexte privé (succession) que dans une situation globale (économie). Étymologiquement, on peut la traduire par « confiance », en effet il s'agit de systèmes qui se basent sur une question de confiance entre les parties.

Le trust correspond à une relation en triangle dans lequel une personne (appelée le « settlor ») confie la propriété et la gestion d'un ou plusieurs biens à une autre personne (appelée le « trustee ») au profit d'un bénéficiaire (appelée le « cestuy que trust »). L'encyclopédie du droit anglais reconnaît le trust « *lorsqu'une personne a dans son patrimoine des droits dont elle est titulaire ou qu'elle est tenue d'exercer dans l'intérêt ou pour le compte d'une ou plusieurs autres personnes ou encore pour l'accomplissement d'un ou plusieurs buts déterminés, elle est considérée avoir ces droits in trust dans l'intérêt du ou des bénéficiaires ou pour l'accomplissement du ou des buts dont il s'agit* ».

➤ *... qui permet la distinction gestion / jouissance d'un bien et son intégration dans un patrimoine séparé*

Le trust permet donc de distinguer l'administration et la gestion d'un bien, aux droits de jouissance sur celui-ci. Cette opération possède comme particularité de permettre le transfert de la propriété d'un bien, ainsi le trustee va devenir légalement le propriétaire du bien cédé par le settlor. Le droit anglo-américain va reconnaître qu'il possède la « legal ownership », ce qui va lui permettre de pouvoir disposer librement du bien en le vendant ou en le louant par exemple. Le démembrement de la propriété, comme le prévoit le droit anglo-américain, donne lieu à la possibilité qu'une personne ne possède pas un unique patrimoine. C'est pourquoi, les biens concernés par le trust ne rentrent pas dans le patrimoine personnel du trustee, mais dans un patrimoine séparé qui ne peut pas être utilisé pour purger les dettes personnelles du trustee.

Concernant le bénéficiaire du trust, le bien objet de ce système n'entre pas dans son patrimoine, il n'est pas considéré comme le propriétaire du bien. Néanmoins, le droit anglo-américain, et plus particulièrement l'Equity, lui reconnaît des droits sur le bien, il se voit bénéficier de « l'équitable ownership » qui lui permet d'être protégé contre d'éventuelles actions du trustee.

En effet, l'Equity a reconnu, à l'inverse du Common law à l'époque, que le trustee possédait la propriété pour le compte du bénéficiaire, et non pour son compte personnel. De plus, en cas de décès du trustee, c'est au bénéficiaire que revient le droit de propriété sur le bien objet du trust.

Le trust peut être créé de deux façons :

- soit par décision unilatérale du settlor qui confie la gestion à un trustee de son choix. Dans ce cas, le trust ne prendra effet que si ce dernier accepte de recevoir et d'engager sa confiance pour administrer le bien transféré ;

- soit par décision de la loi, où une personne se voit dans l'obligation de gérer un ou plusieurs biens d'une autre personne. C'est le cas par exemple pour la gestion de biens de mineurs.

### **III.2.2.2 La fiducie appliquée au droit français**

➤ *Le système de fiducie...*

En France, il existe un système se rapprochant du trust : c'est la fiducie. Elle est limitée au secteur économique et elle est peu appliquée. Elle a été intégrée dans le droit français en 2007 à travers les articles L.2011 et suivants du Code civil. Le premier article déclare que la fiducie correspond à un acte dans lequel une personne (appelée le constituant) transfère un ou plusieurs biens qu'elle possède à une autre personne (appelée le fiduciaire), avec l'obligation pour ce dernier « *d'agir dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Les biens transférés constituent un patrimoine séparé qui est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire.

La fiducie telle qu'elle a été instaurée dans le Code civil ne permet pas un champ d'application aussi large que le trust dans le droit anglo-américain. Si pour ce dernier n'importe qu'elle personne privée ou publique qui possède la capacité juridique peut être trustee (fiduciaire), le Code civil limite ce rôle aux seuls organismes financiers réglementés (article 2015 du Code civil), et aux avocats. À l'inverse, toute personne privée physique ou morale peut être partie constituante de la fiducie.

L'acte de fiducie est limité dans le temps, l'article L.2018 du Code civil fait mention d'une durée maximale de 99 ans. Ce même article oblige les parties à mentionner dans le contrat les biens qui seront transférés et la mission que le fiduciaire est tenu de réaliser pendant la durée du contrat.



Le contrat de fiducie est révocable uniquement par le constituant avant l'engagement du bénéficiaire. Par la suite, il ne peut être modifié ou annulé qu'avec l'accord du bénéficiaire (article 2028 du Code civil).

De par sa définition, on peut constater que la fiducie à la française a été inspirée du trust appliqué dans le droit anglo-américain. On retrouve la relation entre trois parties, et la séparation du patrimoine du fiduciaire. De plus, le transfert de propriété doit s'effectuer dans un but déterminé, qui est présent aussi dans les deux définitions, française et anglaise.

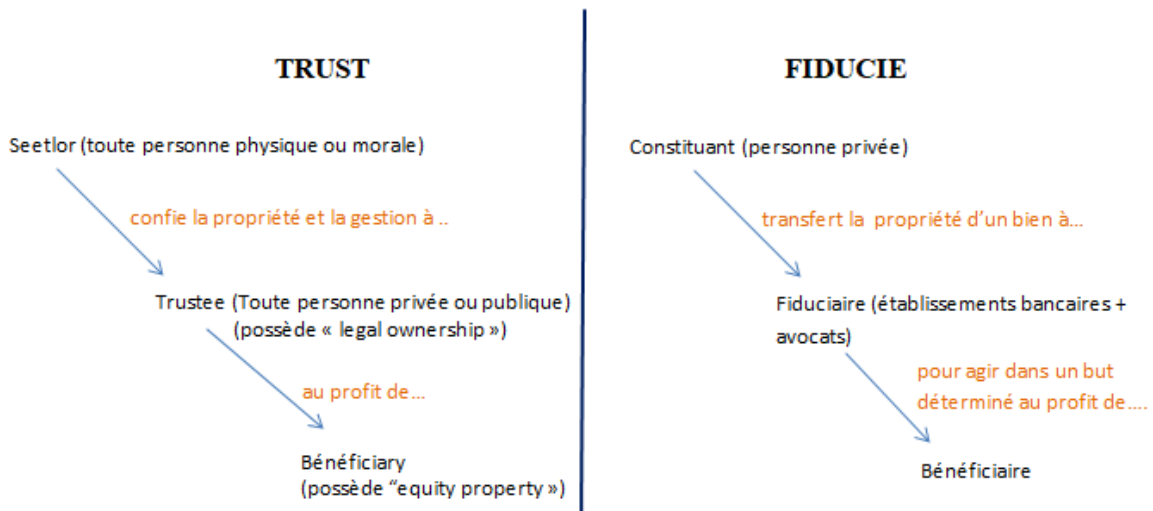
➤ ... *et son application limitée*

Néanmoins, c'est sur le démembrement du droit de propriété que les applications vont diverger. Concernant le droit anglo-américain, il est possible de séparer en deux droits réels distincts sur le bien : un droit de propriété en Common law, et un droit de propriété en equity. Mais pour le droit de propriété des personnes publiques françaises, l'application y est plus compliquée, puisque les personnes publiques doivent détenir la propriété pleine et entière d'un bien pour leur permettre d'être soumis au régime de la domanialité publique. Comme le montre C. David, le droit de propriété des personnes publiques et plus particulièrement ses trois attributs ne sont pas incontestables. En effet, l'usus est fonction de l'utilité publique qui est faite du bien, le fructus est amené à suivre l'intérêt général et ses produits reviennent à l'administration, tandis que l'abusus s'apparente à un pouvoir de gestion.

Pour intégrer une théorie proche du trust, il faudrait donc remettre en cause le droit de propriété des personnes publiques en intégrant à nouveau le droit de propriété de la Nation. A partir de ce moment-là il sera donc possible pour la Nation de confier la gestion de ces biens dans l'intérêt général, au profit d'un bénéficiaire qui serait alors la population. L'intérêt de cette dernière serait reconnu, et le principe d'inaliénabilité pourrait porter sur le droit de propriété de cette dernière. Tandis que le droit de propriété de l'administration, qui serait fiduciaire, pourrait ne plus avoir besoin d'être soumis par ce principe, il serait donc possible de vendre le bien tout en conservant l'affectation à l'usage du public.

De la même manière, le trust pourrait remplacer les diverses procédures qui permettent à l'administration de confier des droits réels sur un bien du domaine public à une personne privée. L'administration serait la partie constituante, tandis que la personne privée serait le trustee et la population serait le bénéficiaire. La personne privée se verrait alors obligée de respecter l'intérêt général pour réaliser la mission de gestion qui lui serait confiée. Dans le cas où la personne privée réaliserait une atteinte à cette obligation, le trust serait alors rompu, et les droits réels reviendraient donc à l'administration.

## Illustration 2 : Comparaison Trust et Fiducie



Source : réalisation personnelle

### III.2.3 La privatisation des espaces publics ouverts (POPS)

#### ➤ La création de POPS...

Les espaces privés ouverts au public, autrement appelé Privately Owned Public Space (POPS) sont des systèmes présents majoritairement dans les grandes villes américaines et anglaises. D'après L. Polyak les POPS ont été créés pour la première fois en 1961 à New York, lorsqu'ils ont été introduits dans le règlement de zonage de la ville. Ce dernier est l'outil d'aménagement des municipalités qui permet de diviser en zone le territoire, et ainsi contrôler la gestion de l'utilisation des terres.

Les POPS ont été lancés suite au contexte économique difficile que rencontraient les villes pour la création d'espace public. C'est pourquoi, la solution d'utilisation de financement privé pour créer des espaces accessibles à la population a été retenue. Les villes ont alors eu recours à une urbanisation incitative pour encourager les promoteurs immobiliers à créer des espaces publics privés au sein de leur projet de construction. Par exemple, dans une zone du plan de zonage où la surface et le nombre d'étages sont limités, les autorités ont accordé des dérogations pour dépasser les seuils autorisés et en contrepartie, les promoteurs privés s'engageaient à créer des espaces ouverts au public.

#### ➤ ... pour permettre le maintien de l'usage public...

La particularité de ces espaces est qu'ils appartiennent à des propriétaires privés, mais ces derniers ont l'obligation de maintenir l'accès au public. En plus de la mise à disposition à la population, ces espaces possèdent l'apparence de terrains publics, mais ils ne sont pas soumis aux règlements municipaux. Ils sont régis par des règles établies par le propriétaire privé. Néanmoins, ces règles sont souvent ignorées du public, qui n'est pas informé de son droit et de ses obligations au sein de ces espaces.

Ils peuvent également être accessibles 24h/24 à la population, mais des restrictions peuvent être mises en place pour limiter les heures d'accès au public.

Ces espaces peuvent prendre différentes formes, il peut s'agir de places, de parcs, d'allées, d'un étage d'un building, ou même d'accès sur la rue d'un immeuble. La conception de ses espaces s'effectue à la fois par la personne privée et les autorités publiques. Des plans de ces espaces seront joints au permis de construire afin de garantir la destination de ces lieux et l'accessibilité au public. Les autorités publiques sont chargées de veiller, en se déplaçant sur le site, au respect des obligations auxquelles s'est engagée la personne privée.

➤ ... connaît des limites

Une étude de The Guardian a dressé le bilan de ces espaces suite à la prolifération de ces systèmes dans diverses villes. Tout d'abord, il est remarqué que ces espaces manquent de transparence sur la localisation de ces sites et sur la gestion qui est faite par le gestionnaire privé.

De ce fait, tous les espaces publics qui sont affectés à l'usage du public possèdent des règles différentes d'utilisation, il n'y a pas de loi nationale qui définit les règles applicables sur ces espaces. Également, les POPS ont été créés dans le but d'insérer dans le tissu urbain des lieux de rencontre en continu, or l'utilisation de ces lieux n'est pas uniforme car de nombreux espaces sont sous fréquentés en dehors des heures de bureaux, ou alors sont inaccessibles pour la population.

De plus, les autorités publiques ne possèdent plus le contrôle entier sur la gestion des POPS. Ils ne peuvent intervenir qu'en cas de manquement à l'obligation du propriétaire privé de garantir l'accès au public de ces lieux.

## Conclusion

Ce mémoire a permis de mettre en évidence le manque de pertinence de la distinction actuelle des biens des domaines public et privé au sein de la propriété publique.

En effet, dès son origine cette distinction a été débattue par les auteurs du XIXe et XXe siècle, qui ont essayé de concevoir les premiers critères de distinction. Ces derniers ont pu par la suite être repris par la jurisprudence puis par le législateur qui les ont alors intégrés dans le CGPPP en 2006. Néanmoins, ces critères sont inefficaces et se retrouvent contestés.

Par ailleurs, la distinction actuelle est remise en question. Les critères de distinction sont insuffisants, c'est pourquoi, les juges et le législateur ont créé différents systèmes pour les compléter. Également, des dérogations ont été accordées pour permettre l'acquisition de droits réels privés sur des biens publics alors qu'en principe, cela est impossible de par le régime protecteur qui est appliqué sur ces biens. Ainsi, même si la distinction actuelle domaine public/domaine privé est perfectible, les juges et le législateur se sont adaptés aux évolutions de la société.

Enfin, d'autres organisations des biens publics ont été étudiées. D'un côté, une ancienne théorie a été envisagée mais non retenue dans le XXe siècle : l'échelle de la domanialité. Elle possédait comme caractéristique de créer autant de catégories de biens du domaine public qu'il y a de régimes spéciaux. D'un autre côté, le droit anglo-américain met en place des systèmes différents. Il crée tout d'abord le trust qui implique une relation triangulaire. Ce trust permet la distinction de la gestion et de la jouissance d'un bien ainsi que l'intégration de ce bien dans un patrimoine séparé. En France, à moindre échelle, un équivalent nommé fiducie a été instauré en 2007. Puis, les POPS ont été utilisés à partir des années 1960. Ils correspondent à la création d'espace public géré par des personnes privées. Ces différents systèmes apportent une ouverture complémentaire quant à la réflexion sur la perfectibilité des critères utilisés dans le droit français.

# Bibliographie

## Ouvrages

- Association des maires de France et Ordre des Géomètres-Experts, La voirie Communale, Edition Publi-Topex, Paris, 2013, 113p.
- BERTHELEMY Henry, Traité élémentaire de droit administratif, Edition A. Rousseau, Paris, 1900-1901, p. 373 et s., [en ligne], disponible sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6216914z/f415.vertical>, (consulté le 24/04/18).
- BONNARD, Roger, Précis de droits Administratif (4<sup>e</sup> édition), Edition Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, p.532 à 560, [en ligne], disponible sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3740071/f542.vertical.r=distinction%20domaine%20public%20et%20domaine%20priv%C3%A9> (consulté le 24/04/18).
- BRAD Yves, Domaines public et privé des personnes publiques, Edition Dalloz, Paris, 1994, 117p (Connaissance du droit) [*texte imprimé*].
- DUGUY Léon, Traité de droit constitutionnel, Tome 3, Edition E.de Boccard, Paris, 1921-1925, p.319 et s., [en ligne], disponible sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k932649r/f348.vertical.r=L%C3%A9on%20duguit>, (consulté le 24/04/18).
- PICARDO Sophie et AMAYENC Jean-Michel, La commune et ses chemins ruraux, Edition « La lettre du cadre territorial », 2005, 85p (Dossier d'experts).

## Codes

- Code Civil,
- Code Général des Propriétés des Personnes Publiques,
- Code Général des Collectivités Territoriales,
- Code de la Voirie Routière

## Travaux universitaires

- CHOUQUET Marine, Le domaine privé des personnes publiques : contribution à l'étude du droit des biens publics, Thèse de doctorat : droit public, Bordeaux 4, 2013, 556p.
- NAUDIN Thomas, La théorie du patrimoine à l'épreuve de la fiducie, Mémoire de Master 2 Recherche en Droit Privé, 2007, [en ligne], disponible sur : < [https://www.memoireonline.com/11/07/707/m\\_la-theorie-du-patrimoine-a-l-epreuve-de-la-fiducie0.html#toc1](https://www.memoireonline.com/11/07/707/m_la-theorie-du-patrimoine-a-l-epreuve-de-la-fiducie0.html#toc1) > (consulté le 10/05/18).

- SAUGEZ, Hélène, L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public, 2012, 435p, [en ligne], disponible sur : < <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00762745/document>>, (consulté le 10/05/18).

## Articles

- BALLANDRAS-ROZET Christelle., *L'aménagement indispensable, un critère discutable de réduction du domaine public*, AJDA 2007 [en ligne], n o11 du 19/03/2007, p.571 à 576, disponible sur : < <https://www-dalloz-fr.proxybib.cnam.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2007/0060>> (accès s ecuris e) (consulté le 04/03/18).
- DAVID C., *Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique*, Petite affiche, n o165 du 17/08/2007, p.3, disponible sur : < <https://www-lextenso-fr.proxybib.cnam.fr/petites-affiches/PA200716501>> (accès s ecuris e) consulté le 20/04/2018.
- FATOME, E., *La consistance du domaine public immobilier :  volution et questions ?* », AJDA 2006 [en ligne], n o20 du 29/05/2006, p. 1087 à 1093, disponible sur : < <https://www-dalloz-fr.proxybib.cnam.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2006/0227>> (accès s ecuris e) (consulté le 04/03/18).
- HUBRECHT, Hubert, Faut-il définir le domaine public et comment ?, AJDA 2005, Dalloz, p.598.
- LATOURNERIE Marie-Aim e, Pour un nouveau concept du domaine public, Lexis 360, 2005, in Revue juridique de l'entreprise publique n o617, chron. 10009.
- MELLERAY, F., La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique, AJDA 2004, n o9 du 08/03/2004, p.490, [en ligne], disponible sur : [https://www-dalloz-fr.proxybib.cnam.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2004/0090&ctxt=0\\_YSR0MT1MYSByZWN0ZXJjaGUgZOKAmXVuIGNyaXTDqHJIHLDqWR1Y3RldXlIgZGUgbGEgZG9tYW5pYWxpdMOpwqd4JHNmPXNpbXBsZS1zZWFyY2g=&ctxtl=0\\_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbE5iUGFnPTIwwqdzJGlzYWJvPVRydWXCp3MkcGFnaW5nPVRYdWXCp3Mkb25nbGV0PcKncyRmcmVlc2NvcGU9RmFsc2XCp3Mkd29JUz1GYWxzZcKncyRicT0=&nrf=0\\_TGlzdGU](https://www-dalloz-fr.proxybib.cnam.fr/documentation/Document?id=AJDA/CHRON/2004/0090&ctxt=0_YSR0MT1MYSByZWN0ZXJjaGUgZOKAmXVuIGNyaXTDqHJIHLDqWR1Y3RldXlIgZGUgbGEgZG9tYW5pYWxpdMOpwqd4JHNmPXNpbXBsZS1zZWFyY2g=&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbE5iUGFnPTIwwqdzJGlzYWJvPVRydWXCp3MkcGFnaW5nPVRYdWXCp3Mkb25nbGV0PcKncyRmcmVlc2NvcGU9RmFsc2XCp3Mkd29JUz1GYWxzZcKncyRicT0=&nrf=0_TGlzdGU), (consulté le 16/02/18).
- YOLKA Philippe, Distinction du domaine public et du domaine priv e, Lexis360, JCI Travail, Fasc.10, 2009, 46p.

## Sites Web

- BIBAUT Laurent, La fiducie face au trust, disponible sur : < <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-international/droit-international-prive/la-fiducie-face-au-trust/>> (consulté le 10/05/18).
- Droit des contrats publics, Réforme de la commande publique et propriété publique, disponible sur : < <https://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2016/11/02/reforme-de-la-commande-publique-et-propriete-publique/> > (consulté le 11/05/18).
- Encyclopédia britannica, Trust, 2018, disponible sur < <https://www.britannica.com/topic/trust-law> > (consulté le 11/05/18).
- J.MITCHELL D., What makes a great privately owned public space, disponible sur < <http://www.asla-ncc.org/four-nights-with-three-lectures-part-2/>> (consulté le 11/05/18).
- LANGELIER E., Droit de la propriété des personnes publiques, 2014, disponible sur : < [https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/142/Cours/01\\_item/indexI0.htm](https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/142/Cours/01_item/indexI0.htm)> (consulté le 20/03/18).
- Le courrier des Maires, Les outils des collectivités territoriales pour valoriser leur domaine, 2013, disponible sur : < <http://www.courrierdesmaires.fr/34591/les-outils-des-collectivites-territoriales-pour-valoriser-leur-domaine/> > (consulté le 15/04/18).
- Mairie-conseil, FARGES I., HAMMANI M., La domanialité publique communale et le cadre juridique des occupations du domaine public non constitutives de droits réels, 2016, disponible sur : < <https://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/cs/BlobServer?blobkey=id&blobnocache=true&blobwhere=1250170669427&blobheader=application%2Fpdf&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs>>, (consulté le 06/04/18).
- PERROUND Thomas, Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de common law : la notion de public trust, [en ligne], disponible sur < <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01699002/document> > (consulté le 20/04/18).
- POLYAK L., A bundel of rights and obligations privately owned public spaces, 2017, disponible sur < <https://cooperativecity.org/2017/11/01/privately-owned-public-spaces/>> (consulté le 11/05/18).
- VAN MEAD N., Revealed : the insidious creep of pseudo-public space in London, disponible sur < <https://www.theguardian.com/cities/2017/jul/24/revealed-pseudo-public-space-pops-london-investigation-map>> (consulté le 11/05/18).
- World Bank Group, Principales caractéristiques des systèmes de Common law et de Droit civil, disponible sur < <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/fran%20A7ais/accords/principales-caract%20A9ristiques-des-syst%20A8mes-de-%20AB-common-law-%20BB-et-de-droit-civil/princ>>, (consulté le 20/04/18).

## Table des illustrations

**Illustration 1** : Distinction des propriétés privée et publiques .....6

**Illustration 2** : Comparaison Trust et Fiducie .....41



# **L'inadaptation de la distinction domaine public/ domaine privé et présentation de modèles divergents**

**Mémoire de Master C.N.A.M., LE MANS 2018**

---

## **RESUME**

La distinction entre le domaine public et le domaine privé des personnes publiques est un débat qui a beaucoup alimenté la doctrine française. Les critères de distinction ont été admis par la suite par la jurisprudence puis par le législateur qui a créé le CGPPP en 2006. Mais cette codification n'est pas suffisante pour clarifier la distinction entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé. Les juges et le législateur ont alors mis en place des systèmes (lois, bail, autorisation,...) permettant de contourner la définition conceptuelle et le régime spécial attribué aux biens du domaine public.

Au regard de l'inadaptation de la distinction domaine privé/domaine public, il est intéressant de présenter d'autres modèles d'organisation des biens des personnes publiques. Par le passé, en France, une échelle de domanialité avait été suggérée, mais elle n'a pas été retenue par le législateur. Le droit anglo-américain actuel se sert quant à lui de caractéristiques permettant l'utilisation d'un système comme le trust. Ce dernier admet la possibilité d'une appropriation privée de tous les biens, tout en conservant l'affectation à l'utilité publique, qui est l'élément déterminant l'appartenance au domaine public en droit français.

**Mots clés : domaine public, affectation, CGPPP, BEA, AOT, échelle de la domanialité, fiducie.**

---

## **SUMMARY**

Distinction between public property and private property of a public person is a debate which flow into the French doctrine. Element of distinction have been admitted by the jurisprudence and then by the legislator who created the CGPPP in 2006. But this codification isn't sufficient to clarified the distinction between public property and private property. Judges and legislator implemented system (laws, lease, authorization...) allowing to get round the conceptual definition and the special regime awarding to the public property.

Compared to unsuitability of public property and private property distinction, it's interesting to present other organizational model for public property. In the past, in France, a scale of land was suggested, but it wasn't hold by the legislator. The actual English and Americian law used characteristic allowing used of a system like the Trust. This last on admit the possibility of a private approval of all properties, by keeping the public utility affectation, who is an important element of public property in French law.

**Key words : public property, affectation, CGPPP, BEA, AOT, scale of land, trust.**