

LA CIRCULATION DES BIENS ENTRE PERSONNES PUBLIQUES

Nathalie Bettio

L'ambition de cette recherche consacrée à la circulation des biens entre personnes publiques est de réaliser une clarification juridique de cette dynamique patrimoniale interne à l'administration qui s'est développée à partir des années quatre-vingt et qui n'a jusqu'ici jamais fait l'objet d'une étude synthétique. Ce processus évoque des relations patrimoniales jusqu'alors marginales entre des personnes qui, en raison de leur objet, étaient classiquement plus préoccupées par l'exercice de la puissance publique que par le commerce juridique. Traditionnellement, les dépendances du domaine public se caractérisaient en effet par une certaine inertie patrimoniale en raison de leur inaliénabilité. La valeur législative de ce principe conduisait à ce que seul l'État dispose d'une réelle maîtrise sur ces biens dont le transfert entre les patrimoines administratifs était totalement centralisé et s'appuyait seulement sur la constitution du patrimoine statique de la personne publique bénéficiaire, visant ainsi à établir son *corps* conformément à l'ordre uniforme et hiérarchisé des structures et des territoires dans la rationalité du « Grand tout national », enfermant ces relations patrimoniales entre personnes publiques dans des rapports de droit objectif. Quant aux transferts de dépendances du domaine privé, traditionnellement soumis aux mécanismes du droit commun et associés à des rapports subjectifs d'essence propriétaire, ils n'étaient qu'accessoires dans les rapports inter-administratifs.

L'accélération contemporaine des transferts de biens publics entre les patrimoines administratifs et leur évolution qualitative à la suite de l'entrée en vigueur du Code général de la propriété des personnes publiques, le 1^{er} juillet 2006, imposaient pour des raisons pratiques et théoriques que l'on s'interroge sur ce phénomène. D'un point de vue pratique le régime patrimonial spécifique des relations qui se nouent entre personnes publiques à l'occasion de la circulation des biens publics devait être clarifié. D'un point de vue théorique la signification de ce phénomène pour l'organisation de l'administration française devait être précisée. Si le XXe siècle marque une étape fondamentale dans l'organisation de la vie administrative par la reconnaissance de la propriété du domaine public et l'émergence de la personnalité publique, le XXIe siècle révèle une autre étape importante dans cette organisation à travers le phénomène de la circulation des biens entre personnes publiques, montrant un nouveau mode de relations entre elles qui se rapproche des codes du droit privé, des valeurs du marché et

reconstruit sa spécificité. C'est la mise en lumière de cette évolution administrative que cette thèse se propose d'établir à travers l'analyse de ce processus patrimonial.

Dans cet objectif, il a fallu d'abord délimiter le champ de l'étude quant aux biens en circulation et aux personnes publiques parties aux relations que génère ce processus. S'agissant des biens en circulation, l'examen de la pratique a permis d'établir qu'en dehors des actions des personnes publiques dans le capital des sociétés et des droits patrimoniaux afférents aux biens publics corporels, seuls les biens publics corporels sont concernés par ce phénomène de circulation. S'agissant des personnes publiques en relation, dans la perspective d'une analyse globale de la circulation, l'étude a été limitée aux rapports qui se nouent entre les personnes publiques que sont l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux et nationaux.

Il a fallu ensuite déterminer la démarche à suivre pour analyser avec le plus d'objectivité possible l'évolution et la signification des relations qui se nouent entre personnes publiques de par la circulation des biens publics. Une démarche en deux temps s'est alors rapidement imposée : saisir d'abord la réalité juridique de cette dynamique patrimoniale à travers l'analyse de ses modalités juridiques, avant de s'interroger ensuite sur ses implications concrètes pour l'organisation de l'administration.

En premier lieu, l'examen des modalités de la circulation des biens entre personnes publiques devait permettre d'établir les conditions et procédures qui encadrent ce phénomène, la nature subjective ou objective des rapports juridiques qui se nouent entre personnes publiques à cette occasion ainsi que leurs conséquences patrimoniales. Par souci de concision et de précision, l'analyse devait s'attacher à développer les spécificités du processus, impliquant d'approfondir l'étude de certaines relations plus que d'autres.

Au début de la recherche en 2003, la circulation des biens entre personnes publiques apparaissait comme une revendication bloquée par les imprécisions du droit positif et dans l'attente d'une consécration juridique afin de s'épanouir pleinement. Si l'entrée en vigueur du Code général de la propriété publique, intervenue en cours de rédaction, a compliqué la recherche, elle a surtout contribué à lui donner une nouvelle perspective : de phénomène à théoriser la circulation devenait une donnée du réel, une donnée du droit positif. La dynamique propriétaire du nouveau dispositif a alors permis de clarifier l'évolution et le régime des transferts de biens publics entre les patrimoines administratifs. Désormais, la spécificité de ces transferts ne découle plus seulement des particularités inhérentes aux

régimes de la domanialité publique ou privée auxquels les dépendances en circulation sont soumises mais se fonde plus globalement sur leur appropriation publique et la personnalité publique des parties.

L'évolution du droit positif impliquait alors de privilégier une approche subjective liée à la personnalité publique et aux pouvoirs des propriétaires publics sur leurs biens. Elle imposait de concevoir un schéma dans lequel la circulation des biens publics entre personnes publiques, indépendamment de leur domanialité, est la même que celle des propriétés privées entre personnes privées : le transfert d'un bien d'un patrimoine dans un autre. Dans cette perspective l'examen des modalités de la circulation devait s'organiser logiquement autour des transferts non translatifs de propriété et des transferts translatifs de propriété distingués par le nouveau code. La systématisation de ces relations était néanmoins compliquée par les aspects objectifs découlant de la personnalité morale de droit public et de l'organisation administrative dans laquelle s'insère la circulation. Devaient être pris en considération le principe de spécialité qui finalise l'ensemble des activités des personnes morales mais aussi la spécificité des relations nées des transferts de compétences entre personnes publiques et la spécificité de l'intervention de l'État, ce Janus à la fois propriétaire et souverain politique.

Au regard de ces différents éléments, l'analyse du droit positif a alors amené à établir une rationalisation des transferts de gestion et un développement des transferts de propriété qui imposaient plusieurs constats concernant l'évolution des modalités de la circulation des biens entre personnes publiques : – d'abord, la généralisation des rapports de nature subjective entre propriétaires publics indépendamment de la domanialité des biens en circulation et impliquant la prise en considération de l'intérêt patrimonial des parties à la relation ; – ensuite, une restriction des rapports de nature objective entre personnes publiques limités à des situations exceptionnelles recouvrant les transferts de biens qui accompagnent les transferts de compétences entre personnes publiques et ceux réalisés à la suite de l'exercice du pouvoir de l'État sur les biens publics en sa qualité de souverain politique.

Cette analyse a également conduit à souligner certaines lacunes du nouveau régime. D'une part, malgré la dynamique propriétaire du nouveau code, la théorie jurisprudentielle des mutations domaniales est consacrée sans que les aménagements qui lui ont été apportés ne permettent d'établir un arbitrage des intérêts publics en présence ni une indemnisation du propriétaire public pour l'atteinte portée à l'exercice de son pouvoir d'affectation. D'autre part, le développement des transferts de propriété entre personnes publiques, désormais généralisés concernant les dépendances du domaine public, laisse en suspens une question cruciale : celle de la valorisation économique de cette circulation.

Cette réalité juridique établie, pouvaient en second lieu être déterminées les implications de la circulation sur l'organisation de l'administration. Cette ambition imposait d'analyser ce mouvement dans la double perspective des forces convergentes qui structurent l'administration mises en lumière par le Doyen Hauriou : d'une part, celle de la force décentralisatrice qui vient du bas et manifeste le pluralisme des propriétaires publics appréhendés comme « autrui par rapport à l'État », d'autre part, celle de la force centralisatrice, qui vient du haut, manifestation de l'État qui encadre, structure et régleme les transferts de biens entre personnes publiques à travers l'exercice de son pouvoir souverain sur les biens publics.

L'analyse a alors conduit à établir et à soutenir d'une part : un renforcement du mouvement décentralisateur à travers la mutation contemporaine des relations entre propriétaires publics, d'autre part une transformation du pouvoir de l'État sur les biens publics dont la nature évolue, passant du *dominium* à *l'imperium*, traduisant le retour de l'État gendarme dans sa fonction régulatrice des politiques domaniales.

S'agissant d'abord des relations entre propriétaires publics, les modalités de la circulation permettaient d'établir deux types de relations fondées sur des principes différents. Un premier type de relations s'illustre à travers ce que nous avons nommé la distribution qui se fonde sur les transferts de compétences entre personnes publiques et qui opère sous forme de justice distributive la répartition des biens entre propriétaires publics de manière inégalitaire, donnant à chacun en fonction de ce qu'il est et de ses attributions dans l'organisation administrative. La distribution qui se fonde sur les transferts de compétences entre personnes publiques se concrétise par l'engendrement et la transformation des patrimoines administratifs. Dans ce premier type de relations, les propriétaires publics entretiennent des rapports de droit de nature objective : le bénéficiaire est soumis par le droit positif à l'exercice du droit de propriété de la personne publique qui distribue ses biens.

La reconnaissance de la propriété dans le cadre de la distribution conduit logiquement à l'établissement d'un second type de relations celles du commerce juridique qui organise la circulation des biens publics sous forme de justice commutative, c'est-à-dire, pour reprendre une expression du Doyen Hauriou, selon le principe de l'égalité dans les échanges et de la rémunération de tous les services rendus d'après l'estimation de celui qui les rend. Dans ce contexte, les parties nouent des rapports de droit de nature subjective. Elles se confrontent librement et à égalité à travers l'exercice respectif de leur droit de propriété.

L'analyse des modalités de la circulation a alors conduit à établir que le néolibéralisme et l'intégration de la performance dans l'action publique amènent aujourd'hui le droit à réorganiser ces deux types de relations réalisant ainsi un véritable renforcement de la décentralisation. L'immixtion de la rationalité économique dans l'action publique inspire en effet une nouvelle distribution du domaine public qui conduit à reconfigurer les différents propriétaires publics dans l'organisation administrative. S'ensuit une recomposition du territoire national autour de la structuration des activités publiques qui signe le passage d'une conception essentialiste à une conception fonctionnaliste du cadre territorial. Alors qu'initialement la distribution a permis l'institutionnalisation et la domination de l'État propriétaire en contribuant à l'édification de l'État-Nation, elle participe aujourd'hui à déconstruire ce modèle sous l'influence des objectifs de performance et de rentabilité de l'action publique. A l'approche jacobine prônant l'uniformité des structures et des territoires afin de garantir l'égalité et la représentation des citoyens sur le territoire national, se substitue la rationalité économique fondée sur l'efficacité de l'action publique. A la distribution hiérarchisée du domaine public entre personnes publiques, ordonnée selon l'organisation pyramidale de l'administration avec au sommet l'État, se substitue une distribution « éparpillée » du domaine qui dilue la distinction domaniale qui s'établissait traditionnellement d'un point de vue quantitatif et qualitatif entre propriétaires publics, en raison de leur statut dans l'organisation administrative. Ce phénomène entraîne une valorisation des territoires locaux et favorise des personnes publiques récentes dans l'histoire comme les E.P.C.I. et les régions. Il transforme la territorialisation de l'action publique ou la « déterritorialise », en l'ordonnant en dehors de l'ordre administratif classique du territoire national.

Il en résulte une « déterritorialisation » des relations entre propriétaires publics qui ne sont plus enfermées dans le cadre rigide de l'ordre hiérarchique des territoires et des compétences mais s'inscrivent dans la logique du marché qui, par essence, est « déterritorialisé ». Le droit positif organise en effet une véritable subjectivisation des biens publics et de leur circulation entre propriétaires publics, indépendamment de leur régime domaniale, qui conduit à généraliser le commerce juridique entre eux, un commerce néanmoins spécifique en raison de la personnalité publique des parties et qualifié à ce titre de « commerce administratif ». Ce phénomène affecte la circulation des dépendances du domaine public qui se libéralise et s'adapte aux préceptes de la rationalité économique. Désormais, la cohérence et l'efficacité de la gestion de ces dépendances ne sont plus garanties par le pouvoir de direction de l'État. Elles relèvent majoritairement des propriétaires publics infra-étatiques eux-mêmes dans le

cadre de relations commerciales spécifiques. Cette évolution, en renforçant la pression de la force économique dans les relations entre propriétaires publics, de par le développement de leur responsabilisation patrimoniale, amène à s'interroger sur la valorisation de la circulation dans le commerce administratif. De nouvelles règles doivent impérativement encadrer ce calcul de la valeur des biens publics où des intérêts purement patrimoniaux s'opposent à des intérêts domaniaux, sous peine de faire perdre sa spécificité au monde administratif fondé sur la poursuite de l'intérêt général.

Face à cet approfondissement de la décentralisation, il importait enfin de déterminer les conséquences de cette évolution sur l'unité de l'institution étatique à travers l'analyse du pouvoir de l'État souverain sur les biens publics, prérogative régaliennne qui lui permet de capter autoritairement à son profit l'appropriation et l'affectation des différentes propriétés publiques ou privées qui sont situées sur son territoire. L'analyse des modalités de la circulation et de la mutation des relations entre propriétaires publics permettait d'établir le maintien de ce pouvoir mais montrait également une évolution de son expression juridique. Il fallait alors s'interroger sur la nature de cette force centralisatrice au regard des mutations juridiques contemporaines. Cette question qui touche directement celle plus globale du pouvoir dont dispose l'autorité souveraine sur le territoire national et les propriétés qui y sont situées imposait de reprendre les débats de la doctrine juridique et philosophique qui face à l'imprécision traditionnelle du droit positif quant à la nature de ce pouvoir s'orientent autour de deux thèses opposées :

_ pour certains, ce pouvoir ne serait que l'émanation de *l'imperium*, c'est-à-dire du monopole de la contrainte qu'exerce le souverain dans le cadre de conditions et de compétences juridiquement déterminées à l'égard des sujets et donc des propriétaires qui vivent sur le territoire national

_ pour d'autres, ce pouvoir relèverait du *dominium*, c'est-à-dire qu'en plus de *l'imperium*, le souverain serait doté d'un véritable droit d'essence patrimoniale, une maîtrise directe sur les propriétés d'autrui, qui s'exerce autoritairement et discrétionnairement sur les propriétés publiques.

Les mutations juridiques contemporaines permettent de resituer le débat sur la nature juridique du pouvoir de l'État sur les propriétés publiques permettant d'affirmer une véritable transformation de ce pouvoir. L'analyse historique de la conceptualisation des notions de *dominium* et *d'imperium* a d'abord permis d'établir que classiquement ce pouvoir se

définissait juridiquement comme une prérogative relevant d'un *dominium* spécifique de l'État. L'État libéral moderne qui s'épanouit en France depuis la fin du XVIIIe siècle sur l'héritage de l'Ancien régime, s'est développé comme une force unitaire essentiellement spatiale en raison de la territorialisation de la souveraineté politique. Il est acquis depuis le XIVe siècle que l'institution d'un pouvoir central sur le territoire implique l'existence non seulement d'un domaine public, mais aussi d'un pouvoir du souverain politique sur les propriétés situées sur son territoire. A partir de 1789, malgré les travaux des philosophes et de la doctrine juridique, ces principes vont amener le droit à ériger l'État en « souverain-fief » pendant près de deux cents ans, dans des formes laïcisées fondées sur la représentation du public et l'égalité des citoyens, contribuant à simplement justifier l'exercice du pouvoir de l'État sur les biens publics par le postulat de la plus grande aptitude de ce dernier à apprécier l'intérêt général. Ce phénomène renforcé dans l'organisation administrative à partir du pluralisme des propriétaires publics lié au démembrement du domaine public, « corps de souveraineté », a conduit à faire de l'État le maître du domaine public exerçant une véritable propriété éminente sur les propriétés publiques d'autrui et ce jusqu'à la fin du XXe siècle.

Or, depuis les années quatre-vingt, les progrès de la jurisprudence constitutionnelle et administrative confortés par l'entrée en vigueur du Code général de la propriété des personnes publiques consacrent l'évolution de la nature de cette prérogative. Au regard de ces sources, si l'État conserve un *dominium* sur ses propres biens, en revanche son pouvoir sur les propriétés publiques d'autrui relève clairement aujourd'hui de *l'imperium*. Non seulement les propriétaires publics infra-étatiques se voient reconnaître un véritable *dominium* sur l'ensemble de leurs biens, mais en plus le pouvoir de l'État sur les biens publics ne se fonde plus seulement sur la plus grande aptitude de ce dernier à apprécier l'intérêt général. Ce pouvoir est juridicisé et son exercice s'appuie sur des fondements constitutionnels spécifiques : le maintien de la cohésion nationale et la garantie de l'accès du public au domaine public. Ce pouvoir perd sa nature réelle (pouvoir direct sur la chose) pour devenir impersonnel. Au regard du renforcement de la décentralisation d'un point de vue interne, et de la montée en puissance de l'Union européenne d'un point de vue externe, le régime de ce pouvoir de domination se déterritorialise, en tant qu'il est coupé de ses aspects fonciers et se recompose fonctionnellement. L'immixtion de la rationalité économique par la circulation des biens entre personnes publiques amène l'État à quitter les apparats du maître du domaine pour se transformer en régulateur des politiques domaniales, ce qui peut exceptionnellement justifier une tutelle patrimoniale de l'État souverain sur les autres propriétaires publics, mais qui quoi qu'il en soit révèle une nouvelle manière de l'État puissance publique. Ce

phénomène réduit ce dernier à un État territorial, c'est-à-dire un État dont la fonction est d'assurer l'ordre et la cohésion nationale sur un territoire déterminé, signature du passage déjà souligné d'une conception essentialiste à une conception fonctionnaliste des propriétés publiques et du territoire dans lequel elles s'insèrent.