

DE LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE AUX BIENS PUBLICS (L'EXEMPLE MOBILIER)

Fanny TARLET

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

LA PRÉSENTE CONFÉRENCE A L'IMMENSE QUALITÉ de proposer une approche transversale de la propriété, car s'il y a bien un domaine dans lequel on peut – on doit – faire dialoguer et collaborer l'histoire du droit, le droit privé et le droit public, c'est dans le domaine du droit des biens. Tout l'enjeu de ce dialogue entre les matières est de comprendre les changements profonds qui affectent le droit des biens aujourd'hui ; davantage, c'est même cette lecture globalisante qui nourrit et qui accompagne les transformations de la matière.

S'interroger sur les mutations de la propriété en droit public revient à interroger à la fois l'actualité de son altérité avec la propriété en droit privé et l'actualité de ses manifestations en droit public. Ainsi, en dépassant les cloisonnements académiques classiques, c'est tout le prisme de ce qu'on appelle souvent le « droit administratif des biens » qui peut être relu. Le sens général de cette intervention sera de démontrer comment, par une lecture de leurs fondements historiques, les propriétés publiques et privées (si l'on peut parler encore un instant au pluriel) se sont réciproquement structurées et comment elles collaborent aujourd'hui.

L'une des profondes mutations de la propriété aujourd'hui consiste à dépasser la *summa divisio* du droit et sa séparation, nette mais artificielle, entre le droit public et le droit privé. En effet, la séparation du droit public et du droit privé est réputée reposer sur un critère organique : aux personnes publiques le droit public, et aux personnes privées le droit privé. Il y aurait donc une

propriété publique pour les biens appartenant aux personnes publiques, et une propriété privée pour les biens appartenant aux personnes privées, puisque le droit distingue selon ses sujets. Autrement dit, la distinction entre ces prétendues propriétés publique ou privée reposerait sur un critère organique, qui rendrait la synonymie impossible. Cette approche subjectiviste est celle qui fonde la pensée de Charles Eisenmann¹ ou de Raymond Carré de Malberg² pour ne citer qu'eux³. Pourtant, le critère organique est précisément contesté depuis quelques années : il est contesté jusque dans sa dénomination⁴, et relativisé dans sa fonction⁵. En effet, il est incontestable qu'il ne se suffit jamais à lui-même et qu'on doit toujours lui adjoindre un critère matériel ou fonctionnel pour qualifier les actes administratifs unilatéraux, les contrats administratifs, la responsabilité administrative ou encore le service public. Cet effacement progressif du critère organique comme fondement du droit public tient au rôle central de la puissance publique et au mouvement croissant de banalisation de l'action publique, sur lesquels on reviendra. Quoi qu'il en soit, ce mouvement général de recul du critère organique n'épargne pas le droit des biens : il est illusoire de croire que dans cette restructuration de la *summa divisio* du droit public et du droit privé, le droit de propriété serait épargné, et que l'on puisse tenir encore longtemps la position d'une propriété publique propre aux biens appropriés par les personnes publiques. Ainsi, s'il est vain de faire perdurer une coexistence entre plusieurs types de propriétés, publique et privée, il existe en revanche une réelle filiation de la propriété publique à la propriété privée, la dernière ayant fondé la première (1). Une fois admise cette idée de l'unité de la propriété, prolongement de l'unité du droit en général, il faudra éprouver la possibilité que la propriété, publique comme privée, n'a pas d'autre intérêt que celui d'être au service de son objet (les biens), et que l'on pourrait aujourd'hui penser les droits davantage comme des instruments que comme des finalités (2).

¹ Ch. EISENMANN, « Droit public, droit privé », *RDP*, 1952, p. 903.

² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, rééd. Dalloz, 2003, 1525 p.

³ M. TROPER, « L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique », *PMP*, 1987, vol. 5, p. 181.

⁴ Il faudrait par exemple lui préférer l'expression de « critère personnel », Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Systèmes, 2013, § 64.

⁵ P. SABOURIN, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif ? », *RDP*, 1971, p. 589 ; Fr. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA*, 2002, n° 2, p. 341.

I. – LA FILIATION ENTRE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET PROPRIÉTÉ PUBLIQUE : L'UNITÉ DE LA PROPRIÉTÉ

Démontrer la filiation entre la propriété privée et la propriété publique requiert une étape préliminaire, celle de la reconnaissance d'un droit de propriété entier des personnes publiques sur les biens. Il n'a pas été d'évidence, dans la construction historique de la personnalité publique, qu'à celle-ci était attachées l'ensemble des prérogatives d'un sujet de droit, et il fallut plusieurs siècles avant d'admettre que les personnes publiques pouvaient être propriétaires de leurs biens (A). Mais une fois admis dans son principe, s'est ensuite posée la question centrale de la nature de ce droit de propriété dont disposent les personnes publiques, et la grande controverse de savoir s'il s'agit d'une propriété identique à celle des personnes privées, ou si elle s'en distingue au point de s'autonomiser (B).

A. – La reconnaissance d'une propriété des personnes publiques

Les publicistes sont dans une position malaisée au sein de la doctrine : personne n'est d'emblée d'accord pour savoir si publicistes et privatistes travaillent sur le même objet de droit, et les publicistes eux-mêmes hésitent sans cesse, y compris quant à la dénomination de leur sujet. On l'appelle tantôt le « droit administratif des biens » (par exemple quand il s'agit de désigner la matière académique enseignée à l'université), tantôt le « droit de la propriété des personnes publiques » (par exemple au regard du nom du nouveau Code général de la propriété des personnes publiques adopté en 2006⁶), parfois le « droit public des biens », ou encore le « droit des biens publics ». Il y a là une manifestation sémantique des évolutions publicistes qui s'ajoutent aux controverses irrésolues des privatistes (par exemple sur la distinction des droits et des biens), si bien qu'il est malaisé de dire si l'on doit regarder nos objets de droit en miroir ou côte à côte.

Les difficultés d'identification d'une propriété publique tiennent avant tout à la question de savoir si les personnes publiques sont de « véritables » propriétaires. Ainsi, le premier débat a été celui de savoir s'il existait, en tant que telle, une possibilité pour les personnes publiques d'être propriétaires. Il

⁶ Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JORF du 22 avril 2006, p. 6024.

faut alors faire une plongée jusqu'à l'Ancien Régime, dans la théorie de la personnalité publique, pour savoir si la personnalité publique est compatible avec ce droit consacré dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 comme un droit individuel des personnes physiques⁷.

L'Ancien droit n'admettait pas que le roi ou les seigneurs soient propriétaires du domaine de la Couronne ; le Roi n'avait donc sur les terres du royaume qu'un droit de garde ou de surintendance. Par suite, il n'exerçait sur ces terres que des prérogatives de conservation, ou des pouvoirs de police, mais non des actes de disposition ; partant, au sens donné plus tard par Proudhon⁸, Ducrocq⁹ ou Berthélémy¹⁰ à propos du domaine public, il ne réunissait pas entre ses mains les composantes classiques de la propriété que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. La distinction qui en résultait était celle entre le domaine utile et le domaine éminent, permettant précisément de distinguer les biens sur lesquels il pouvait exercer respectivement différents droits¹¹. Mais il commença à être bien délicat de maintenir cette distinction quand le Roi transféra des biens de son patrimoine personnel vers celui de la Couronne, notamment des terres et de l'argent. C'est la monnaie qui circula en premier entre les patrimoines et chacun alors dû admettre que la nature du rapport qui s'exerçait sur lui était bien la même selon qu'il appartenait au Roi, en tant que personne physique, ou à la Couronne, en tant qu'institution. S'il était possible pour ce bien de sortir du patrimoine personnel du Roi pour entrer dans le patrimoine public, c'est alors que sa qualité de bien n'en était pas affecté, et que le droit exercé sur lui était bien un droit de propriété. En effet, il n'existe pas de différence fondamentale de nature entre des biens appropriés par des personnes publiques

⁷ Art. 2 DDHC : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » ; art. 17 DDHC : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

⁸ J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public*, Éd. Lagier, 1844, t. 1, § 202 et s.

⁹ Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Éd. Fontemoing, 1900, t. 4, § 1429.

¹⁰ H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Éd. Rousseau, 1906, 4^e éd., p. 417 s.

¹¹ G. LEYTE, *Domaine et domanialité dans la France médiévale (XII^e-XV^e siècles)*, préf. A. RIGAUDIÈRE, Presses universitaires de Strasbourg, 1996, 444 p. ; Ch. LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Éd. A. L'ANGELIER, 1608, 398 p. ; R. CHOPPIN, *Traité du domaine de la Couronne de France*, t. 2, Éd. Pierre Menard, 1662, 612 p. ; LEFEVRE DE LA PLANCHE *Mémoires sur les matières domaniales, ou Traité du domaine*, Desaint et Saillant, 3 t., 1764 ; KANTOROWICZ, *Les deux corps du Roi : essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, Gallimard, 1989, 638 p. ; J.-L. HALPÉRIN *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadrige, 2001, p. 25.

et des biens appropriés par des personnes publiques¹².

C'est avec la Révolution, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et le code civil, que devaient se poursuivre les controverses. Dans la continuité de l'ancienne distinction entre le domaine éminent et le domaine utile, on trouva son prolongement dans la distinction entre le domaine public¹³ – qui n'admettait pas de propriété – et le domaine privé – sur lequel s'exerçait une propriété de l'État. Autrement dit, si l'on avait enfin admis que les personnes publiques puissent être propriétaires, on finissait toujours par identifier des biens qui, par leur nature et leur consubstantielle affectation à l'intérêt général, ne pouvaient pas être appropriés. À ce sujet et au sujet de la personnalité morale des personnes publiques, le débat était nourri au début du 20^e siècle, entre Maurice Hauriou¹⁴ qui admettait une propriété publique sur le domaine public par la théorie de l'institution (la propriété ne pouvant pas se perdre avec l'affectation du bien), et Léon Duguit¹⁵ qui n'était pas personnaliste. Mais tout au long du 20^e siècle, depuis la décision fondatrice de la Cour de Cassation de 1846¹⁶ et celle du Conseil d'État de 1901¹⁷, les nécessités d'exploiter économiquement le domaine public, d'en faire un objet de richesse et les logiques croissantes de valorisation, vont conforter l'idée d'une propriété des personnes publiques sur l'ensemble de ces (ses) dépendances.

S'il nous semble certain que les personnes publiques disposent d'une personnalité juridique comparable à celle des personnes privées (une personnalité juridique avec une entière capacité de contracter, d'ester en justice,

¹² C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés : contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. UNTERMAIER, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 33, 2004, 764 p.

¹³ Le domaine public est aujourd'hui principalement défini par l'article L. 2111-1 du CGPPP qui dispose : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. » Le domaine privé est composé des autres biens appartenant aux personnes publiques mais qui ne remplissent pas cette condition d'affectation à l'utilité publique.

¹⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^e éd., 1927 rééd. 2004, p. 809, v. surtout sa note sur la décision *Ville de Paris et chemins de fer d'Orléans*, *infra*.

¹⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, E. de Boccard, 1930, p. 361.

¹⁶ Cass., 16 février 1836, *Préfet du Loiret c/ Époux Delabarre*, Rec., p. 1077, explicite que l'État est « réputé propriétaire des chemins ou routes dont l'entretien est à sa charge ».

¹⁷ CE, 16 juin 1909, *Ville de Paris et chemins de fer d'Orléans* : « la Ville de Paris a conservé les droits de propriété qu'elle pouvait avoir sur ces parcelles et [...] elle recouvrera, en cas de désaffectation, le plein exercice de ces droits », à propos des mutations domaniales ; note M. Hauriou, S., 1909, 3, 97.

d'être responsable, etc.), il nous semble également certain qu'elle dispose d'une qualité de propriétaire comparable, avec la réunion de ses attributs classiques, et la possibilité d'exercer des actes de conservation, d'administration et de disposition sur leurs biens. Si certains considèrent qu'un tel droit de propriété n'est pas constitué, c'est car ils lisent dans les prérogatives de l'État une restriction du pouvoir de disposer des biens. En particulier, la théorie des mutations domaniales en serait un exemple frappant¹⁸. Pourtant, cet outil juridique est au contraire, à notre sens, la manifestation d'un pouvoir de propriété classique : l'État est titulaire d'une prérogative de puissance publique comparable aux autres, mais qui s'exerce simplement dans le champ de la propriété ; et les collectivités territoriales voient leur bien grevé d'une forme de servitude particulière dictée par l'intérêt général. Que cette prérogative/servitude s'exerce dans le champ particulier des biens et de la propriété, qu'elle soit fondée par un intérêt général pris en charge par l'État, ne permet pas pour autant de faire sortir les biens qu'elle frappe du cadre général de la propriété. Surtout, le droit de propriété des personnes publiques a été consacré au contentieux par le juge lui-même, d'abord par le juge constitutionnel lorsqu'il a jugé par exemple qu'aucune disposition constitutionnelle ne s'oppose à la privatisation des biens publics¹⁹ – on y reviendra – et ensuite par le juge des référés, qui a admis l'action en référé liberté au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative pour protéger les propriétés publiques²⁰. De façon générale, la reconnaissance du droit de propriété des personnes publiques est assise sur la relativisation de la distinction entre le domaine public et le domaine privé²¹. Ainsi, une fois admise l'idée que les personnes publiques sont des propriétaires sur l'ensemble des dépendances

¹⁸ M. WALINE, *Les mutations domaniales : étude des rapports des administrations publiques*, Dalloz, 1925, 204 p. Pour le résumer simplement, les mutations domaniales sont la manifestation du pouvoir détenu par l'État, lui permettant de transférer autoritairement l'affectation des dépendances du domaine public appartenant aux autres personnes publiques.

¹⁹ Cons. const., décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports, *JORF* du 21 avril 2005, p. 6974, *Rec.* p. 67 ; note É. FATÔME, *AJDA*, 2006, n° 7, p. 178 ; note J.-É. SCHOETIL, *LPA*, 2005, n° 225-226, p. 5 ; note J.-Fr. BRISSON, *AJDA*, 2005, p. 1385 ; note S. BRONDEL, *AJDA*, 2005, p. 862 ; note R. FRAISSE, *AJDA*, 2005, p. 22 ; note X. MAGNON, *RFDC*, 2005.

²⁰ CE, ord., 7 octobre 2015, *Cne de Chambourcy*, n° 393895, *Rec.* ; note O. LE BOT, *JCP A*, 2016, n° 17, p. 15 ; note A. CHAMINADE, *RGCT*, 2016, n° 58, p. 91 ; chron. Fr. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *CMP*, 2016, n° 3, p. 37 ; note B. SEILLER, *Gaz. Pal.*, 2016, n° 5, p. 34 ; note M. CORNILLE, *Dr. Adm.*, 2016, n° 1, p. 24 ; note N. FOULQUIER, *AJDA*, 2015, n° 42, p. 2388 ; note H. PAULIAT, *JCP A*, 2015, n° 49, p. 38 ; note M. DEGOFFE, *BJCL*, 2015, n° 12, p. 895.

²¹ S. BOUSSARD et Ch. LE BERRE, *Droit administratif des biens*, LGDJ, coll. Manuel, 2014.

de leur patrimoine²², et cela n'est plus discuté aujourd'hui, la doctrine s'est interrogée sur la nature de cette propriété des personnes publiques.

B. – La nature du droit de propriété des personnes publiques

La question de la nature du droit de propriété des personnes publiques est toujours discutée et d'une grande actualité doctrinale²³. Pour le dire simplement, le débat oppose les tenants de l'assimilation aux partisans de l'autonomie. La thèse de l'assimilation consiste à dire que la propriété d'une personne publique est similaire à celle d'une personne privée, et que le droit de propriété est inchangé selon le titulaire de ce droit. La thèse de l'autonomie consiste à dire que la propriété d'une personne publique ne peut pas être réduite ou comparée à celle d'une personne privée, et qu'il existe alors deux droits, différents dans leur substance. Puisque l'objectif de cette présentation est de défendre la théorie de l'assimilation, on peut présenter les arguments en faveur de l'autonomie, afin de vérifier leur solidité.

La théorie de l'autonomie, en substance, n'est pas radicalement éloignée de celle de l'assimilation. S'il n'est pas soutenu que la nature du droit de propriété serait radicalement différente en fonction du titulaire – personne publique ou privée – de ce droit, c'est dans sa manifestation que tout change. Ainsi, le Professeur Philippe Yolka a expliqué combien « *le droit public colore la propriété* »²⁴, sans distinction d'ailleurs entre le domaine public et le domaine privé (qui ne sont que deux sous-catégories à celle, plus générale, de la propriété publique). Cette coloration tient à deux éléments qui s'appliquent indistinctement à l'ensemble des biens appropriés par les personnes publiques, et pour l'unique motif – précisément – qu'ils sont des propriétés publiques : il s'agit de l'incessibilité à vil prix et de l'insaisissabilité. L'incessibilité à vil prix est

²² L. BERNARD, *Du droit de propriété de l'État sur les biens du domaine public*, dir. M. MOREAU, th. dactyl., Sirey, 1910 ; L. JANSSE, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, préf. A. MESTRE, Domat-Montchrestien, 1938 ; H. PAULIAT, *Le droit de propriété dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, préf. J. MORANGE, PUF, 1994, 2 t., 288 et 244 p. ; Ph. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, préf. Y. GAUDEMET, LGDJ, 1997, 634 p. ; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, préf. D. TRUCHET, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2001, 296 p.

²³ G. DELAVAQUERIE, *Pour une théorie de la propriété renouvelée : étude commune des propriétés privée et publique*, th. dactyl. Caen, dir. M. AUDIT, 2011, 591 p.

²⁴ Ph. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, préf. Y. GAUDEMET, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 191, 649 p.

une règle d'origine jurisprudentielle et de valeur constitutionnelle²⁵ qui interdit les ventes de biens publics à un prix inférieur à leur valeur (sauf exceptions législative²⁶ ou jurisprudentielles²⁷) c'est donc une forme « publicisée » de la rescision pour lésion²⁸. L'insaisissabilité²⁹, quant à elle de valeur législative, met en échec les voies d'exécution de droit commun à l'encontre des personnes publiques, qui ne peuvent donc être contraintes à l'exécution forcée de leurs obligations que par des procédures spécifiques du droit public, telles que le mandatement d'office par le préfet³⁰. En dépit de ces singularités absolues et générales qui s'appliquent à l'ensemble des biens appropriés par des personnes publiques, il n'y a là que différences de régime, et non différence de nature, on ne peut donc pas en déduire que la propriété publique soit différente, en tant que telle, de la propriété privée³¹.

Ainsi, si des différences de régime ne peuvent fonder des différences de nature, cela est d'autant plus vérifié que l'insaisissabilité peut également s'étendre aux biens privés. Ainsi, ne peuvent pas non plus faire l'objet des procédures civiles d'exécution les biens des personnes protégées par des immunités³², et différentes catégories de biens particulièrement protégés par la loi³³. Si certains

²⁵ Cons. const., décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, *JORF* du 27 juin 1986, p. 7978, *Rec.*, p. 61 : « 58. [...] la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur [...] » ; note L. FAVOREU, *RDP*, 1989, n° 2, p. 399 ; note P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1987, n° 40, p. 178 ; note J. RIVERO, *AJDA*, 1986, p. 575.

²⁶ Art. L. 3211-7 CGPPP.

²⁷ CE, Sect., 3 novembre 1997, *Cne de Fougerolles*, n° 169473, *Rec.*, p. 381 ; note L. RICHER, *AJDA*, 1997, n° 12, p. 1010 ; concl. L. TOUVET, *RFDA*, 1998, n° 1, p. 12 ; note J.-Fr. DAVIGNON, *D.*, 1998, n° 11, p. 131.

²⁸ Art. 1674 c. civ. : « Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value. »

²⁹ Art. L. 2311-1 CGPPP : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables. »

³⁰ Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, *JORF* du 17 juillet 1980, p. 1799.

³¹ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 2, LGDJ, 2014, 15^e éd., p. 22.

³² Art. L. 111-1 al. 3 CPCE : « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. »

³³ Art. L. 112-2 CPCE : « Ne peuvent être saisis : 1° Les biens que la loi déclare insaisissables ; 2° Les biens que la loi rend incessibles à moins qu'il n'en soit disposé autrement ; 3° Les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ; 4° Les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur [...] ; 5° Les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille [...] ; 6° Les biens mobiliers mentionnés au 5°, même pour paiement de leur prix, lorsqu'ils sont la propriété des bénéficiaires de prestations d'aide sociale à l'enfance [...] ; 7° Les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades. »

biens privés sont insaisissables, on n'en déduit pas pour autant que ces portions de propriétés privées ne sont pas des propriétés privées. La généralisation de cet argument aux biens des personnes publiques n'est donc pas valable.

Deux autres arguments, positifs cette fois-ci, plaident en faveur de l'unité de la propriété et de l'indifférence à la qualité de leur propriétaire. En premier lieu, il s'agit d'une compétence uniforme du juge judiciaire pour connaître de l'ensemble du contentieux lié à la détermination de la propriété immobilière. Cette compétence trouve bien sûr son fondement dans la Constitution du 4 octobre 1958³⁴ et dans la lecture qu'en fait le Conseil constitutionnel depuis 1989³⁵ : le juge judiciaire est nécessairement compétent puisque la contestation d'une propriété publique peut revenir à une protection de la propriété privée, au moins pour les biens immobiliers, et par l'effet de la contiguïté des parcelles. Par suite, le juge administratif n'est compétent que pour ce qui concerne la répartition des biens entre le domaine public et le domaine privé, mais non pour la répartition entre les patrimoines publics et privés³⁶. En second lieu, il s'agit de la neutralité complète du droit de l'Union européenne à tout critère organique, y compris dans le domaine de la propriété³⁷. Le droit européen étant hermétique aux distinctions fondées sur la qualité du propriétaire, son influence toujours grandissante ne saurait favoriser le maintien artificiel ou prétendu d'une distinction de nature entre différents types de propriétés.

De façon générale, c'est le juge constitutionnel qui a conclu le premier à l'unité de la notion de propriété entre le droit privé et le droit public dans sa décision de 1986 relative aux privatisations, déjà évoquée à propos de l'incessibilité à vil prix³⁸. Les juges de la rue de Montpensier ont pu juger que la protection tirée des articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 « ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ».

³⁴ Art. 66 al. 2 Constitution : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

³⁵ Cons. const., décision n° 89-256 DC Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles, *JORF* du 26 juillet 1989, p. 9501, Rec., p. 56 ; note P. BON, *RFDA*, 1989, p. 1009 ; note B. GENEVOIS, *CJEG*, 1990, p. 1.

³⁶ Art. L. 2331-1 CGPPP.

³⁷ Chr. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, préf. S. CAUDAL, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2015, 842 p.

³⁸ Cons. const., décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, préc., § 58.

La théorie de l'assimilation trouve là une base constitutionnelle sans égale. Les commentateurs de cette décision ont souvent pu dire que la protection des libertés fondamentales ne saurait s'apprécier de façon égale à la propriété de l'État dans la mesure où c'est précisément de l'État que la DDHC garde les administrés³⁹. Pourtant, cet argument revient à confondre l'État comme auteur du droit et l'État comme sujet du droit : de la même façon que l'État crée des impôts et s'y soumet lui-même, il crée des libertés et se protège dans deux fonctions distinctes qu'il incarne tour à tour. Introduire ici l'argument de l'État législateur crée de la confusion davantage qu'il n'éclaire.

Finalement, l'analyse des régimes et des protections respectives des propriétés publique et privée ne permet pas de les séparer nettement, et plaide en faveur de la théorie de l'assimilation. Mais pour vérifier tout à fait leur unité, il faut encore analyser le fondement des particularismes de la propriété publique. En effet, il est indéniable que la propriété publique est traversée tout entière par de grands marqueurs que sont les règles de l'insaisissabilité et de l'incessibilité à vil prix. Cependant, ces différences de régime ne se fondent pas sur un type particulier de propriété, elles plongent leurs origines juridiques encore un niveau plus profondément dans la protection des deniers publics⁴⁰ et le principe général du droit d'interdiction des libéralités qui la manifeste⁴¹. Et si l'on devait remonter encore plus loin, la protection constitutionnelle des deniers publics permet de conserver l'instrument de l'intérêt général lui-même⁴². Autrement dit, la propriété publique ne peut se lire que comme un outil, pourvu de caractéristiques singulières qui réalisent son fondement d'intérêt général, qui est, lui, la finalité de toute action publique et de toute intervention publique. Ainsi, si la propriété publique est spéciale, ce n'est qu'en tant qu'elle est un instrument de puissance publique, mais non de façon autonome.

³⁹ B. SCHMALTZ, *La propriété publique*, Colloque de l'Association française pour la recherche en droit administratif, juin 2016, à paraître ; du même auteur, *Les personnes publiques propriétaires*, préf. J.-Fr. SESTIER, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2016, 580 p.

⁴⁰ D. BOITEUX, « Le bon usage des deniers publics », *RDP*, 2011, n° 5, p. 1099. V. par ex., Cons. const., décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *JORF* du 3 juillet 2003, p. 11205, *Rec.*, p. 382 ; note É. FATÔME et L. RICHER, *AJDA*, 2003, n° 44, p. 2348.

⁴¹ CE, 17 mars 1893, *Chemins de fer de l'Est*, concl. J. ROMIEU, *D.* 1894, p. 119, l'interdiction des libéralités est prolongée par l'interdiction de condamner une personne publique à payer une somme qu'elle ne doit pas (CE, Sect., 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962, *Rec.*, p. 235).

⁴² Y. GAUDEMET, « Constitution et biens publics », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2012, n° 37, p. 65.

Par suite, si l'on admet que le concept de propriété est unique, quel que soit le titulaire du droit, et que les biens peuvent juridiquement circuler de façon libre et égale entre les patrimoines, c'est dans leur direction qu'il faut alors tourner le regard, et se concentrer sur les objets du droit. La propriété, une et indivisible par-delà les matières, est au service des biens, c'est à leur propos qu'apparaissent les mutations les plus fortes du droit des biens publics : les nouvelles maîtrises sur les biens.

II. – LA COLLABORATION ENTRE PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET PROPRIÉTÉ PUBLIQUE : LES BIENS PUBLICS

Enfin, la question qui se pose aujourd'hui, pour décrire les mutations de la propriété, est moins celle de savoir quel type de droit détiennent les personnes publiques que celle de savoir pour quoi elles exercent un droit. Dans ce « pour quoi », il y a toute la logique du droit public appliquée aux biens, droit public dont on a dit qu'il n'est un droit de puissance au service de l'intérêt général. Par conséquent, il faut déplacer l'ancienne question organique (celle de la propriété alternative d'une personne publique ou d'une personne privée) vers une nouvelle dimension finaliste (le but et la fonction de l'appropriation publique ou privée). Ce glissement ontologique oblige donc à regarder les biens, les choses, pour choisir un rapport de droit optimal que la personne exerce sur eux. Ainsi, la doctrine a fourni, dans une période récente, des travaux portant sur différents types de biens⁴³, et sur les modalités juridiques de maîtrise de ces biens⁴⁴. Concrètement, puisqu'il s'agit notamment de présenter ici les résultats de mes travaux de thèse⁴⁵, mes recherches sont circonscrites sur un type de biens particuliers que sont les biens mobiliers. Il est utile de vérifier que ce sont

⁴³ Par exemple sur les biens publics immatériels, M. BOUL, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, dir. J.-G. SORBARA, th. dactyl., Toulouse, 2017, 628 p. et Cl. MALWÉ, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, dir. R. HOSTIOU, th. dactyl., Nantes, 2008, 762 p. ; sur le domaine privé, M. CHOUQUET, *Le domaine privé des personnes publiques*, préf. J. du BOIS DE GAUDUSSON, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 295, 2017, 579 p., M. CHAMPAUZAC, *Contrats publics et domaine privé*, dir. M. UBAUD-BERGERON, th. dactyl., Montpellier, 2014 ; ou sur des objets plus divers, E. Teissier, *Le stade en droit public*, dir. M. DEGOFFE, th. dactyl. Malakoff, 2014.

⁴⁴ L. VANIER, *L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept*, dir. Ph. YOLKA, th. dactyl. Grenoble, 2016, 784 p. ; J.-Fr. GIACUZZO, *La gestion des propriétés publiques en droit français*, préf. Fr. FRAYSSE, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 283, 2014, 666 p. ; A. CAMUS, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, dir. J. MONTAIN-DOMENACH, th. dactyl., Nanterre, 2013 ; N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, préf. Chr. LAVIALLE, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2011, 610 p.

⁴⁵ F. TARLET, *Les biens publics mobiliers*, préf. S. CAUDAL, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 170, 2017, 764 p.

les biens qui sont l'objet d'intérêt et non plus la propriété elle-même (**A**), et que ce prisme des biens permet de diversifier les relations juridiques qui s'exercent sur eux, de façon à relativiser le poids de la propriété (**B**).

A. – Le nouvel intérêt pour les biens publics mobiliers

La première question fut celle de comprendre les raisons d'un flagrant désintérêt du droit public pour les meubles. En effet, le droit administratif des biens est largement un droit de l'expropriation, des travaux publics, des ouvrages publics, et du domaine public, dont l'aspect immobilier est, sinon obligatoire, du moins essentiel.

L'hypothèse la plus immédiate tenait à une question d'intérêt économique : la faible attractivité financière des meubles – relayée par l'adage *res mobilis res vilis* – ne requérait pas d'en organiser la vie juridique par des règles spéciales. Pourtant, la réalité économique est tout autre, surtout avec l'essor des propriétés immatérielles. En effet, les chiffres font mentir l'adage : la loi de finances pour 2017 fait apparaître plus de quatre milliards d'euros de recettes pour l'État au titre des produits de participations dans des entreprises⁴⁶ ; le musée du Louvre a signé le « contrat du siècle » avec Abu Dhabi en valorisant sa marque et ses œuvres pour un milliard d'euros, au moyen d'un montage contractuel trentenaire combinant une licence d'exploitation et un contrat de prêt⁴⁷. Mais la valorisation du patrimoine mobilier ne concerne pas que ce champ favorable des biens incorporels, elle est également en progression pour des meubles corporels, notamment dans le domaine de la culture. Ainsi, le musée d'Orsay comptabilisait en 2014 cinq millions d'euros de recettes tirées de la location de ses œuvres d'art dans des expositions internationales, ces recettes sont passées à 1,3 milliards d'euros en 2015 et à 4,2 milliards d'euros en 2016⁴⁸ : les chiffres manifestent avec évidence d'un intérêt nouveau pour ces biens.

L'hypothèse médiata pour expliquer le délaissement des personnes publiques pour les biens mobiliers tenait à une liaison historique et juridique entre les personnes publiques et les immeubles. En effet, il existe un lien fondamental qui attribue les meubles aux personnes privées et les immeubles

⁴⁶ Art. 160 de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017, *JORF* du 30 décembre 2016, n° 1 : lignes budgétaires n° 2110 et s.

⁴⁷ E. DE ROUX, « Le Louvre a signé le "contrat du siècle" », *Le Monde*, 8 mars 2007.

⁴⁸ Musées d'Orsay et de l'Orangerie, *Rapport d'activité 2016*, p. 191.

aux personnes physiques qu'on peut appeler le critère « personnel » de répartition des biens entre les meubles et les immeubles. C'est même cette répartition de principe des biens, par un attachement à un type de personne – publique ou privée – qui explique la différence entre les meubles et les immeubles en droit. Le code civil définit les biens meubles comme ceux qui n'ont pas d'attache physique avec le sol⁴⁹, et les biens immeubles comme ceux qui sont rattachés à la terre⁵⁰, soit en tant que tels, soit par l'effet des fictions de la volonté (immobilisation ou mobilisation par anticipation ou par extension⁵¹). Ce critère qu'on peut appeler « physique » de répartition des biens entre les meubles et les immeubles présente l'avantage de la clarté et de la simplicité, mais sauf à défendre des arguments jusnaturalistes, on comprendra bien que si le droit a utilisé un élément physique pour simplifier la division des biens, cet élément physique n'a pas déterminé par lui-même des catégories juridiques. Pour le dire simplement, le critère « physique » de détachement du sol est un critère pédagogique, d'apparence, mais qui n'est que la manifestation d'un critère « personnel » beaucoup plus utile en droit.

Ce critère personnel trouve ses origines dans le droit franc, dans une distinction des biens entre les héritages et les cateux, ancêtres des immeubles et meubles⁵². Les héritages étaient les immeubles (au sens moderne du terme) mais pouvaient inclure des navires ou des pierres précieuses, puisqu'il s'agissait des biens de plus grande valeur. Le droit applicable à ces biens avait pour fonction de les transmettre de génération en génération afin qu'ils ne quittent pas le patrimoine de leur communauté. Sous l'effet de la construction de la personnalité morale de droit public, ces anciennes communautés d'Ancien Régime sont devenues les personnes publiques actuelles. Depuis lors, le territoire est bien l'assise de la souveraineté d'un État, ou de toute autre collectivité publique, en droit constitutionnel. Les cateux, à l'inverse des héritages, rassemblaient les meubles (toujours au sens moderne du terme), mais incluaient également des biens physiquement immobiliers mais n'ayant qu'une

⁴⁹ Art. 528 c. civ. : « Sont meubles par leur nature les biens qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre. » ; art. 529 c. civ. : « Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions [...] ».

⁵⁰ Art. 517 c. civ. : « Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent. »

⁵¹ Par exemple, v. art. 524 c. civ. : « Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination. / Les animaux que le propriétaire d'un fonds y a placés aux mêmes fins sont soumis au régime des immeubles par destination. [...] » ; art. 525 c. civ. : « Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou, lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. [...] ».

⁵² A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, coll. Fondamental, 1989, p. 278.

très faible valeur, par exemple des maisons brûlées. Ceux-là, dans leur régime juridique, étaient appropriés en priorité par des individus, des personnes physiques, et avaient pour fonction de participer soit à la subsistance des individus, soit aux échanges marchands de ces personnes (les communautés, elles, ne s'intéressaient alors pas du tout au commerce et à l'économie, on ne parlait bien sûr pas d'intervention économique publique).

Cette double association des meubles aux personnes privées et des immeubles aux personnes publiques, avec l'idée que le droit des premiers est un droit du commerce et des échanges marchands, et que le droit des seconds est un droit de la stabilité et de la continuité patrimoniale, a fondée tous les régimes de droit positif. Ainsi, les règles de droit matrimonial, commercial, voire le phénomène de mobiliérisation des immeubles, témoignent donc d'une prédisposition du droit privé à régir les biens mobiliers. À l'inverse, les règles de qualification des contrats administratifs ou du régime de la responsabilité administrative (pour ne citer que deux exemples), montrent bien que l'élément central du droit public, même au-delà des seuls enjeux patrimoniaux, sont jusqu'alors complètement centrés sur les immeubles.

Cette première compréhension des raisons fondatrices du droit des biens oblige nécessairement à relativiser l'importance de la propriété : contrairement à tous les débats doctrinaux antérieurs, il ne faut plus se concentrer sur la propriété et la nature de ce droit, mais sur les raisons de la coexistence de différents régimes. Dans cette perspective, la notion de bien devient centrale, davantage la finalité et la fonction des biens devient incontournable.

B. – La relativisation de l'intérêt juridique du droit de propriété

À partir de l'observation de ce qu'est un meuble, dans cette perspective finaliste qui vise à garantir une importante circulation juridique et économique de ces biens particuliers entre les patrimoines, il est possible de poursuivre en interrogeant les mécanismes mobilisés lors de l'intervention publique. Autrement dit, l'enjeu est de mettre en présence les meubles avec les personnes publiques, pourtant réputés mal compatibles, précisément pour vérifier si la présence publique est de nature à modifier la circulation des biens mobiliers.

Le constat qui peut être dressé à l'issue d'une appréhension globale de ce mécanisme est le suivant : l'irruption d'une personne publique dans l'intense circulation d'un bien mobilier a pour effet d'exercer sur ce meuble une capacité

d'attraction très forte. Les illustrations de ce phénomène sont nombreuses, qu'il s'agisse du régime des *res nullius* qui sont appropriés par priorité soit par l'État soit par les communes, y compris dans l'hypothèse éminemment dérogatoire de la déchéance de propriété des propriétaires négligents (pourtant inconcevable pour les immeubles), qu'il s'agisse des mécanismes de l'expropriation mobilière bien plus souple que l'expropriation immobilière, qu'il s'agisse encore de l'hypothèse de la préemption mobilière souvent translatrice de propriété à la manière d'une expropriation déguisée. C'est encore vérifié par exemple en droit pénal au sujet des confiscations et des saisies pénales mobilières, et même favorisé depuis la création de l'Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués (AGRASC)⁵³ ; en droit fiscal avec la prospérité de la dation en paiement⁵⁴ ; en droit de la culture avec la rétention des trésors nationaux proposés à l'exportation⁵⁵. Au final, aucun champ du droit n'échappe à ce qu'on peut appeler un mécanisme de dévolution préférentielle des meubles aux personnes publiques : l'attractivité publique sur les meubles est devenue si forte que les personnes publiques agissent comme un aimant sur des meubles pourtant traditionnellement réservés aux personnes privées.

Pourtant, à l'épreuve des faits, et à l'aune du principe de réalité, les personnes publiques peuvent certes attirer tous les meubles à elles, mais elles s'avèrent être de très mauvais propriétaires. Elles laissent leurs meubles se dégrader et se perdre au point de douter de l'intérêt de cette dévolution préférentielle. Finalement, dans un mouvement paradoxal, la propriété publique ne s'est pas construite pour les meubles, mais c'est sur eux qu'elle exerce la force d'attraction la plus puissante ; elle fait donc des propriétaires publics des personnes privilégiées, mais rien ne garantit la pérennité de leur droit. La question qui en ressort à ce stade est donc celle de la pertinence de

⁵³ Décret n° 2011-134 du 1^{er} février 2011 relatif à l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués, *JORF* du 3 février 2011, p. 2154.

⁵⁴ Art. 1716 bis CGI : « I. Les droits de mutation à titre gratuit et le droit de partage peuvent être acquittés par la remise d'œuvres d'art, de livres, d'objets de collection, de documents, de haute valeur artistique ou historique [...] ».

⁵⁵ Pour un exemple récent, v. l'arrêt du 31 mai 2017 refusant le certificat prévu à l'article L. 111-2 du code du patrimoine, *JORF* du 10 juin 2017, n° 25 : « Par arrêté de la ministre de la culture en date du 31 mai 2017, est refusé le certificat d'exportation demandé pour un dessin d'Hendrick Goltzius, *Vierge en gloire entourée de sainte Cécile et d'anges musiciens, pierre noire, sanguines de deux couleurs différentes, lavis brun-rouge, craie jaune et rebauts de gouache blanche sur huit feuilles de papier assemblées, début du XVII^e siècle, cette représentation mariale catholique, par son caractère inédit et rare, ses dimensions importantes et sa grande qualité d'exécution, constituant une œuvre sans équivalent, susceptible de venir compléter les collections publiques françaises, dans lesquelles les dessins préalables à des peintures de Goltzius sont très peu représentés.* »

l'appropriation mobilière publique.

Deux conclusions en ressortent distinctement. La première tient à ce que cette dévolution préférentielle devrait être circonscrite à certains biens mobiliers, non du fait d'un rapport de droit déterminé mais du fait de leur nature propre. En effet, les meubles publics qui sont la modélisation de la souveraineté devraient continuer d'en bénéficier sans réserve. Ces meubles qui modélisent la souveraineté, au même titre, voire davantage, que le territoire lui-même (puisqu'il n'est pas approprié tout entier par l'État ou par une collectivité publique), et ne peuvent donc appartenir, par nature, qu'à des personnes publiques. Ce sont notamment les archives publiques (modèle de souveraineté politique) ou la monnaie (modèle de souveraineté économique), ou encore certains biens indélégalables à des personnes privées (ainsi par exemple les données publiques qui sont produites dans certains services publics, à l'instar des fichiers de police). De la sorte, à travers la question des meubles, c'est la question de la personnalité publique qui réapparaît, bien davantage que la question de la propriété ou de la nature du droit détenu par les personnes publiques. Ainsi, il n'y a pas de propriété publique particulière sur ces biens, mais il existe nettement des biens publics, qui sont identifiés en tant que tels, et sur lesquels la personne publique décide d'exercer son pouvoir de puissance, quel que soit la nature du rapport de droit exercé sur eux.

La seconde conclusion tient à une conception finaliste du droit qui permet de considérer que les biens sont au service de l'action administrative, indépendamment de leur propriétaire. On constate en effet que dans la pratique administrative, la tendance est à ce qu'on appelle « l'externalisation » des patrimoines⁵⁶. L'externalisation consiste entre une dissociation entre la propriété et l'utilisation d'un bien, il s'agit finalement de désigner la dissociation des attributs classiques de la propriété, notamment dans la location, l'usage, le dépôt, le prêt, etc. Les administrations y recourent si souvent que chacun doute aujourd'hui de l'intérêt de la propriété publique en tant que telle. Mais les résultats de cette pratique administrative sont bien décevants et ne supportent pas l'épreuve des faits : ces procédés coûtent chers et ne sécurisent en droit ni les propriétaires ni les utilisateurs. Quel que soit le succès de ces pratiques, reste qu'elles témoignent avec vigueur de cette logique finaliste : l'important n'est plus de savoir qui est propriétaire, mais c'est désormais de savoir comment

⁵⁶ V. le dossier suivant : C. CHAMARD-HEIM *et al.*, « L'externalisation des propriétés publiques. Pratiques, techniques, résultats », *JCP A*, 2012, n° 17.

utiliser le bien et dans quel but. Preuve s'il en fallait que la question de la propriété publique a été dépassée et débordée par celle de l'utilisation des biens. L'intérêt central aujourd'hui est celui de l'utilisation, surtout celui de l'utilisation des biens privés affectés à l'utilité publique⁵⁷. De nouveaux rapports de droit se croisent, dans des courants parfois souvent contraires : ainsi dans une concession de service public, le bien indispensable au service est protégé par un régime particulier, même s'il appartient à une personne privée ; et dans une collection publique, les œuvres d'art sont protégées par le régime de la domanialité publique même si elles ne sont pas présentées au public. En ce sens, interroger les mutations de la propriété publique oblige donc à reformuler la question pour interroger le sort des biens publics eux-mêmes, sur ce sujet, il reste encore beaucoup à écrire.

⁵⁷ C. LOGÉAT, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, préf. J. PETIT, L'Harmattan, Paris, 2011, 492 p.

