

LA GESTION PATRIMONIALE DU DOMAINE PUBLIC

PUBLICATIONS DE L'INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE

La délégation de service public comme mode de gestion
du traitement des déchets ménagers et assimilés - *juin 1998*

Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures :
propositions de solution – Rapport du groupe de travail - *mars 1999*

La vérification des comptes des délégations
par les Chambres régionales des comptes par Pierre Faisandier- *avril 1999*

Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public -
Guide pratique - Édition la Documentation française - *juin 1999*

La délégation de service public
comme mode de gestion des activités funéraires - *décembre 1999*

La régulation des services publics locaux, table ronde du 10 février 2000
à la Maison des Polytechniciens - *février 2000*

La Gestion Déléguée, un concept à promouvoir
par Dominique Brault, avocat à la Cour - *juillet 2000*

Intercommunalité et délégation de service public - *décembre 2000*

Réseaux locaux de télécommunications -
L'article L.1511-6 du code général des collectivités territoriales :
rôle des collectivités locales et place des opérateurs -
Rapport du Groupe de travail - *janvier 2001*

La place de la Gestion Déléguée dans le secteur de l'électricité
au lendemain de la loi du 10 février 2000
Rapport du Groupe de travail - *février 2001*

La Private Finance Initiative
par Philippe Cossalter et Bertrand du Marais - *mars 2001*

DOCUMENTS PARUS SOUS L'ÉGIDE ET AVEC LA PARTICIPATION DE L'INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE

La gestion déléguée du service public :
Actes du Colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat
organisé par l'IFSA - Supplément à la RFDA n° 3 - *1997*

La gestion déléguée du local à l'international
Actes du Colloque - *20 novembre 1997*, Salon des Maires de France

Essai sur les contrats de travaux et de services publics
de Xavier Bezançon
Préface de Marceau Long, Président de l'Institut de la Gestion Déléguée
Édition LGDJ - *mars 1999*

Services urbains et développement durable, l'analyse de six expériences
de gestion déléguée dans le monde -
Ministère de l'Équipement, des transports et du logement,
Institut de la Gestion Déléguée, ISTED - *décembre 1999*

LA GESTION PATRIMONIALE DU DOMAINE PUBLIC

Rapport du groupe de travail

AVRIL 2001

INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE

Dépôt légal : mai 2001

SOMMAIRE

PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DES TRAVAUX DU GROUPE DE TRAVAIL	7
I - LES OBSTACLES ACTUELS À LA VALORISATION DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUES	9
1.1 - Les obstacles liés à des insuffisances dans les modes de gestion des propriétés publiques	9
1.2 - Les obstacles liés au régime juridique qui régit les conditions d'utilisation des propriétés publiques	10
II - LES EXEMPLES ÉTRANGERS	15
III - LES PROPOSITIONS	16
3.1 - Une meilleure connaissance du domaine public	16
3.2 - Une révision du régime actuel d'occupation du domaine public et du crédit-bail	16
3.3 - Une réflexion sur la place des mesures de gestion du domaine public vis-à-vis des autres contrats de l'administration	17
3.4 - Un règlement de la question de la distinction entre biens de retour et biens de reprise	18
3.5 - Vers un schéma plus ambitieux de PFI à la française	19
RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL PRÉSENTÉ PAR MAÎTRE BETTINGER, RAPPORTEUR GÉNÉRAL	21
I - SÉANCE D'OUVERTURE DU 22 NOVEMBRE 1999 ET ENJEUX DES TRAVAUX DU GROUPE DE TRAVAIL	22

1.1 - Introduction des travaux par M. Marceau Long, Président de l'Institut de la Gestion Déléguée	22
1.2 - Propos introductifs de Me Christian Bettinger, rapporteur des travaux de la Commission	24
1.3 - Synthèse du débat	25
II - LES AUDITIONS ET LES DÉBATS D'IDÉES	27
2.1 - Audition de M. Jean-Baptiste HY, sous-directeur des Affaires Foncières de la D.G.I, le 14 décembre 1999	27
2.2 - Audition de M. Bernard Saint-André, directeur du développement, Société DALKIA, le 14 décembre 1999	31
2.3 - Audition de Mme Marie-Catherine Lemoine, directrice de SOFERBAIL (groupe SOFIA), le 26 janvier 2000	33
2.4 - Audition de Mme Jacqueline Cappe, DEXIA, le 7 mars 2000	38
2.5 - Audition de M. Philippe Mallea, directeur juridique de BOUYGUES EUROPE, le 7 mars 2001	39
2.6 - Audition de M. Xavier Bezançon, Délégué général, Entreprises Générales de France - BTP, le 18 avril 2000	40
2.7 - Audition de M. Michel Wadoux, le 18 avril 2001 directeur du Port Autonome de Dunkerque	41
2.8 - Audition de M. Daniel Tardy, Président de la Fédération Nationale des Travaux Publics, le 5 juillet 2000	43
III - ÉTAT DES PROPOSITIONS ACTUELLES DES MEMBRES DE LA COMMISSION	46
3.1 - Dans le sens d'une amélioration des textes actuels	47
3.2 - Dans le sens d'une véritable réforme	58
ANNEXE 1 : MAINTENANCE DES HÔPITAUX DE STOCKHOLM : L'EXPÉRIENCE DE DALKIA EN SUÈDE	71
ANNEXE 2 : LE FINANCEMENT DES OPÉRATIONS RÉALISÉES SUR LE DOMAINE PUBLIC par Mme Marie-Christine Lemoine, Soferbail	77
ANNEXE 3 : BOUYGUES CONSTRUCTION : L'ÉVOLUTION DU PFI AU TRAVERS DE L'EXPÉRIENCE DU GROUPE BOUYGUES	89
ANNEXE 4 : DOMAINE PUBLIC ET PATRIMOINE PUBLIC : UNE PERSPECTIVE HISTORIQUE par M. Xavier Bezançon, EGF - BTP	97

PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DES TRAVAUX DU GROUPE DE TRAVAIL

La gestion patrimoniale constitue aujourd'hui un enjeu important de la gestion publique. Si dès la Révolution française, la loi relative aux domaines nationaux du 1er décembre 1790 en a posé des principes essentiels, le droit de la mise en valeur du domaine public est passé par des phases d'ouverture plus ou moins grande.

Nous assistons aujourd'hui à une mutation profonde des modes de gestion du domaine public dans plusieurs états européens (Grande-Bretagne, Pays-Bas par exemple) et la France n'est pas restée en dehors de ces évolutions : la jurisprudence du Conseil d'État a reconnu, dès les années 1930, la validité de l'utilisation économique du domaine public.

Toutefois, en présence d'une extension continue des patrimoines publics, tant les propriétaires – les collectivités publiques – que les investisseurs – publics ou privés – ont pris une conscience plus précise de leur valeur, et donc de la nécessité d'une gestion rationnelle de leur valorisation. Ces politiques ne sont nullement dissimulées : elles apparaissent avec éclat dans bien des contrats de plan passés avec l'État. Elles se heurtent cepen-

dant fréquemment à des règles protectrices de la domanialité publique et, notamment, à celle de l'inaliénabilité. Si son fondement n'est guère mis en cause, en revanche, la précarité qu'elle implique pour les occupants se concilie difficilement avec les exigences de sécurité juridique des investissements privés, revendiquées tant par les occupants que par les propriétaires qui souhaitent rentabiliser l'exploitation de leur domaine. Cette inadéquation des règles classiques du droit du domaine aux exigences de la vie économique est d'autant plus préjudiciable que la tendance, tant législative que jurisprudentielle, est à l'extension – parfois excessive – de ce régime, due tantôt à une conception large de la notion d'aménagement spécial, tantôt à l'application de la théorie de la domanialité publique virtuelle.

Les lois des 5 janvier 1988 et 25 juillet 1994 ont apporté une première réponse à ces questions en donnant respectivement :

- aux collectivités locales la possibilité de consentir des baux emphytéotiques sur leur domaine afin de faciliter la réalisation et le financement d'opérations d'intérêt général par des opérateurs privés ;
- à l'Etat et ses établissements publics, la possibilité de consentir des droits réels sur les immeubles construits par les bénéficiaires d'autorisation d'occupation du domaine.

Peut-on et doit-on aujourd'hui aller plus loin ? C'est ce que souhaiteraient bien des acteurs de la politique du domaine qui n'en sont pas satisfaits. Pour faire le point de la question, l'Institut de la Gestion Déléguée a créé un groupe de travail réunissant les principales administrations concernées, des opérateurs privés et des personnalités qualifiées, afin de réfléchir aux moyens d'offrir à la fois une plus grande sécurité juridique aux opérations domaniales et un meilleur ajustement des règles de droit actuelles à la demande économique.

1- LES OBSTACLES ACTUELS À LA VALORISATION DES PROPRIÉTÉS PUBLIQUES

1.1 - Les obstacles liés à des insuffisances dans les modes de gestion des propriétés publiques

1.1.1 - Une mauvaise connaissance du domaine public et de sa valeur

Les auditions de Monsieur Hy, directeur des affaires foncières et de Monsieur Tardy, président de la Fédération Nationale des Travaux Publics ont mis en valeur l'obstacle majeur à une valorisation optimale du domaine public : l'absence d'une connaissance exhaustive des propriétés publiques.

Des outils de recensement des biens domaniaux font défaut tant en ce qui concerne l'État que les collectivités locales. Pour l'État, le Tableau général des propriétés, qui date des années 50, est lacunaire et révèle une mauvaise liaison entre l'administration du domaine et les administrations gestionnaires. Il n'a, en effet, pas été le point de passage de toutes les procédures comptables : par exemple, si les administrations sont obligées d'informer le service des procédures de bail emphytéotique, elles ne le sont pas, en revanche, pour la construction de nouveaux immeubles ! Conscient des difficultés inhérentes à cette situation, le service des domaines a lancé une opération de mise à jour de ce tableau. En ce qui concerne le domaine des collectivités locales, il n'existe à l'heure actuelle aucun outil de recensement patrimonial.

1.1.2 - Une mauvaise politique tarifaire dans l'utilisation des propriétés publiques et une absence de politique immobilière structurée

L'impossibilité de dresser un inventaire des propriétés publiques ne favorise pas la mise en place d'une politique immobilière structurée. En effet, connaissant mal leur domaine, les administrations agissent au "coup par coup" suivant les besoins du moment.

Mais ce manque global de prospective semble également devoir être recherché dans l'absence d'outils d'analyse permettant aux administrations

concernées de comparer les coûts entre différentes options envisageables. Les collectivités publiques sont en effet dépourvues de méthodes comparatives efficaces pour arbitrer entre les différentes options s'offrant à elles, par exemple pour choisir entre location et propriété et évaluer la rentabilité des différentes options offertes aux gestionnaires.

La valorisation insuffisante du domaine est aussi la conséquence d'une politique tarifaire insatisfaisante dans l'utilisation des propriétés publiques. Il ressort de nos auditions que l'Etat n'est pas un propriétaire très exigeant et qu'il fixe et réclame peu au titre des redevances domaniales : sur un milliard de francs au total, 800 millions sont payés par les seules sociétés concessionnaires d'autoroutes. Cette situation conduit les collectivités ou organismes utilisateurs à considérer le domaine comme un bien gratuit : c'est contraire à toute politique de gestion patrimoniale. Dans le même sens, la cession des biens devenus inutiles n'est pas bien suivie : les administrations se sentent assez peu concernées par ces ventes alors même qu'il existe un système d'intéressement qui leur permet de récupérer tout ou partie des deniers des cessions. Les représentants des administrations gestionnaires attribuent ce dysfonctionnement à la complexité des règles de cession des biens domaniaux, et à la procédure d'adjudication qui ne permet souvent pas de vendre les biens à une valeur intéressante.

Les participants à notre groupe de travail ont également regretté la négligence des propriétaires publics dans la maintenance et l'entretien des immeubles et des équipements qui entraîne leur dégradation rapide.

De tout ceci résulte un manque de maîtrise des coûts d'exploitation, de maintenance et d'occupation, à court, à moyen comme à long terme.

1.2 - Les obstacles liés au régime juridique qui régit les conditions d'utilisation des propriétés publiques

Une meilleure gestion du domaine appelle un régime juridique adapté à sa valorisation. L'ensemble des acteurs a souligné la contradiction entre la volonté unanime de valorisation et le régime juridique actuel des conditions d'utilisation des propriétés publiques, qui fait souvent obstacle à des solutions opportunes pour une utilisation ayant un sens économique.

1.2.1 - Limites à l'application des lois de 1988 et 1994

Conscient des limites du régime traditionnel régissant le domaine, le législateur est intervenu à deux reprises, en 1988 et 1994, pour remédier à la situation de précarité de l'occupant privatif et faciliter les investissements privés sur le domaine public.

L'objectif de la loi de 1988 était de permettre la constitution de droits réels sur le domaine public des collectivités locales pour faciliter les investissements privés. Son article 13 instaure deux types de baux emphytéotiques administratifs (B.E.A.) qui peuvent être consentis à une personne privée par une collectivité territoriale sur un bien immobilier lui appartenant, et ce même s'il fait partie de son domaine public :

- **Le B.E.A. pour l'accomplissement d'une mission de service public :**

Ce B.E.A. est assorti d'une convention d'exploitation de service public non détachable et l'ensemble contractuel considéré peut constituer une délégation de service public.

- **Le B.E.A. pour la réalisation d'une opération d'intérêt général :**

Ce B.E.A. est :

- soit assorti d'un contrat de location à la collectivité des biens réalisés par l'emphytéote ;

- soit assorti d'un contrat de location à un prestataire investi par la collectivité d'une obligation de maintenance, et qui, après avoir rempli cette obligation, met le bien à la disposition de la collectivité.

La loi de 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public de l'État a, quant à elle, permis à l'occupant de se voir conférer un droit réel cessible, transmissible et hypothécable sur son titre d'occupation, et permet à ce dernier de recourir au crédit-bail.

Si les participants s'accordent à considérer que cette évolution législative va dans un sens favorable aux investissements privés sur le domaine public, ils regrettent qu'elle ne soit pas allée assez loin.

Les auditions des représentants de DEXIA et du Port autonome de Dunkerque illustrent bien ces limites. Les règles de la domanialité

publique ne sont pas propices aux engagements financiers. En effet, faute pour les investisseurs d'avoir la maîtrise du foncier, ils ne parviennent pas à obtenir les garanties nécessaires au financement des opérations. L'autorisation d'occupation ne suffit donc pas, du fait de sa précarité. Pour les banquiers, le problème essentiel réside dans des engagements qui risquent de ne pouvoir être remboursés si l'autorisation d'occuper le domaine est trop courte, ou interrompue trop tôt.

A l'heure où les territoires sont en concurrence au niveau européen, nos règles domaniales apparaissent décalées. Le responsable du Port autonome de Dunkerque a évoqué, à titre d'exemple, la réglementation belge qui permet d'accorder gratuitement, ou presque, des terrains publics à des investisseurs privés dans l'intérêt de l'économie régionale ou nationale.

1.2.2 - Incertitude sur le régime du crédit-bail, notamment vis-à-vis des règles de la loi MOP

L'insécurité juridique lorsqu'il s'agit de la gestion des biens du domaine public est encore plus perceptible dans le domaine du crédit-bail. L'audition de Madame Marie-Christine Lemoine, directrice de SOFERBAIL, a mis en relief les principales limites inhérentes à ce type de montage complexe. Les problèmes rencontrés par le système des Sofergies sont en effet le plus souvent liés au crédit-bail. La question la plus délicate étant celle de savoir si la propriété du prêteur sur les équipements financés pendant toute la durée du crédit-bail est compatible avec l'inaliénabilité du domaine public, ou avec le régime des biens de retour dont on sait qu'ils appartiennent *ab initio* au concédant, et ce, quelque soit le financement utilisé par le concessionnaire. Cette difficulté oblige les collectivités et organismes publics, et les opérateurs, à mettre en place des montages complexes à la légalité parfois contestable. A l'égard des collectivités locales, des conventions tripartites signées entre la collectivité, le concessionnaire et la Sofergie adaptent le système du bail emphytéotique en l'assortissant d'une convention non détachable. Ce schéma permet à l'établissement financier d'être propriétaire des bâtiments pendant la durée prévue au contrat, et même s'il y a résiliation du contrat d'explo-

tation. Le problème pour les collectivités locales réside alors dans la récupération de la TVA. Il a d'ailleurs été rappelé que le recours à ce type de montage était souvent dû à l'impossibilité, dans les secteurs concernés, de recourir à la concession de service public. Il conviendrait de réfléchir à un système permettant une meilleure association des trois acteurs de cette politique que sont la collectivité, l'opérateur et le financier.

Mais ces solutions ne sont pas transposables pour le domaine public de l'État puisque la loi du 29 juillet 1994 exclut le financement en crédit bail des biens affectés à un service public ou à l'usage du public. Toutefois, pour répondre aux besoins de l'administration, un certain nombre d'opérations sont actuellement en cours d'étude. Si elles n'utilisent pas le moyen juridique du crédit-bail, elles en ont à peu près les mêmes caractères : l'État confère une A.O.T. à une société privée ; le titulaire construit, conformément à un programme défini par les services utilisateurs et correspondant à leurs besoins, un bien (par exemple un hôtel des impôts, un hôtel de police...) ; il en assure la maintenance technique et facture à l'État un loyer incluant le coût de cette maintenance ; à l'issue de l'A.O.T, les biens font retour à l'État, propriétaire du terrain.

Il est des difficultés juridiques et pratiques dans la mise en œuvre de ces opérations. Dans le cas où le titulaire réalise un bien qui est donné en location aux services de l'État et utilisé par ceux-ci, s'agit-il d'un ouvrage public ? Qui a la maîtrise d'ouvrage ? La question est encore controversée, bien que le Conseil d'État ait pris position sur cette question dans un avis du 31 décembre 1995, reconnaissant que le titulaire, investi de la possibilité juridique de réaliser les constructions, a la qualité de maître d'ouvrage.

L'équilibre financier de telles opérations nécessiterait que le bail signé avec l'État ait une durée identique à celle de l'A.O.T. Mais, souvent, l'État ne souhaite pas s'engager dans un contrat de location d'une durée aussi longue. Dès lors, que se passe-t-il à l'issue du bail s'il n'est pas reconduit ? L'A.O.T. étant conférée en vue de la réalisation d'un bien, et pour l'exercice d'une activité conférée par le titre, il est difficilement concevable que le titulaire puisse affecter les biens à un autre usage que

celui initialement prévu, d'autant plus qu'ils sont souvent spécifiquement aménagés. Dans une telle hypothèse, il faudrait considérer que le non-renouvellement ou la fin anticipée du bail emporte celle de l'A.O.T. mais alors, le titulaire, n'ayant pas bénéficié de la durée prévue pour amortir les biens réalisés, devrait être indemnisé. La fixation de cette indemnité repose sur le fondement de l'enrichissement sans cause, mais suscite des incertitudes : y a-t-il enrichissement si l'État n'a plus l'utilité des biens ? A quel niveau arrêter le montant de l'indemnité ? En effet, le montant du loyer facturé pendant la durée de la location doit avoir reçu l'agrément du Service des domaines, qui se réfère à un prix du marché en location traditionnelle, alors que le titulaire de l'A.O.T. doit trouver le retour et la rentabilité de son investissement sur la durée de l'A.O.T.

Le groupe de travail a constaté des besoins importants, tant chez les collectivités locales que dans les administrations centrales, aux quelles les entreprises privées sont prêtes à répondre, si disparaissent les incertitudes qui peuvent fragiliser les solutions.

1.2.3 - Difficultés liées à la rigueur des critères d'appartenance au domaine public

Les membres du groupe de travail ont noté le renforcement de la domanialité publique en raison, notamment d'une conception large du critère de l'aménagement spécial dû à la jurisprudence. Cette solution conduit à soumettre à ce régime un nombre toujours plus important de biens, ce qui ne leur paraît pas justifié pour une grande majorité d'entre eux – l'exemple le plus fréquemment cité étant les bureaux des administrations, pour la plupart "banalisés" – et entraîne un manque de souplesse dans leur gestion, particulièrement en cas de cession.

Il est donc nécessaire de limiter le champ de la domanialité publique, et plus précisément de l'écarter là où elle n'apparaît pas nécessaire. Tout en conservant les critères habituels pour le domaine public naturel, il a été proposé, pour le domaine public artificiel affecté aux services publics, de compléter les critères ordinaires par la nécessité d'une décision expresse de classement de la part de la personne publique propriétaire.

II - LES EXEMPLES ÉTRANGERS

Face à ce constat, le groupe a souhaité se pencher sur la situation chez nos voisins européens. M. Bernard Saint-André de la Société Dalkia et M. Philippe Malléa de la Société Bouygues nous ont présenté le système de la PFI (private finance initiative) à travers différents contrats obtenus par les sociétés françaises à l'étranger : le contrat PRIME relatif à la gestion des immeubles de la sécurité sociale britannique, le contrat relatif à la gestion des immeubles des hôpitaux de Stockholm, les contrats de King's College et du Barnet Hospital de Londres.

Lancée il y a quelques années par Mme Thatcher, repris et largement appliquée et étendue par les gouvernements de M. Major, puis de M. Blair, la PFI connaît un succès certain en Angleterre, et séduit également d'autres pays. Elle est une technique qui consiste à assurer, sous forme de contrats à long terme, le financement, la conception, la réalisation et le gestion d'équipements publics et de services, par des capitaux privés. Dans ce montage, la rémunération des partenaires privés est presque toujours assurée par un prix payé par l'administration, sur la base de la disponibilité des ouvrages et de standards de performances effectués. Au contrat de PFI proprement dit s'ajoutent un contrat de financement entre l'exploitant et le financier, et un contrat d'agrément de ce dernier par l'administration gestionnaire. Deux principes sont à la base de la PFI : l'optimisation des coûts, en principe au moyen d'appels d'offres très lourds, en fait par une longue négociation, et le transfert des risques. La recherche de la "Value for money" pose comme exigence préalable du recours au secteur privé que l'externalisation fasse ressortir un bénéfice en terme de coûts et de qualité : la recherche de la "Best Value" – du meilleur rapport qualité prix – permet de comparer les offres du secteur privé entre elles, mais aussi les offres privées et celles du secteur public. C'est donc un outil intéressant d'analyse prévisionnelle des coûts et de comparaison des performances.¹

1 - Voir Philippe Cossalter et Bertrand du Marais, La Private Finance Initiative, Institut de la Gestion Déléguée, mars 2001.

III- LES PROPOSITIONS

Il ressort de ces travaux que l'état actuel du droit de la gestion du domaine public ne répond pas bien aux besoins des acteurs de ce secteur et qu'il doit évoluer. Des pistes d'amélioration du régime ont été proposées.

3.1 - Une meilleure connaissance du domaine public

Une gestion patrimoniale du domaine public impose tout d'abord une connaissance exhaustive de ce dernier. Il est donc proposé de dresser un inventaire des équipements publics existants, en distinguant le patrimoine naturel du patrimoine artificiel. Pour ce faire, il conviendrait de rendre obligatoire, pour chaque collectivité publique, administrations gestionnaires au niveau national ou administrations locales, la tenue d'un registre patrimonial.

3.2 - Une révision du régime actuel d'occupation du domaine public et du crédit-bail

Si les différents acteurs se satisfont de la durée actuelle de 70 ans des autorisations d'occupation du domaine public, une évolution dans le sens d'une meilleure protection des investissements privés sur le domaine public est demandée. Elle devrait notamment passer par :

- **Une détermination précise de la nature du droit conféré au bénéficiaire de l'autorisation d'occupation du domaine public.** La qualification de droit réel employée par l'article L.34-1 du code du domaine ne paraît pas satisfaisante aux participants, qui souhaitent que soit reconnu à l'occupant le droit de propriété sur les ouvrages qu'il construit, la seule limite étant la perte de la propriété à l'expiration du bail.

- **Un renforcement des garanties d'indemnisation des occupants en cas de rupture du contrat avant son échéance normale.** Dans ce sens, les opérateurs se sont prononcés en faveur d'une détermination contractuelle préalable des règles d'indemnisation. La généralisation de cette possibilité prévue par la loi de 1994 serait de nature à rassurer les investisseurs.

Dans un souci de simplification du droit de la domanialité, le groupe de

travail s'est prononcé en faveur de la mise en place d'un régime unique d'occupation du domaine qui passerait par l'extension de la loi de 1994 aux collectivités locales.

Toutefois, les discussions ont montré que cette unification des régimes applicables à l'État et aux collectivités locales, si elle est souhaitable, mérite une réflexion particulière. En effet, les opérateurs ont fait remarquer qu'il pourrait être intéressant pour les collectivités locales d'accorder des droits réels aux occupants, mais qu'il ne faudrait pas que cette possibilité aboutisse à priver les parties contractantes de la possibilité de recourir au bail emphytéotique, qui peut, en certains cas, être plus intéressant pour elles. Une réforme du système de la loi de 1994 allant dans le sens d'une possibilité de recourir au crédit-bail pour les biens directement affectés à l'usage du public, ou affectés à un service public, est donc un préalable nécessaire avant tout projet d'extension de ce régime aux collectivités locales. L'interdiction de recourir au crédit-bail pour les opérations de l'État apparaît d'ailleurs d'autant moins justifiée que le recours au crédit-bail, dans le cadre des baux emphytéotiques administratifs pour les installations nécessaires au fonctionnement du service public local, n'a fait aucune difficulté. Cette interdiction devrait donc disparaître sous réserve d'exceptions en des cas spéciaux qui seraient précisés.

3.3 - Une réflexion sur la place des mesures de gestion du domaine public vis-à-vis des autres contrats de l'administration

La discussion a finalement montré que le recours à des montages contractuels complexes, où interviennent autorisation d'occupation temporaire et bail emphytéotique administratif, a été rendu nécessaire par l'impossibilité, en de nombreux secteurs, d'utiliser la délégation de service public. Le secteur des déchets illustre particulièrement cette difficulté : le paiement du service étant peu fréquemment assuré directement par l'usager lorsque ce service est délégué – l'exploitant n'étant jamais le destinataire immédiat du produit de la taxe –, l'application du critère selon lequel la délégation de service public implique que le concessionnaire reçoive un prix directement payé par l'usager, aboutissait à exclure du champ d'ap-

plication de la délégation la plupart des contrats portant sur le traitement des déchets. L'arrêt du Conseil d'État "SMITOM" admet la délégation dès lors que la partie variable de la rémunération du cocontractant est "substantiellement" (30 % des recettes en l'espèce) assurée par le résultat de l'exploitation. S'il est donc nécessaire qu'il y ait un risque, celui-ci s'apprécie au cas par cas ; il suffit qu'il soit significatif, en fonction du cas d'espèce. Cette décision traduit une vision moins restrictive de la délégation de service public qui, elle, a été appréciée par le groupe de travail.

Pour améliorer la sécurité juridique de ces opérations, le groupe s'est également interrogé sur les conditions d'application du droit de la commande publique aux montages contractuels complexes. N'y a-t-il pas détournement de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique quand l'État délivre des A.O.T. constitutives de droit réel, pour la réalisation d'ouvrages, constructions ou installations nécessaires à la continuité du service public ? En ce qui concerne leurs modalités de dévolution, à quelles obligations de publicité préalable et de mise en concurrence faut-il satisfaire ? Dans quelles hypothèses doit-on mettre en place les formalités de publicité prévues par la directive travaux ?

Ces questions, qui n'ont pas toujours de réponse certaine, génèrent le sentiment d'insécurité : il faut donc mieux définir les règles de gestion du domaine et leurs effets sur les montages contractuels.

3.4 - Un règlement de la question de la distinction entre biens de retour et biens de reprise

Les débats que nous avons eus ont relevé les limites inhérentes au système jurisprudentiel qui oppose les biens de reprise aux biens de retour, dans les concessions de service public ; à l'heure actuelle, il ne permet pas de financer l'investissement de ces biens qui appartiennent *ab initio* à la personne publique, et intègrent, dès lors, le domaine public. Cette règle n'apparaît pas en cohérence avec la loi de 1994 qui reconnaît la propriété de l'occupant pendant la durée du titre d'occupation sur les biens et constructions qu'il réalise.

Un compromis a été trouvé entre les partisans d'un aménagement législatif de cette distinction et ceux qui préconisent purement et simplement sa suppression. Il consisterait à privilégier une détermination contractuelle des différents types de biens dans le cahier des charges. Cette solution présente l'intérêt de pouvoir élargir la catégorie des biens de reprise, et donc de les faire échapper au régime de la domanialité, tout en distinguant précisément les biens qui resteront la propriété du concessionnaire de ceux qui, en fin de concession, reviendront au concédant.

3.5 - Vers un schéma plus ambitieux de PFI à la française

L'absence de contrats globaux de gestion des équipements publics, comme peuvent l'être des contrats de PFI britanniques, est sans doute préjudiciable à la valorisation des patrimoines publics. Le recours, rendu exceptionnel par la réforme du code des marchés publics, au M.E.T.P., et l'incertitude du recours à la gestion déléguée dans les secteurs où le lien entre le délégataire et l'usager n'est pas direct, ne prend pas nécessairement en compte les logiques économiques...

A défaut de pouvoir utiliser l'ancien M.E.T.P. – dont le nom même et la nature auraient pu faire l'objet d'une révision dans le sens du Rapport Wahl-Bernard – la création d'un contrat de gestion déléguée du domaine public artificiel doit faire l'objet d'une réflexion des pouvoirs publics pour offrir un outil pratique et efficace aux différents acteurs.

*

**

Les propositions d'amélioration du système passent donc, pour certaines, par un simple infléchissement des textes existants, alors que d'autres nécessiteraient une réforme plus ambitieuse qui implique l'intervention d'une grande loi, ou d'une loi-cadre. Le groupe de travail a estimé qu'une simple retouche des textes existants contribuerait à complexifier encore le système actuel. C'est pourquoi, il s'est prononcé en faveur d'une réforme plus ambitieuse et propose aux pouvoirs publics d'adopter le principe d'une loi sur la gestion patrimoniale du domaine public qui limiterait le

champ de la domanialité publique artificielle, qui reconnaîtrait la qualité de propriétaire des installations pour l'occupant privatif pendant la durée du titre, qui accepterait tous les droits réels portant sur le domaine public, dès lors que ceux-ci sont compatibles avec l'affectation de ce domaine, qui harmoniserait le domaine de l'Etat et celui des collectivités locales...

Ces travaux ne sont qu'un premier volet des propositions de réforme. Il serait bon qu'elles soient complétées par des recherches approfondies de droit comparé relatives aux solutions adoptées dans d'autres pays de l'Union européenne : pays de droit anglais, de droit romano-germanique, pays latins...

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL PRÉSENTÉ PAR Me BETTINGER, RAPPORTEUR GÉNÉRAL

Dans le cadre de ses activités, l'Institut de la Gestion Déléguée a pris l'initiative, en concertation avec les professions et administrations représentées, de mettre en place un groupe de travail chargé de réfléchir sur la gestion patrimoniale du domaine public.

Les appréciations critiques à l'égard de la gestion actuelle – jugée inadéquate par rapport aux règles économiques communément admises – sont en effet nombreuses. Une meilleure gestion économique du domaine public, si vaste que son étendue n'a pu encore être cernée, est donc aujourd'hui un enjeu important et une véritable question d'actualité.

A l'issue de ces réunions du groupe de travail, il est apparu nécessaire de dresser un premier rapport qui rappelle l'essentiel des auditions des personnalités entendues, les interventions des membres du groupe de travail et les débats, mais aussi qui dresse un premier inventaire des propositions reçues pour notre pays. Elles devraient être confrontées avec les enseignements tirés de l'expérience des pays avec lesquels nous sommes en rapports habituels.

I - SÉANCE D'OUVERTURE DU 22 NOVEMBRE 1999 ET ENJEUX DES TRAVAUX DU GROUPE DE TRAVAIL

1.1 - Introduction des travaux par M. Marceau Long, Président de l'Institut de la Gestion Déléguée

M. Marceau Long rappelle dans quel contexte le groupe de travail est appelé à réfléchir afin de dégager des perspectives d'évolution du domaine public qui sont très attendues.

A cet égard, il revient sur quelques notions de base, principes et définitions qui reviendront fréquemment au cours des discussions de ce groupe :

- Si les patrimoines publics sont déjà énormes (le domaine militaire, celui de la SNCF et des établissements publics, notamment industriels et commerciaux, le domaine des ports, etc), la réalisation d'infrastructures nouvelles (les réseaux locaux de télécommunications, par exemple) en fait apparaître de nouveaux : l'attractivité des critères relatifs au domaine public conduit à rendre la propriété publique plus importante qu'elle ne l'était dans le passé.

- Face à cette extension du patrimoine public, tant les propriétaires, les collectivités publiques que les investisseurs – publics ou privés – ont pris une conscience plus précise de la valeur de ce patrimoine, et donc de la nécessité de sa gestion rationnelle afin de le valoriser. Cette valorisation n'est pas une politique cachée mais apparaît, par exemple, dans bien des contrats de plan passés avec l'Etat. Cette valorisation n'empêche pas que l'Etat cherche à se prémunir contre ce qui serait soit une dilapidation de ce patrimoine, soit les dangers d'opérations trop audacieuses et excessivement risquées. M. Marceau Long précise qu'il peut y avoir, et qu'il y a nécessairement, des contradictions entre les politiques de valorisation et les politiques de protection.

- Il faudra distinguer la notion de propriété publique de celle de domanialité publique : les biens de l'administration se divisent en effet en deux catégories, les biens du domaine privé, et ceux du domaine public, qui appellent deux régimes juridiques distincts. Si les premiers font l'objet de règles dérogatoires à celles du droit de la propriété privée – par exemple l'interdiction pour les personnes publiques de la cession de réserves foncières à des personnes privées (Loi de 1967), l'interdiction d'hypothéquer ces biens sans textes spéciaux, la compétence du Service des domaines pour procéder à leur aliénation, ou bien encore l'exigence d'une adjudication publique pour la cession des biens immobiliers, les seconds sont soumis à un régime de protection particulier. La domanialité est, en effet, une protection de certaines propriétés publiques : celles qui sont affectées à l'utilité publique – c'est à dire à l'usage direct du public ou à un service public – et qui font

l'objet d'un aménagement spécial à cet effet. La domanialité n'est pas un choix pour la collectivité locale, elle s'impose à elle dès lors que ces critères d'appartenance sont remplis. Il signale le mouvement, tant législatif que jurisprudentiel, d'extension – parfois excessive – de ce régime qui a résulté tantôt d'une conception large de la notion d'aménagement spécial, tantôt de l'application de la théorie de la domanialité virtuelle (l'utilisation du bien pour un service public avant même que son affectation soit effective) et les conséquences rigoureuses d'un tel régime dominé par la règle essentielle de l'inaliénabilité.

Ce principe qui remonte à l'Ancien Régime, a certes été assoupli après la Révolution et au XIX^e siècle, mais a été constamment réaffirmé au cours du XX^e siècle. Les lois du 5 janvier 1988 et du 25 juillet 1994 l'ont repris mais assoupli. Le Conseil Constitutionnel lui avait d'ailleurs refusé en 1994 le caractère de "principe fondamental reconnu par les lois de la République" précisant qu'il ne devait, en tout cas, pas être compris comme excluant tout droit réel sur les biens soumis à cette inaliénabilité.

Le Conseil d'État, comme la Cour de Cassation, ont admis que des droits réels soient constitués sur le domaine, dès lors que l'affectation ne s'en trouvait pas compromise. Cette position a conduit à dire que ce qui était inaliénable était moins le domaine que son affectation.

Ainsi, la loi du 5 janvier 1988, après avoir rappelée le principe d'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public, lui apportait une exception en permettant aux collectivités locales de consentir des baux emphytéotiques sur leur domaine public, en vue de l'accomplissement par le bénéficiaire d'une mission d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité bailleuse. Cela permettait aux opérateurs privés de disposer d'un droit réel pour financer et réaliser l'opération.

La loi du 25 juillet 1994, plus générale, permet la constitution de droits réels sur l'ensemble du domaine de l'État et de ses établissements publics. Le titulaire de l'occupation domaniale bénéficie d'un droit réel sur les immeubles qu'il construit pour l'exercice de l'activité autorisée. Ce droit lui est conféré pour la durée du titre d'occupation. Le décret du 6 mai 1995, pris pour son application, met en place un système d'autorisation préalable. La collectivité affectataire du domaine précise la consistance du droit réel, fixe la redevance... Le titre donne la possibilité à l'occupant de céder ou d'aliéner le bien dans la limite d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine et sous réserve de l'autorisation du maître du domaine. Il peut aussi constituer une hypothèque pour obtenir le financement de la réalisation ou de l'extension des ouvrages situés sur la dépendance domaniale et recourir au crédit-bail sauf pour le financement des infrastructures

publiques ou des ouvrages directement affectés au service public ou à l'usage du public.

• M. Marceau Long précise que si la domanialité publique s'impose lorsque les critères du domaine public sont remplis, on peut tout de même en sortir par un acte formel de déclassement. Celui-ci est exigé même pour des constructions au-dessus ou en-dessous du domaine et qui, de ce fait, n'avaient jamais participé à l'affectation domaniale. Si cette exigence a été contestée par une partie de la doctrine, et sans entrer dans les discussions au sujet de ce qu'on appelle le droit d'accession ou le droit de superficie, les appréciations de la doctrine et des praticiens sur ces dispositions législatives ou sur certaines solutions jurisprudentielles révèlent un désir assez général de simplification et de clarification du droit des propriétés publiques.

Il pose donc la question de savoir s'il est possible d'offrir à la fois une plus grande sécurité juridique et une meilleure adéquation aux réalités économiques, notamment pour les investissements des occupants, en revenant aux seules exigences que commande l'affectation constitutive du domaine.

En ce sens, il invite le groupe, dans lequel sont représentés tous les acteurs intéressés à l'utilisation de ce domaine, à faire preuve d'imagination afin de proposer des solutions à ces problèmes.

1.2 - Propos introductifs de Me Christian Bettinger, rapporteur des travaux de la Commission

Me Bettinger souligne que l'idée d'une meilleure exploitation du domaine public a pris une ampleur nouvelle avec l'évolution générale des techniques de financement et le développement des règles de concurrence à l'échelle européenne (l'exemple de la concurrence entre les infrastructures portuaires est à cet égard significative). Il faut cependant ne pas oublier de dissocier entre les parcelles du domaine public qui n'ont pas, a priori, vocation à recevoir une occupation privative importante (à l'enseigne de la voirie, des places, des promenades publiques) et celles qui peuvent être regardées comme susceptibles d'avoir cette vocation car spécialement aménagées à cet effet.

Aujourd'hui si le principe fondamental de l'inaliénabilité du domaine n'est guère discuté, en revanche les occupants insistent de plus en plus pour se prémunir contre la précarité inhérente à tous les titres d'occupation, situation toujours actuelle même après l'intervention récente du législateur. Mais le principe de l'inaliénabilité n'est pas un obstacle à l'occupation privative du domaine (voir d'ailleurs Cons.Constit. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public). Deux évolu-

tions doivent être signalées : d'une part l'inaliénabilité des biens n'est pas un dogme absolu puisque dans un arrêt de 1998 le Conseil d'État a admis que les biens d'une personne publique, lorsqu'ils remplissaient les conditions de la domanialité publique, ne faisaient pas partie de la domanialité publique lorsque des dispositions législatives y font obstacle (arrêt Électricité de France), d'autre part l'inaliénabilité ne semble plus liée à la domanialité publique dès lors qu'elle peut aussi concerner des biens qui sont la propriété d'une société commerciale de droit privé (cf loi du 25 juillet 1996 à propos de France Télécom). Il faut résoudre cette difficulté majeure afin d'entraver les pratiques "de contournement" auxquelles on assiste (augmentation des déclassements, pratiques des déclassements en volume...).

La sécurité des investissements sur le domaine public pourrait pourtant être trouvée dans des dispositions contractuelles, notamment d'indemnisation, que rien n'interdit.

Aussi, il soumet quelques pistes de réflexion afin de remédier à cette insécurité tant pour les propriétaires du domaine public que pour les investisseurs. Selon lui, il convient :

- d'opérer une distinction entre les parcelles domaniales susceptibles de recevoir une exploitation commerciale et celles qui ne le sont pas ;
- de réfléchir sur le caractère réellement "intouchable" de certains des principes traditionnels de la domanialité : quels sont ceux qu'il convient de préserver et ceux qui n'ont plus de raison d'être ? ;
- de préciser la portée du principe de précarité des occupations domaniales (quid d'un régime voisin de celui des baux commerciaux ?) ;
- de s'interroger sur la possibilité d'aller plus loin que les réformes de 1988 et 1994 pour assurer les droits des créanciers de l'occupant du domaine public. Ne peut-on pas aller vers la reconnaissance d'un "droit réel administratif" ?

1.3 - Synthèse du débat

L'ensemble des participants est intéressé par le sujet. La valorisation économique du domaine public est une préoccupation commune aux différents ministères représentés. Certains ont d'ailleurs engagé des opérations dans ce sens.

M. Brucher indique qu'au Ministère de la Défense l'accent a été mis depuis une dizaine d'années sur la reconversion des sites, en collaboration avec les collectivités locales, soit pour un usage direct par la collectivité locale, soit pour une utilisation commerciale. A ce sujet, il attire l'attention de l'assistance sur les problèmes dus à la confrontation entre la durée des procé-

dures domaniales et la nécessité pour les promoteurs et industriels de réaliser ces opérations d'aménagement dans un délai beaucoup plus court. Par ailleurs, M. Allain indique que la question de l'exploitation du domaine public intéresse d'autres Etats membres comme la Grande-Bretagne ou l'Italie qui réalisent actuellement des études sur les possibilités d'un partenariat public/privé dans la gestion commerciale du domaine public.

A ce sujet, M. Eladari souligne l'intérêt porté par le Ministère de la Justice aux techniques d'association du privé à la gestion du domaine public. Il donne l'exemple de la gestion mixte des prisons, qui pourrait prendre la forme de contrats de délégation de services dans les domaines de la restauration ou des réseaux de chaleur.

Toutefois, les participants reconnaissent la difficulté d'une réflexion d'ensemble sur la gestion du domaine public, difficulté inhérente à l'absence d'information dans ce domaine. A ce titre, M. Bezançon souligne que le domaine public représente une valeur mal connue car il n'existe pas de recensement sur la gestion de ce dernier. Il rappelle que les rapports qui ont pu être élaborés à ce sujet sont restés confidentiels. Il soumet l'éventualité d'une audition par le groupe de travail de leurs auteurs.

Deux pistes principales de travail ressortent finalement de ce premier tour de table

- **La nécessité d'une réflexion sur l'application et la conciliation des différentes réglementations**

Le souci commun à tous les participants a tourné autour de la volonté de remédier à l'incertitude juridique qui entoure les transactions juridiques relatives à l'exploitation commerciale du domaine public. Aussi souhaitent-ils qu'une réflexion soit menée sur la conciliation des différentes réglementations nationales et communautaires, à droit constant. La question de la combinaison entre le droit classique de la domanialité, la loi relative à la maîtrise d'ouvrage public et la directive travaux doit faire l'objet d'une réflexion particulière. M. Malléa propose de réfléchir à la légalité de certains montages contractuels.

- **Une évolution de la législation sur les droits réels serait-elle opportune ?**

Le groupe souhaite réfléchir à l'opportunité d'étendre aux collectivités locales le dispositif de la loi de 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. Les participants soulignent que la précarité de la situation des occupants temporaires du domaine public rend difficile l'investissement des opérateurs. Ils s'interrogent sur la possibilité de concilier cette précarité avec les garanties financières demandées par les créanciers. Les participants soulignent également l'intérêt de dresser un bilan des baux

emphytéotiques et des autorisations d'occupation temporaire du domaine public passés par les collectivités locales afin de mieux apprécier le domaine et les résultats des lois de 1988 et de 1994.

M. Marceau Long souligne la difficulté d'un tel recensement et souhaite, compte tenu des délais que nécessitera l'inventaire du domaine public de l'État et des collectivités publiques, que le groupe s'intéresse, en même temps, aux outils d'une bonne gestion du domaine public : les contrats. Cette piste permettrait notamment de réfléchir à la légalité des divers montages contractuels, à la conciliation des différentes réglementations, et donc contribuerait à donner une meilleure sécurité juridique aux conventions.

II - LES AUDITIONS ET LES DÉBATS D'IDÉES

La relation des différents débats d'idées s'est finalement avérée indissociable des auditions. En effet, c'est à la suite de chaque audition que les différents membres du groupe de travail ont eu le loisir d'exprimer leurs idées tant sur l'exposé qu'ils venaient d'entendre que sur le régime de la domanialité publique plus généralement.

Aussi après avoir envisagé de rappeler les différents débats d'idées d'une manière distincte des auditions, il est apparu que cette présentation aurait eu un caractère artificiel si les lecteurs ne pouvaient pas raccrocher à une audition telle ou telle prise de position.

2.1 - Audition de M. HY, sous-directeur des Affaires Foncières de la D.G.I, le 14 décembre 1999

Les auditions commencent par celle de M. HY qui a bien voulu donner la position du service des domaines, en traitant deux questions importantes.

2.1.1 - La valorisation du domaine public

La contradiction entre protection et valorisation du domaine public est très ancienne ; elle connaît pourtant aujourd'hui un renouveau. La mise en œuvre d'une véritable politique de valorisation du domaine public se heurte cependant à un obstacle majeur : le service des domaines n'a pas une connaissance exhaustive des propriétés publiques. Il ne connaît pas la réalité du domaine public des collectivités locales, peu celui des établissements publics, quant au domaine de l'État il ne connaît pas toujours l'utilisation qui en est faite par les administrations affectataires.

Le service des domaines – qui occupe 1 600 personnes – a cependant connaissance des principales difficultés juridiques qui se posent puisqu'il est

le point de passage obligé pour les différentes opérations domaniales. Si les opérations d'évaluation restent son activité principale, il est néanmoins associé aux travaux législatifs ou réglementaires lorsque les problèmes juridiques requièrent une évolution de la réglementation. Il a connaissance des problèmes juridiques tout court puisqu'en cas de litige les parties prenantes (parlementaires, élus locaux...) se tournent vers le Ministère des Finances. L'application de la loi de 1994 a donné lieu à de très rares difficultés.

Les principaux problèmes pour lesquels il est sollicité ont trait à la cession des biens domaniaux et particulièrement à la procédure de mise en concurrence et à la mise à disposition par l'Etat de parcelles domaniales à des organismes sans but lucratif qui souhaitent réaliser des investissements. Le service des domaines n'a pas connaissance des difficultés liées à l'exploitation économique du domaine par des entreprises privées.

En ce qui concerne la gestion patrimoniale proprement dite, les positions évoluent depuis quelques années : alors que dans un passé encore proche la protection l'emportait sur la valorisation, la tendance s'inverse aujourd'hui. Les raisons en sont multiples, mais il y a surtout les nouvelles politiques de rationalisation budgétaire.

C'est dire que cette évolution dépasse les simples questions de gestion domaniale et s'inscrit dans l'évolution plus vaste de la comptabilité publique, prescrite dans plusieurs rapports (dont le rapport WEISS) et remise à l'ordre du jour depuis la fin 1998. L'objectif gouvernemental est de pouvoir faire des propositions concrètes en ce domaine à la fin de l'année 2000, un volet étant consacré à la politique immobilière.

Quant aux chantiers en cours au sein de la Direction Générale des Impôts, on distingue :

- **Le recensement des biens domaniaux**

Le seul outil actuel de recensement de ces biens est le tableau général des propriétés de l'État, qui date des années 1950 et qui est lacunaire (pour les immeubles, moins pour les terrains) révélant une mauvaise liaison entre l'administration du domaine et les administrations gestionnaires. Il n'a pas été en effet le point de passage de toutes les procédures comptables ; ainsi, si les administrations sont obligées d'informer le service des procédures de bail emphytéotique, en revanche elles ne le sont pas pour la construction de nouveaux immeubles ! Le service des domaines a donc lancé une opération de mise à jour de ce tableau. Le rapport François évalue lui le patrimoine de l'État à environ 300 milliards de F en valeur actuelle (pour plus de précisions, se reporter à l'article de Martine Lombard "Biens publics, ampleur du patrimoine immobilier de l'Etat", La lettre Juris-Classeur du Droit Public des Affaires n°11 Novembre 1999 p.2 et 3).

● **La valorisation du domaine public**

La D.G.I. souhaite réformer le système des redevances domaniales. Actuellement, en effet, l'État n'est pas un propriétaire très exigeant et réclame peu au titre des redevances domaniales (1 milliard de F au total dont 800 millions sont payés par les seules sociétés concessionnaires d'autoroutes). Cette situation conduit les collectivités ou organismes utilisateurs à considérer le domaine public de l'État comme un bien gratuit. Dans un souci de rationalisation fiscale, la réforme va consister à abandonner certaines redevances mais à en augmenter d'autres.

● **La mise à disposition d'instruments juridiques permettant une exploitation économique du domaine**

M. Hy rappelle que la loi de 1994 a été conçue dans ce but mais que les domaines n'ont pas connaissance des conditions dans lesquelles elle a été mise en œuvre. Les opérateurs ne l'ont pas beaucoup utilisée, à l'exception du domaine portuaire pour lequel elle avait d'ailleurs été votée. Quelles sont les règles qui entravent son application ? La Commission y répondra peut-être. D'ailleurs il se demande si, à cet égard, une évolution était vraiment utile.

● **La cession du patrimoine inutile**

Le service des domaines n'a pas une bonne connaissance des immeubles qui sont mal utilisés. En tout cas il n'y a pas beaucoup de biens inutiles ou inoccupés. Deux administrations sont fréquemment concernées : le ministère de l'Équipement qui cède rarement son domaine dans le souci de réaliser des réserves foncières et le ministère des Armées, qui lui, cède fréquemment.

M. Hy souligne que les administrations se sentent assez peu concernées par ce mécanisme alors même qu'il existe un système d'intéressement des administrations leur permettant de récupérer les deniers de ces ventes. Les raisons résident certainement dans la complexité des procédures de cession, particulièrement dans le mauvais fonctionnement de la procédure d'adjudication. Vendre un bien domanial est très lourd ! La D.G.I. réfléchit à l'évolution des règles de cession : la solution pourrait résider dans la mise en place de mécanismes budgétaires de préfinancement. Il faut simplifier ; d'ailleurs, les biens vendus ne se vendent pas très bien.

● **La codification et la simplification des règles**

Pour permettre une bonne utilisation du domaine public, il faudrait que tout le monde puisse connaître les règles (sécurité juridique). A cet égard, M. Hy rappelle le travail de codification réalisé sous la présidence de M. Querrien : le Code de la Propriété Publique. Dans un souci de meilleure sécurité juridique, son adoption est éminemment souhaitable. D'ailleurs

l'administration a demandé au Ministre de faire passer ce code. D'une façon plus générale, pour revenir aux travaux de la Commission, toutes les propositions qui iront dans le sens d'une simplification et d'une meilleure efficacité de la réglementation seront les bienvenues.

2.1.2 - La gestion immobilière

La difficulté réside ici dans l'effort de concilier des règles qui ne sont pas toutes domaniales, notamment les règles budgétaires et les règles issues de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique. Mais l'objectif des groupes de travail mis en place par la Direction du Budget est de faire prendre conscience aux différentes administrations de la nécessité de mettre en place une politique immobilière à long terme, ce qu'elles n'ont pas car la plupart d'entre elles, agissent au "coup par coup", suivant les besoins du moment. Or elles doivent avoir conscience des problèmes ou des besoins sur le moyen terme. Il faut donc se fixer des objectifs, et notamment que l'administration française ait une politique de maintenance. Une fois la politique immobilière adoptée, il faut donner aux services des outils juridiques en fonction des utilisations recherchées.

Afin d'y parvenir, plusieurs obstacles doivent être levés :

- avoir une meilleure connaissance des acquis : possède-t-on des biens ? Peut-on réhabiliter ceux qu'on possède ou faut-il en construire de nouveaux ?
- Pouvoir disposer d'un éventail d'instruments juridiques divers mais sûrs ; actuellement il n'existe qu'une alternative pour les administrations : la loi MOP ou la location. Tous les autres instruments paraissent juridiquement incertains, peut-être à tort ?
- Le service des domaines ne devrait-il pas disposer d'outils d'analyse aptes à lui permettre de comparer les coûts entre différentes options envisageables : domanialité et construction sur la base de la loi MOP ou location de l'existant. Il doit y avoir des méthodes comparatives pour mesurer la performance d'un projet. Or, l'État a-t-il toujours intérêt à être sur le domaine public ?

Aujourd'hui, 80 % des superficies occupées par l'administration sont domaniales. L'avis rendu le 31 janvier 1995 par le Conseil d'Etat au Ministre de l'Intérieur est resté très libéral.

Les ouvertures existent donc. Les travaux du groupe de travail seront à cet égard très utiles.

Réactions des membres présents

M. Querrien : Il souhaite revenir sur la genèse de la loi de 1994 et ses conditions d'application. Il a ainsi rappelé qu'après l'avis du Conseil d'Etat du 13 juin 1989 relatif à la gestion des ports et des aéroports il était apparu nécessaire de légiférer. Les travaux préparatoires à la loi de 1994 ont

commencé dès le mois de janvier 1991. Il rappelle encore que malgré une réserve sur la nécessité de faire évoluer la réglementation relative au domaine public, la loi a reçu la "bénédiction" du Conseil Constitutionnel.

En ce qui concerne l'application de la réforme, il avoue qu'elle reste difficile à connaître. Il connaît des exemples d'application dans le domaine portuaire (où il y a eu des AOT assez modestes) pour la construction de commissariats de police et pour des résidences universitaires.

Quant au Code des Propriétés Publiques, il a eu le sentiment de "surfer à droit constant". Il admet le manque de hardiesse de ce Code, qui nécessitera des avancées ; il précise alors que le Code est ouvert à tous les compléments qui apparaîtraient utiles et opportuns. A cet égard l'exemple du Centre des Impôts de Lille est intéressant quant à l'assentiment de l'administration à une évolution des règles.

M. Gaudemet : à son avis le droit de la domanialité publique est en train de se renforcer : il existe plus "de domaine public" qu'il n'y en a jamais eu en raison de plusieurs facteurs dont la conception large du critère de l'aménagement spécial que le Conseil d'État a fait prévaloir. Les règles domaniales sont aussi plus rigides qu'elles ne l'ont jamais été. Selon lui, ce qui doit être protégé est plus l'affectation des biens que le foncier lui-même. Actuellement, sur environ 100 millions de m² occupés par l'administration, 80 % sont domaniaux , 20 % seulement sont locatifs.

M. Eladari : Il revient sur la question de la valorisation en précisant qu'elle est intimement liée aux règles locales d'urbanisme. Il conviendrait donc de les prendre en compte dans l'estimation de la valeur des biens à céder. Mais qu'entend-on par prix ? Pour faire évoluer les politiques immobilières des administrations, il faut décloisonner deux marchés qui coexistent parallèlement : un marché de prix administrés et un marché privé purement concurrentiel évoluant en même temps que les règles locales d'urbanisme. Les prix du domaine public devraient être soumis aux règles de concurrence.

2.2 - Audition de M. Bernard Saint-André, directeur du développement, Société DALKIA, le 14 décembre 1999

M. Saint-André a exposé le système du Facility Management (gestion déléguée des services de l'administration), puis de la PFI (Private Finance Initiative) qui concerne le financement d'équipements publics par des capitaux privés au moyen de contrats à long terme. Il a donné deux exemples de contrats obtenus par la société Dalkia, le premier en Grande Bretagne (c'est l'exemple du contrat "Prime" relatif à la gestion des immeubles de la sécurité sociale britannique), le second en Suède (c'est l'exemple du contrat relatif à la gestion des immeubles des hôpitaux de Stockholm).

Ce sont des exemples de partenariats public/privé pour une meilleure

gestion du domaine public, d'autant plus notables de l'évolution qu'avant 1980, en Grande Bretagne, les collectivités locales ne déléguaient rien aux opérateurs privés.

Dans un premier temps ce fut l'ouverture des prestations de service au privé lors des appels d'offres avant d'arriver au stade actuel de la PFI qui peut concerner des secteurs aussi différents que des hôpitaux, des prisons, des écoles, des transports etc...

Il y a deux principes de base : l'optimisation des coûts au moyen d'appels d'offres très lourds et le transfert des risques, quasi total lorsque le partenaire est privé.

Le contrat PRIME est une sorte de montage PFI concernant le patrimoine bâti de la sécurité sociale britannique qui s'étend sur 1 800 000 m² et concerne 700 immeubles. L'administration a déclaré que son métier n'était pas de gérer le patrimoine bâti mais la gestion de l'assurance maladie. Cela rejoint ainsi le Facility Management. L'administration a donc cédé le patrimoine bâti à un opérateur privé à charge pour lui de le remettre aussitôt à la disposition de l'administration en assurant un service clé en main (nettoyage, cuisine...), en s'engageant sur une qualité de service rendu, tout en optimisant les coûts et les surfaces utilisées.

Le contrat est d'une durée de 20 ans, la sécurité sociale s'engageant à utiliser les immeubles pendant cette durée. Il y a aussi un programme de modernisation de ces immeubles à concurrence de 30 à 40 millions de Livres par an. De la sorte la charge immobilière ne figure plus au bilan de la personne publique. Dans le contexte de Maastricht, le système du PFI peut devenir un instrument pour maintenir le déficit public à un niveau réduit.

Durant la procédure d'appel d'offres, l'administration s'est dotée de consultants pour l'aider dans ses choix. Il faut en effet qu'elle ait conscience d'avoir trouvé la meilleure offre. Pour atteindre cet objectif, l'administration va chercher à s'assurer avant tout lancement d'un projet que l'économie réalisée sera supérieure à celle obtenue si elle avait conservé la gestion du service. Ainsi les études du National Audit Office – service d'audit du gouvernement britannique – ont montré une économie de 15 % du coût de réalisation des huit premiers projets d'autoroutes en PFI et de 10 % pour deux projets de prisons, par rapport à un financement direct par le secteur public.

Après attribution du contrat, la société de projet s'est scindée puisque le risque relatif aux grosses réparations a été pris par le partenaire de l'opérateur qui a racheté les biens. Le contrat de prestation quant à lui rapporte un chiffre d'affaires de 800 millions de francs .

L'exposé a été accompagné de transparents qui sont annexés au présent rapport (annexe 1).

Réactions des membres présents

Les membres présents indiquent d'une manière générale qu'il s'agit d'une autre forme d'externalisation d'un service public. Une forme de PPP (partenariat public privé). Le secteur public n'a plus la charge financière de l'opération mais devient "acheteur de services" fournis par un opérateur qui a financé les équipements servant au service. Auparavant l'État ou les Collectivités publiques territoriales pourvoient elles-même à leurs propres besoins en construisant des équipements en régie.

Cependant si avec la PFI, les collectivités publiques cherchent simplement une économie dans la construction et la gestion d'une activité nécessitant des infrastructures lourdes, on est dans une logique qui peut être résolue par des marchés publics de type appels d'offres sur performance ou METP. Si au contraire, la PFI permet d'apporter aux populations une prestation de meilleure qualité sur le long terme, sans risque financier pour la collectivité, on est dans une logique de gestion déléguée. Il faudrait que le concept soit davantage clarifié puisque d'autres pays suivent l'exemple de la Grande Bretagne, comme l'Irlande.

2.3 - Audition de Mme Marie Catherine Lemoine,
directrice de SOFERBAIL (groupe SOFIA), le 26 janvier 2000

Poursuivant le programme des auditions nécessaires à l'appréhension des données actuelles de la domanialité publique ou des pratiques qui y sont associées, la commission a entendu Mme Lemoine qui a expliqué le système des SOFERGIES et ses conséquences quant aux possibilités de financement privé d'équipements publics.

L'exposé a commencé par un rappel du système des SOFERGIES, sociétés financières créées par la loi en 1980, après le 1er choc pétrolier, pour financer en crédit-bail immobilier les investissements liés à la maîtrise de l'énergie. La loi du 30 décembre 1986 a étendu le système des sofergies à toute sorte d'équipements publics. En effet au titre des dispositions de l'article 87 de cette loi, les Sofergies peuvent financer des ouvrages et équipements qui concourent à un service public facturé à l'usager et non payé par le contribuable, ceci dans l'intérêt des collectivités territoriales (communes, départements, régions), de leurs établissements publics ou de leurs groupements (communautés urbaines, sivu, sivom, districts...) mais aussi de leurs délégataires.

La SOFERBAIL finance nombre de projets de concessionnaires, que ce soit directement dans le cadre de l'application du contrat de concession ou dans le cadre du contrat participant à un montage de type BEA. A titre d'exemple d'application, on note que le réseau de chaleur de la CPCU a été financé par un crédit bail.

L'intervention complète de Mme LEMOINE a fait l'objet d'un texte rédigé à cet effet, qui est joint en annexe 2.

On peut ajouter les développements suivants : les problèmes juridiques rencontrés par le système des Sofergies sont le plus souvent liés au crédit-bail : le financier étant propriétaire des équipements financés pendant toute la durée du crédit-bail, est-ce compatible avec l'inaliénabilité du domaine public ou tout simplement avec le régime des biens de retour dont on sait qu'ils appartiennent ab initio au concédant quel que soit le financement utilisé par le concessionnaire ?

Plusieurs réponses sont possibles, telles qu'elles ont été résumées dans l'annexe 2 : à l'égard des collectivités locales, on peut penser à une convention tripartite signée entre la collectivité, le concessionnaire et la sofergie qui permettra à la collectivité de lui reconnaître un droit propriété sur les biens financés, une adaptation du système du bail emphytéotique assorti d'une convention non détachable. Le délégataire peut aussi répondre seul, avant de se préoccuper de la recherche d'une sofergie. La sofergie sera effectivement propriétaire des bâtiments, le temps de la durée prévue au contrat, même s'il y a résiliation de celui-ci. Le principal problème pour les collectivités locales, c'est la récupération de la TVA.

Cette solution n'est pas transposable pour le domaine public de l'Etat puisque la loi du 29 juillet 1994 exclut le financement en crédit bail des biens affectés à un service public ou affectés à l'usage du public.

Il y a pour la collectivité locale au moins quatre intérêts de recourir au crédit-bail par le biais d'une procédure de gestion déléguée :

- contournement des difficultés liées au recours direct par elle au crédit-bail ;
- amortissement linéaire recherché ;
- garantie du prêteur par la collectivité ;
- consolidation.

Aussi lorsqu'un opérateur est accepté comme candidat, il remet en concurrence le choix du financier du crédit-bail, en accord avec la collectivité publique. Le prix proposé à la collectivité est donc un prix de base avec X comme variable pour permettre le choix du financier le plus performant.

Si le système des Sofergies a connu un développement certain pour la réalisation d'usines de traitement de déchets, c'est parce qu'on a rendu la concession impraticable dans ce secteur. Il faut davantage réfléchir à l'association : collectivité, opérateur et financier.

Les déchets représentent certes une part importante de l'activité de SOFERBAIL, mais celle-ci fait aussi des opérations d'intérêt général, sorte de METP déguisé, dans le secteur hospitalier. Elle procure le financement pour la conception,

et la construction de bâtiments. La SOFERGIE a en ce cas un droit sur le domaine public (dans les montages de type BEA) alors qu'elle n'est pas délégataire et donc pas emphytéote, ce qui crée souvent des difficultés avec la circulaire VEIL relative à l'interdiction de droits réels sur le domaine public hospitalier.

On peut aussi rencontrer des sofergies dans d'autres secteurs, comme l'énergie, la restauration scolaire, les transports (dépôts), les parcs de stationnement, le câble, les remontées mécaniques, les casinos... en somme, les services publics de base.

En ce qui concerne les AOT sur le domaine public de l'Etat, les occasions sont plus rares : il y a eu deux mises en concurrence en 1998 pour des hôtels de police à Lyon et à Strasbourg (cf avis du C.E. du 31 janvier 1995). Le titulaire finance et entretient le bien, tandis que pendant la durée de l'AOT l'État n'est que locataire. Les durées sont en général de 20 à 25 ans, mais tendent à se réduire aujourd'hui vers 12 ans. Le problème surgit en fin du bail car il subsiste souvent une valeur résiduelle du bien assez importante. Les loyers sont plus proches des loyers de crédit-bail que des loyers du marché (en général plus élevés) avec en plus le fait qu'il y a une maintenance du bien plus performante que ne le fait l'État pour ses propres biens. Malgré tout, le loyer facturé à l'État est assez élevé.

Réactions des membres présents :

M. Querrien : la revendication du crédit bailleur sur la propriété des installations construites sur le domaine public n'est pas à rejeter a priori. Elle mérite cependant réflexions. Il se demande d'ailleurs s'il ne faudrait pas revoir la loi de 1994 afin de permettre le crédit-bail sur le domaine public lorsqu'il s'agit des services publics de l'État. L'avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995 pourrait être une ouverture par rapport à la loi actuelle qui est peut être trop restrictive, qui gêne le lancement d'opérations nécessaires outre le fait que tout cela entraîne des combinaisons difficiles à contrôler.

N.B. Ce qui est en effet interdit dans la loi de 1994, c'est de financer directement l'AOT par le crédit-bail, mais pas de confier à quelqu'un le soin de construire et de financer les équipements visés dans la loi. La logique de la loi de 1994 ne conduit-elle pas à lui associer le crédit-bail pour contourner les difficultés dont il va être question ? D'ailleurs le Conseil d'État a estimé dans l'avis précité que l'État était en droit, pour se procurer les locaux dont il a besoin, de délivrer à une personne privée un titre d'occupation de son domaine public aux termes duquel cette personne s'engage à construire un immeuble correspondant aux besoins d'un ou plusieurs services publics et, une fois l'immeuble construit, à le lui louer en insérant éventuellement dans le contrat de location une option d'achat.

De la discussion, il ressort aussi qu'en cas de fin anticipée de la DSP, dans le cas de la convention tripartite précitée, soit le concédant reprend les droits et obligations de l'opérateur, soit il oblige le nouveau délégataire à continuer le contrat de crédit-bail.

Il n'y a pas non plus de difficulté vis à vis de la règle de l'annualité budgétaire puisque les collectivités locales peuvent juridiquement s'engager pour plusieurs années. L'annualité n'a jamais signifié "ne s'engager que pour un an" ! C'est en fait un problème d'inscription budgétaire puisqu'on réalise des investissements avec de simples crédits de fonctionnement.

M. Hy intervient pour indiquer que ce type de mécanisme revient à faire de l'investissement avec des sections de fonctionnement et conduit à détourner les règles d'application de la loi sur la maîtrise d'ouvrage public. C'est par cet aspect que les contentieux peuvent surgir.

M. Bezançon rappelle les origines de la domanialité publique. A cet égard, l'imprescriptibilité ne devrait concerner que les voiries, les places publiques etc... (ce qui est de bon sens) et non pas le domaine public artificiel pour lequel les règles devraient être plus souples. Ou encore on pourrait réinventer le critère de l'aménagement spécial dans une autre direction. L'approche domaniale se révèle donc être une mauvaise approche pour régler le problème de la bonne gestion des services publics. Ne faut-il pas desserrer l'étau des règles de la domanialité publique pour obtenir une meilleure gestion de ces services publics ? Dans les lois de 1988 et de 1994, il y a une difficulté de coexistence entre l'approche domaniale et la gestion des services publics. Ce dont les collectivités locales ont besoin c'est de pouvoir résoudre contractuellement leurs difficultés de gestion des affaires publiques et non pas un règlement national. Il faut donc réfléchir à la question sous un angle plus large que l'aspect purement domanial.

M. Hy intervient pour reconnaître qu'on ne maîtrise plus actuellement la dépense publique en ce domaine.

Mme Rigolot se prononce en faveur d'une approche pragmatique du problème : il faut trouver un système qui permette d'organiser au mieux les rapports entre les trois parties prenantes du mécanisme qui ont des intérêts plus ou moins divergents : collectivité publique, opérateur et financier. Plus généralement, il convient de remettre le système à plat car actuellement la multiplication des textes entraîne une réelle insécurité juridique. Elle insiste sur le fait que le recours à des montages contractuels complexes (BEA, Crédit-bail etc.) trouve ses origines, dans de nombreux domaines, dans l'impossibilité d'utiliser la technique de la délégation de service public, à l'exemple du secteur des déchets. En somme, à ses yeux, ces montages ne sont que des mécanismes concessifs innomés.

M. Eladari explique la position du Ministère de la Justice sur ces questions. Il informe la Commission de l'objectif de mise en place d'une politique de modernisation du patrimoine immobilier, notamment des prisons où il y a besoin de 3 milliards de francs. Dans ce but le ministère réfléchit à des formules permettant d'atteindre cet objectif. C'est ainsi qu'a été imaginé un schéma de type "PFI public" qui consisterait à affecter le patrimoine à un établissement public ayant pour mission de le remettre en état, d'en assurer la maintenance et de faciliter l'accès à des financements publics (prêts de la Caisse des Dépôts) : un style R.F.F. Cette technique permettrait d'échapper à l'application de la loi Sapin. Les réactions au sein de la Commission sont restées dubitatives quant à l'autonomie juridique de ce système qui aboutit à la création d'un nouvel établissement public mais ne résout pas le problème du financement des équipements.

M. Querrien affirme que finalement il faut avoir le courage d'aborder franchement le problème : il faut qu'une loi autorise le recours au crédit-bail en supprimant la restriction de la loi de 1994, à savoir l'interdiction d'y recourir pour les biens affectés au fonctionnement du service public ou ceux affectés à l'usage du public. Il ne souhaite cependant pas qu'il soit généralisé pour autant. Les dernières sofergies font en effet l'objet de montages hasardeux. Il se demande si ce qui doit être sauvegardé par dessus tout ce n'est pas l'imprescriptibilité. Cette règle a pour but d'éviter que des promesses électorales n'appauvrissent le patrimoine des collectivités.

M. Gaudemet considère que le principal obstacle au recours au crédit-bail ou à l'hypothèque réside dans le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, principe qui s'applique également au domaine public et au domaine privé des collectivités. Ce principe est plus difficile à surmonter que celui de l'inaliénabilité qui ne s'applique qu'au domaine public. Il conviendrait donc de réfléchir à cette difficulté dans le cadre de nos travaux. Dans ce sens, il précise que la domanialité publique n'est pas un régime de propriété mais un régime d'affectation : il faut plutôt protéger l'affectation que la propriété publique.

M. Long pense que la jurisprudence récente de la Cour de Cassation sur le statut de la propriété publique semble condamner le crédit-bail ou le crédit hypothécaire à cause du principe de l'insaisissabilité du domaine public. Or la loi de 1994 ne fait-elle pas sortir – pendant toute la durée d'une AOT – le domaine public du régime de l'inaliénabilité ou de l'insaisissabilité pour le faire rejoindre le régime normal des biens appartenant à un acteur économique ?

En conclusion : Tous les membres du groupe de travail présents - ou presque - sont finalement d'accord pour réduire l'extension du domaine public, de même que les restrictions de gestion trop générales et trop étendues, voire

les bizarreries législatives qui peuvent encore subsister (ainsi pourquoi faut-il encore une loi pour vendre une forêt, si ce n'est dans un but de protection ?). Le critère d'affectation devrait être très strict. On cite à titre d'exemple la réserve foncière en matière aéroportuaire qui ne fait pas partie du domaine public tant qu'elle n'est pas affectée au service public.

La discussion montre aussi qu'il y a actuellement un problème de manque de contrôle de l'occupation du domaine public (exemples de la paillote "Chez Francis", des baux commerciaux sur domaine public, des occupations permises par l'administration d'Etat pendant plus de 30 ans en payant des taxes, etc).

2.4 - Audition de Mme Jacqueline Cappe, DEXIA, le 7 mars 2000

Lorsqu'une collectivité publique a un besoin d'équipements, elle ne s'adresse pas à un banquier mais à des opérateurs qui, eux, en parleront à des banquiers.

Actuellement l'essentiel en ce domaine est un problème technique : comment avec une solution globale obtenir qu'un équipement reste toujours en bon état au bout de 10 ans et plus. Tout le monde s'interroge sur la valeur du patrimoine public, il faut aussi estimer le coût de l'entretien de tout ce patrimoine. Le remplacement des équipements par des marchés – de type METP – est certes une solution qui permet notamment de connaître le coût réel de financement d'un ouvrage et de lisser le coût sur plusieurs années, mais un entretien sur le long terme au moyen d'un contrat ne coûte pas plus cher qu'une rénovation lourde provoquée par plusieurs années de manque d'entretien par l'administration gestionnaire. De nos jours, les services techniques – surtout au niveau des collectivités locales – n'arrivent pas à planifier les tâches d'entretien.

Si on s'adresse aux financements du secteur privé c'est parce qu'ils permettent des engagements qui restent encore incompatibles avec les règles de la domanialité publique ; lorsqu'on n'a pas la propriété foncière, on n'obtient pas de garanties sur les financements. Même l'A.O.T. n'est pas une garantie car la précarité et le départ sans indemnité sont difficilement associables avec des engagements financiers.

Les A.O.T. dépassent d'ailleurs rarement 20 à 25 ans, voire 30 ans au maximum. Or il faudrait des A.O.T. de 70 ans et encore il n'y aurait toujours pas de maîtrise du foncier. DEXIA pense qu'en réalité c'est un problème d'indemnisation des engagements qui risquent de ne pouvoir être remboursés si l'autorisation d'occuper le domaine public est trop courte ou est interrompue trop tôt (voir l'avis du Conseil d'Etat de 1995).

Réactions des membres présents :

M. Querrien : Pour lui, il y a une "mythologie de la précarité". Il serait temps

d'arriver à un langage plus équilibré . D'ailleurs la période de 12 ans n'a pas un caractère obligatoire puisque cela dépend des opérations et de leur complexité.

M. Gaudemet : Le principe de l'annualité budgétaire est une fiction dans la mesure où l'administration est par définition engagée dans des actions sur le long terme, à commencer par le personnel qui est engagé sur le long terme.

Me Bettinger : La maîtrise du foncier n'est pas toujours indispensable pour demander des investissements au secteur privé. Ainsi dans les concessions de service public, il n'y a pas de maîtrise foncière et pourtant il y a des investissements lourds consentis par les opérateurs dans les secteurs d'infrastructures lourdes (autoroutes, remontées mécaniques, déchets, parcs de stationnement...).

2.5 - Audition de M. Philippe Mallea,
directeur juridique de BOUYGUES EUROPE, le 7 mars 2000

Il s'agit de relater les conditions dans lesquelles le groupe BOUYGUES a été amené à répondre à un appel à la concurrence pour la reprise en PFI du Barnet Hospital, projet contractualisé tellement important qu'il représente 3 CD-ROM.

Pour l'occasion, le groupe a créé :

- une société de projet particulière (SPV) en aval,
- une société holding en amont avec les autres partenaires actionnaires devant intervenir dans l'opération à des titres divers : comme Siemens pour les équipements médicaux, l'initiateur du projet lui-même, un groupe financier .

La propriété des bâtiments varie selon les contrats : soit l'administration en est propriétaire dès la réception des travaux – ce qui est rare – soit elle en devient propriétaire à l'échéance du contrat, soit encore l'administration laisse à la SPV la propriété des bâtiments en restant simplement locataire du nouveau propriétaire (ainsi le Home Office, l'équivalent de notre Ministère de l'Intérieur, est-il locataire avec un contrat de 30 ans).

Il y a actuellement une convergence vers les contrats de PFI d'une durée de 30 ans mais celle-ci peut s'étendre jusqu'à 60 ans.

Compte tenu de la spécificité des bâtiments réalisés dans le cadre des PFI, les sûretés immobilières ne constituent pas une garantie adéquate à la mise en place de financements par les banques. Celles-ci préfèrent obtenir du client final des garanties de paiement.

Afin de réduire les coûts liés aux appels d'offres PFI, l'État britannique s'engagerait dans la constitution d'une 3^e génération de PFI.

Dans cette dernière évolution, l'Etat chercherait à standardiser au maximum la procédure d'appel d'offres et à cette fin elle agréerait 5 à 7 entreprises par secteur d'activité. Seules les entreprises agréées seraient autorisées à soumissionner aux PFI dans les secteurs pour lesquels elles auraient obtenu un agrément. Cette procédure devrait réduire encore les coûts et les délais de ces appels d'offres.

L'exposé a été accompagné de documents qui sont annexés au présent rapport (annexe 3).

2.6 - Audition de M. Xavier Bezançon, délégué général, Entreprises Générales de France - BTP, le 18 avril 2000

Lors de cette réunion, M. Bezançon a bien voulu nous faire part de ses connaissances approfondies sur l'évolution historique de la gestion domaniale autour du thème : Domaine public et patrimoine public, perspective historique.

On ne doit pas oublier que le domaine a été longtemps le signe du pouvoir sur les autres hommes avant que n'arrive les symboles de la souveraineté du Prince.

C'est ce qui explique que le domaine public existait déjà chez les romains : les Res Publicae (fleuves, routes...) étaient imprescriptibles et inaliénables.

M. Bezançon rappelle comment le domaine public est véritablement né en France vers le XII^e siècle avec l'émergence des communes voulues par les bourgeois avec l'accord des Rois. L'Ordonnance de Moulin a consacré l'inaliénabilité du domaine, la location était seulement possible. Il rappelle aussi comment la loi des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 a consacré le passage du Roi à la Nation : la propriété publique appartient désormais à la Nation.

L'intervention complète de M. Bezançon a fait l'objet d'un texte rédigé à cet effet, qui est joint en annexe 4 ci-après.

On peut ajouter les développements suivants :

Cette perspective historique montre que la domanialité publique et son inaliénabilité ne peuvent finalement concerner que les voies de communication. Cette notion de domanialité publique ne doit pas s'étendre aux biens qui sont l'assiette de richesses économiques productives.

Il pense qu'une bonne utilisation du domaine doit retrouver sa vraie place avec une politique du domaine plus appropriée, notamment au moyen de contrats locatifs de longue durée qui permettent désormais des investissements et non plus de dissuader les opérateurs d'investir.

On distinguerait ainsi les contrats d'entretien du domaine public et les

contrats d'utilisation du domaine public, de type concession ou location à des fins d'intérêt collectif.

Il faut revenir, dit-il, à une vision stratégique du domaine public. D'ailleurs à la base de la loi de 1994, il y a déjà l'idée d'un redéploiement des moyens dans l'intérêt du domaine public. Ne manque-t-il pas, de ce point de vue, un coordonateur de la politique stratégique de l'utilisation du domaine public ?

Réactions des membres présents

Me Bettinger se demande si la Commission ne pourrait pas également rechercher s'il y a une vue communautaire de la domanialité publique, cette notion étant partagée par les autres États membres de l'Union Européenne.

2.7 - Audition de M. Wadoux,
directeur du port autonome de Dunkerque, le 18 avril 2000

M. Wadoux nous fait part de son expérience de la domanialité publique dans le secteur des ports, notamment au regard de la loi de 1994.

Le port autonome de Dunkerque est quant à lui très étendu puisqu'il couvre 7 200 hectares ; les recettes domaniales s'élèvent à 120 millions de francs pour un chiffre d'affaires cumulé de 440 millions de francs.

A cause de l'impossibilité d'obtenir des garanties sous forme de droits réels avant 1994, les investisseurs préféraient aller en arrière du port autonome vers les terrains relevant des propriétaires privés. Ils voulaient une sécurité financière, mais le système du BEA n'était pas possible puisque le port n'est pas une collectivité locale. Afin d'endiguer l'hémorragie des fuites de capitaux vers les ports voisins de l'autre côté de la frontière, il a fallu recourir à une opération d'envergure de déclassement : 42 hectares ont été revendus à la collectivité qui avait entre temps créé une société d'économie mixte. C'est assez peu fréquent pour être noté puisqu'à part l'administration de la Défense, qui a beaucoup vendu dans le cadre de la restructuration des armées, l'administration française vend très peu.

Aujourd'hui, avec la loi Querrien qui permet d'accorder des droits réels et le crédit-bail, il est permis de voir arriver la fin des chantiers navals sans y voir la fin de la région car d'autres activités économiques apparaissent : centres commerciaux, ports de plaisance... il y a même des concessions de parcs de stationnement.

Avec les britanniques, les contrats sont parfois signés pour 90 ans (exemple récent d'un contrat signé pour 250 hectares, mais il s'agit en fait d'un BEA qui ne dit pas son nom). Ils sont habitués à ce concept de droits réels pour une longue période limitée au lieu et place de la propriété perpétuelle à la

française. Au Havre, un groupe belge a signé un contrat comportant des investissements sur 25 ans, dans le cadre du crédit-bail. Les clauses d'indemnisation en cas de résiliation du contrat représentent une arme importante pour assurer un minimum de stabilité des contrats.

Si l'optimisme est revenu, il n'en reste pas moins que le Port Autonome a perdu beaucoup d'implantations d'acteurs économiques à cause des règles françaises sur la domanialité publique, dans le même temps où les belges peuvent accorder gratuitement ou presque des terrains publics à des investisseurs privés, dans l'intérêt de l'économie régionale ou nationale.

Dans un nouveau projet en discussion, les autorités portuaires ont accepté de border la domanialité publique à 50 mètres le long de la mer, alors que le groupe privé va procurer des loyers pendant 70 ans, et va construire des routes et des bâtiments. Les loyers représentent en fait le prix de vente des terrains privés sans avoir à assurer en plus le coût des aménagements.

Rien n'interdirait d'ailleurs de reconduire le même accord avec le même occupant au bout de 70 ans, mais commercialement ce n'est pas incitatif : les investisseurs français préfèrent toujours devenir propriétaires des terrains sans limite de temps.

La réforme de la loi de 1994 devrait donc s'inscrire dans un contexte de concurrence internationale : les investisseurs étrangers doivent trouver en France des sites d'accueil sans que certaines règles anciennes y fassent obstacle sans vraie raison. Il en va ainsi de la concurrence acharnée entre les ports européens.

Réactions des membres présents

M. Querrien : Il faut cesser d'employer le mot "précarité" car tout le monde a intérêt à ce que le contrat d'occupation continue le plus longtemps possible. Il rappelle que la loi de 1994 a permis les cessions d'autorisations, ce qui était novateur.

En ce qui concerne le crédit-bail, le crédit-bailleur peut intervenir dans le groupement qui est attributaire de l'A.O.T. (ce qui est le cas de Dunkerque). La question du crédit-bail doit être résolue si on veut étendre la loi de 1994 aux collectivités territoriales. Il indique qu'en effet on peut tout faire avec le dispositif de la loi de 1994, sauf pour ce qui touche au crédit-bail. Ce système du crédit-bail est très souvent utilisé en Allemagne. Indépendamment de la domanialité publique, les collectivités locales peuvent recourir au crédit-bail : alors pourquoi ne pas supprimer l'exclusion issue de la loi de 1994 ?

Certains se demandent s'il ne faudrait pas apporter une solution à la question de l'incompatibilité entre la loi MOP et le régime du crédit-bail dans lequel la maîtrise d'ouvrage est déléguée à la collectivité publique qui passe

ensuite un marché public. Or la Cour des Comptes stigmatise le système quand elle constate qu'il y a eu un bail emphytéotique classique. La directive travaux montre que le problème se pose effectivement.

M. Hy : Les administrations n'ont pas encore trouvé de système de valorisation des immeubles par les services affectataires. On a pensé un moment à des loyers virtuels... mais l'idée a été abandonnée. En réalité, on ne connaît pas la valeur des immeubles, mais la recherche est faisable, notamment lorsqu'il y a des échanges d'immeubles entre administrations (voir le cas de l'échange du Louvre c/ Bercy ou l'exemple des prisons : le ministre de la justice a remis le bâtiment aux domaines qui l'ont cédé ensuite à la collectivité locale). Il faudrait mieux connaître les pratiques du marché, la procédure d'appel d'offres n'étant pas praticable.

2.8 - Audition de M. Daniel Tardy, Président de la Fédération Nationale des Travaux Publics, le 5 juillet 2000

La gestion patrimoniale du domaine public, c'est aussi pour M. Tardy la valeur des ouvrages équipant le territoire national construits par nos pères. Or quelle peut être cette valeur ? Il propose le chiffre de 10 000 milliards de Francs, sous bénéfice d'inventaire.

Derrière cette question apparaît la nécessité de mettre en œuvre une procédure d'estimation de ce patrimoine public qui reste toujours mal identifié. L'estimation va faire apparaître des surprises car les ouvrages ne faisant pas souvent l'objet d'un entretien adéquat, deviennent obsolètes. Notre patrimoine vieillissant et mal entretenu, se dégrade vite.

L'entretien exige une grande vigilance. Au cours du 20^e siècle, à la différence des siècles précédents, de nouveaux équipements ont été construits sans qu'on entretienne les actifs existants, qui ont été délaissés.

Une nouvelle crue parisienne telle que celle qu'on a connu en 1911 coûterait 55 milliards de F alors que prévenir la crue ne coûterait que 15 milliards. Les catastrophes naturelles peuvent être prévenues à condition qu'il y ait un minimum de travaux.

Un état des lieux n'est pas possible du fait de l'impossibilité d'avoir un inventaire disponible. Quant à la valorisation des ouvrages construits, ce n'est guère difficile : il suffit de prendre la valeur d'usage, c'est à dire la valeur de remplacement diminuée d'un pourcentage de vétusté sur une durée espérée. Pourtant le domaine public est source de valeurs : ainsi les voies (autoroutes par exemple) rapportent 100 milliards de francs à l'État, soit beaucoup plus que les charges.

On estime qu'actuellement les travaux d'entretien ou de réhabilitation représentent chaque année le tiers du montant total des travaux publics réalisés

en France, soit 150 milliards de francs. Ainsi les nouvelles normes sur l'eau vont entraîner à elles seules plusieurs milliards de dépenses. M. Tardy estime qu'un programme de réhabilitation des équipements français coûterait 300 milliards étalés sur 10 ans. Seuls les USA ont pris conscience de la nécessité de réhabiliter l'existant en lançant un programme quinquennal.

M. Tardy propose donc :

- un inventaire des équipements publics existants quels qu'ils soient, en distinguant le patrimoine naturel et le patrimoine artificiel ;
- l'établissement d'un tableau indicatif des remplacements nécessaires en fonction de l'état d'utilisation (il prend l'exemple du département de La Manche qui a fait établir un état des lieux des réseaux d'assainissement et d'eau potable pour ensuite décider d'un programme de renouvellement progressif) ;
- un programme national de réhabilitation (ce qui créerait des emplois) qu'on peut estimer à environ 30 milliards par an ;
- l'accélération de la mise en œuvre de la comptabilité patrimoniale des personnes publiques (Etat ou collectivité publique). Comme les entreprises, elles doivent avoir un bilan permettant de suivre leurs activités. Pourquoi, demande M. Tardy, le maire de ma commune ne me donne-t-il pas l'état de la propriété de la commune, biens qu'il gère pourtant pour le compte des citoyens ? Il faut arrêter de faire de ce domaine une "gestion émotionnelle" ; il faut gérer d'une manière rationnelle,
- enfin, de mettre un terme à l'insécurité juridique qui règne encore en France lorsqu'il s'agit de la gestion de biens du domaine public. Aux USA, la fiscalité est stable, en France la fiscalité locale est perpétuellement changeante.

Réactions des membres présents

M. Paufigue connaît ces propos mais il se demande s'il n'y a pas un risque de surinvestissement.

Réponse de M. TARDY : ce n'est pas un réel obstacle car cela ne peut que bénéficier à l'économie. Il regrette qu'il y a trop souvent une vision restrictive de la part des décideurs publics . Ainsi à la place des autoroutes à deux fois deux voies il aurait fallu dès le départ voir plus large (faire œuvre d'anticipation ?) et décider de construire des autoroutes à deux fois quatre voies. On ne connaîtrait pas les bouchons dont tout le monde se plaint.

M. Bezançon rappelle que certains ouvrages sont surveillés mais pas forcément entretenus : c'est ce qui se passe quand on est en régie et non en concession où le concessionnaire a l'obligation d'entretenir les ouvrages qu'il construit ou qu'on a mis à sa disposition. Il prend l'exemple des digues, comme celles des Bouches du Rhône qui ont cédé il y a quelques années,

ce qui a provoqué les énormes inondations en Camargue, que l'on connaît.

Me Bettinger rappelle que le manque d'entretien provient aussi de l'absence d'obligation juridique pour une personne publique d'entretenir son domaine public et les équipements publics : le défaut d'entretien n'est pas sanctionné par le juge administratif – sauf lorsqu'il y a des dommages – et l'obligation de financer les travaux d'entretien ne fait toujours pas partie des dépenses obligatoires.

M. Hy intervient à propos de la comptabilisation patrimoniale pour signaler que le chantier est en cours et que les communes sont en voie d'achever leur travail. Quant à l'inventaire, il y a le tableau général des propriétés de l'État (dans lequel il manque toutefois la voirie et les ouvrages d'art), qui doit être la base du travail d'évaluation. Mais il rappelle qu'il s'agit de biens hors du commerce. S'agissant des ouvrages d'art et des bâtiments comme le Château de Versailles, il ne voit pas la nécessité d'en chiffrer la valeur. Il faut en réalité distinguer entre les besoins et l'intérêt intellectuel. Pour lui, on ne peut pas transposer ici les règles de la comptabilité privée.

M. Tardy répond qu'au contraire, il faut essayer de rapprocher les règles des deux systèmes. Il cite l'exemple de la comptabilité de l'École des Ponts qui démontre que la comptabilité publique ne permet pas de connaître les besoins. Il a donc été nécessaire d'instaurer une comptabilité analytique en parallèle. Pourquoi peut-on connaître l'état en valeurs de la Générale Electrique et pas la valeur des biens de la ville de Nantes, même si la ville n'est pas cessible ?

M. Hy reprend la parole pour expliquer que la valorisation d'un patrimoine est nécessaire lorsqu'il y a une concurrence entre gestionnaires d'équipements, ce qui oblige à calculer une valeur d'usage. Ainsi le projet de directive communautaire sur les transports urbains nécessite que les biens mis à disposition soient valorisés. Mais ce n'est pas le cas pour toutes les collectivités publiques en France.

Il y a encore une difficulté : en fonction des textes actuels, la DGI ne peut faire cet inventaire puisqu'elle n'a pas le droit de se tromper. Il faudrait faire une place à l'expérimentation. A cet égard, il serait intéressant de consulter le Commissariat au Plan qui a travaillé sur ces questions. D'une manière générale, il est vrai que les habitudes budgétaires ne sont pas très incitatives d'une gestion rationnelle des biens.

M. Bezanon souligne une difficulté : nombre de bâtiments sont maintenus dans le domaine public alors qu'ils ne servent plus. Or la désaffectation ne pose pas de vrais problèmes. Seulement les administrations ne veulent pas vendre les biens qui ont perdu leur activité principale. Ne faudrait-il pas un dispositif les obligeant à s'en défaire, ou une politique d'incitation ? Il faut

drait commencer par limiter le processus d'extension de la domanialité publique grâce à une jurisprudence libérale. Le critère d'affectation devrait être très strict. Il cite à titre d'exemple la réserve foncière en matière aéroportuaire qui ne fait pas partie du domaine public tant qu'elle n'est pas affectée au service public.

Avant de terminer cette partie consacrée aux auditions, il est rappelé qu'au cours de tous ces mois il a été impossible d'avoir un aperçu de l'étendue du domaine public des collectivités territoriales et des établissements publics (de l'Etat ou locaux) ayant un domaine public. L'instruction M14 conduit à obliger les collectivités territoriales à dresser un inventaire des biens, remis à jour avec des règles d'amortissement. Cet inventaire devait être achevé au début de l'année 2000. Cette absence d'information ne peut que peser sur les réflexions.

III - ÉTAT DES PROPOSITIONS ACTUELLES DES MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL

Afin de faciliter les propositions des membres du groupe de travail, l'Institut de la Gestion Déléguée a tout d'abord fait diffuser le 29 mars 2000 un document sur les questions essentielles suivantes :

- **Sur les principales difficultés d'application de la loi de 1994**

La durée du titre d'occupation : cette durée actuellement de 70 ans, non renouvelable, vous paraît-elle suffisante ?

La précarité : les garanties d'indemnisation des occupants prévues par la loi en cas de retrait unilatéral de l'autorisation, sont-elles suffisantes ?

Les restrictions de l'article L.34-7 du code du domaine : l'interdiction de recourir au crédit-bail pour les biens directement affectés à l'usage du public ou affectés à un service public. Cette exclusion vous paraît-elle justifiée ? Sinon, quelles solutions d'évolution pourrions-nous proposer ?

- **Le problème des biens de retour dans les concessions de service public**

Le débat que nous avons eu lors de nos précédentes réunions a montré les limites inhérentes au système jurisprudentiel qui oppose les biens de reprise aux biens de retour dans les concessions. Le système actuel ne permet pas de financer l'investissement de ces biens de retour qui appartiennent ab initio à la personne publique délégante, et, dès lors, soumis au régime de la domanialité.

Serait-il intéressant de revenir à un régime de liberté contractuelle de la qualification des biens au moment de la négociation du contrat ? Quels seraient les avantages d'un tel système ?

● **Est-il opportun d'étendre le régime de la loi de 1994 aux collectivités locales et à leurs établissements publics ?**

Il convient de s'interroger sur les conditions d'une telle extension du système aux collectivités. En particulier, y a-t-il des évolutions du système préalables à une telle extension (une extension ne doit-elle pas être subordonnée à un abandon préalable des restrictions posées l'article L.34-7 du domaine de l'État ?).

Il a été ensuite demandé aux participants de s'exprimer.

Les réponses fournies à ces questions et les débats des derniers mois permettent d'esquisser les orientations suivantes :

3.1 - Dans le sens d'une amélioration des textes actuels

Les propositions d'amélioration figurent ci-après en italique :

3.1.1 - Sur le régime d'occupation du domaine public

Au cours de la réunion du 18 avril 2000, un certain nombre de réflexions communes ont été rassemblées au sujet des questions posées. Il en est ressorti les propositions suivantes :

- si la limitation à 70 ans de la durée des autorisations d'occupation a été jugée raisonnable dans la mesure où elle permet l'amortissement des investissements réalisés par l'occupant, en revanche le caractère non renouvelable du titre a été critiqué. Une évolution en ce sens est donc souhaitée.

- une évolution est fortement réclamée pour permettre d'accorder des garanties d'indemnisation aux occupants en cas de retrait d'une autorisation d'occupation. Il a été rappelé, une nouvelle fois, que les réticences des investisseurs privés à financer des opérations sur le domaine public étaient liées à une certaine précarité de leur situation, alors qu'en dehors de la France, c'est le contrat qui fait la loi entre les parties. Aussi, afin de rassurer les organismes prêteurs, les participants ont souligné l'intérêt de prévoir contractuellement les modalités de calcul de l'indemnité due au cocontractant en cas de retrait de l'autorisation.

- l'article L. 34-7 du Code du domaine de l'État relatif à l'interdiction de recourir au crédit-bail pour les biens directement affectés à l'usage du public ou à un service public n'a plus sa raison d'être ; il ne fait que limiter les possibilités de valoriser le domaine public lui-même alors que l'obligation d'obtenir l'agrément de la personne publique avant tout recours au crédit-bail est suffisamment protectrice du domaine.

- enfin, il serait opportun d'étendre aux collectivités locales et à leurs établissements publics le régime de la loi de 1994 car rien ne justifie l'existence de deux régimes d'utilisation du domaine public même s'il relèvent de per-

sonnes publiques de nature différente. Cette juxtaposition de deux régimes d'autorisation est une source de complications alors que l'objectif est chaque fois le même : la valorisation du domaine. Toutefois certains membres de la Commission considèrent que des modalités particulières devraient être introduites pour les collectivités locales.

Un minimum de bonne volonté des pouvoirs publics pourrait donc améliorer l'état actuel des textes. La contribution de M. Querrien pour la réunion du 31 mai 2000 montre que c'est techniquement envisageable.

Dans sa contribution du 31 mai 2000, M. Querrien a précisé ses propositions pour améliorer le dispositif de la loi du 25 juillet 1994.

• Sur le Régime juridique des autorisations constitutives de droits réels

- Durée limitée du titre et non renouvellement

La durée de 70 ans est celle qui avait été proposée initialement par le groupe de travail chargé de l'élaboration du Code des propriétés publiques, après consultation et acquiescement de plusieurs opérateurs portuaires, le projet devant, bien entendu, s'appliquer à toutes les catégories de dépendances du domaine public mais les ports étaient présumés requérir les durées les plus longues.

En revanche, il y a désormais lieu d'exclure toute possibilité de reconduction du titre au-delà de la durée maximum. Le conseil constitutionnel a déclaré contraire à la constitution la disposition introduite par voie d'amendement sénatorial qui créait cette possibilité alors qu'elle ne figurait pas dans le projet soumis au parlement : "Ainsi exercée après une période aussi longue et selon une procédure qui peut être réitérée sans qu'un terme définitif soit imposé par le législateur à l'exercice de ces droits réels sur le domaine public, une telle faculté est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique" (décision n° 94.346 DC du 21 Juillet 1994).

Il est en effet indispensable que l'Etat recouvre périodiquement et de plein droit, la pleine maîtrise de son site domanial de manière à pouvoir en redéployer l'utilisation en fonction des besoins. Toute faculté de reconduction risquerait d'aboutir, du fait des accommodements ou des pressions, à une pérennisation abusive de l'occupation privée et à une expropriation rampante de la personne publique. A titre d'élément de comparaison, il est à craindre que cette dérive ne s'observe avec les concessions ostréicoles renouvelables de 35 ans en 35 ans en vertu d'un décret de 1987.

C'est d'ailleurs ce qui a motivé la non-application du régime des droits réels à ces concessions lors de la préparation de la loi d'orientation mutatis mutandis, la décision du conseil constitutionnel y aurait fait obstacle.

Mais rien n'interdit à l'autorité domaniale, rentrée dans l'intégrité de ses droits, d'accorder à la même personne privée une nouvelle autorisation d'occupation constitutive de droit réels prenant en compte les nouveaux projets d'investissements à des conditions, notamment sur le plan financier, qui doivent évidemment tenir compte de la valorisation du site. Les gestionnaires du domaine sont ainsi appelés à se livrer à une évaluation économique de la situation et de son développement et cette vision économique est très importante. Il semble d'ailleurs que, dès la première phase d'application de la loi du 25 juillet 1994, le port autonome de Dunkerque soit entré dans cette voie.

● Précarité

Il faut bannir ce mot des textes et des commentaires. Il ne traduit ni les intentions, ni les probabilités. Il ne sert qu'à éveiller des fantasmes et à provoquer des commentaires désobligeants. L'intérêt des gestionnaires du domaine est que les occupations se poursuivent jusqu'à l'expiration du titre, toutes les fois que l'occupant n'est pas en faute ou que la nécessité d'un redéploiement ne s'impose pas impérieusement.

Il préfère qu'on s'exprime en des termes aussi proches que possible de ceux du 3^e alinéa de l'article L34.3 CDF :

"A l'issue du titre d'acquisition, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier existant sur la dépendance domaniale occupée doivent être démolis, soit par le titulaire de l'autorisation, soit à ses frais, à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition.

Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'État, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques.

Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée. Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. Les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité...".

Les termes de cet alinéa, concernant l'indemnisation ont d'ailleurs été considérés comme de nature à rassurer les candidats investisseurs. Il y a lieu de s'en tenir à ses termes, alors surtout que "les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation", naturellement

dans la limite définie par la phrase qui précède "préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée".

- Détermination précise de la consistance du droit réel conféré.

Après avoir rappelé l'article L.34.1 du CDE qui dispose :

Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre.

Ce droit confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et limites précisées dans la présente section, les prérogatives et obligations du propriétaire.

Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers sans pouvoir excéder soixante dix ans.

Il reconnaît que le décret d'application du 6 mai 1995 (art. R. 57.5 II du CDE) a fait l'objet d'une rédaction un peu trop rigoureuse. En particulier, en mentionnant la "liste" des ouvrages qui doivent être maintenus en état jusqu'à l'expiration du titre, il paraît impliquer que tous les ouvrages projetés sont recensés avec précision avant même la présentation de la demande d'autorisation, alors qu'un minimum de souplesse s'impose, même sur les chantiers industriels. Mieux vaudrait peut-être parler de "catégories d'ouvrages". L'article L.34.1 alinéa 3 de la loi qui parle de "nature" et "d'importance" ne prenait pas parti pour une revue de détail.

● **Financement des investissements par crédit-bail**

M. Querrien se prononce en faveur de cette réforme : "Les garanties résultant de l'agrément de l'autorité domaniale avant tout recours au crédit-bail dans les cas où celui-ci n'est pas exclu devraient permettre de ne l'exclure dans aucun cas".

On peut toutefois hésiter sur le mot "agrément" : il ne s'agit pas d'agréer le crédit-bailleur, encore que le profil de celui-ci puisse motiver une décision négative, mais de refuser le recours au crédit-bail au cas où l'opération à financer ainsi se traduirait par un accroissement des charges ou une diminution des ressources de l'Etat (ou établissement public, propriétaire du domaine). Il y a lieu de maintenir ces réserves, sans se dissimuler qu'elles correspondent le plus souvent à des paris pessimistes sur les chances de l'opération. Mais il faut aussi permettre au ministre des finances d'éviter qu'un foisonnement des recours au crédit-bail n'aboutisse à une anticipation globalement inflationniste, notamment dans le secteur du "service public ou des travaux d'intérêt général". Ce n'est pas très facile à exprimer,

mais si l'on supprimait l'exclusion et si l'on rédigeait quelque chose comme "cette autorisation peut être refusée notamment si..." on aurait progressé sans gloire, mais on aurait progressé. Reste à trouver mieux si possible.

● **Extension aux collectivités locales et à leurs investissements publics**

Le préalable "crédit-bail" étant supposé résolu, M. Querrien pense qu'on pourrait envisager un nouveau dispositif qui serait le suivant :

La loi conférerait aux régions, aux départements, aux "grandes" communes (30 000 habitants ?) et aux groupements de communes de taille suffisante, la faculté d'accorder des AOT ou des conventions constitutives de droits réels. A l'inverse du cas de l'État, il faudrait une clause expresse.

Pour les établissements publics, autres que des regroupement de communes, un dispositif d'habilitation spéciale serait nécessaire.

Quant au maintien du bail emphytéotique administratif avec sa référence historique du code rural, on peut se demander s'il est vraiment utile. Il resterait à préciser pourquoi et à s'assurer qu'une dualité de régime ne comporte pas plus d'inconvénients que d'avantages. On éprouve malheureusement beaucoup de difficultés à recenser les applications de la loi de 1988.

Dans sa lettre du 21 mai 2000, Mme RIGOLOT indique que la loi de 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public de l'État et de ses établissements publics a, d'une certaine façon, clarifié les choses et rassuré les occupants du domaine, mais imparfaitement :

En effet, nul ne sait très bien quelle est la nature du droit sur les installations construites par le titulaire de l'autorisation d'occupation. Avant la loi, il était admis auparavant qu'il pouvait lui être reconnu un véritable droit de propriété sur la construction, alors que cette loi lui ne lui accorde qu'un "droit réel".

Ce droit paraît donc moins important que le droit accordé par les textes et la pratique du droit privé, soit dans le cadre d'un bail à construction, d'un droit de superficie ou d'une dissociation de propriété. Dans ces régimes, le preneur se voit reconnaître un véritable droit de propriété, sur les constructions édifiées, le droit réel ne portant que sur le terrain : le droit réel sur le terrain est l'assise foncière d'une construction dont le preneur est véritablement propriétaire. La seule limite est que la propriété se perd par l'expiration du bail.

Ce n'est d'ailleurs sans doute pas, par inadvertance, que le législateur de 1994 a employé cette terminologie voulant bien signifier que les droits accordés restent "anormaux".

Cette limitation de droit apparaît clairement à l'examen des conditions de résiliation. Certes, il y a indemnisation mais indemnisation n'est pas prix. Je n'insiste pas car je suis tout à fait d'accord avec ce qui a déjà été dit sur ce sujet. Cette limitation du droit résulte également de l'affirmation du caractère intuitu personae de l'autorisation et des droits : l'autorisation serait proche d'une autorisation unilatérale et on est bien loin du droit de propriété opposable erga omnes.

Le caractère personnel de l'autorisation est extrêmement gênant et peut entraver les opérations entre sociétés tout au long de la vie du bien. Par ailleurs, l'autorisation précise généralement l'affectation du bien, ce qui constitue une limitation au droit de disposer.

"Je ne dis pas qu'il ne faille aucune limitation du droit car certaines sont indispensables dans la mesure où l'on est dans le domaine public et que par nature, le domaine ne peut pas être complètement aliéné. Mais il faudrait s'interroger sur les justifications de ces différentes amputations du droit de propriété. La loi ne devrait imposer que celles qui sont indispensables dans tous les cas et simplement autoriser l'autorité responsable du domaine à imposer contractuellement les limitations complémentaires qui lui apparaîtraient utiles à la protection du domaine dans le cas particulier".

La faculté de résiliation, si les besoins du domaine le justifient, reste certainement nécessaire. Mais on devrait prévoir en ce cas le règlement d'un prix (et pas d'une indemnité). En revanche, le contrôle de l'affectation n'est certainement pas toujours indispensable.

Le groupe de travail devrait donc proposer de distinguer complètement, d'une part le cas de la construction sur domaine public mais à usage strictement privé, l'assiette du domaine n'étant qu'un hasard de localisation et d'autre part, les droits d'une personne privée sur des constructions édifiées par elle pour l'exercice d'une activité dans l'intérêt du propriétaire du domaine. En revanche, elle pense que le régime du BEA de la loi de 1988 a fait ses preuves et qu'il doit être poursuivi.

Selon M. Querrien peu importe la "vraie" nature du droit réel d'une A.O..T. de la loi de 1994 puisque cette loi confère elle-même à son titulaire "les prérogatives et obligations du propriétaire". Comme dans les contrats de droit privé, les droits du titulaire de l'A.O.T. ne se perdent que par l'expiration de l'autorisation. Sauf faute caractérisée du titulaire, le retrait avant terme est exceptionnel.

Dans sa contribution du 30 mai 2000, M. LOZANO revient essentiellement sur la loi du 25 juillet 1994, à la fois pour poser de judicieuses questions sur la portée réelle de cette loi et aussi pour en demander de meilleures applications.

La suggestion du groupe de travail de s'interroger sur les conditions d'application du droit de la commande publique (dont fait partie par exemple la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique ou la directive Travaux 93/37) aux conventions qui interviennent dans la mise en place des opérations dites complexes lui apparaît à cet égard essentielle.

En effet si l'État et ses établissements publics peuvent utiliser les dispositions de la loi de 1994 pour la construction d'ouvrages publics sur le domaine public, avec un financement privé, ce genre d'opération s'effectue souvent dans des conditions qui ne sont pas totalement claires, malgré l'avis du Conseil d'État du 31 janvier 1995.

Certes la loi de 1994 permet de délivrer des A.O.T. constitutives de droits réels pour la réalisation "d'ouvrages, constructions ou installations nécessaires à la continuité du service public", mais cela permet-il vraiment de réaliser tout type d'ouvrage public selon cette procédure ? Lors de la journée d'études du 30 mai 1996 organisée par la Faculté de droit d'Orléans, M. Henri Jacquot a évoqué les exemples les plus courants : "pistes d'aéroport, voies ferrées, quais de port, jetées, bâtiments affectés à la réception et au transport de voyageurs, restaurants ou cités de voyageurs, commissariats de police palais de justice, bâtiments affectés à l'exercice d'un service public, etc".

Dans son avis de 1995, le Conseil d'État a indiqué il est vrai que la loi de 1994 "n'exclut pas que le droit réel soit utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage qui serait mis par voie de bail, à la disposition de la personne gestionnaire du domaine de l'État", mais cela vaut-il pour tout type d'ouvrage public alors que la question posée par le ministère de l'Intérieur portait sur la réalisation d'immeubles de bureaux ?

Le ministère de l'éducation nationale a utilisé à plusieurs reprises la loi de 1994 pour la réalisation de résidences universitaires (uniquement par le truchement d'offices publics ou de SA d'H.L.M., d'O.P.A.C.) puisque ces constructions sont nécessaires à la continuité du service public.

Est-il cependant possible qu'il fasse réaliser selon cette procédure tout un Institut Universitaire de Technologie ? Ne s'agirait-il pas dans ce cas d'un détournement de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique et du code des marchés publics ?

Cette question relative au champ d'application de la loi de 1994 doit à son avis être examinée avec la plus grande attention par le groupe de travail. Au delà de l'aspect juridique, l'aspect financier et budgétaire est à considérer également **car ce type de mécanisme revient à faire de l'investissement avec des sections de fonctionnement et contrevient à la règle de l'annualité budgétaire.**

Une autre clarification s'impose : elle concerne les modalités de dévolution des A.O.T. constitutives de droits réels sur le domaine public. La loi de 1994 est muette sur ce point. A quelles obligations de publicité préalable et de mise en concurrence doit-on satisfaire ? Les autorisations d'occupation domaniale sont-elles hors du champ d'application du code des marchés publics ? Les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ne s'appliquent que si l'A.O.T. est couplée avec une délégation de service public. Reste la directive Travaux 93/37 avec ses textes de transposition qu'il convient d'examiner de près afin de déterminer avec précision s'ils s'appliquent aux opérations réalisées dans le cadre des A.O.T. constitutives de droits réels.

La loi de 1994 n'a pas défini les procédures d'attribution des A.O.T.

Autres réactions et autres propositions

Plusieurs membres se sont demandés au fil des réunions si la notion d'aménagement spécial n'était pas dépassée et s'il ne fallait pas trouver une autre approche pour reconnaître l'existence d'un domaine public.

A propos de la durée des titres d'occupation de la loi du 25 juillet 1994, certains ont rappelé que l'allongement de la durée des titres conférant des droits réels pourrait se heurter à un obstacle constitutionnel, puisque le juge constitutionnel a estimé que le renouvellement de cette durée de 70 ans portait atteinte aux principes fondamentaux applicables aux propriétés publiques. La marge de manoeuvre du législateur n'est donc sans doute pas illimitée. Enfin, l'allongement de la durée du titre n'est peut-être pas la revendication principale des occupants : ceux-ci souhaitant surtout l'aménagement de la précarité des titres d'occupation du domaine public, notamment lorsqu'ils sont constitutifs de droits réels en application des dispositions de la loi du 25 juillet 1994.

Au sujet de la précarité et des garanties d'indemnisation des occupants en cas de retrait unilatéral de l'autorisation, d'autres ont fait remarquer que la loi n'innove guère en se concentrant sur le "préjudice direct, matériel et certain" né de l'éviction car la jurisprudence avait déjà admis ce droit à indemnisation. L'article L.34-3 renvoyant au titre pour la détermination des règles d'indemnisation, il laisse toute latitude au cadre contractuel (v. égal. art. R.57-5-1.III du C.D.E.). A cet égard les occupants, ou plus exactement leurs financiers, ont tendance à considérer que le "droit réel administratif", qui a été présenté comme une garantie, reste finalement quelque chose d'assez évanescant, difficilement appréhensif, en tout cas insusceptible de constituer les garanties parfaites qu'ils attendent lorsqu'ils s'engagent. D'ailleurs M. Querrien a rappelé qu'il avait proposé de reconnaître au titulaire de

l'A.O.T. un droit de propriété temporaire. Le Conseil d'Etat a préféré l'expression "droits réels". Ne faudrait-il pas revenir à cette première proposition ?

Quant à l'exclusion de l'article L.34-7 du code du domaine de l'État, elle se justifie d'autant moins que le financement par crédit-bail, y compris des installations nécessaires au fonctionnement du service public, est admis et reconnu par d'autres dispositions législatives. Ce n'est donc pas cet aspect qui doit être considéré comme étant à l'origine de cette prohibition. Dans le cadre des baux emphytéotiques administratifs (BEA), le recours au crédit-bail pour les installations nécessaires au fonctionnement du service public local n'a fait aucune difficulté (étant précisé que financement en SOFERGIE et BEA peuvent être combinés). Alors pourquoi ne pas éliminer cette prohibition qui n'a pas de vraie justification ? D'ailleurs, il faudrait peut-être s'interroger sur la portée réelle de cette exclusion, qui ne concerne, par définition, que les services publics pris en charge par l'État ou par des établissements publics nationaux. En droit communautaire, cette prohibition n'est pas sans poser des questions.

Compte tenu des règles applicables au financement des équipements publics locaux affectés à un service public, il semble qu'il n'y ait aucun obstacle réel à l'extension du financement par crédit-bail des installations réalisées par le gestionnaire d'un service public. Il n'existe aucune différence de nature qui justifie le maintien de l'article L.34-7 pour des installations qui, si elles sont réalisées par une collectivité territoriale, peuvent être financées par contrat de crédit-bail. Une difficulté administrative pourrait exister : le Ministère des finances n'est guère favorable à la pratique des engagements hors bilan car cela peut coûter plus cher qu'un emprunt. Actuellement d'ailleurs une collectivité publique peut emprunter à un taux moins cher que si elle a recours au crédit-bail. A cette occasion, il a été rappelé que la sortie du domaine public ne se fait pas nécessairement par la vente ; elle peut se faire par l'échange, solution mal connue. De même la vente sous condition suspensive reste une technique mal connue de l'administration.

Sur l'extension du régime de la loi de 1994 aux collectivités locales et à leurs établissements publics, des membres du groupe de travail ont fait remarquer que la loi de 1994 et les dispositions relatives au BEA ne se recoupent pas entièrement. Dans le cadre des articles L.1311-2 et suivants du Code général collectivités territoriales, un montage en BEA ne peut être réalisé que dans le cadre d'une mission de service public ou pour une opération d'intérêt général alors que cette réserve n'existe pas dans la loi de 1994 qui peut donc conférer des droits réels à un occupant du domaine privé qui réalise des investissements purement privés.

Par conséquent, en ce qui concerne le domaine public local, les occupants y verraient sans doute un avantage puisqu'ils seraient désormais titulaires

d'un droit réel, même "administratif". Enfin, l'extension de la loi du 25 juillet 1994 pourrait – hormis la difficulté de l'article L.34-7 précitée – poser la question de la liaison avec le régime du BEA qui devrait être adapté à une telle extension.

La majorité des membres de la Commission privilégie le BEA sur le système des A.O.T. Ils considèrent le BEA comme étant plus "pratique" qu'une A.O.T. aux contours plus vagues, et demandent que le rapport fasse mention de cette préférence. L'A.O.T. "doit recouper le BEA" selon la formule d'un des membres. M. Gaudemet demande pour sa part que le système des A.O.T. soit étendu aux opérations d'intérêt général.

3.1.2 - Sur la distinction des biens de retour et des biens de reprise dans les concessions de service

Mme RIGOLOT pense que la théorie des biens de reprise et des biens de retour règle traditionnellement le cas des constructions édifiées par le titulaire d'une délégation de service public. Selon elle, il n'y a aucune raison qu'elle ne s'applique pas également lorsque c'est le titulaire d'un marché qui, pour réaliser sa prestation, doit établir des ouvrages sur les emprises du maître de l'ouvrage. Il serait bon toutefois qu'il soit précisé qu'en cas de marché public, la théorie applicable est identique ainsi que le régime des biens selon les situations.

A priori :

- S'il y a transfert de propriété immédiate, il y a en partie marché de travaux,
- S'il y a transfert de propriété vers le maître de l'ouvrage en fin de contrat, quid ? (en fait, c'est un METP ou un BOT).

Si le titulaire du contrat peut enlever les travaux effectués, il y a simplement mise en œuvre de ses propres moyens par un prestataire pour assurer sa prestation. Mais, dès lors que les constructions et les réalisations sont économiquement indissociables du bien dépendant du domaine public, la reprise est économiquement sans intérêt."

M. Querrien propose, dans sa contribution du 31 mai 2000 d'éviter désormais d'employer la terminologie "biens de retour" et "biens de reprise" qui sert surtout à intituler les paragraphes des conventions en cours. Malgré tout il ne paraît pas souhaiter la suppression de cette distinction qui permet de distinguer :

- les biens qui resteront la propriété du concessionnaire ;
- les biens qui, en fin de concession, reviendront au concédant.

Reste à savoir alors comment l'exprimer, en l'articulant ou non (en ce qui concerne l'Etat et les établissements publics nationaux) avec la loi du 25 juillet 1994. Il propose en ce cas :

- En ce qui concerne l'État et les établissements publics nationaux qu'un texte détermine, à l'intérieur d'un contrat de concession passé par eux, les catégories de biens :

- auxquelles s'applique la loi de 1994 (a)
- qui sont soustraites à l'application de cette loi (b)
- qui sont et demeurent la propriété du concessionnaire (c).

Deux questions se poseraient alors :

- la catégorie (b) a-t-elle lieu d'exister, dès lors qu'il y a (a) et (c) ?
- à quel niveau de texte faut-il recourir ? S'agissant de concession, un décret devrait suffire.

L'article R 57.2.1 du C.D.E. laisse au cahier des charges (cahier des charges ou convention peu importe), le soin de régler le point (a) c'est-à-dire de définir les biens dont le concessionnaire sera quasi propriétaire pendant la durée de la concession. Comme la loi de 1994 n'a pas entendu porter atteinte au régime de la concession, le même document peut légalement régler le point (c). Il n'est donc pas sûr qu'on ait besoin d'un texte de principe. Il suffirait d'assouplir les documents types.

- En ce qui concerne les collectivités territoriales, actuellement rien n'a changé. Faut-il, en ce qui les concernent, revoir aussi les documents-types (sans référence à la loi de 1994) ?

Lors de la réunion du 18 avril 2000, il a aussi été proposé de faire échec au régime des biens de retour alors que la loi de 1994 reconnaît la propriété de l'occupant pendant la durée du titre d'occupation sur les biens et constructions qu'il réalise. Il s'agirait alors de privilégier une détermination contractuelle des différents types de biens dans le cahier des charges de nature à élargir la catégorie des biens de reprise "...biens qui appartiennent au concessionnaire et qui échapperaient ainsi au régime de la domanialité publique. Cette technique permettrait de faciliter le financement de l'investissement de ces biens, même affectés au service public. La convention pourrait prévoir les modalités de leur reprise par la personne publique : cette dernière pourrait même réaliser, à partir d'une certaine durée, à titre gratuit".

Me Bettinger pense que l'amélioration et une clarification de l'état actuel du droit passe par la disparition de cette distinction entre biens de reprise et bien de retour.

La catégorie des biens de retour est une création uniquement jurisprudentielle et relativement récente (née dans les années 1950). A l'origine, il fallait dissocier parmi les biens construits et financés par le concessionnaire ceux qui étaient réputés appartenir, dès leur construction, à la collectivité concédante (ce furent les biens de retour réputés être la propriété de la col-

lectivité publique ab initio) et ceux qui n'appartiendraient à la collectivité concédante qu'à l'échéance du contrat et souvent moyennant des indemnités de reprise. Ils étaient regardés comme étant la propriété du concessionnaire pendant la durée du contrat. Les premiers devaient revenir à la collectivité en principe gratuitement, les autres contre le paiement préalable d'indemnités financières. Or, en pratique, il en fut tout autrement. D'abord les biens de retour n'ont pu être repris que contre le paiement de financements non encore éteints ou contre la substitution préalable de la collectivité concédante au concessionnaire (il n'y avait plus d'automatisme absolu) ; ensuite le Conseil d'Etat n'a pas admis que le concessionnaire puisse conserver des biens de reprise à l'échéance du contrat dès l'instant où ils s'avéraient être nécessaires à la poursuite du service public. Le droit de propriété du concessionnaire sur les biens de reprise s'efface en quelque sorte devant la continuité du service public (cf. l'affaire des téléphériques du massif du Mont-Blanc). Le juge administratif a ainsi ordonné l'expulsion du concessionnaire des biens de reprise, à l'occasion d'une échéance contractuelle, malgré les emprunts en cours et les dettes financières non éteintes. Il en va ainsi que les biens soient des infrastructures immobilières ou des biens mobiliers (autobus).

Les clauses contractuelles ne résistent donc pas devant les impératifs du service public.

D'ailleurs, le fait que le droit communautaire ait désormais appréhendé le système de la concession permet-il encore une réflexion purement française en ce domaine ?

On signale d'ailleurs que la nouvelle concession de service ne permet plus la construction de biens dépassant le seuil des marchés de travaux, ce qui limite l'étendue des biens qu'un concessionnaire de service public peut désormais construire sans être soumis à la directive travaux. Il faudrait plutôt demander à la Commission Européenne quel système contractuel relatif aux biens du concessionnaire est compatible avec le droit communautaire lorsque sont en cause les prérogatives des collectivités concédantes permettant de reprendre, à tout moment, les biens nécessaires à la poursuite du service public sans indemnisation préalable (pouvoir de résiliation unilatérale du contrat ne pouvant pas être entravé par une disposition contractuelle). Il y a ici un élément d'incertitude qui peut parfois enrayer les efforts d'investissements sur le domaine public.

3.2 - Dans le sens d'une véritable réforme

- Dans sa contribution du 29 mai 2000, M. Bezançon a développé les raisons qui, selon lui, devraient amener l'Institut de la Gestion Déléguée à

préparer les éléments fondamentaux d'une future loi sur le thème de la gestion du domaine public couvrant des questions de principes et offrant des outils modernisés et clarifiés. Afin de ne pas déformer sa pensée, le texte est rapporté ci-dessous :

Principes

- Le domaine public n'est pas seulement régi par le principe de l'inaliénabilité qui a été souvent mal compris ; il faut rappeler que le domaine est source de richesses et doit être utilisé et valorisé à bon escient et ne pas rester inoccupé ou inutilisé, ce qui constitue un défaut de gestion des finances publiques.
- Le domaine public doit être ramené à de justes proportions et une liste précise doit en donner le contenu à l'instar de ce qui avait commencé à être fait par le Code Civil. Cette liste doit exclure précisément tous les objets d'occupation banalisés (bureaux, espaces inutilisés, locaux banalisés) dont la sacralisation inutile est lourdement pénalisante pour les collectivités publiques.
- Une liste exacte et ad hoc établissant par voie informatique les propriétés de toutes les personnes publiques doit exister, même si son élaboration doit prendre du temps. Elle comprendrait une valeur connue ou estimée des biens et la justification annuelle ou bisannuelle de leur utilisation.
- Une véritable obligation de gestion et de valorisation du domaine public doit exister, les domaines "morts" doivent retourner à des utilisateurs plus actifs en cas de carences de certains ministères.
- L'utilisation du domaine public et des propriétés banalisées de l'État, des collectivités publiques et des établissements publics devrait faire l'objet d'un vote des assemblées concernées sur présentation d'un tableau de gestion.

Moyens

- S'agissant des propriétés banalisées l'échange, la vente et la location devraient être largement utilisables et par voie déconcentrée s'agissant des propriétés de l'État.
- La création d'un contrat de gestion déléguée du domaine public artificiel (ou des équipements appartenant aux collectivités, mais non classés domaine public) doit permettre de résoudre le lancinant problème d'absence de contrat de gestion déléguée du domaine pour tous les locaux de service public. L'exemple des contrats PFI est assez éloquent pour pouvoir servir de source d'inspiration sur ce qui pourrait être fait. Cet outil de gestion patrimoniale s'appuierait sur des considérations économiques comparant les coûts en régie et en délégation. Cette proposition ne concerne évidemment pas le domaine public naturel.

- Ce contrat ne comporterait de droits réels qu'en fonction de la décision des Assemblées concernées, seules compétentes pour en apprécier l'utilité, ou par des délégations aux autorités exécutives. Ainsi serait réglé le cas des délégations à fin d'intérêt général maintenues à côté des délégations de service public. Il ne serait pas traité que de la seule question domaniale mais également d'autres éléments nécessaires à ce type de contrat en permettant notamment plusieurs cas de figure en matière financière par inclusion explicite des cofinancements publics, et du financement public complet (à l'instar des PFI) de ce type de contrat de longue durée. L'investissement initial ne serait pas forcément effectué par la personne privée. D'une façon générale, rien n'interdit que le cadre général de la structure de quelques types de contrats soit tracés par la loi.

- Les droits et les obligations de ce droit réel devraient être "calibrables" par référence à une liste contenue dans la loi, certains droits seraient hypothécatibles et d'autres pas, le crédit bail ne serait pas toujours permis, les biens de reprise ou de retour pourraient figurer dans cette liste, les droits de contrôle des collectivités et de l'Etat étant dûment indiqués.

- La place exacte des notions anciennes du droit des concessions pourrait être précisée. Ainsi les garanties d'intérêt, les partages de bénéfices, les formes d'imprévision pourraient être utilement précisées.

- Un véritable statut du crédit bail public devrait d'autre part être créé, réglant notamment les questions des droits exacts des établissements financiers ou des investisseurs en cas de recours à ce système, l'inscription comptable des engagements et le contenu des conventions tripartites. Les personnes décisionnaires doivent être citées dans la loi particulièrement s'agissant des services d'Etat. Les élus nationaux doivent pouvoir suivre les engagements de ce type alors que ce n'est actuellement pas le cas explicite. Le domaine réservé des Sofergies mérite peut être d'être revu (loi de décembre 1986) et les biens et services susceptibles de crédit bail doivent être listés sous forme générique".

M. Gaudemet a dressé les lignes directrices de l'évolution qui lui paraît souhaitable dans sa lettre du 12 novembre 2000. Il en voit trois :

- Réfléchir aux instruments juridiques permettant de **limiter le champ de la domanialité publique** et, plus précisément, de l'écarter là où elle n'apparaît pas nécessaire. A cet égard "...en conservant les critères habituels pour le domaine public naturel, il faudrait réfléchir à une évolution qui, pour le domaine artificiel affecté aux services publics, compléterait les critères ordinaires de la domanialité publique par la nécessité d'une décision explicite de classement de la part de la personne publique propriétaire. Cette dernière solution devrait prévaloir également pour le domaine public

mobilier". Cette proposition est formulée même si la distinction du domaine naturel et du domaine artificiel présente parfois certaines difficultés (il cite le cas du domaine public hertzien).

- **Affirmer que toute autorisation d'occupation du domaine public confère à son titulaire, sauf dispositions contraires de ce titre, les droits et prérogatives du propriétaire sur les installations qu'il réalise sur le domaine occupé, et cela pour la durée du titre.** "De là, dit M. Gaudemet, découle mécaniquement la disposition de tous les outils du droit privé attachés à la propriété, notamment pour le financement des investissements de valorisation que ce titulaire réalise au bénéfice de l'occupation qui lui est consentie (crédit hypothécaire, crédit-bail, location, etc)".

- **Le régime de la domanialité publique doit s'accommoder de tous les droits réels portant sur lui,** dès lors que ceux-ci sont compatibles avec l'affectation : "...Cela vaut pour l'occupant domanial bien sûr, mais aussi pour les voisins du domaine public et permettrait d'organiser dans le droit les rapports réels qui nécessairement doivent unir les volumes privés et publics dans les opérations contemporaines d'ouvrages complexes".

Il ajoute : "Cette troisième proposition est justifiée, sur le plan des principes, par le fait que l'inaliénabilité (dont on a abusivement déduit l'interdiction des droits réels) n'existe que pour protéger l'affectation. Ce qui est inaliénable, disait Marcel Waline, c'est l'affectation. Dès lors que les droits réels consentis respectent l'affectation, il n'y a aucun motif à les écarter au nom de l'inaliénabilité".

*

**

A la fin des travaux de cette première étape, on peut résumer la situation ainsi

L'ensemble des interventions des membres du groupe de travail a montré que dans leur grande majorité ceux-ci souhaitent une clarification du dispositif français actuel relatif à l'utilisation du domaine public.

Que ce soit les membres appartenant aux Ministères intéressés, les grands opérateurs qui sont confrontés à la concurrence internationale, les représentants des secteurs de services soucieux de chercher des solutions aux exigences de la domanialité publique ou les représentants de personnes publiques territoriales confrontées à la nécessité de valoriser leurs domaines publics, tous demandent à des degrés variés une amélioration de la situation actuelle jugée trop complexe et inadaptée au monde moderne. Tout le monde a été d'accord pour que soient levées les restrictions de gestion trop générales et trop étendues.

Jusqu'à présent, il n'y a pas d'outil parfaitement adapté à l'ensemble des situations ; le législateur n'a réglé que des problèmes ponctuels dans des situations particulières. De nombreuses complications subsistent : ainsi pourquoi une A.O.T. dépassant 20 millions de francs exige-t-elle une autorisation de plusieurs ministres ? On mesure l'importance des délais de réalisation d'un projet dans de telles conditions. En outre, la multiplication des textes entraîne une réelle insécurité juridique. On doit rappeler qu'un bilan d'application des lois de 1988 et de 1994 a été demandé par plusieurs membres de la Commission comme un préalable à toute proposition de réforme.

Des améliorations sont indispensables, sans remettre en cause les fondements de la domanialité publique comme le principe d'inaliénabilité. Les investisseurs – surtout internationaux – ont toujours beaucoup de difficultés à comprendre ce qu'il est possible d'entreprendre sur le domaine public français. Le pouvoir quasi-discrétionnaire de l'Etat sur le domaine public effraie souvent les financiers habitués à une grande lisibilité de leurs droits.

Ces améliorations ne seront cependant pas possibles si on recherche seulement une meilleure utilisation des règles actuelles car on a vu qu'on se heurte à des obstacles textuels, qu'ils concernent le régime de la domanialité publique ou les règles budgétaires applicables aux opérations sur le domaine. Elles passent donc obligatoirement par une clarification textuelle. Le 26 janvier 2000, M. Querrien a reconnu que finalement il fallait avoir le courage d'aborder franchement le problème d'une loi qui autoriserait le recours au crédit-bail en supprimant la restriction de la loi de 1994. Il y a d'autre part des problèmes de domanialité publique sans qu'on soit pour autant en présence d'un service public.

Mais, allant plus loin, certains des membres du groupe de travail se demandent s'il ne faut pas s'engager vers une réforme plus ambitieuse qui appliquerait au domaine public de l'Etat ou des Collectivités Locales des normes modernes de gestion. A cet égard pourquoi ne pas accepter l'idée d'une gestion déléguée de biens relevant du domaine public artificiel, confiée à des opérateurs privés dès lors qu'il ne s'agit pas d'une activité relevant du pouvoir prétorien de l'Etat mais d'une simple activité économique. Il faut, en tout cas, des contrats d'occupation jouissant d'une meilleure stabilité juridique, permettant désormais les investissements et ne dissuadant plus les opérateurs d'investir. Jusqu'à présent la contractualisation des dépenses sur le domaine public a souffert d'un corset trop serré. Ils proposent aux pouvoirs publics d'adopter le principe d'une loi sur la gestion patrimoniale du domaine public.

Si cette position n'était pas retenue, il faudrait au minimum clarifier le dispositif législatif actuel qui cumule deux régimes juridiques distincts pour une même préoccupation : utiliser au mieux le domaine public (d'Etat ou des

collectivités locales). Il faut, en effet, un texte – et un seul – sur les droits d'occupation du domaine public, qu'il soit de l'État ou d'une collectivité territoriale, à l'exception bien sûr du domaine naturel (exemple, la mer ou le littoral) qui doit être laissé de côté.

Il faut améliorer les règles d'administration du domaine car il n'est pas normal que des biens considérables ne soient pas gérés ou entretenus d'une manière plus rationnelle, dans le même temps où les chefs d'entreprise se voient sanctionnés pour ne pas gérer de manière efficace les biens de l'entreprise. Il ne faut pas laisser "dormir" les actifs.

Certains ont même formulé les propositions suivantes, sous réserve de celles qui pourraient apparaître à l'issue de prochaines auditions :

- 1) - un rapprochement harmonisé des dispositifs issus des lois de 1988 et de 1994, voire une fusion des deux textes,
- 2) - l'intégration d'un bien dans le domaine public artificiel ne doit plus dépendre de situations de fait mais doit être la conséquence d'une décision expresse prise par l'autorité administrative concernée (tout bien du domaine public serait donc assorti de la décision administrative le concernant à compter d'une date à fixer dans la loi),
- 3) - un bien ne peut être considéré comme appartenant au domaine public que s'il est affecté au service public ou s'il est ouvert au public,
- 4) - tout contrat d'occupation du domaine public ne pourra être attribué qu'à l'issue d'une procédure de mise en concurrence (à l'instar d'autres contrats administratifs générateurs de richesses),
- 5) - l'entretien d'un bien appartenant au domaine public, constitue une dépense obligatoire (ce qui entraîne par exemple pour les collectivités communales un nouvel alinéa n° 32 à l'article L. 2321-1 du Code Général des Collectivités Territoriales),
- 6) - Le recours au crédit-bail devrait être consacré.

Mais lors de la dernière réunion du 14 décembre 2000, la majorité des membres de la Commission n'a finalement accepté de retenir que les propositions n° 1,3,5 et 6. En revanche vis à vis de la proposition n°2, il a été émis le vœu qu'on cesse d'étendre la domanialité publique à des biens qui ne doivent pas y figurer (c'est le fameux exemple des bureaux dont la majeure partie devrait faire partie du domaine privé de l'administration. De nombreux bureaux ne sont-ils pas réservés à l'usage personnel de l'administration) ? S'il faut un classement pour distinguer domaine public et domaine privé, encore faut-il éviter une "domanialité glissante".

Il a été également demandé que le décret d'application de 1995 soit modifié afin d'être moins restrictif qu'il ne l'est actuellement pour l'application de la réforme de 1994. Enfin, il a été déploré qu'il n'existe toujours pas de tableau – mis à jour régulièrement – reflétant l'étendue du domaine public pour chaque collectivité publique territoriale ou pour le domaine public de l'État, même si pour ce dernier, un projet est en cours d'élaboration, avec l'indication de l'affectation des occupations consenties.

A cet égard, M. Bezançon demande :

- que les notions de risques environnementaux ou de dégradation du bâti soient intégrées dans ces inventaires comme faisant partie des principes présidant à leur établissement,
- que la valorisation potentielle de ces patrimoines soit étudiée (la non valorisation se fait aux dépens des finances publiques),
- que l'I.G.D. et l'A.M.F. soient associés à l'inventaire.

Après la remise du projet de rapport d'étape, **la réunion du 6 novembre 2000** a donné lieu aux réflexions complémentaires suivantes :

M. Paufique se demande si on ne devrait pas aller vers une évaluation des conditions de valorisation du domaine, permettant ainsi une comparaison internationale. Le fait, d'autre part, que le droit européen n'aborde pas directement le problème du domaine public ne signifie pas pour autant qu'il l'ignore. Aussi il n'est pas favorable à la mise en concurrence de la procédure d'autorisation car les États doivent toujours justifier qu'il n'y a pas de discrimination dans l'octroi d'avantages. Nos travaux n'ont pas démontré que le système français de domanialité publique ne fonctionnait pas mais qu'il pouvait être amélioré. Dans cet esprit, pourquoi ne pas désigner un certain nombre d'obstacles permettant d'améliorer ensuite la situation.

Enfin, il propose de suivre la réforme de la décentralisation qui sera entraînée par la remise du rapport MAUROY.

M. Bezançon pense qu'il y aurait un risque à limiter les efforts de clarification et de préférer une "réformette", à l'instar de ce qui a été fait en 1988. Des "bouts de réforme", c'est peut être accommodant, mais cela ne résout pas les problèmes de fond. Si la Commission devait se limiter à des améliorations, encore faudrait-il préciser que celles-ci ne sont que la première étape d'une réflexion plus ambitieuse.

Il demande, d'autre part, qu'il soit ajouté dans le rapport que lorsqu'une A.O.T. est attribuée, son titulaire puisse exercer les attributions de maître d'ouvrage (on est hors de la loi MOP). Cette amélioration textuelle lui semble indispensable.

Il rappelle l'affaire des gendarmeries dont il a été question dans un récent numéro du Moniteur, qui a mis en lumière le système compliqué lié au régime de la domanialité publique, parce que la France reste dépourvue d'un système simple et autonome.

Il ajoute enfin que le droit européen ne connaît pas comme nous la domanialité publique. Il y a une absence de concept de domaine public, seulement des moyens de contrôle qui ramènent à ce sujet. Enfin, il ne devrait pas y avoir de domaine réservé à qui que ce soit.

M. HY n'est pas sûr que l'insatisfaction soit aussi générale qu'il est indiqué. L'exemple de la domanialité des bureaux représente des incongruités qui ne doivent pas préjudicier à l'ensemble de la domanialité publique.

Il s'interroge d'ailleurs sur la nécessité d'une loi, qui lui paraît une solution difficile à mettre en œuvre. Une réforme globale de la domanialité est difficilement envisageable. En tout, il faudrait que l'essentiel et non des détails d'application soit réservé à un texte de loi. Il préférerait que soit prévu un assouplissement de la gestion du domaine public plutôt qu'une limitation de son étendue.

En finalité, il serait partisan d'une politique de "petits pas", en commençant par simplifier le régime juridique de la domanialité publique. Il faut donc aller vers des points particuliers à résoudre plutôt que de pousser vers une réforme trop ambitieuse qui risque d'être bloquée... comme d'autres.

La vraie question, c'est de savoir qui finance les infrastructures. C'est d'ailleurs un débat central au ministère des finances. Il aborde aussi la question de la nécessité de retoucher la loi MOP pour l'améliorer. Comme on le voit, ce qui fait difficulté, ce sont bien souvent les questions qui se posent autour de la domanialité publique, moins la domanialité elle-même.

M. Long pense qu'il faut partir des éléments de réflexion que l'I.G.D. a patiemment ramassés au sein du groupe de travail (comme ceux relatifs au crédit-bail) pour aller vers un but proche mais pratique. Il se demande d'ailleurs pourquoi il n'y a pas de modèles de contrat, lorsque des situations difficiles se présentent comme c'est le cas pour la construction des commissariats ou des gendarmeries.

Il propose que pour conduire les élus locaux à mieux valoriser leur domaine, un texte vienne leur accorder dans ce cas des avantages fiscaux ou financiers. Actuellement, il n'y a aucun stimulus.

M. Gaudemet reste partisan de faire bouger le droit, puisqu'en ce domaine la codification à droit constant n'est pas possible. Le système du "ravaudage"

qui a été suivi depuis de nombreuses années n'est plus acceptable ; Il faut aller vers une véritable émancipation du système actuel puisqu'on ne peut plus le "piloter". Ensuite qu'elle doit être l'étendue de la loi, doit-elle aborder le sort des hypothèques ? Il préfère dire que la loi ne doit poser que des principes, comme le principe selon lequel toute occupation domaniale entraîne l'attribution de droits réels.

M. Eladari pense que s'il n'y a pas de consensus sur la direction exacte de la réforme, il n'empêche que nos travaux ont mis en évidence les insuffisances de la loi de 1994. Ne faudrait-il pas donner la liste des outils permettant une meilleure valorisation du domaine. Ne peut-on pas permettre aussi au PPP de se développer avec un partage des risques ? Enfin, il revient sur l'idée selon laquelle la procédure d'attribution des contrats d'occupation du domaine public devrait faire l'objet d'une mise en concurrence. Pourquoi refuser ce principe issu du droit européen ?

Me Bettinger s'interroge sur le régime de cession des titres d'occupation : doivent-ils ou non suivre les règles et contraintes que la cession des marchés publics ou des délégations de service public ? Il ne faut pas attendre que, comme chaque fois maintenant en France, le juge donne la réponse.

M. Allemand rappelle le manque de motivation des collectivités territoriales pour gérer leurs domaines publics. On ne peut que constater une certaine inertie en ce domaine. L'inventaire permettrait à cet égard d'être l'élément déclencheur d'un nouveau mouvement.

M. Lozano revient sur le fait que la réforme attendue doit toucher d'autres textes comme la loi MOP, qui bloque beaucoup de projets.

Me Deruy. Pour lui, on assiste à un débordement d'ingéniosités de la part des gestionnaires pour contourner les obstacles à ce qui est une bonne gestion du domaine public. Les conventions d'occupation deviennent de plus en plus des conventions de gestion de l'activité qui est exploitée sur le domaine. Il souhaite donc un texte qui supprime le "manteau" fait de toutes pièces rapportées par les lois de 1988 et 1994. Il faut aborder la question centrale : celle de la valorisation du domaine public.

Mme Lemoine insiste sur le paradoxe actuel : chacun sait dans son coin que le système actuel contient des anomalies, des obstacles ayant perdu leur raison d'être, etc... mais personne n'en parle ouvertement pour demander que les pouvoirs publics améliorent le système actuel. Le crédit-bail doit s'étendre aux biens de l'État et à la domanialité publique de l'État.

A l'issue de toutes ces réunions de travail, il est possible de clore le présent rapport d'étape avec la conclusion suivante proposée par M. LONG.

CONCLUSION DU RAPPORT

Il ressort de tous ces travaux que l'état actuel du droit relatif à la gestion patrimoniale du domaine public ne répond pas aux besoins des acteurs de ce secteur et devrait évoluer : l'administration des Domaines en a conscience et paraît prête à des évolutions.

Il a semblé aux participants qu'une grande option s'ouvrait pour une amélioration du système entre :

- des propositions se limitant aux adaptations faisables sans grand bouleversement des principes, par infléchissement des textes existant,
- une réforme plus ambitieuse, qui ne peut que passer par la loi afin de modifier les conceptions traditionnelles de l'administration et les pratiques de tous les acteurs de la politique du domaine public, ancrées dans l'histoire.

Le groupe, dans un souci d'efficacité, s'est prononcé en faveur de la première solution, mais étendue largement. Les lignes directrices de ses propositions vont dans le sens :

- d'une limitation du champ de la domanialité publique artificielle, en rendant nécessaire une décision de classement du bien : l'application de cette proposition nécessite certainement une période et des dispositions transitoires ;
- de la reconnaissance de la qualité de propriétaire des installations réalisées par l'occupant privatif pendant la durée du titre d'occupation ;
- de l'acceptation des droits réels portant sur le domaine public, dès lors que ceux-ci sont compatibles avec l'affectation du bien ;
- d'une harmonisation du régime du domaine de l'État et de celui des collectivités locales...

Tels sont les thèmes qui pourraient être ceux d'un rapport qui ferait suite à des auditions complémentaires, notamment de personnalités responsables du domaine, ou en connaissant bien le régime juridique, appartenant, en particulier, à l'Union Européenne.

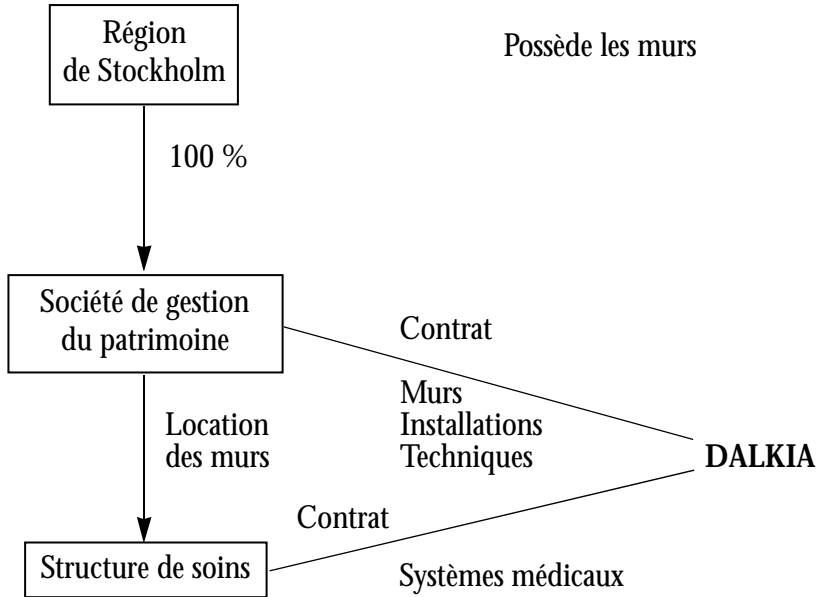
ANNEXES

ANNEXE 1

**MAINTENANCE
DES HÔPITAUX DE STOCKHOLM**

L'EXPÉRIENCE DE DALKIA EN SUÈDE

LE SYSTÈME HOSPITALIER DE STOCKHOLM



A l'origine : La société de gestion du patrimoine assurait elle-même l'ensemble des services
Effectif : 8000 personnes

Aujourd'hui : Elle s'est concentrée sur sa véritable mission : optimiser le patrimoine bâti.
Effectif : 250 personnes

La structure de soin est traditionnellement publique.

Aujourd'hui : la Région envisage le lancement d'appels d'offres pour ouvrir la concurrence à ce niveau

FIN 1999 : PREMIER BILAN

- Transfert important de savoir-faire DALKIA vers la filiale suédoise
 - Aucun contrat d'hôpital n'a été perdu à ce jour
 - Forte croissance de la profitabilité sans réduction d'effectif
 - Quasi-doubling de taille (1998/2000) par acquisition d'une société de maintenance des Télécoms suédoises
- fortes perspectives de croissance dans le métier de base : externalisation prévue de la maintenance hospitalière dans les principales villes suédoises

PARTENAIRE STRATÉGIQUE : DALKIA

- Dalkia retenu en 1998 par le Conseil Régional de Stockholm, après appel d'offres international (facteur déterminant : notre expérience internationale dans les hôpitaux)
- Dalkia prend 50 % de Locum Drift qui devient "Dalkia Facilities Management AB"
- Management sous responsabilité Dalkia
- Acquisition à terme des actions conservées par la Région

UNE ÉVOLUTION INSUFFISANTE ET INACHEVÉE

- La concurrence qui s'exprime dans les appels d'offres est très dure, Locum Drift n'est pas abritée et perd des contrats
 - Locum Drift ne peut se porter sur le secteur concurrentiel (car filiale à 100 % d'une collectivité - loi suédoise)
 - Et surtout, la société est isolée : pas d'accès au savoir-faire ni aux courbes d'expérience des grands groupes spécialisés
- DÉCISION DE LA RÉGION : TROUVER UN PARTENAIRE STRATÉGIQUE

A l'origine : volonté de la Région de Stockholm de réduire le coût d'utilisation de ses hôpitaux

La Région décide en 1994 :

- de transformer en société le service de maintenance technique des hôpitaux (création de Locum Drift, filiale à 100% de la Région)
- d'attribuer les contrats de maintenance par appels d'offres ouverts à la concurrence

Ceci a pour conséquences :

- forte réduction des coûts de maintenance/m² d'hôpital
- l'effectif de Locum Drift passe de 615 (1994) à 323 (fin 1997)

Mais la région comprend que cette évolution est insuffisante et inachevée

DALKIA FM AB

- **Un partenaire majeur du secteur public en Suède :**

Hôpitaux régionaux de Stockholm	2,1 millions de m ²
Municipalités	0,5 millions de m ²
Secteur commercial	1,8 millions de m ²
Divers	0,4 millions de m ²
	<hr/>
	4,8 millions de m ²

- **Chiffre d'affaires 2000 :** 620 millions de couronnes (450 MF)
Nombre d'employés : 430

- **Un important potentiel de croissance grâce à la qualité des références**

DALKIA FM AB

- **Durée moyenne des contrats : 3 ans + 2**

- **Nature des prestations :**

Maintenance du bâti

Maintenance des systèmes techniques

Chauffage, climatisation, ventilation

Systèmes électriques

Fluides divers

Ascenseurs

Maintenance des systèmes médicaux

Gaz médicaux

Stérilisation

Systèmes d'alarmes et de communication

Quelques systèmes d'analyse médicale

Prise en charge des travaux correspondants

- **Vers une sophistication des prestations**

Engagement de performance

Mise en place de systèmes d'assurance qualité

Elargissement des actions de formation

AVANTAGES pour les hôpitaux

- Réduction des coûts
- Amélioration de la qualité des prestations
- Accès à l'expérience européenne d'un grand Groupe gérant un parc important d'établissements semblables

**EFFET D'ÉCHELLE
EFFET D'EXPÉRIENCE
FIABILITÉ DE SOLUTIONS ÉPROUVÉES**

ANNEXE 2

LE FINANCEMENT DES OPÉRATIONS RÉALISÉES SUR LE DOMAINE PUBLIC

par Mme Marie-Christine Lemoine, Soferbail

Le domaine public est par principe inaliénable.

Toutefois, cette inaliénabilité dont le principe a été posé à l'origine par l'Edit de Moulins n'a pas une valeur constitutionnelle : un texte législatif peut y déroger.

Ainsi, successivement :

- l'article 87 de la loi 86-1317 du 30/12/1986 a autorisé le financement en crédit-bail des investissements utilisés par les Collectivités Locales ou leurs délégataires.

- L'article 13 de la loi 88-05 du 5/01/1988 a créé le bail emphytéotique administratif.

- La loi 94-631 du 19/07/1994 a créé un droit réel sur le domaine public de l'Etat au profit du titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire.

Nous examinerons successivement les possibilités de financement qu'offrent ces divers textes.

I - LES FINANCEMENTS SUR LE DOMAINE PUBLIC DES COLLECTIVITÉS LOCALES

1.1 - Le crédit-bail Sofergie

L'article 87 de la loi 86.13.17 du 30 décembre 1986, complété par une instruction du S.L.F. du 1er avril 1988 a autorisé certains établissements financiers, les Sofergie, *"à financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier, ou de location, les ouvrages et équipements utilisés par des collectivités territoriales, leurs établissements publics, leurs groupements et leurs concessionnaires, pour une activité dont les recettes sont soumises à la TVA, en application des dispositions des articles 256, 256B et 260 A du Code Général des Impôts"*.

Les Sofergie sont des sociétés financières qui avaient été instaurées par le Législateur en 1980 pour financer en crédit-bail immobilier et mobilier les investissements liés à la maîtrise de l'énergie.

Au titre des dispositions de l'article 87 de la loi du 30/12/1986, elles peuvent financer pour :

- les collectivités territoriales : communes, départements, régions,
- leurs établissements publics et leurs groupements : communautés urbaines, districts, syndicats de communes, syndicats mixtes, régions...
- leurs délégataires,

des ouvrages et équipements qui concourent à un service public facturé à l'usager et non payé par le contribuable.

De plus, si le crédit-preneur est une collectivité locale, la redevance payée par l'usager du service public doit être assujettie à la TVA, ceci pour éviter une déperdition de TVA (le loyer de crédit-bail est une charge de fonctionnement, la TVA le grevant ne peut être "récupérée" par le FCTVA).

Leurs principaux domaines d'intervention sont l'eau, l'assainissement, les transports urbains, la collecte et le traitement des déchets ménagers, la restauration scolaire concédée.

Les Sofergie interviennent -dans le cadre du régime juridique du crédit-

bail tel que défini par l'article 1 de la loi 66.455 du 2 juillet 1966 et l'Ordonnance 67.837 du 28 septembre 1967 – comme étant une opération de location, par une entreprise, de biens d'équipement ou de matériels d'outillage – ou de biens immobiliers à usage professionnel – achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque cette opération permet au locataire de devenir propriétaire de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, moyennant un prix convenu.

Elles sont propriétaires des biens financés pendant la durée du crédit-bail, le crédit-preneur pouvant acquérir cette propriété en levant l'option d'achat en fin de contrat de crédit-bail ou par anticipation.

Or, les biens qu'elles sont autorisés à financer aux termes des dispositions de l'article 87 de la loi susvisée sont utilisés pour l'exercice d'un service public industriel et commercial ou administratif. Ne peut-on considérer qu'ils appartiennent au domaine public de la collectivité ?

N'y a-t-il pas incompatibilité entre inaliénabilité du domaine public et propriété des Sofergie ?

Pour qu'un bien appartienne au domaine public, il faut d'abord qu'il soit **propriété publique**

Les Sofergie vont donc **organiser** leur "**propriété privée**" sur ce qu'elles financent, en acquérant un droit sur le terrain :

- soit en achetant le terrain,
- soit en se faisant consentir par la collectivité locale, propriétaire du terrain, un droit sur celui-ci.

- Si le crédit-preneur est la collectivité, elle pourra consentir :
 - soit un bail emphytéotique administratif de l'article 13 de la loi du 05/01/1988.
Emphytéote, la Sofergie est pendant la durée du B.E.A. propriétaire des biens qu'elle réalise et qu'elle loue en crédit-bail au crédit-preneur,
 - soit une convention d'occupation du domaine public, notamment si celui-ci est soumis à contravention de voirie et ne permet donc pas le B.E.A..

- Si le crédit-preneur est un concessionnaire, la Sofergie se fera transférer, avec l'accord de la collectivité concédante, le droit d'occupation du domaine public dont bénéficie son crédit-preneur aux termes du contrat de concession.

Ce transfert sera réalisé dans une convention tripartite signée entre la collectivité, le concessionnaire, et la Sofergie par laquelle la collectivité reconnaîtra expressément la propriété de la Sofergie sur les biens financés.

N.B. : Cette propriété, autorisée par l'article 87 de la loi du 30/12/1986, déroge à la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle les biens de retour financés par le concessionnaire appartiennent "*ab initio*" au concédant.

- Si le crédit-preneur est délégataire de service public aux termes d'un BEA assorti d'une convention non détachable, trois schémas différents pour l'obtention de ce droit ont été successivement mis en œuvre :

- une partie de la doctrine et certaines Sofergie considèrent que l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 parlant de non cessibilité du bail emphytéotique et de convention "non détachable" de celui-ci n'a pas entendu dire que les deux actes devaient être obligatoirement signés entre la collectivité délégante et le seul délégataire, mais devraient concourir à une seule même opération.

- Le bail emphytéotique administratif peut donc, pour les besoins de cette opération, notamment le financement, être cédé aux Sofergie ou être, dès l'origine, conclu entre la Collectivité délégante et la Sofergie dès lors qu'il permet la réalisation et le financement des investissements nécessaires à l'exploitation du service dont la gestion est déléguée par la convention non détachable.

- Le deuxième schéma utilisé est le bail emphytéotique administratif dit "à deux têtes". Les droits et obligations contractés par l'emphytéote sont scindés : le droit réel sur le terrain ainsi que l'obligation de financer et la propriété des immobilisations vont aux Sofergie, la qualité de maître d'ouvrage est reconnue au délégataire.

Pour la mise en œuvre de ce schéma, il est nécessaire :

- que le délégataire ait décidé de recourir au crédit-bail dès la réponse à la mise en concurrence, et qu'il se présente avec la Sofergie, qui devra être citée dans les délibérations de la Collectivité concédante,
- que la solidarité entre les deux preneurs soit expressivement exclue,
- que le délégataire réserve la propriété de la totalité des biens aux Sofergie pendant toute la durée du crédit-bail.

- Le troisième schéma, qui est celui actuellement mis en œuvre, consiste en la cession au profit des Sofergie d'un droit sur les volumes à construire sur le domaine public dont le délégataire est titulaire au titre du bail emphytéotique administratif, le délégataire renonçant au droit d'accession prévu à l'article L451.10 du Code Rural.

Cette renonciation ne peut s'analyser comme une cession du bail emphytéotique administratif, l'emphytéote restant titulaire du droit réel et retrouvant son droit à l'accession par la levée de l'option d'achat du crédit bail.

Cette cession partielle est faite pour toute la durée initiale du bail emphytéotique administratif et perdue dans l'hypothèse d'une résiliation du bail emphytéotique administratif corrélative à une résiliation de la convention d'exploitation.

Maîtrisant le terrain, les Sofergie seront propriétaires de ce qui est édifié et qu'elles financent.

Toutefois, compte tenu de la spécificité des biens qu'elles financent qui, par définition concourent à un service public industriel et commercial, la propriété des Sofergie **est grevée d'une affectation au service public.**

Cette notion de bien privé affecté à un service public a été reconnue par la jurisprudence dans un arrêt relatif au statut des biens du Canal du Midi (C.E. du 30 mars 1928 Ministre des Travaux Publics, REC.499).

Elle ressort également de l'avis du Conseil d'Etat du 13 juin 1989 relatif au financement par crédit-bail de la construction du "TGV sud-est".

Le rapporteur, M. Daniel Labetoulle, y précisait que les infrastructures ferroviaires faisant, aux termes de la LOTI, partie du domaine public de l'État, le recours à un contrat de crédit-bail *"devrait être précédé par*

l'intervention d'une disposition législative spécifique. Ce texte devrait autoriser, par dérogation au principe régissant le réseau ferré national, l'application, pour le financement des catégories d'infrastructures qu'il déterminerait, de la loi du 2 juillet 1966. Il devrait également assortir cette autorisation des précautions propres à garantir la pérennité de l'affectation des biens en cause et à assurer le respect de la mission de la SNCF".

C'est même cette affectation au service public et **la pérennité de cette affectation** qui est pour les Sofergie la meilleure "garantie" de la validité et la poursuite de leur contrat de crédit-bail, notamment si le crédit-preneur est un concessionnaire ou un délégataire de service public.

En effet, dans l'hypothèse où le contrat de concession ou de délégation prendrait fin avant l'issue du contrat de crédit-bail par suite d'un rachat, d'une déchéance, d'une résiliation ou d'une annulation :

- le service public doit continuer à être rendu,
- les biens financés en crédit-bail doivent pouvoir être utilisés pour permettre la réalisation du service.

En contrepartie de la jouissance du bien, le nouvel exploitant – collectivité si elle reprend le service en régie ou nouveau délégataire – doit poursuivre le règlement des loyers de crédit-bail ou acquérir les biens en payant le prix.

Cet engagement est formalisé **dans la convention tripartite susvisée.**

Cette convention tripartite s'analyse comme un engagement de faire. Elle n'est nullement une garantie délivrée par la collectivité :

- Ce n'est pas un paiement à fonds perdus ; elle a une contrepartie.
- De plus, les sommes arriérées qui seraient dues par le crédit-preneur au crédit-bailleur avant la mise en jeu de la convention tripartite ne sauraient être réclamées à la collectivité.

1.2 - Le bail emphytéotique administratif d'intérêt général

L'objectif de la loi de 1988 était notamment de contrecarrer la jurisprudence EUROLAT et de permettre la constitution de droits réels sur le domaine public des collectivités locales pour faciliter le financement privé des biens à réaliser.

L'article 13 de la loi 88.13 du 5 janvier 1988 instaure deux types de baux emphytéotiques administratifs (B.E.A.) qui peuvent être consentis à une personne privée par une collectivité territoriale sur un bien immobilier lui appartenant, même s'il fait partie de son domaine public :

- Le B.E.A. pour l'accomplissement d'une mission de service public, Ce B.E.A. est assorti d'une convention d'exploitation de service public non détachable.

L'ensemble contractuel constitue une délégation de service public au sens de la loi Sapin.

Le délégataire peut, ainsi que cela a été précédemment exposé, se refinancer en crédit-bail en cédant à une Sofergie, avec l'accord de la collectivité, les volumes constitués sur le B.E.A.

- Le B.E.A. pour la réalisation d'une opération d'intérêt général,

Ce B.E.A. est :

- soit assorti d'un contrat de location à la collectivité des biens réalisés par l'emphytéote,

- soit assorti d'un contrat de location à un prestataire qui est investi par la collectivité d'une obligation de maintenance et qui, après avoir rempli cette obligation, met le bien maintenu à la disposition de la collectivité.

Ce B.E.A. est de nature purement immobilière.

Une remarque à formuler :

Le recours par une collectivité locale à ce type de financement génère pour elle **un surcoût lié à la T.V.A.** :

- les redevances qui lui sont facturées par l'emphytéote sont assises sur le montant TTC de l'investissement et assujetties au droit de bail et elle ne peut récupérer ni la TVA par le FCTVA, ni le droit au bail.

- Si, en revanche, elle finance l'opération par emprunt ou autofinancement, elle récupère la TVA par le FCTVA.

L'intérêt d'une telle opération qui contractualise le coût global peut alors être mis en évidence.

C'est d'ailleurs sur ce secteur que ce type d'opération se développe.

II. LES FINANCEMENTS SUR LE DOMAINE PUBLIC DE L'ÉTAT

La loi du 29 juillet 1994 "complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public" crée une section 3 au chapitre 1er du Titre 1er du livre II du Code du domaine de l'État et un article L34.1 qui stipulent 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 de l'activité autorisée par ce titre".

L'article L34-5 étend les dispositions de la section 3 aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public.

L'article L34-7 autorise la conclusion, par le titulaire du droit d'occupation, de contrats de crédit-bail pour la réalisation des ouvrages, constructions et installations autorisées par son titre, à l'exclusion de ceux affectés à un service public et aménagés à cet effet ou affectés directement à l'usage du public, ainsi que des travaux exécutés par une personne publique dans un but d'intérêt général.

2.1 - Le crédit-bail sur le domaine de l'État

Le titulaire d'une A.O.T. délivrée dans le cadre de la loi de 1994 peut faire financer en crédit-bail les ouvrages, constructions et installations qu'il réalise pour les besoins de son exploitation.

- Le financement en crédit-bail semble donc réservé à des investissements nouveaux. La cession-bail (lease-back) ne serait pas autorisée.
- Le crédit-bailleur doit pour asseoir sa propriété sur les investissements financés, être titré. Dans la pratique, il convient que l'A.O.T. qui est délivrée au titulaire par le gestionnaire du domaine, prévoie la faculté pour le titulaire, de céder son A.O.T.

Celle-ci est alors "partiellement" cédée, après accord du gestionnaire du domaine à la société de crédit-bail, pour la durée du crédit-bail ; ce qui est cédé, c'est l'autorisation d'occupation du terrain d'assiette ; le titulaire

demeure responsable des obligations résultant de l'autorisation.

Toutefois, que se passe-t-il dans l'hypothèse où le titulaire est défaillant ?

La société de crédit-bail résilie le contrat de crédit-bail et va rechercher un nouveau preneur ou un locataire. Celui-ci devra être agréé par le gestionnaire du domaine, lequel peut avoir un droit de regard sur les conditions financières du nouveau contrat.

Si un certain temps s'écoule entre la défaillance du titulaire et la signature d'un nouveau contrat de crédit-bail ou d'un contrat de location, le gestionnaire du domaine peut mettre à la charge de la société de crédit-bail les autres obligations, notamment financières, nées de l'A.O.T.

A l'issue du contrat de crédit-bail, lorsque le titulaire crédit-preneur lève l'option d'achat, il "récupère" la totalité de l'autorisation.

Si il ne lève pas l'option, la société de crédit-bail pourra consentir un nouveau contrat de crédit-bail ou un contrat de location sous réserve de l'accord du gestionnaire du domaine, sur le crédit-preneur et les conditions financières.

Dans la pratique, bien que la loi de 1994 ait créé un droit réel au profit du titulaire pour faciliter le financement des investissements à réaliser par celui-ci, beaucoup de questions restent encore en suspens et les opérations effectivement réalisées sont peu nombreuses alors que les besoins sont très importants.

2.2 - A.O.T. et location

La loi de 1994 exclut en revanche le financement en crédit-bail des biens affectés à un service public ou affectés à l'usage du public.

Sur la base du droit réel conféré au titulaire de l'A.O.T., **la pratique recherche les possibilités de mettre en place un financement privé** ou ouvrages publics.

Ainsi, un certain nombre d'opérations sont en cours d'étude (2 seraient signées) qui, si elles n'utilisent pas le moyen juridique du crédit-bail, ont à peu près les mêmes caractéristiques :

- l'État confère une A.O.T. à une société privée,
- le titulaire construit, conformément à un programme défini par les services utilisateurs et correspondant à leurs besoins, un bien (Hôtel des impôts
 - hôtel de police),
- à l'achèvement des constructions, celles-ci sont données en locations à l'État,
- le titulaire en assure la maintenance technique et facture à l'État un loyer incluant le coût de cette maintenance,
- à l'issue de l'A.O.T., les biens font retour à l'État, propriétaire du terrain.

Plusieurs difficultés juridiques et pratiques sont rencontrées dans la mise en œuvre de ces opérations notamment :

Si le titulaire réalise un bien qui est donné en location aux services de l'État et utilisé par ceux-ci :

- S'agit-il d'un ouvrage public ? Qui a la maîtrise d'ouvrage ?

Un avis du Conseil d'État du 31/01/1995 conclut que le titulaire, investi de la possibilité juridique de réaliser les constructions, a la qualité de maître de l'ouvrage.

L'A.O.T. est délivrée pour une durée suffisamment longue pour permettre l'amortissement des biens réalisés.

- L'équilibre financier de l'opération nécessiterait que le bail signé avec l'État ait une durée aussi longue que celle de l'A.O.T.

L'A.O.T. est conférée en vue de la réalisation d'un bien, et pour l'exercice d'une activité autorisée par le titre.

On conçoit mal que le titulaire puisse affecter les biens à un autre usage que celui initialement prévu, surtout si ceux-ci sont spécifiques.

Il faudrait considérer que le non-renouvellement ou la fin anticipée du bail emporte celle de l'A.O.T.

Dans ce cas, le titulaire serait indemnisé du fait qu'il n'a pu bénéficier de la durée initialement prévue pour amortir les biens réalisés.

La fixation de cette indemnité repose notamment sur l'idée d'enrichissement sans cause.

- Mais y a-t-il enrichissement si l'État n'a plus l'utilité des biens ?

- A quel niveau arrêter le montant de l'indemnité ?

● Le montant du loyer facturé pendant la durée de la location doit avoir reçu l'agrément du service des domaines

Celui-ci risque de se référer à un prix du marché en location traditionnelle alors que le titulaire de l'A.O.T. doit trouver le retour et la rentabilité de son investissement sur la durée de l'A.O.T.

● L'Etat et l'investisseur privé qu'est le titulaire de l'A.O.T. ont-ils la même approche de la notion de valeur patrimoniale ?

En conclusion

On constate aujourd'hui des besoins importants tant chez les collectivités locales que dans les administrations centrales.

Les entreprises privées et les sociétés financières sont prêtes à y répondre. Elles essaient d'utiliser au mieux les moyens juridiques à leur disposition.

Devant l'insuffisance ou l'imprécision de certains textes, une réflexion pourrait être engagée avec les pouvoirs publics pour que les modalités juridiques, financières et pratiques de leurs interventions soient mieux précisées et reconnues.

Il convient de rappeler que :

- depuis sa création en 1966, le crédit-bail a su contribuer pour 1925 milliards au développement économique de la France. Ce n'est donc pas un contrat "exotique".

- Les centraux téléphoniques, ont dans les années 1970, été financés par les SICOMI TELEPHONE.

Ne pourrait-on faire évoluer les textes actuels en formalisant, par exemple, la reconnaissance de deux propriétés : l'une juridique, l'autre économique pour faciliter la mise en œuvre de ce mode de financement ?

ANNEXE 3

**BOUYGUES
CONSTRUCTION**

**L'ÉVOLUTION DU PFI AU TRAVERS DE
L'EXPÉRIENCE DU GROUPE BOUYGUES**

ÉVOLUTION DU PFI

- ⇒ évolution concerne la méthodologie adoptée lors des négociations des contrats
- ⇒ analyse basée sur l'expérience de Bouygues dans le cadre de 4 contrats de PFI :
 - 1^{re} génération : contrats de King's College et Barnet Hospital
 - 2^e génération : contrats de Westmiddlesex Hospital et Home Office (en cours de négociation)

1^{re} génération de PFI : King's College et Barnet Hospital

- ⇒ Pas de véritable méthodologie de travail
 - Mise en œuvre de 2 principes fondateurs
 - value for money
 - transfert de risques
- ⇒ Rythme des négociations dépend essentiellement du client
- ⇒ King's College : négociations très rapides
Barnet Hospital : négociations longues
- ⇒ **CONSÉQUENCES : négociations dont le déroulement et la durée sont difficilement maîtrisables**

2^e génération de PFI : Westmiddlesex Hospital et Home Office (en cours de négociation)

- ⇒ L'administration anglaise a tiré les leçons des expériences de la 1^{re} génération de PFI
- ⇒ Standardisation des termes contractuels :
 - "PFI Guidances" (dernière version 1999)
 - élaboration d'un contrat-type
 - dérogation possible dans deux cas seulement :
 - spécificité du projet
 - value for money
- ⇒ Mise en place d'un calendrier des négociations
- ⇒ **CONSÉQUENCES : négociations menées sur un rythme rapide
déroulement encadré mais adaptable**

EXEMPLES DE PFI

**1^{re} génération : Barnet hospital
King's College**

**2^e génération : Westmiddlesex Hospital
Home Office**

BARNET HOSPITAL - LONDRES

- **Projet** : Conception - Construction d'un hôpital pour le Welhouse NHS Trust.

Fourniture de services (maintenance des bâtiments, services hôteliers, fourniture et maintenance d'équipements médicaux informatiques et de télécommunication).

- **Superficie** : 21000 m²

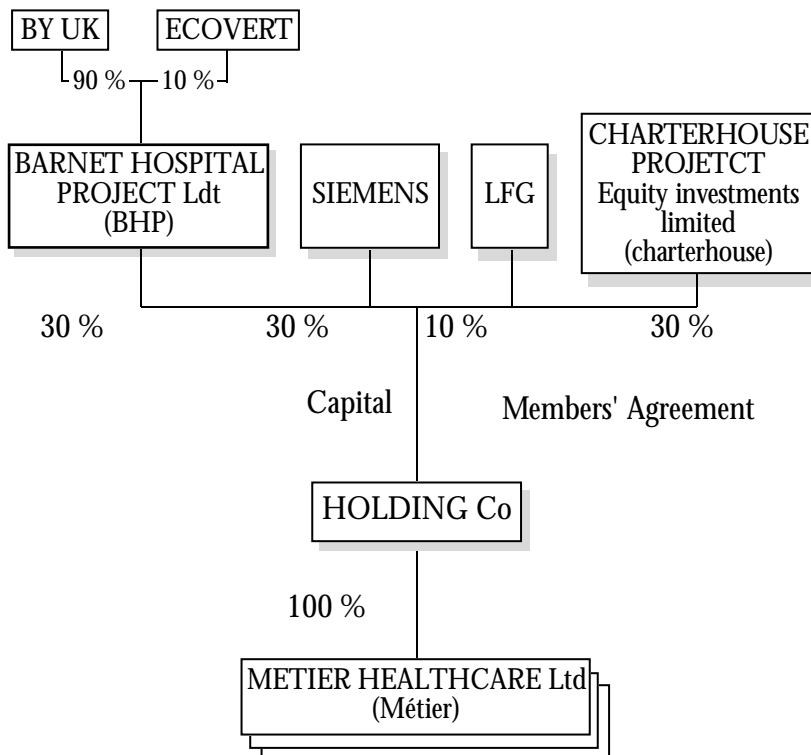
BARNET HOSPITAL - LONDRES

- **Client final** : - Wellhouse NHS Trust (Trust)

BARNET HOSPITAL - LONDRES

- **Montage** : ➡ Création d'une SPV (Metier hethcare limited) entre :
 - BY UK/ECOVERT (BHP)
 - SIEMENS
 - CHARTERHOUSE
 - LFG.

BARNET HOSPITAL Schéma d'actionnariat



BARNET HOSPITAL - LONDRES

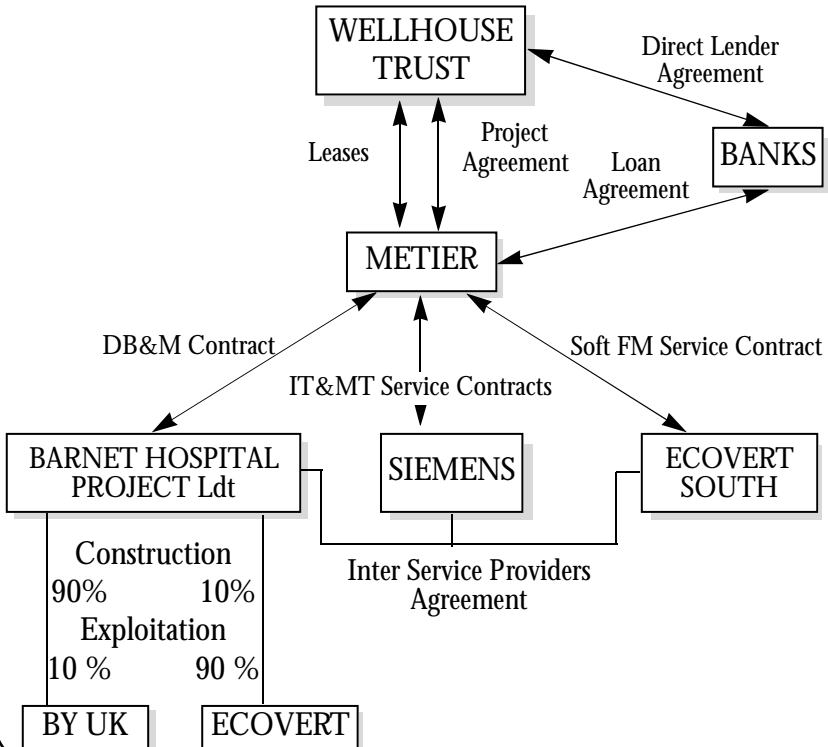
- **Objet** : cette société a conclu avec le TRUST un contrat pour le financement, la conception-construction, la maintenance et la fourniture d'équipement (durée du contrat = 33 ans).

BARNET HOSPITAL - LONDRES

METIER pour réaliser son objectif a conclu :

- une convention de prêt pour financer la construction avec DEXIA et DNIB (les fonds propres sont apportés par CHARTERHOUSE).
- un contrat de sous-traitance avec BHP pour la conception, la construction et la maintenance de l'hôpital.

BARNET HOSPITAL - LONDRES ORGANIGRAMME CONTRACTUEL avec les principaux sous-traitants



BARNET HOSPITAL - LONDRES

- des contrats de sous-traitance avec SIEMENS pour la fourniture et la maintenance des équipements médicaux et de télécommunication.
- un contrat de sous-traitance avec ECOVERT pour la fourniture des services de restauration (Soft FM services).

BARNET HOSPITAL : calendrier des négociations

- Janvier 96** : Sélection du consortium
- Janvier 97** : Arrivée de Bouygues UK dans le consortium
- Février 97** : Remise de l'offre
- Fév 97/Fév 99** : Négociations
- Septembre 98** : Accord sur Key Issues
- Février 99** : Signature du contrat par les banques et le consortium puis par le client.

HOME OFFICE - LONDRES

- Projets :
- "Home Office Central London Accomodation Strategy"
 - Conception et construction de bureaux neufs
 - Transfert des anciens vers les nouveaux bureaux
 - Fournitures de servies (Hard FM : maintenance immobilière - Soft FM : nettoyage, sécurité, service courrier...)
- Superficie : - Marsham Street : 80 000 m²
- Client : - Home Office

HOME OFFICE - LONDRES
Calendrier prévisionnel des négociations

- Octobre 99 à fév. 2000** : les soumissionnaires négocient
le Project Agreement préalablement à
la remise des offres
- 17 mars 2000** : date de remise des offres
- 07 juillet 2000** : sélection de l'adjudicataire
- Date à confirmer** : bouclage financier

ANNEXE 4

DOMAINE PUBLIC ET PATRIMOINE PUBLIC : UNE PERSPECTIVE HISTORIQUE

par Xavier Bezançon, EGF - BTP

Le présent article est destiné aux membres du groupe domaine public de l'Institut de la Gestion Déléguée pour alimenter ses réflexions sur l'avenir de la gestion de ce domaine en France.

Il se place dans une vision de mise en perspective de cette notion et met en lumière le passé pour alimenter le présent. Après avoir examiné la question de la notion de domaine public une brève histoire de celui-ci sera présentée et enfin les modes de gestion et de protection de ce domaine seront exposés.

I - LA NOTION DE DOMAINE PUBLIC

Le Domaine public a, par la conception centrale qu'il a occupée dans les affaires publiques, joué un rôle essentiel dans l'histoire des hommes, des Etats, des concepts politiques et de la propriété individuelle.

La notion de domaine public est aisément typologique tant dans son histoire de longue durée que dans son contenu.

1.1 - Typologie historique du domaine public

L'histoire de plusieurs civilisations dont celle de la civilisation romaine et de l'occident montrent que le domaine public est une notion qui connaît deux grandes étapes, l'une archaïque et une évoluée.

1.1.1 - Le domaine public dans les périodes archaïques

Le domaine public est en premier lieu le domaine du prince, "*primum capere*" (celui qui prend le premier), il ne devient le domaine de la collectivité et le support de la propriété privée que par la reconnaissance du droit des personnes et une évolution démocratique des institutions. Qui tient le domaine tient les hommes qui sont dessus, sa force l'a primitivement emporté sur celle des autres, le domaine est le signe éminent du pouvoir et source de revenu¹. Le domaine est donc en premier lieu le signe d'une souveraineté sur un groupe d'hommes, la domination d'un territoire le droit de diriger une propriété ou un groupe de propriétés privées, le domaine c'est le pouvoir sur les autres hommes. Ce pouvoir permet de disposer des biens et par conséquent d'affecter, de donner ou de prêter des biens qui constituent le domaine et qui sont peu ou prou la propriété du prince. La notion de propriété s'efface dans un premier temps derrière celle beaucoup plus puissante de souveraineté. La contrainte (le heribanus qui donnera le ban) l'emporte d'abord sur la propriété (au demeurant d'autant plus mal établie qu'elle a besoin d'un cadre social pour être reconnue). Tous les hommes "conquis ou subjugués

1 - Parfois l'élection lui a attribué une prééminence mais dans ce cas là le domaine n'a pas la même signification il est effacé au profit de notion de primus inter pares et la suzeraineté l'emporte sur la souveraineté.

(sous le joug)" ne sont ils pas esclaves tributaires payant à perpétuité le droit du vainqueur, le tribut dont la version adoucie sera le cens représentant le droit d'occuper la terre d'autrui, celle du prince vainqueur qui se sert en premier et son entourage, parents ou obligés.

Le domaine constitue une source de revenus issue des biens qui le composent et du travail des hommes sur ces biens dont le prince s'accapare une partie ou la totalité, selon les époques et selon son bon plaisir, parfois censé représenter l'utilité commune. L'histoire du domaine ne s'isole pas de celle de la fiscalité et l'histoire des impôts est celle du domaine.

1.1.2 - Le domaine public dans les périodes évoluées

Il faut atteindre une deuxième étape historique pour que les notions se différencient et que soient distingués propriété, domaine et fisc. Passés la conquête des terres, l'accaparement de la souveraineté par le plus fort, et l'établissement du ban et du tribut, apparaît alors un concept différent, lié au sentiment d'utilité publique à savoir la notion de fisc qui ré-identifie le corps social plus ou moins dissocié de la personnalité du prince. Le fisc c'est le recueil des richesses de la collectivité pour l'action de la collectivité, notion différente de celle du domaine privé du prince, le trésor, qui constitue la rémunération de sa prééminence et dont il jouit à titre de locataire de la fonction ou bien dont il est propriétaire.

La notion de l'État, être moral indépendant se constitue essentiellement autour de celle du domaine, espace mis en valeur et patrimoine commun d'une population qui se reconnaît dans cet être collectif et qui consent l'impôt pour la défense et la vie du groupe. Ne voit-on pas d'ailleurs se reconstituer vigoureusement les domaines des communes² lors de leur renaissance à partir du onzième siècle ? Ce n'est que dans des périodes vraiment évoluées que se séparent les concepts de souveraineté de la

2 - Ce que nous voulons dire c'est que sous la monarchie l'État le roi et son domaine font une même personne (sauf à idéologiser le roi en personne représentant la couronne, l'universalité de la population), tandis qu'en régime démocratique (et la révolution communale fut une ébauche de démocratie) la notion d'État (groupe souverain) se distingue de celle du domaine.

nation – concept supérieur à tout autre, source des trois pouvoirs – de domaine de l'État (soit public inaliénable soit privé et aliénable) et de propriété privée reconstituée en totalité. Sous ce rapport la France a vraiment fait figure de précurseur par les lois révolutionnaires et notamment la très grande loi de 1790.

1.2 - La problématique propre du domaine

Comme toute richesse plusieurs questions intimement liées entre elles se posent à son égard. Sa création et son extension, qui est à la source des nombreux siècles de guerres de conquêtes ou de défense, sa conservation en tant qu'entité juridique (problème de l'inaliénabilité), sa préservation physique (l'entretien des domaines naturel et artificiel), sa mise en valeur directe (la gestion optimale du domaine naturel) puis indirecte (l'exploitation du domaine éminent nécessitant des investissements et son utilisation à des fins d'intérêt collectif), sa délimitation ou sa redéfinition au regard de la propriété privée enfin la sacralisation de ses monuments.

Ces questions ont un ordre d'apparition historique précis renvoyant à deux périodes distinctes

1.2.1 - Le domaine "richesse privée" d'un homme ou d'un état conquérant

Cette première période est caractérisée par la prédation, l'accaparement, la croissance territoriale, l'établissement d'un partage avec les contributeurs à l'action d'invasion qui peut déboucher sur un excès de partage (la féodalité véritable décomposition du domaine public par les plus puissants), Puis intervient alors la protection juridique (outre la reprise des terres substituées), le partage cesse, le domaine devient inaliénable en droit, signe d'une consolidation de la propriété et du pouvoir central.

Au cours de cette première période le domaine renvoie à une conception essentiellement privée empêchant ou faisant nettement régresser la propriété privée souvent préexistante, et s'accompagnant d'une volonté d'accroissement par les impôts et les taxes de la fortune du prince. Les notions d'intérêt public ou de richesse collective sont accidentelles au cours de cette période, un Charlemagne ne contrebalance pas à lui seul

six siècles de prédation pure... Cette période est donc celle d'une exploitation pure et simple du domaine considéré comme une richesse privée que l'on partage entre les héritiers du prince à sa mort comme tout bien privé.

1.2.2 - Le domaine "richesse publique" d'un État

La prise de conscience intervient, à un certain stade de développement, que des hommes libres et entreprenants peuvent produire plus de richesses que la seule exploitation directe du domaine. En France pour ce qui est des hommes c'est à partir du onzième siècle que le mouvement commence et le vaste mouvement d'affranchissement des serfs prépare le développement des révolutions médiévales dans le champs de la richesse collective ; et pour ce qui est de l'entreprise il faut remarquer les décisions de plus en plus intelligentes et déléguées que prennent les rois vis à vis des questions des mines, des marais, des villes, des quartiers, des colonies et des postes à partir du quinzième siècle. Dès lors la mise en valeur du domaine "éminent" au sens où nous l'entendons (c'est à dire potentiel : porteur de richesses à condition d'y investir) prend corps : le prince veut gagner plus et mieux, le peuple aussi... Les intérêts convergent vers une conquête des espaces, et un accroissement de services organisés au profit du public et du prince.

Progressivement l'idée de créer de véritables infrastructures prend corps dans le même dessein, à savoir permettre, par un investissement sur le domaine, d'accroître la richesse collective, ainsi apparaissent les premières concessions de services et de travaux publics : canaux routes ponts et ports sont réalisés par des personnes privées motivées par le profit qu'elles tireront de ces entreprises. Ceci s'est passé au dix septième siècle en France.

Les progrès des idées, de la richesse et des besoins publics apportent la revendication croissante des personnes privées de détenir des biens en propre sans dépendre du domaine éminent du prince et la phase de séparation et de clarification entre propriété publique et privée intervient, c'est l'histoire de la Révolution.

L'histoire est une longue conquête de la propriété privée sur le domaine

public du prince, prédateur initial. Soit à l'issue de ces périodes (au dix neuvième siècle en France) soit auparavant une protection solennelle et sacrée est apportée aux éléments les plus éminents du patrimoine tant public que privé pour son caractère d'intérêt collectif dans l'ordre de l'histoire, des sites et des beaux arts .

II - UNE BRÈVE HISTOIRE DU DOMAINE PUBLIC

Le domaine public connaît donc un mouvement de croissance, de partage, de reprise, de défense de la propriété collective, puis se cantonne à des notions beaucoup plus modestes qui font leur place à la propriété privée et à un reclassement fonctionnel conséquent qui fut opéré au moment de la Révolution.

2.1 - La période romaine (- 50 à 476)

Le domaine public existe bien pour les romains, il est constitué de "*ager publicus*", le territoire conquis qui regroupe des choses distinctes : les temples et les sépultures forment les "*res religiosae*", les enceintes des villes les "*res sacrae*", l'air et l'eau les "*res communes*" et les choses publiques affectées à tous (routes, places, rivières fleuves) : "*les res publicae*". Celles-ci trouvaient leur affectation collective par leur nature essentielle (les fleuves) ou la volonté collective légale de rendre le bien collectif (routes et places). Naturellement ce domaine public était dans le droit romain exclusif de tout droit de propriété.

L'État avait la garde de son affectation et il était imprescriptible et inaliénable comme le prouvent les textes anciens des jurisconsultes. Aucune servitude et a fortiori aucun droit de propriété ne pouvait être acquis sur un bien affecté à tous. Un domaine privé de l'État existait dont l'aliénation se faisait au profit du trésor ("*agri questorii*", terres cultivées vendues) ou au profit des vétérans ou de citoyens ("*agri assignati divisi*"). La location en était également possible. Rome connut à plusieurs reprises la distinction entre le domaine particulier de l'Empereur (sous Pertinax et Anastase, "*la res privata*") et le domaine privé de l'État ("*patrimonium*

cesaris"). Cette ébauche de distinction entre propriété du Prince et souveraineté disparaît avec les invasions barbares au profit de la seule notion de propriété du chef de l'ensemble du patrimoine d'un espace géographique. Le territoire concédé en propriété privée est appelé l'ager privatus³ par opposition à l'ager publicus, propriété collective du peuple. Les conquêtes augmentaient l'ager publicus, le tiers était attribué au peuple romain, les deux autres tiers étaient laissés aux indigènes⁴. Le tiers attribué au peuple romain était en partie vendu au profit du Trésor (*les agri questorii*), d'autres étaient partagées par une loi agraire entre les citoyens ou attribuées aux vétérans et le solde était loué.

2.2 - La période mérovingienne et carolingienne

Les Rois Francs considèrent comme un revenu de leur propriété les impôts, les péages au même titre que les redevances domaniales de location ou le paiement du tribut dû pour le maintien par le vainqueur de la possession précaire des tenanciers du domaine. Le royaume est donc fondé sur l'idée de propriété du prince, ses sujets ou ses terres en sont des éléments, à sa mort son héritage se transmet à titre personnel et familial. La conception du domaine public se trouve ravalée durablement à celle d'une propriété privée (de 476 à 1789) signe et support de la puissance du prince vainqueur. Parce qu'il est souverain le roi mérovingien utilise son domaine librement, l'exploite à son profit et l'aliène quand il le souhaite. Les Rois Francs multiplient les péages, les droits divers de passage ou de navigation, en nombre et en quantité. Ce sont des revenus fonciers.

Chez les germains la propriété du sol était collective. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que la propriété foncière individuelle et héréditaire est admise. Bien que cela puisse paraître paradoxal c'est la tradition romaine de la propriété privée qui l'emporte sous la période franque et elle contribuera par sa déformation à instituer la féodalité en conservant toutefois l'alleu, véritable maintien du système de la pleine propriété antique dans un cadre pré-féodal complètement opposé. Il faut considérer que cette propriété dérive en partie d'un partage initial du Roi ou d'une concession

royale des terres de son domaine. Il s'agit des alodes (al-od littéralement pleine propriété par opposition à fe-od propriété bénéfice) héritages provenant de la succession (terre allodiale) c'est à dire des biens patrimoniaux.

La nécessité de gérer ce vaste domaine et le clientélisme pré-féodal aboutissent à la division du domaine en autant de parcelles de terres dotées de droits et de redevances qui amènent leurs occupants, simples concessionnaires, à se croire détenteurs du domaine. Les seigneuries se forment progressivement, les concessions sous forme de précaires devinrent héréditaires et ceci est notamment constaté dans les textes du concile de Tours en 813. L'hérédité des bénéfices, à son tour, traduit l'obtention de l'indépendance des vassaux royaux et marque l'établissement du régime féodal.

Une fois reconnus héréditaires (avant le capitulaire de Kiersy en 877 qui ne fait qu'entériner le fait à la fin du règne de Charles le chauve), les détenteurs de bénéfices continuèrent de tenter de transformer leurs bénéfices en alleux – c'est à dire en biens héréditaires, propriétés pures et non démembrées entre domaine direct et domaine utile – notamment par voie de concessions obtenues directement du Roi.

2.3 - La décomposition du pouvoir politique, la féodalité

La féodalisation de la fin du premier millénaire se traduit d'abord et avant tout par la décomposition du domaine public, support d'un État précédemment centralisé et désormais très faible. Le concept de souveraineté qui, du temps des invasions barbares, s'était écarté de toute idée de bien publics⁵, va s'en éloigner encore plus ; désormais l'organisation sociale est entièrement tournée au profit des puissants⁶. Comme le montre Augustin Thierry (lettre IX) : *"C'est la féodalité qui, transformant*

3 - Denis d'Halicarnasse 11, 62 et voir René de Récy traité du domaine public 1894.

4 - Même référence que ci dessus et Tite Live 1,38 ; Marquardt Organisation de l'Empire romain T1.

5 - Encore que le pouvoir se soit exercé avec des formes semi démocratiques dans les assemblées du peuple notamment sous Charlemagne (voir Raynouard histoire des municipalités 1820).

6 - Un seul frein joue, et parfois dans une place équivoque, il s'agit de l'Eglise qui empêche le basculement de cette société brutale à l'état sauvage.

toutes les existences en des modes de possession territoriale, tous les ofces en des tenures, introduisit d'une manière fixe, dans l'ordre politique, l'hérédité, règle naturelle des successions privées, à la place de l'élection, règle naturelle de la transmission des offices publics."

Les fiefs se constituent principalement à la fin de la période carolingienne, lorsque les seigneurs usurpent et s'approprient le domaine royal au point qu'on peut dire que le Roi suzerain n'a presque plus rien du Roi souverain : le domaine éminent n'est plus qu'une fiction ancienne, la puissance ou la prééminence du Roi n'est que nominale. La conséquence directe de cette situation est qu'il n'existe plus de domaine public mais des propriétés privées, dont celle du Roi, qui sont aliénables, concédables et même prescriptibles.

Le Roi, en théorie, et par la force des évènements, conserve le domaine éminent et le vassal ou le simple censitaire ne détient ou n'use que du domaine utile⁷. C'est grâce à cette fiction que les princes capétiens se réapproprièrent leur domaine sous des voies principalement juridiques ultérieurement. La foi pour le seigneur ou le cens pour le roturier, rappellent la primauté du Roi sur le seigneur ou l'individu, et la conservation du domaine éminent par celui-ci. Ceci apparaît souvent expressément dans les actes d'inféodation du Roi au seigneur, du seigneur à son vassal, et ce, dans toute l'Europe féodale. A travers cette cascade de concessions, seul le domaine utile est transféré aux concessionnaires contre prestation de foi et hommage ou paiement du cens. Les concessions en fiefs (inféodations) ou en censives (accensements), ne constituent pas des transferts de propriété en droit, mais de la possession, au sens du droit romain ; nous dirions plus volontiers du droit d'exploiter (voir en troisième partie la longue histoire de l'emphytéose).

L'esprit d'appropriation de la féodalité amène au mélange du droit concédé (le péage) avec son support naturel (la route, le fleuve, le pont).

7 - Par exemple, Charles le Chauve prend une chartre portant donation au Monastère de St Denis de tous ses droits sur la Seine, cité par Championnière. P 643 - n° 376.

Or, même aux périodes les plus centralisées du pouvoir, le maintien de son fondement féodal ne fait pas disparaître cette confusion, et la distinction entre le domaine utile et le domaine éminent varie en intensité d'un pôle à l'autre⁸.

Le système politique féodal repose sur l'établissement de liens interpersonnels entre un seigneur protecteur et un vassal serviteur. Leurs relations, fondées sur le serment et la parole tenue, sont éminemment complexes : par un contrat moral le seigneur s'engage à défendre son vassal et ce dernier jure fidélité au premier qui pourra lui demander un conseil et son aide dans la guerre (le devoir d'ost). Ces "fois" bilatérales se traduisent par un contrat : la fourniture de terres du suzerain au vassal qui aboutit au revenu domanial s'équilibre en contrepartie par l'allégeance politique et un devoir d'obéissance du second au premier.

Le pouvoir politique se maintient et s'accroît par la multiplication de ces liens féodaux qui tiennent lieu, à côté des coutumes, de constitution de la société. Bien que les rois entreprirent de réduire ces liens et de centraliser le pouvoir dans leurs mains, l'organisation essentielle de l'État n'a pas vraiment quitté cette origine féodale et le Roi affranchit encore des serfs peu de temps avant la Révolution.

2.4 - L'époque communale (1056-1500)

La période d'émancipation communale qui commence au onzième siècle, se caractérisa par l'émergence de pouvoirs municipaux bourgeois qui prirent en mains leurs destinées contre les seigneurs et parfois avec l'appui du Roi. Louis VI le gros, Louis XI notamment jouèrent un rôle capital dans la reconnaissance de ces droits communaux et dans l'astucieuse déstabilisation de la féodalité par l'émergence d'un pouvoir tiers totalement dévoué à son bienfaiteur. Les communes elles-mêmes par les chartes royales concédées se voient chargées d'un ensemble de compé-

8 - Angers, 1231, Isambert Tome 1- n° 150 - Ordonnance ou traité avec le duc de Bretagne, où l'on stipule la renonciation au droit de naufrage moyennant un droit à lui concédé sur les navigateurs.

tences qui les amènent à se constituer un domaine et à l'utiliser à des fins collectives pour construire les adductions d'eau, les remparts, les maisons de villes, les quais de déchargement, et les halles. C'est à dater de la naissance du mouvement communal dès le XII^e siècle que le concept de service public va émerger modestement. La réintroduction des droits savants a donc été corrélative du mouvement communal⁹ qui dans beaucoup d'endroits tournait à la révolte contre les féodaux privilégiés, parfois contre l'Eglise: désormais les bourgeois prennent en main les destinées de leur ville et s'occupent des nombreux travaux publics que nécessite la vie de la cité (adduction d'eau, remparts, halles) et les prestations de services publics les plus variées, de l'enseignement public aux approvisionnements dans la tradition des corps de ville romains. Par les coutumes ils obtiennent des droits nouveaux sinon révolutionnaires :

- leur accord préalable pour la levée des impôts¹⁰,
- celui de gérer dans l'intérêt de la collectivité des services publics minimaux,
- des droits écrits les prémunissant de l'arbitraire féodal, parfois des mesures fixes (pour les solides et les liquides),
- souvent le droit de basse justice, ce qui les met également à l'abri des seigneurs.

9 - La redécouverte du Digeste et sa diffusion a également dû jouer un rôle décisif dans les esprits des conjurations de bourgeois municipaux enrichis et cultivés. Comment en serait-il autrement lorsque l'on considère le nombre considérable de dispositions de droit public datant de la République contenues dans ce savant code et l'expression, inconnue en système féodal, de l'utilité publique ? *"Les corps de ville doivent connaître des choses qui concernent l'état et savoir que c'est à eux qu'est confié en général tout ce qui concerne l'intérêt public"* lit-on dans le Digeste.

"L'Empereur a décidé que les fonctions magistrales étaient individuelles et que leur responsabilité était commune, parce qu'ils doivent administrer ensemble et que ce sont eux qui d'un commun accord se sont distribués le gouvernement des affaires". Le Digeste distinguait les emplois personnels requérant "un travail corporel et qui exige une application d'esprit et du soin" des emplois patrimoniaux qui consistent à "fournir des chevaux ou bêtes de somme et des voitures pour le transport des bagages de l'armée, ou pour courir la poste" de la cité". Les emplois publics sont personnels ; ils ont pour objet la défense de la ville, et concernent le syndic ; ses fonctions sont la perception des cens,... ; il doit exercer sa surveillance sur les mulets et les conducteurs pour l'approvisionnement des vivres et autres choses semblables ; avoir soin de laisser à bail les fonds de terre publics, des provisions de blé, des aqueducs, des spectacles sur les courses de chevaux et des chariots dans le cirque, du pavé des grandes routes, des magasins de blé, des bains, de la distribution des vivres, et tous les autres soins semblables à ceux-ci".

10 - Souveraineté avant domaine, puissance avant propriété, serions nous tenté de dire...

2.5 - La recomposition du domaine public

La réaction capétienne prend deux directions : d'une part la reconstitution du domaine public au sein de la couronne, d'autre part la restauration de la souveraineté, de la prééminence effective du Roi. Ce second objectif est servi par des rapports de force tandis que le premier l'est par le droit: la règle de l'inaliénabilité. Le domaine éminent revendiqué avec force, dans l'esprit des origines du système féodal de la dépendance du seigneur au Roi, s'appuie sur la directe universelle qui étend la souveraineté royale sur les provinces¹¹.

La suppression des partages royaux, aux changements de règnes et la création des apanages au profit des puînés du Roi avec clause de retour à défaut d'hoirs mâle après 1314, va dans ce sens. A chaque avènement royal, le Roi réunit au domaine tous les biens dont il est propriétaire¹². Enfin, la création du concept de la couronne, indépendante de la personne du Roi, réidentifie la notion de domaine public dont le Prince régnant n'est que le gérant protecteur. La renaissance du concept de propriété éminente du Prince sur le domaine public refonde la permanence de la souveraineté et de la sacralité du domaine public. Le Roi protecteur du domaine public s'interdit d'aliéner des biens dont il n'est que le garant. Dès lors le domaine public peut être mis en ferme et géré par des tiers.

Probablement posé vers la fin du XIII^e siècle¹³ le principe de l'inaliénabilité est affirmé au début du XIV^e siècle. **Une série d'ordonnances de 1318, 1320¹⁴, 1333 et 1344 portent révocation des domaines aliénés et recherchent des domaines usurpés les concessions faites en fraude du droit du Roi¹⁵.**

11 - Une ordonnance de 1303 réaffirme par exemple le pouvoir de légiférer du Roi sur toute l'étendue de son domaine.

12 - Paris, 27 mai 1320 (C.L. 1, 712) Isambert Tome 3 - n° 577 - Ordonnance sur les fonctions des receveurs des droits royaux

13 - Une ordonnance citée par Isambert de 1276 et contestée au plan historique, porte que les Princes chrétiens conviennent que le domaine du Roi est inaliénable. En fait la redécouverte du droit romain a dû jouer un rôle important dans les esprits du temps.

14 - Ordonnance sur les fonctions des receveurs des droits royaux Paris 27 mai 1320 CL-1-712.

15 - Paris, 28 août 1388 isambert Tome 6 - n° 112 - Mandement de la chambre des comptes, portant sur la rivière du Rhône appartient au Roi dans tout son cours.

En 1356, pendant la captivité du Roi Jean et sur les remontrances faites par les Etats Généraux réunis à Paris, son fils Charles promet, solennellement, dans une ordonnance de *"tenir, garder et défendre... tous les domaines qui y (à la couronne) appartiennent et peuvent appartenir et que iceux nous ne aliénerons ni souffrirons être aliénés, estrangés, ni mis hors de notre pouvoir dudit domaine"*. Il s'engage ensuite à réunir tout ce qui a été *"aliéné, séparé, mis hors ou estrangé par quelque manière que ce soit"*, depuis Bel. Les révocations d'aliénations anciennes ou de dons se multiplient après ce texte, le formalisme des concessions s'accroît.

On peut consulter à cet égard le mandement du 14 avril 1357¹⁶, l'ordonnance du 3 juillet 1357¹⁷, celle du 9 du même mois¹⁸, celle du 14 mai 1358¹⁹, qui reproduit les dispositions de l'ordonnance de 1356 ; les lettres patentes de 1360²⁰ et les déclarations de juillet 1364²¹ et du 5 octobre²² suivant qui confirmèrent l'ordonnance de 1356 ; l'ordonnance du 1er mars 1388²³ par laquelle Charles VI promet, vainement d'ailleurs, de ne faire aucune aliénation.

Au XV^e siècle les rois affirment en permanence, dans de nombreux actes législatifs ou administratifs, leur résolution inébranlable de conserver leur domaine intact²⁴. Parmi cette longue série d'actes, il convient de mentionner, d'une façon particulière, l'ordonnance du 28 février 1401²⁵ enregistrée au Parlement le 17 avril 1402, qui contient trois dispositions

16 - Collection du Louvre, III, 162.

17 - Collection du Louvre, III, 175.

18 - Collection du Louvre, III, 176.

19 - Collection du Louvre, III, 231.

20 - Collection du Louvre, III, 442.

21 - Collection du Louvre, IV, 466.

22 - Collection du Louvre, V, 197.

23 - Collection du Louvre, VII, 167.

24 - Voir notamment les lettres patentes du 15 mai 1403 ; les ordonnances du 7 janvier 1407 (collect. du Louvre, IX, 279) ; du 25 mai 1413 (collect. du Louvre, X, 70) ; les lettres royales du 16 juillet 1418 (collect. du Louvre, X, 456) ; 10 février 1444 (collect. du Louvre, XIII, 414).

25 - Collection du Louvre, VIII, 481.

principales : 1° prohibition absolue, pour l'avenir, de tout don à vie, à héritage ou à volonté des biens du Roi ou de son domaine ; 2° révocation et nullité de toute aliénation qui serait faite en violation de cette prohibition ; 3° révocation de tous les dons et aliénations précédemment consentis par le Roi sans aucune distinction. Pour donner plus de force à ces prescriptions, le Roi, les grands officiers et les plus hauts fonctionnaires jurent sur les Evangiles de les observer et appliquer.

Preuve complémentaire du changement d'état d'esprit l'ordonnance cabochienne prise sous la contrainte et l'émeute populaires le 25 mai 1413 (rapportée au lit de justice le 5 septembre suivant, l'émeute ayant été matée)²⁶, contient le renouvellement de la suppression des aliénations passées et futures du domaine par engagement solennel du Roi. Les mesures prises sont continuellement inefficaces car les ressources du Roi demeurent inférieures à ses dépenses.

L'aliénation constitue le degré de liberté politique et fiscal de la royauté. Par lettres-patentes du 15 décembre 1438²⁷ Charles VII à son avènement annule, en termes très explicites et très généraux, "*toutes aliénations, dons, cessions et transports de choses quelconques du domaine*". Cette sévérité s'explique par les très grands besoins d'argent, provoqués par les guerres et, pour la même raison, Louis XI qui avait montré, au début une très grande sévérité dans ses lettres royales du 9 septembre 1461²⁸, multiplie les aliénations et les dons, malgré l'opposition des États Généraux et particulièrement celle du procureur général. 11 tourna les difficultés en constituant des rentes assises sur le domaine²⁹.

En 1484, le Roi prit donc le parti de réunir à la couronne les domaines

26 - Paris, au lit de justice, 25 Mai 1413 (C.L. X, 70) Isambert Tome 7 - n° 539 - Ordonnance dite Cabochienne pour la police générale du royaume, rendue en conséquence de l'assemblée des notables.

27 - Collection du Louvre, XIII, 293.

28 - Collection du Louvre, XV, 17.

29 - Le don du Duché d'Etampes fut contesté par exemple par le procureur général qui réclamait l'inaliénabilité du domaine de la couronne en octobre 1465. Les États réclamaient également (1467) ainsi que les États Généraux qui en faisaient grief au Roi (1483), les aliénations étant une source d'accroissement des impôts.

aliénés depuis Charles VII (lettres du 27 décembre). La même chose arriva en 1508 après des cessions qui financèrent la guerre de Naples, puis en 1521, ce qui tend à prouver leur inefficacité devant les pressions financières du moment. Le domaine royal ne peut être prescrit à nouveau par édit du 30 juin 1539³⁰.

Les suppressions des aliénations ne couvrent pas, en théorie, les inféodations mais les donations ou les ventes à bas prix du domaine. Une solution plus élégante qu'efficace fut adoptée: à chaque changement de règne, le Roi annulait solennellement les concessions faites par le Prince défunt et s'engageait par serment à conserver et protéger intact le domaine de la couronne. Petit à petit, la conception patrimoniale feudataire régresse. La coutume de Beauvoisis fait obligation au détenteur du droit concédé d'entretenir la voirie³¹ mais de surcroît aux XIV^e et XV siècles, les textes se multiplient pour marquer la souveraineté royale sur le domaine public³².

Un point d'orgue est apporté à cette évolution : Charles VIII lors de la mort de Louis XI révoque, à la demande des Etats Généraux de 1483, qui réclament l'inaliénabilité du domaine de la couronne pour des raisons fiscales et d'équité, les nombreuses aliénations effectuées par ses prédécesseurs³³. **Un principe fut posé à partir de cette époque, les aliénations seraient toujours révocables et ne constitueraient que de simples engage-**

30 - Fontainebleau, 30 mai 1539, enregistré le 19 au parlement de Paris (Vol. M, f 169 Memorial de la chambre des comptes 2 J, i, 169) Isambert Tome 12 - n° 272 - Edit portant qu'au décès de ceux qui possèdent des terres dépendant du domaine de la couronne en vertu de donations, ces terres seront réunies audit domaine, et qu'ils n'en pourront transmettre la possession à leurs enfants.

31 - Ce qui n'est pas le cas dans les Etablissements de St Louis, contemporains de celle-ci.

32 - Les ordonnances du 29 mai 1346 (collect. Louvre II, 248) et du 28 décembre 1355 (Isambert IV, 753) constituent une juridiction spéciale des eaux et forêts, qui ne connaît des contestations relatives aux rivières appartenant aux "prélats, barons et autres justiciers" qu'en cas de refus de les juger ou de négligence, de la part de ces derniers. Une ordonnance de mai 1413 (Isambert VII, 376) interdit aux seigneurs de lever des taxes sur les grands fleuves sans la permission du Roi. Les lettres patentes du 15 décembre 1438, déjà rapportées, prononcent la révocation expresse de *"toutes les aliénations, dons, cessions et transports" faits par le Roi "sur les eaux de ses rivières ou les profits et les dépouilles d'icelles"*.

33 - Déclaration du 22 septembre 1483 et lettres patentes du 27 septembre 1484.

ments, la révocation devant s'accompagner du remboursement du prix, une clause de rachat figurant expressément au contrat des engagistes.

Au lieu de la coûteuse et dangereuse concession féodale, de la vente ou de la donation solennellement interdites le Roi allait recourir au crédit. En effet l'engagement revient à un système de crédit hypothécaire, ses biens étant engagés. Mais le Roi étant rarement capable de rembourser la finance de ces engagements ou motivé pour le faire, le domaine public aboutissait toujours dans les mains privées pour y rester durablement. La situation de fait n'avait donc guère évolué. La théorie féodale s'était au contraire consolidée, (le domaine éminent protégé et le domaine utile rachetable) ; sa précarité est affirmée. Les engagements se multiplièrent rapidement, non seulement sous Charles VIII, Louis XII et François Ier pour financer les guerres³⁴ mais aussi dans les siècles suivants. Les révocations domaniales n'intervenaient que pour celles effectuées à titre gratuit ou en fraude des droits du Roi³⁵.

2.6 - La rationalisation du droit de péage

Du latin *pedagia*, le péage existe sur les routes romaines et dans les périodes mérovingiennes et carolingiennes, plusieurs capitulaires en traitent.

L'obligation de service public liée au péage n'apparaît que tardivement, dans un Edit de François I^{er}. Si les Rois accordaient primitivement ces péages pour entretenir les routes et les voies navigables, il est clair que l'objectif était rapidement perdu de vue. Le texte de François I^{er} de septembre 1535 est très net :

"FRANCOIS, etc. Comme pour le bien et utilité de la chose publique, pourveoir et subvenir ès affaires et nécessité d'icelle, même du commerce et trafic de marchandise, sans lequel ne peuvent bonnement les humains estre nourris

34 - Déclaration d'octobre 1494 (Isambert, XI, 124) ; lettres patentes du 27 janvier 1513 (Isambert, XI, 117) ; Edits et déclarations de François Ier du 30 avril 1517 (Isambert, XII, 109), du 13 décembre 1517 (Isambert, XII, 149), du 25 février 1519 (Isambert, XII, 172), de juillet 1521 (Isambert, XII, 191) et de mai 1539 (Isambert, XII, 164).

35 - Voir l'édit du 30 mai 1539 - Fontainebleau.

et substantés, les péages ayent esté ordonnés, permis et établis ès lieux et contrées où en esté besoin pour l'aisance et commodité des passages, et pour subvenir à l'entretienement desdits passages, ponts, chaussées et chemins publics, iceux tenir en sûreté et due réparation, afin que un chacun allant par pays, à pied, cheval, charrois, voitures, sommes, charges, bétail, troupe et autrement, puissent aller et venir sûrement en leurs affaires et le commerce nécessaire à la chose publique estre fait, sans péril de leurs personnes, montures, bestes, marchandises et biens ;

Ainsi que les deniers provenans desdits péagers soient destinés pour estre employés esdites réparations et non ailleurs, tant qu'il y a réparations requises et nécessaires à faire... "

Ajoutant que ceux qui détiennent ces péages par "*concession de nous*" sans opérer des réparations aux chemins "*pervertissent la nature d'iceux au grand préjudice de nous et de la chose publique*".

2.7 - Le domaine public et le concept de la couronne

2.7.1 - Avant l'ordonnance de Moulins (1556)

La naissance effective en tant que principe légal de valeur générale de l'inaliénabilité date de l'édit du 30 juin 1539³⁶ enregistré au Parlement le 3 juillet 1539. Il institue le domaine de la couronne inaliénable et imprescriptible. En outre, il prononce la réunion à celui-ci de toutes les aliénations ou usurpations remontant à plus de cent ans. L'inefficacité du principe, comme on va le voir, réside peut-être dans la non dissociation de deux domaines, l'un privé aliénable, l'autre public inaliénable.

Voici le texte de l'édit qui dépasse la seule notion de domaine foncier pour englober celle de patrimoine et par conséquent les propriétés construites "*savoir faisons que nous considérons notre dit domaine et patrimoine de France (tant par la loi de notre dit royaume et constitutions de nos prédécesseurs, comme de dispositions de droit civil et canonique, et par le serment que nous et nos prédécesseurs avons fait et ont accoutumé de faire les*

36 - Isambert, XII, 567.

rois de France en leur sacre) être inaliénable par quelque espèce ou manière que ce soit, directement ou indirectement par jouissance, possession ou usurpation, intention, détention, ou autre façon et manière de le vouloir acquérir, attendu que le dit domaine et patrimoine de notre dite couronne est réputé sacré et ne peut tomber au commerce des hommes³⁷; ce que nul de nos sujets ne peut et ne doit ignorer, et où il en voudrait prétendre cause d'ignorance, serait intolérable attendu que telle est la loi commune de notre royaume ; en manière qu'icelle jouissance, qui ne peut être fondée en titre valable ne pourrait procéder sans male foi et charge de conscience, tant envers Dieu que nous ; même-ment elle serait et est contre le bien public".

L'édit ne comprenait pas les inféodations alors que l'ordonnance de Moulins de 1556 allait les y introduire. L'époque est d'ailleurs à l'affirmation permanente du domaine public et du domaine éminent³⁸, au sens de l'intérêt général. Toutefois des concessions sous formes d'engagements c'est-à-dire essentiellement précaires sont accordées par les fonctionnaires royaux (Chambre des Comptes³⁹) ou le Roi lui-même, telle celle d'Adam de Craponne en 1554 qui prend la forme d'un bail

37 - C'est cette notion qui sera reprise par la loi sur le domaine public, article 2, de décembre 1790, mais alors qu'ici le Roi sous entend les grands domaines, la Loi de 1790 comprendra les voies et fleuves.

38 - Ordonnance de décembre 1543 (Isambert XII, 843) sur l'entretien des eaux et forêts, dans laquelle l'intérêt public des rivières et forêts quelque soit leur propriétaire l'amène à les protéger édit du 18 août 1559 révoquant les dons, transports et aliénations antérieurs à François II, ordonnance de février 1554 (Isambert XIII - 431 créant les arpenteurs).

39 - Sous Saint-Louis, une ordonnance de 1256 enjoint aux maires et bonnes gens des villes de venir compter devant les gens du Roi, députés pour le fait des comptes. Ces députés étaient des membres de la cour du Roi, qui formaient une sorte de Commission spéciale siégeant au Temple, où était déposé le trésor royal. Sous Philippe-le-Bel, elle porte le nom de Chambre des deniers, puis, de Chambre des Comptes, ayant ses registres spéciaux. Une ordonnance de janvier 1319 lui donna une organisation indépendante. Les Chambres des Comptes se composaient d'abord de 9 membres : 3 conseillers maîtres des comptes, 3 généraux maîtres des monnaies, et 3 généraux trésoriers de France. En 1326, il fut créé 4 nouveaux conseillers maîtres des comptes. Philippe-le-Long leur adjoignit 8 clerks, qui prirent, ultérieurement, le nom d'auditeurs et, en 1333, il fut institué un correcteur. En 1418, le procureur général au Parlement attacha un substitut à la Chambre des Comptes. En 1454 et en 1478, on créa une charge de procureur général et une charge d'avocat général à la Chambre des Comptes. La Chambre perdit, dans la première moitié du XIVe siècle, les maîtres des monnaies qui formèrent une Chambre des Monnaies. Il en fut de même un peu plus tard des généraux trésoriers qui constituèrent la Chambre du Trésor. Enfin, la création de la Cour des Aides et du Conseil d'État achevèrent de diminuer l'étendue de la juridiction primitivement reconnue à la Chambre des Comptes.

A la veille de la Révolution, elle comprenait : 1 président, 12 présidents, 78 maîtres des comptes, 39 correcteurs 82 auditeurs.

accensé "à durée indéterminée"⁴⁰ et non d'un fief. Inversement, les concessions du XVIIe siècle se feront en fief perpétuel.

2.7.2 - Le domaine après l'ordonnance de Moulins

Un édit du 9 novembre 1547 finit par réaffirmer l'inaliénabilité du domaine du Roi et l'édit de Moulins de février 1566 qui est le plus célèbre en cette matière règle la question comme suit :

"Charles, comme à notre sacre, nous avons entr'autres choses, promis et juré garder et observer le domaine, et patrimoine royal de nostre couronne, l'un des principaux nerfs de notre estat, et retirer les portions et membres d'celuy, qui ont esté alienez, vray moyen pour soulager notre peuple tant affligé des calamitez et troubles passez..."

Il est en conséquence ordonné : *"1° Le domaine de nostre couronne ne peut estre aliéné qu'en deux cas seulement, l'un pour apanage des puisnez mâles de la maison de France... l'autre pour l'aliénation à deniers comptans pour la nécessité de la guerre, après lettres patentes pour ce décernées et publiées en nos parlemens, auquel cas y a faculté de rachat perpétuel"*.

"4° Ne pourra nostre domaine estre baillé à ferme ou louage, sinon au plus offrant et dernier enchérisseur...". La tentative de rationalisation du processus de location domaniale est nette.

"6° Ceux qui détiennent le domaine de nostre couronne sans concession valable dûëment vérifiée, autrement que dessus, seront condamnez et tenus rendre les fruits perçus depuis leur induë possession et jouissance..."

On ne peut pas dire que ces dispositions innovaient beaucoup en matière d'inaliénabilité (ou plutôt d'aliénabilité) par rapport aux époques précédentes ou dans leur contenu. En revanche les dispositions suivantes étaient plus novatrices

"17° Les terres domaniales ne se pourront d'oresnavant aliéner par inféodation à vie, à longtems ou perpétuité... (elles) se bailleront à ferme à nostre profit..."

40 - Bresson op. art. p. 121.

La location du domaine remplace sa cession, la féodalité a vécu. Les cautions devaient être très étroitement surveillées et il ne pouvait être demandé aucun rabais pour les baux à ferme, enfin : *"enjoignons très expressément à nos procureurs tenir la main à la protection, conservation, poursuite et réunion de nostre domaine, sur peine de répondre de la perte d'icelui qui seroit advenu par leur fait et faute"*.

Ainsi la couronne apparaît comme la personnification sacrée du domaine public dont le Roi a la garde. Mais la distinction entre le domaine-propriété (publique) et le domaine-souveraineté n'est pas opérée, l'ordonnance portant sur tous les domaines de la couronne sans qu'aucune distinction soit faite entre des biens, des droits ou des obligations. En revanche, elle limite le domaine propre du Roi aux acquisitions qu'il fait à titre personnel, aussi consolide-t-elle la notion de domaine public d'Etat (la couronne) comme concept supérieur non susceptible de propriété privée d'une nature bien supérieure puisque perpétuellement protégée par l'inaliénabilité. Notons que l'article 4 interdit les donations des *"fruits des fermes ou louages dudit domaine"* et toutes les remises ou exemptions de droit y afférant.

Désormais théoriquement, le domaine ne peut plus être aliéné : ne sont possibles que les concessions temporaires et les baux à ferme aux enchères, que la tenure soit noble ou roturière. Tout utilisateur du domaine ne dispose que d'un droit d'usage précaire et non plus du domaine utile⁴¹. Un contrôle des titres est décidé par les articles 5 et 6 : un titre enregistré à la Chambre des Comptes ou par le Parlement doit sanctionner les aliénations anciennes et être vérifié. Ceux dont le titre n'est pas rapporté doivent rendre les fruits pendant toute la durée de la possession induite, la concession est retirée.

En mai 1579, une nouvelle ordonnance confirme celle de 1566 alors qu'entre temps, en 1575, Henri 111 a "rançonné" les détenteurs du

41 - L'ordonnance réserve en domaine aliénable les terres vagues et vaines, les prés, les paluds et les marais vacants qu'on qualifie de petit domaine.

42 - L'article 356 oblige à rétablir les chemins à leur ancienne largeur *"nonobstant toutes usurpations, pour quelque laps de temps qu'elles puissent avoir été faites"*.

domaine en rappelant nettement l'imprescriptibilité des chemins⁴². Recherche d'usurpations et réunion des biens détachés du domaine à celui-ci se répètent au XVII^e siècle respectivement en 1607, en 1648-1655 et 1667-1668⁴³.

Sous Louis XIV, l'exercice du pouvoir étant absolu, les notions de souveraineté et de propriété deviennent extrêmes en même temps que synonymes. Le Roi dispose de toute chose, il accorde selon son bon vouloir des concessions domaniales tout à fait précaires⁴⁴. Tout le domaine (public incluant les propriétés privées) redevient royal ; Louis XIV expulse sans indemnité tous les propriétaires des terrains où passe le canal du Midi et il vend en fief celui-ci à Riquet.

En avril 1667, Colbert prend un édit "*portant règlement général sur le domaine de la couronne*" qui prescrit la réunion des biens détachés et rembourse ceux qui apportent la preuve de leur titre ou retire sans indemnité les biens aux autres⁴⁵. Il reprend aussi l'exacte définition du domaine donnée en 1556. Le Roi s'appuie sur le "*titre de .sa couronne*" pour affirmer ses droits souverains sur les fleuves, les, péages, moulins en 1683 à propose d'un édit antérieur qui avait taxé de 5 % par an les détenteurs de droits depuis plus de cent ans⁴⁶. L'édit de 1693 taxe de 10 % ceux qui ne disposent pas de droits de propriété sur les rivières avant 1556.

L'édit sur les eaux et forêts d'août 1669 affirme la propriété du Roi sur tous les fleuves comme faisant "*partie du domaine de notre couronne*"⁴⁷ mais il maintient expressément les cours d'eau rendus navigables par les

43 - Henri IV, par des lettres du 30 octobre 1607, prescrivit la recherche de la répression des usurpations comises sur le domaine en Guyenne. Louis XIV prescrivit, par un édit de janvier 1648, la revente des domaines aliénés et, en octobre 1655, il obligea les détenteurs à payer une redevance. Enfin, les édits de 1667, 1668, 1693 prescrivirent la réunion de tous les biens qui avaient été détachés du domaine.

44 - Paris, décembre 1652 (Néron, 11, 35) Reg. P.P. 31 décembre Isambert Tome 17 - n° 245 - Edit pour la vente et revente du domaine

45 - St-Germain-en-Laye, avril 1667 (Néron, n, 84) Reg. c. des C, 20 avril Tome 18 - n° 504 - Edit portant règlement général sur le domaine de la couronne

46 - Edits de 1664-1668-1683. L'édit de 1683 parle du titre de souveraineté du Roi. Il confirme les droits de propriété fondés en titre, concédés sur les rivières avant 1566.

47 - Titre XXVII art. 41.

travaux privés (*"fleuves sans artifice et ouvrages de main"*) en dehors du domaine de la couronne et il réserve les droits possédés par des tiers sur les cours d'eau par *"titres et possessions valables"*⁴⁸.

Il faudra donc attendre le XVIII^e siècle pour que la séparation du concept de domaine en souveraineté s'opère vis à vis de celui de domaine en propriété tout d'abord dans l'esprit du siècle, puis dans le droit de la Révolution. Le XVIII^e siècle ne produit pas de loi importante sur le domaine, le Roi restant souverain absolu et propriétaire de tout le domaine. Les aliénations demeurent soumises au système de l'engagement. Le principe de la couronne, avant la Révolution est oublié, le Roi dispose du domaine après en avoir été le gérant.

2.8 - La Révolution : une nouvelle conception du domaine public

La Révolution conserve dans un premier temps la notion de directe universelle non plus au profit du Roi mais de la Nation. La première grande loi sur le sujet, des 22 novembre et 1er décembre 1790, retrouve les distinctions du domaine en propriété distinct du domaine en souveraineté qui s'assimile au domaine éminent, aux mains de la Nation, fondées sur la propriété directe des choses vacantes ou n'appartenant à personne⁴⁹.

La notion de propriété patrimoniale reste forte : la propriété publique appartient à la Nation seule tandis que la propriété privée est détenue par les particuliers. Dans le style moderne qui caractérise les lois révolutionnaires, l'article 1 de la loi déclare la Nation propriétaire *"de tout ce qui n'appartient à personne en particulier, des biens affectés à l'usage du public aussi bien que de ceux composant le patrimoine privé de l'État"*. L'article 2 énumère non exhaustivement les biens en question (chemins, fleuves...).

48 - Il est complété notamment par l'édit du 10 août 1694 (Baudrillart, 1, 127) Isambert Tome 20 - n° 1549 - Arrêt du conseil portant que les bras non navigables des rivières navigables sont domaniaux, et qui établit la différence qui les distingue des parties supérieures non navigables des rivières devenues navigables dans leurs parties inférieures.

49 - Rapport présenté au Comité des domaines par Enjubault le 8 novembre 1790 à l'Assemblée Constituante : on retrouve le concept féodal de domaine éminent et de domaine utile ; le dernier fait retour à la nation en cas de vacance de propriété.

La propriété privée se distingue de la propriété publique par la personne du propriétaire et par la nature des biens : le rapport précité parle des *"parties du territoire qui n'appartiennent à personne soit parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, ou bien parce qu'elles se trouvent actuellement⁵⁰ sans maître"*.

Le décret du 4 août 1789 abolissant le régime féodal fonde un mode de propriété libre de toute charge personnelle. La distinction féodale du domaine utile et du domaine direct (droit retenu par le seigneur sur les biens concédés au vassal ou au censitaire) disparaît. Les redevances et censives féodales disparaissent. Le domaine public est a priori totalement inaliénable sauf décision contraire de la Nation (on va y revenir ci-après).

- la loi relative aux domaines nationaux, aux échanges et concessions qui ont été faits et aux apanages du 1^{er} décembre 1790 met en vigueur le décret de l'Assemblée Nationale du 22 novembre 1790, lequel sépare enfin le concept de couronne de celui de Nation. (Article 6).

La souveraineté sur le domaine, jusque là exercée par le roi, est clairement transférée à la Nation, et la volonté populaire est la source des modes d'utilisation du domaine: La loi pose dans son exposé le principe *"que le domaine public dans son intégrité avec ses divers accroissements, appartient à la nation ; ...et son article 8 "2° - Que toute concession, toute distraction du domaine public est essentiellement nulle ou révocable, si elle est faite sans le concours de la nation⁵¹"*

La loi donne dans ses articles 1 à 7 une définition positive du domaine. L'emphytéose à vie est qualifiée d'aliénation (A 29), on va y revenir.

50 - Par leur nature même qui entraîne au plan juridique qu'elles ne peuvent appartenir à une personne privée car leur usage est commun à tous.

51 - Cette loi prévoit aussi :

Article premier - le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés foncières et de tous les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation, soit qu'elle en ait la possession et la jouissance actuelles, soit qu'elle ait seulement le droit dy rentrer par voie de rachat, droit de réversion, ou autrement.

Art. 2 - Les chemins publics, les rues et places des villes, les fleuves et rivières navigables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, etc, et en général toutes les portions du territoire national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public.

La location ou concession du domaine public est considérée comme une nécessité publique :

"I° - Que le produit du domaine est aujourd'hui trop au-dessous des besoins de l'État pour remplir sa destination primitive ; que la maxime de l'inaliénabilité devenue sans motifs, serait encore préjudiciable à l'intérêt public, puisque des possessions foncières, livrés à une administration générale, sont frappées d'une sorte de stérilité, tandis que dans la main de propriétaires actifs et vigilants elles se fertilisent multiplient les subsistances, animent la circulation, fournissent des aliments à l'industrie et enrichissent l'État..." (3e considérant)

La loi prévoit la possibilité de vendre les domaines nationaux (article 8) mais son article 9 pose le principe d'indélegabilité des droits régaliens

"Art. 9 - Les droits utiles et honorifiques ci-devant appelés régaliens, et notamment ceux qui participent de la nature de l'impôt, comme droits d'aides et autres y joints, contrôle, insinuation, centième denier, droits de nomination et de casualité des offices, amendes, confiscations, greffes, sceaux et tous autres droits semblables, ne sont pas communicables ni cessibles : et toutes concessions de droits de ce genre, à quelque titre qu'elles aient été faites, sont nulles, et en tous cas révoquées par le présent décret."

Les concessions basées sur le régime féodal (lequel n'offrait pas la contrepartie d'une prestation de service comme on l'a vu) furent supprimées⁵².

Une surveillance était organisée par la loi sur le fonctionnement de toutes les concessions par les deux articles suivants qui rappelaient le vieux principe de l'affectation du péage, à l'entretien des ouvrages⁵³.

52 - "§5 - Des engagements, des dons et concessions à titre gratuit ou rémunérateur, baux à rentes ou à cens, etc.
Art. 23 - Tous contrats d'engagement des biens et droits domaniaux postérieurs à l'ordonnance de 1566 sont sujets à rachat perpétuel; ceux d'une date antérieure n'y seront assujettis qu'autant qu'ils en contiendront la clause expresse".
"Art. 28 - Les dons, concessions et transports à titre gratuit de biens et droits domaniaux faits avec clause de retour à la couronne, à quelque époque qu'ils puissent remonter, et tous ceux d'une date postérieure à l'ordonnance de 1566, quant même la clause du retour y serait omise, sont et demeurent révocables à perpétuité, même avant l'expiration du terme auquel la réversion à la couronne aurait été fixée par le titre primitif".

Le respect du contrat doit être méticuleux⁵⁴. La suppression des péages découle de la suppression de la féodalité (4 août 1789). Un décret de l'Assemblée nationale avait été adopté le 28 mars 1790⁵⁵ organisant le maintien des péages pour les ouvrages publics :

"Art. 15 - Sont exceptés, quant à présent, de la suppression prononcée par l'article 13 :

1° - Les octrois autorisés qui ne se perçoivent sous aucune des dénominations comprises dans ledit article, soit au profit du trésor public, soit au profit des provinces, villes, communautés d'habitants ou hôpitaux ;

2° - Les droits de bac et de voiture d'eau ;

3° - Ceux des droits énoncés dans ledit article qui ont été concédés pour dédommagement de frais de construction de canaux et autres travaux ou ouvrages d'art construits sous cette condition ;

4° - Les péages accordés, à titre d'indemnité, à des propriétaires légitimes de moulins, usines ou bâtiments et établissements quelconques supprimés pour raison de l'utilité publique".

L'obligation d'entretien des ouvrages publics est mise à la charge des assemblées locales. Ce principe est véritablement nouveau.

53 - "Art. 34 - Il est expressément en joint par le présent décret, à tous concessionnaires ou détenteurs des biens nationaux, à quelque titre qu'ils en jouissent, de présenter au comité des domaines de l'Assemblée nationale et au directoire du département de la situation du chef-lieu de ces domaines, dans trois mois à compter du jour de la publication du présent décret, des copies sur papier libre, collectionnées par un off' officier public, des titres de leurs acquisitions, des procès-verbaux qui ont dû précéder l'entrée en jouissance, des quittances de finance, si aucune ont été payées, des baux qui en auront été consentis, et en général de tous les actes, titres et renseignements qui pourront en constater la consistance, la valeur et le produit, et faire connaître le montant des charges dont ils sont grevés, et faute par eux d'y satisfaire dans le délai prescrit, ils seront condamnés à la restitution des fruits, du jour qu'ils seront en demeure".

54 - Art. 35 - Les engagistes ou concessionnaires à vie ou pour un temps déterminé, des biens et droits domaniaux, élus héritiers ou ayant cause, se renfermeront exactement dans les bornes de leurs titres sans pouvoir se maintenir dans la jouissance desdits bien après l'expiration du terme prescrit, sous peine d'être condamnés au paiement du double des fruits perçus depuis leur indue jouissance".

55 - Art. 13 - Les droits de péage de long et de travers, passage, hallage, pontonnage, barrage, chainage, grande et petite coutume, tonlieu et autres droits de ce genre, ou qui en seraient représentatifs de quelque nature qu'ils soient, et sous quelque dénomination qu'ils puissent être perçus, par terre ou par eau, soit en matière, soit en argent, sont supprimés sans indemnité ; en conséquence, les possesseurs desdits droits sont déchargés des prestations pécuniaires, et autres obligations auxquelles ils pouvaient être assujettis pour raison de ces droits".

"Art. 14 - Il sera pourvu par les assemblées administratives à l'entretien des ouvrages dont quelques-uns des dits droits sont grevés."

La loi relative à la suppression des anciens droits féodaux du 25 août 1792 sépare bien le péage, droit féodal, du péage prix d'une prestation mais en plus elle pose le principe de la liberté d'entreprendre dans le domaine des transports publics après fixation du tarif par l'autorité publique :

"Art. 9 - Les droit exclusifs de bacs et voitures d'eau, provisoirement conservés par l'article 15 du titre 11 du décret du 15 Mars 1790, sont pareillement supprimés; de manière qu'il sera libre à tous citoyens de tenir sur les rivières et canaux des bacs, coches ou voitures d'eau, sous les loyers et rétributions qui seront fixés et tarifés par les directoires de département, sur l'avis des municipalités et des directoires de district"

Enfin les textes d'une importance continue dans les affaires publiques sont remis au goût du jour parfois en modifiant légèrement les termes d'actes anciens. C'est le cas d'un décret de l'Assemblée Nationale du 5 janvier 1791 sur le dessèchement des marais dont l'introduction est une pâle copie de l'édit de 1599 d'Henri IV sur le même sujet⁵⁶.

2.9 - Le Code Civil

Les lois de 1790, du 28 octobre-6 septembre 1791 sur les cours d'eau, la loi du 17 juillet 1793 puis après le Code civil (articles 537 à 541) reprennent les concepts de la loi de 1790. Le domaine public défini à l'article 538 du Code reproduit l'article 2 de la loi de 1790 : *"les chemins routes...*

56 - Cette introduction est à rapprocher de l'Edit de 1599 sur les marais

"L'Assemblée nationale considérant qu'un de ses premiers devoirs est de veiller à la conservation des citoyens, à l'accroissement de la population, et à tout ce qui peut contribuer à l'augmentation des subsistances, qu'on ne peut attendre que de la prospérité de l'agriculture, du commerce et des arts utiles, soutien des empires ;

Considérant que le moyen de donner à la force publique tout le développement qu'elle peut acquérir, est de mettre en culture toute l'étendue du territoire ;

Considérant qu'il est de la nature du pacte social, que le droit sacré de propriété particulière, protégé par les lois, soit subordonné à l'intérêt général ;

L'Assemblée nationale, considérant enfin qu'il résulte de ces principes éternels, que les marais, soit comme nuisibles, soit comme incultes, doivent fixer toute l'attention du corps législatif, décrète ce qui suit :"

les fleuves et rivières navigables... et généralement toutes les portions du territoire Français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée sont considérés comme des dépendances du domaine public". L'exposé des motifs du Code indique que *"les biens susceptibles de propriété privée peuvent être en la possession de la nation ou des communes"* ce qui fonde le domaine privé des personnes publiques.

Tout aussi clairement l'exposé des motifs indique que les biens qui sont dans le commerce (critère par nature) *"sont les seuls dont le Code civil doit s'occuper ; les autres sont du ressort, ou d'un code de droit public ou de lois administratives et l'on n'a dû en faire mention que pour annoncer qu'ils étaient soumis à des lois particulières"*.

En forme de conclusion sur les périodes de la Révolution et de l'Empire

La nation est souveraine et maîtresse de son territoire, les particuliers sont propriétaires du sol. Le domaine (les biens et droits) appartenant à la nation peuvent être aliénés, sous la restriction que l'Assemblée devra l'autoriser et elle ne met en dehors de cette règle que les forêts. Il est utile de procéder à la concession du domaine pour effectuer sa mise en valeur et ainsi enrichir la collectivité (loi du 1er décembre 1790). Dans cette vaste remise en ordre on donne enfin des compétences aux communes pour gérer leur patrimoine et entreprendre des travaux publics (loi du 14 décembre 1789). Le contrat d'emphytéose est ramené à 99 ans (décret du 18 décembre 1790). Bien que le statut des concessions domaniales soit éclairci par des lois ultérieures (loi de 1807 sur le dessèchement des marais, loi de 1810 sur les mines) rien d'identique n'est fait pour les concessions de travaux publics qui paradoxalement vont dominer le 19e siècle.

Les services publics naissent au dix neuvième siècle, dans leur quasi totalité, sous la forme de concessions conformément aux principes posés par la loi Le Chapelier qui réserve à ceux qui payent patente le droit d'entreprendre. Les chemins de fer, les rues de Paris, les canaux sont entrepris par contrats de concessions. Le domaine public est devenu un outil au profit de la collectivité.

Et nous reprenons ici la conclusion de Planiol en 1906 : "L'inaliénabilité

absolue a donc cessé depuis 1790. Ce n'est pas tout. Des lois postérieures ont apporté de nombreuses dérogations au principe qui rendait nécessaire l'autorisation législative pour les aliénations domaniales. Ce furent d'abord des délégations spéciales données au pouvoir exécutif pour des aliénations partielles, jusqu'à concurrence de sommes déterminées (LL. 16 brumaire an V, 26 vendémiaire an VII, 30 ventôse an IX). Puis vinrent les lois plus générales des 15 et 16 floréal an X, en vertu desquelles le gouvernement est autorisé à vendre les biens du domaine, sauf : 1) ceux qui vaudraient plus d'un million ; 2) ceux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales. Cette liberté d'aliénation, laissée au gouvernement pour une grande partie du domaine, a été confirmée par les lois du 18 mai 1850 et du 16 juin 1864.

L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, qui sont considérées aujourd'hui comme les deux traits caractéristiques du domaine public proprement dit, ne se rattachent pas du tout au principe de l'ancien droit : la règle nouvelle n'a ni le même objet ni les mêmes motifs, et c'est par une véritable erreur historique qu'on en attribue l'origine à l'édit de 1566. Cet édit avait pour but la conservation des biens productifs de la couronne, principalement des terres et forêts royales, et ne se préoccupait nullement de la conservation des rivières et des routes, que le roi ne songeait pas à aliéner. Les biens anciennement déclarés inaliénables ont donc cessé de l'être, et ceux qui forment aujourd'hui le domaine public inaliénable et imprescriptible ont une autre nature et leur inaliénabilité a d'autres raisons d'être : ce n'est pas la richesse de la maison de France que l'on cherche à conserver ; ce sont les possessions directes du public, et principalement ses moyens de communication, que l'on veut sauvegarder contre les empiétements des particuliers ou les faiblesses de l'administration. On, peut dire que depuis l'époque romaine les *res publicae* n'ont jamais cessé d'être *extra commercium*, tandis que l'inaliénabilité spéciale, établie en 1566 pour les biens du domaine privé, a disparu en 1790".

III - LA MISE EN VALEUR ET L'EXPLOITATION DU DOMAINE PUBLIC

Le domaine utile (d'exploitation directe) a été mis en valeur par des organisations tout d'abord hiérarchiques puis contractuelles : fermes domaniales, baux précaires devenant des emphytéoses, et par extension fermes fiscales et monétaires. Puis ce fut au tour du domaine éminent (d'exploitation par investissement, donc domaine seulement potentiel avant l'investissement) de connaître cette évolution à partir du XV^e siècle.

- La conception historique de l'accomplissement de missions de services ou de travaux publics est également intimement liée au domaine. Dès qu'une volonté de développer le domaine éminent ou les services apparaît, le contrat public occupe une place essentielle. Par exemple les contrats de paréages au XIII^e siècle ont abouti à une vaste mise en valeur du domaine public, précédemment mal exploité, et à la création d'environ 300 villes dans le sud-est de la France. Plus tard les rois cherchent toujours par deux voies contractuelles (fief et bail accensé) à faire mettre en valeur les marais, les mines, les colonies, les espaces agricoles, et les quartiers. Ceci requiert des investissements, des droits étalés dans le temps et de véritables contrats publics-privés.

- Ce n'est qu'au cours du XVII^e siècle qu'apparaissent nettement des pré-occupations de service public – dont le domaine public est souvent le support – au sens où nous l'entendons, à savoir de prestations au service du plus grand nombre par une organisation d'ordre politique. Les organisations réglementaires inefficaces (devoir de nettoyer "*endroit soy*" ou d'enlever ses boues) laissent progressivement place à une multitude d'organisations de délégations contractuelles : baux de longue durée, baux décennaux, fiefs en terre, fiefs en fonction, baux accensés perpétuels et lettres patentes (contrats innommés).

Au cours du premier millénaire on voit se développer pour des raisons de sécurité publique les contrats d'emphytéose ou de location perpétuelle du domaine tant auprès des princes et des seigneurs de l'époque que de l'église qui joue un rôle décisif dans sa renaissance. Ce contrat est le sup-

port des toutes premières concessions des XVI^e et XVII^e siècles.

3.1 - Domaine public et emphytéoses sous la domination romaine

Le droit romain est plus proche de notre droit contemporain qui l'a réutilisé que le droit féodal qui nous en a séparé pendant treize siècles. Le Digeste nous renvoie l'image d'une cité policée dotée de services publics (égouts, éclairage public, ouvrages publics), d'un véritable droit foncier et urbain, concepts qui vont disparaître pendant six siècles environ de la chute de l'empire romain (476) à la naissance du mouvement communal (1066).

3.2 - Les premiers contrats de location du domaine public

La propriété foncière dans l'Empire d'occident est une "propriété individuelle, libre et absolue". Les locations de terres publiques sont un phénomène historique très ancien. Sous l'Empire romain elles atteignaient dans certains cas cent ans et il semble même que la règle pouvait s'entendre également des contrats des fermiers de l'impôt. Petit à petit, sous l'Empire, le bail des terres publiques devint perpétuel. Les romains créent pour longtemps la physionomie juridique de l'emphytéose : le contrat est au juste milieu entre le simple droit de jouissance et le transfert de la pleine propriété. Le contrat a une durée plus longue que le simple bail ce qui offre la sécurité du preneur. Celui-ci est également en possession d'un droit réel et peut faire respecter sa jouissance contre les tiers.

Concernant le droit réel de l'emphytéote, le Digeste traite dans son livre VI, titre 3: *"Les villes ont deux sortes de terres ; les unes sont sujettes à une imposition, et les autres n'y sont pas sujettes. Les premières .sont des terres louées à perpétuité sous la condition de payer une rente moyennant laquelle on ne peut les ôter ni à ceux qui les ont louées, ni à leurs héritiers ; les secondes sont celles qui sont louées à l'ordinaire"*. La différence des droits des preneurs dans les deux types de location est donc parfaitement établie. L'emphytéote jouit d'un droit réel et il a contre toute personne une action réelle utile pour demander la chose elle même *"Ceux qui ont reçu d'un corps de ville des terres à bail perpétuel ne deviennent pas propriétaires ; cependant on leur accorde une action contre tout autre possesseur, même*

contre le corps de ville, pourvu qu'ils paient toujours la rente convenue". L'Emphytéose évolua plus tard vers la location perpétuelle consentie contre l'amélioration du sol et la mise en valeur des terres incultes.

L'état d'abandon des terres en raison de la désertion des campagnes a amené à transformer le vieux bail emphytéotique en lui adjoignant cette nouvelle obligation imposée au preneur. Le droit s'adapte et une constitution de Théodose et Valentinien interdit aux agents du fisc de priver de leur jouissance perpétuelle les colons investisseurs. Il ne faut pas : *"que ceux qui ont répondu à l'invitation du prince et entrepris à grands frais le défrichement des terres incultes, soient ensuite privés des immunités sans lesquelles ils n'auraient pas assumé d'aussi grandes charges"*

La *locatio censoria* ou *venditio* est l'adjudication (la mise en vente ou la location selon les points de vues) du droit de percevoir les revenus de l'ager publicus⁵⁷ lesquels étaient systématiquement affermés à une compagnie de publicains. La redevance qu'ils percevaient par exemple pour les forêts et les pâturages, *scriptura*, était fixée à un montant par tête de bétail et la compagnie jouissait d'un monopole garanti par le droit de prendre un gage sur les fraudeurs de ses droits ou de confisquer le bétail apporté en contrebande. L'ager publicus est également mis en adjudication pour assurer le fermage du vectigal⁵⁸. Les publicains prenaient à ferme les redevances de tout un district, ils le divisaient en lots qu'ils louaient en général à de riches capitalistes et le preneur maintenait sa jouissance par une tacite reconduction⁵⁹. Il s'agissait principalement des *possessiones* de l'ager publicus c'est à dire les terres non cultivées louées contre une modeste redevance périodique en argent ou en nature, le

57 - "aux ides de mars , sur le forum" précise Garsonnet p 82. Voir Belot histoire des chevaliers romains Paris 1869-1872, 2 tomes.

58 - Notons que le vectigal des provinces romaines arrivait sous la République dans le trésor public, puis à partir de la fondation de l'Empire le tributum, vectigal des provinces impériales, alimentait le fiscus (trésor particulier des empereurs) et le stipendium, vectigal des provinces sénatoriales était versé dans l'aerarium , trésor public. Le tributarium supporte les dépenses militaires tandis que l'aerarium est payé en reconnaissance du domaine éminent à son propriétaire. Cette distinction est supposée par Garsonnet, elle est convaincante.

59 - Garsonnet (p 125) cite Plutarque à ce sujet et Hyginus, de cond.agr. éditions Lachmann p 116.

vectigal. Les terres *immunes*, ne devant pas payer le vectigal étaient peu nombreuses⁶⁰.

Pour les terres cultivées ou bâties, de l'ager publicus, trois formes de locations coexistent. Les assignations, *agri vectigales*, faites à charge de redevance, le *vectigal*, les droits de superficie contre redevance, le *solarium*, et même les ventes du domaine public, *agri quaestorii* (ou les dons) contre paiement d'une redevance sont rangés par les juriconsultes dans une même catégorie de locations perpétuelles. On sait par ailleurs que la dîme en huiles, vins et légumes secs des cités siciliennes était attribuée par adjudication sur le marché de Syracuse tous les cinq ans, et le régime des rapports entre le publicain fermier et le contribuable était régi par la loi d'Hiéron qui protégeait bien le second contre le premier⁶¹.

Le Digeste traite assez longuement "*des fermiers des impôts*"⁶² prévoyant leur responsabilité et celle de leurs esclaves dans la collecte des impôts : "*On les appelle publicains parce qu'ils touchent les deniers publics, soit qu'ils payent au fisc une redevance, soit qu'ils lui rapportent les deniers qu'ils touchent par tête*"⁶³. En général on appelle avec raison publicains ceux qui tiennent quelque bail du fisc".

Ils jouissaient d'un régime particulier car le publicain avait le droit de restituer ce qui avait été enlevé avec violence et en tout état de cause sa peine n'était que du double, alors qu'elle était du quadruple, pour les actions relatives à des faits avec violences et des vols manifestes⁶⁴. L'action peut s'exercer contre des publicains coupables d'actes illicites et, dans ce cas, ils sont responsables in solidum. Elle se transporte contre ses héritiers, en cas de décès du publicain, et l'offre de restitution de celui-ci arrête

60 - Voir Garsonnet p 142 et suiv. Au demeurant la constitution de Caracalla qui a accordé le droit de cité à tous les habitants de l'Empire n'a pas transformé la condition des provinces vis à vis du droit du sol.

61 - Belot op cit T2, p 165 citant Cicéron, Adv verr, II act , III, 7. et Garsonnet p 138.

62 - Livre 39, Titre IV, de publicanis et vectigalibus et commissis Ulpien au livre 55 ; Gaïus au livre 21, in Hulot les cinquante livres du digeste ou les pandectes de l'empereur justinien, tome 6 p 78 et suiv .

63 - Il s'agit de la capitatio humana et de la capitatio terrana.

64 - Ulpien 3,4 au Digeste op cit.

l'action. En outre les publicains "*doivent se servir d'esclaves honnêtes gens pour cet emploi*" selon Ulpien.

Mais c'est Paul au livre cinq des sentences qui est le plus précis⁶⁵ : sur le bail lui même : "*Si la chaleur des enchères a porté le bail des impôts publics au-delà de ce qu'il a coutume de rapporter, on ne doit admettre le plus offrant enchérisseur qu'autant qu'il sera prêt à donner bonne et suffisante caution. Personne ne peut être forcé à prendre en ferme les impôts publics. Ainsi à l'expiration du bail il faut les affermer de nouveau. Les fermiers qui sont restés reliquataires du premier bail ne peuvent être admis au second qu'après avoir satisfait*". Il nous renseigne également sur le fonctionnement du système fiscal⁶⁶.

Outre ces précisions remarquables, le Digeste nous apprend que la fonction fermière est monopolisée au profit du fermier, s'agissant de l'exploitation de carrières ou de mines d'Etat, et il donne la liste exacte et pittoresque des marchandises taxées⁶⁷.

Un point très remarquable est à signaler : le titre 4 du livre III du Digeste nous apprend : "*Il n'est pas permis indistinctement à toutes personnes de s'ériger en communauté, déformer une société, un collège ou quelque autre association semblable; car cela est défendu par les lois, les senatus-consultes et les constitutions des princes. Il y a fort peu de cas où ces sortes d'associations*

65 - Digeste op cit.

66 - Voici d'autres extraits du Digeste à cet égard : "*Les débiteurs du fisc ou ceux d'une ville ne peuvent point prendre à ferme les impôts publics afin que les premières dettes ne soient pas embarrassées par une nouvelle cause, à moins qu'ils n'offrent des répondants capables de satisfaire à tout ce qu'ils pourront devoir. Si les associés dans les fermes des deniers publics administrent séparément leurs portions, l'un d'eux peut demander avec justice qu'on lui transfère la portion d'un autre qui n'est pas en état d'y faire honneur. Ce qu'a été exigé illicitement, soit au public, soit aux particuliers, est rendu au double aux parties lésées. A l'égard de ce qui a été enlevé par violence il est rendu au triple, y compris la peine pécuniaire. Ce qui n'empêche pas qu'il n'y ait lieu contre les délinquants à la poursuite extraordinaire. Car la première condamnation est sollicitée par l'intérêt des particuliers et la seconde par l'intérêt public. On ne doit pas payer de droits pour les choses qui n'en ont jamais payé. A l'égard de celles qui ont coutume d'en payer, mais pour lesquelles un fermier a eu la négligence de n'en point recevoir, un autre est autorisé à s'en faire payer. On a décidé que les marchandises destinées à l'approvisionnement d'une armée n'étaient sujettes à aucun impôt. Le fisc est exempt de tout impôt. Mais les marchands qui ont coutume de faire commerce des marchandises provenant des fonds appartenant au fisc ne jouissent pas de la même exemption*".

67 - Digeste op cit, Alfenus Varus.

soient permises : par exemple, les fermiers des impôts publics sont érigés en corps, ainsi que ceux des mines d'or et d'argent, et des salines... les boulangers et quelques autres métiers de pêcheurs."⁶⁸

Le privilège de ceux à qui il est permis de s'établir en corps de communauté, de collège, de société, ou sous telle autre dénomination que ce soit, c'est d'avoir, à l'exemple de la république, des biens communs, un coffre commun, et de faire administrer les affaires de la communauté par un agent ou syndic, comme cela se fait dans une république."⁶⁹ Ainsi l'origine de la société moderne se croise avec la délégation et ce dès les origines connues du droit, l'activité déléguée jouit de privilèges politiques à commencer par celui de s'associer, on avait déjà vu le phénomène dans les lettres patentes, de création de concessions et de sociétés financières associées.

Le bail vectigalien n'impose pas au preneur de l'ager publicus l'obligation de cultiver. Il est accordé à perpétuité (comme les possessions)⁷⁰ ou pour deux durées très distinctes: cinq ou cent ans⁷¹. Le vectigal est payable en argent ou en fruits, et l'Etat se réserve le droit de rentrer en possession s'il n'est pas payé pendant deux années consécutives⁷².

Qualifié en son temps de propriété quasi héréditaire la doctrine issue des jurisconsultes romains le rangea bien parmi les baux et non parmi les ventes. Le preneur vectigalien peut faire réduire le vectigal en cas de diminution des récoltes et il jouit d'un droit réel transmissible à ses héritiers tant qu'il remplit ses obligations. Il peut hypothéquer l'*ager vectigalis*⁷³, l'aliéner, le grever d'usufruit, en demander le partage ou le bornage en cas d'indivision.

68 - Rappelons que tous ces métiers ont toujours fait l'objet de contrats publics jusqu'à la Révolution française.

69 - Digeste livre III , titre 4.

70 - Dig. L 11 §1, De publ et vect. (XXXIX).

71 - Op cit hyginus p 107 dans Garsonnet.

72 - Digeste L1 si ag.vect. VI.

73 - Garsonnet op cit p 107 cite Gaius.

3.3 - Un droit public libéral des travaux et services publics

Rome nous a laissé de splendides constructions d'ouvrages d'art. L'organisation administrative des principaux services publics se situe à un niveau étonnant de perfection tant pour les routes et les ponts que du point de vue de l'organisation municipale (égouts, rues, pavage, éclairage public) comme on va le voir. Plusieurs systèmes concurrents permettent de les réaliser : la corvée extrêmement développée à certaines époques, les contrats de travaux financés par les impôts auprès d'entrepreneurs mentionnés dans les lois et dont on sait peu de choses, et les offres de concours des hommes riches, libéralités qui ont joué un rôle essentiel. Une véritable concession de travaux publics semble avoir existé comme nous allons l'exposer.

- Des droits concessionnaires sur le domaine public

Le Digeste, œuvre juridique d'ensemble réalisée entre 528 et 530 par l'empereur Justinien, traite en de nombreuses parties de la question de l'urbanisme et des "œuvres" c'est à dire les ouvrages d'art. Il consacre son cinquantième et dernier livre au droit administratif local et le trente neuvième du droit de la construction et des fermiers de l'impôt.

Le titre X du livre cinquante traite précisément des ouvrages publics (*de operibus publicis*) montre une disposition qui ressemble à un principe général d'entreprise privée pour les ouvrages publics : *"Il est permis à un particulier de faire un nouvel oeuvre, même sans l'autorité du prince ; à moins que le nouvel oeuvre ne tende à l'émulation d'une autre ville, ne fournisse matière à sédition, ou que ce ne soit un cirque, un théâtre ou un amphithéâtre. Mais on ne peut d'après les constitutions des princes, faire un nouvel oeuvre sur les fonds publics sans l'autorité du prince"*. Le Digeste consacre une bonne part du livre 43 au droit public :

- son titre VII nous renseigne incomplètement soit sur l'offre de concours soit sur une concession de travaux publics : *"de l'interdit concernant les lieux et les chemins publics"* est ainsi rédigé : *"Il est permis à tout le monde de demander à participer aux établissements destinés à l'usage du public, comme sont les grands chemins les chemins publics. Ainsi sur la requête de tout par-*

ticulier on défend d'y rien faire qui puisse en gêner l'usage".

- Le point 45 du titre VIII est ainsi rédigé : *"Le préteur dit je défends qu'on fasse violence à personne pour l'empêcher d'aller librement et de conduire ses voitures dans un chemin public... L'usage de la mer est commun à tous les hommes, aussi bien que celui de l'air; les piles qu'on y jette appartiennent par conséquent à ceux qui les y jettent, pourvu toutefois qu'elles ne nuisent pas à l'usage du rivage de la mer... Il est permis par le droit des gens de bâtir sur le rivage de la mer; pourvu qu'on ne nuise pas à l'usage public de ce rivage... Celui qui a bâti sans obstacle dans un lieu public n'est point forcé à démolir de peur de nuire à la décoration de la ville..."* Ces dispositions empêchaient d'autant moins les particuliers à construire des ouvrages publics que les mœurs du temps consistaient à signaler sa réussite sociale en offrant des ouvrages publics à sa cité, généralement pour obtenir une place de magistrat.

-Le titre IX indique la possibilité de contracter avec la puissance publique pour la jouissance d'un lieu public et de la protection de l'occupant du domaine public : *"Le préteur s'exprime ainsi : je défends qu'on empêche par violence celui à qui un lieu, public aura été donné à bail par celui qui en a le droit, ou son associé, de jouir dudit lieu conformément aux conditions de leur bail. Il est clair que cet interdit a pour but l'utilité publique, puisqu'il soutient la cause des revenus publics en défendant de troubler celui qui a pris à bail un endroit public".*

Le Digeste prévoit qu'il est interdit de construire dans les lieux publics⁷⁴ toutefois si l'ouvrage ne nuit pas le *"procureur lui imposera une redevance foncière : cette redevance s'appelle solaire, parce qu'elle est payée pour le sol"*.

3.4 - Les contrats domaniaux sous les princes du premier millénaire

L'organisation du pouvoir du monarque franc est hautement hiérarchique et repose d'une part sur une administration centrale, les chancelleries issues de la tradition des comites et d'autre part sur des fonctionnaires délégués, les missi dominici dotés des pouvoirs pleins et entiers du

74 - Digeste op cit, livre XLIII titre VIII, Paul.

roi dans leur mission d'inspection⁷⁵. Ce pouvoir centralisé à délégation hiérarchique disparaît sous la décadence des carolingiens. La cascade du pouvoir est composée des vassi, leudes, barons, ducs (*duces*), comtes (*comites*). Ils sont les héritiers du corps administratif romain que le Roi mérovingien, loin d'avoir supprimé renforce de nouvelles fonctions les *vicarii* et les *centenarii*. Leur rôle est d'exploiter le domaine au profit du Roi conquérant et vainqueur qu'ils servent: Vicaires tribuns et centeniers placés sous les ordres du comte, nommé et révoqué par le Roi, administrent les cités. "*L'administration, judiciaria potestas, comprenait la police, la justice, la perception des impôts, la levée et le commandement des soldats*" et rien de plus⁷⁶. Le comte n'obéit qu'au Roi, ses pouvoirs sont immenses et aucun texte ne les limite, ses hommes sont à sa solde et ils sont ses délégués⁷⁷. Le comte n'a-t-il d'ailleurs pas acheté ses fonctions au roi ? C'est Grégoire de Tours qui nous l'apprend⁷⁸. Nous ne possédons pas les conditions de cette cession mais nous constatons que d'une part le système de la ferme fiscale et fonctionnelle se maintient sous les mérovingiens dans des conditions inconnues, d'autre part les fonctionnaires de ce temps préfigurent les offices du second millénaire, les charges achetées. En tout état de cause la population est soumise dans l'intérêt du roi et de ses comtes aux impôts, charges et services les plus lourds⁷⁹.

L'antrustionat. L'apparition des "antrustions" des empereurs francs préfigurent les vassaux des princes carolingiens : il s'agissait d'hommes vivant dans la domesticité du roi et qui avaient prêté un serment spécial de *trustem* et *fidelitatem* (service et fidélité). Ils exerçaient des fonctions

75 - Ils étaient habituellement deux, un comte et un évêque, Esmein op cit p 69.

76 - Fustel de coulanges op cit p 350 il ajoute : "*ce qu'on entendait alors par administration ce n'était pas le soin de veiller sur les intérêts moraux ou matériels de la population, d'entretenir des routes ou des écoles*".

77 - Le roi Gontran défend aux comtes "*de choisir pour vicaires ou de déléguer dans les diverses parties du comté des hommes qui par vénalité soient de connivence avec les malfaiteurs*" dans Pertz, leges, 1, 3, le concile de Chalon de 813 demandant qu'ils soient "*justes*".

78 - Dans son *Historia Francorum* IV,42 ; VIII,18.

79 - Fustel de Coulanges op cit p 351 et suiv. Les textes de l'époque ne rapportent que des défenses royales à ses comtes de dérober, usurper, et commettre des exactions.

dans son entourage placés sous la juridiction royale et le prince leur offrait en premier lieu sa protection,⁸⁰ des honneurs et surtout de quoi vivre par l'octroi d'une partie des domaines du fisc en pleine propriété puis progressivement sous forme de bénéfices. Les plus importants bénéfices sont solennellement accordés après consultation des grands. A leur tour ces puissants seigneurs voient des hommes libres de leur entourage se recommander à eux et devenir leurs vassaux, sous l'empire du seniorat, par attribution également de bénéfices et prestation du serment.

La gestion du domaine public et la gestion des domaines ecclésiastiques : précaire et bénéfices⁸¹.

Le precarium

L'Empire Romain était, comme on l'a vu, détenteur d'immenses possessions domaniales et le fisc impérial utilisait deux sortes de concessions pour les exploiter : l'emphytéose perpétuelle et un bail temporaire d'une durée de cinq ans⁸². La royauté et l'Eglise en France copièrent ces baux pour la gestion de leurs propres domaines et ce dès avant la chute de l'empire Romain pour ce qui est de l'Eglise, comme le rapporte Fustel de Coulanges⁸³, ainsi que les auteurs modernes.

Le "*precarium*" maintenu au VI^e siècle⁸⁴ reçut deux formes : une concession de cinq ans moyennant le paiement d'un "*census*" annuel, c'est un contrat indéfiniment renouvelable et il est retiré de plein droit par suite du non paiement du census :

- Le premier titre qui la constate est la "*precaria*" c'est à dire l'acte de

80 - Dont la première manifestation est la remise d'une lettre de protection qui s'achève par : "*Si quelqu'un ose tuer cet homme, qu'il sache qu'il devra payer pour son wergeld (sa culpabilité) une composition de 600 sous d'or (soit le triple de la composition normale)*" Marculfe 1,18.

81 - Voir notamment Joseph Avril le pouvoir des évêques dans la généralité d'Angers et Viollet dans son introduction sur les établissements de saint Louis.

82 - Les locations fiscales étaient consenties pour un lustrum (un lustre) par le censeur, durée qui était également usuelle dans le droit privé romain. Voir Esmein l'étude des baux de cinq ans en droit romain dans ses Mélanges p 394 et Fustel de Coulanges. Le bénéfice et le patronat à l'époque Mérovingienne.

83 - Une loi de 415 ratifie les acquisitions par précaires de l'église : "*par égard pour la religion*" les origines du système féodal Paris Hachette 1900, p 106.

84 - Ginoulhiac op cit. p 335

donation du particulier à l'église et sa demande de concession (sa prière) adressée à celle-ci pour lui même ou sa femme, il va rester dans les mains de celle-ci, au cas de contentieux futurs, afin d'établir sa propriété.

- Le second titre qui l'établit s'appelle la "*praestaria*" ou la "*commendatitia*", c'est à dire l'acte même remis au concessionnaire, le donateur, par le chef de l'église. Elle se renouvelle tous les cinq ans. En ces temps troublés du premier millénaire les petits propriétaires avaient pris l'habitude de se placer sous la protection de l'Eglise en lui donnant leurs biens qui leur étaient rétrocédés, sous forme de *precarium*, sur une surface parfois double de celle qu'ils avaient cédée.

Le *precarium* (le précaire) tendit, à mesure que le temps passa, à devenir viager non révocable en cas de non paiement du census et même progressivement héréditaire. Déjà admis au Digeste, le précaire viager est mentionné dans le concile d'Orléans de 541⁸⁵. Il est d'une condition plus douce que le précaire simple comme cela va être exposé et on comprend que l'église ait reçu tant de terres privées au cours de ces périodes.

On a la connaissance de ce régime juridique grâce aux recueils de formules des VI^e et VII^e siècles et au plus important, le recueil de Marculfe⁸⁶ rédigé au milieu du VII^e siècle dans la région de Paris⁸⁷. Elles contiennent des modèles d'actes juridiques de droit public, ecclésiastique ou privé se rapportant généralement à la loi salique. Parmi ces actes sont décrits les concessions ou confirmations de privilèges attribués par les rois en faveur de l'église ou des monastères, appelés "*emunita*". Les concessionnaires obtenaient du Roi, par délégation, l'exercice de la juridiction royale et tous les droits de justice.

85 - Digeste XL111, 26, 8 ; Concile mentionné par F. De Coulanges p 133 note 5 et l'exemple donné p 137 d'un des formulaires dits saliques.

86 - Marculfi monachi formulae. Des explications assez complètes figurent à ce sujet dans A.Esmein histoire du droit français et surtout dans C. Ginoulhiac histoire générale du droit français, 1884, pages 307 et suivantes.

87 - Les autres recueils sont notamment les formules d'auvergne publiées par Baluze, les formules d'Angers (autour de 515), elles précèdent celles de Marculfe ; le recueil de Lindenbrog...

La précaire et la prestaire⁸⁸ sont donc une forme de location du domaine public qui a tenu une place considérable dans l'histoire de cette période.

Les recueils de formules de l'époque fournissent des exemples "prêt à remplir" de lettres de précaires c'est à dire de demandes d'occupation précisant bien l'absence totale de droits de l'occupant et parfois même que la prescription trentenaire est inopposable à l'occupation de très longue durée du précariste. Celui-ci ne demande-t-il pas *"humblement que votre bonté nous permette d'occuper cette terre... qui est à vous"* comme l'exemple qui figure dans le recueil de Bourges⁸⁹. Les rois wisigoths et burgondes prirent d'ailleurs le soin de reprendre les dispositions concernant le précarium du droit romain⁹⁰.

Le précariste s'engage par écrit à vider les lieux en cas de non paiement : *"Je m'engage aux mêmes redevances envers vous que les autres occupants de vos terres. Si je manque à m'en acquitter ou si j'y mets du retard ou de la mauvaise volonté, je déclare par la présente lettre que je me soumettrai à la peine légale et que vous aurez le droit de me chasser de cette terre"*.⁹¹

Dans sa réponse, l'*epistola praestaria*, le concédant indique le terme attribué à la location, à savoir de cinq ans à la concession viagère⁹², et l'indication du cens à payer. Par cette évolution des conditions et l'accord de volontés intervenu entre les parties, les deux lettres étant dans les mêmes termes, on peut affirmer que la précaire est redevenue un contrat de location et le rôle joué par l'église est ici très significatif. La consolidation du contrat provint aussi de la règle du doublement des terres concédées.

88 - Ginouliac, cours élémentaire d'histoire générale du droit français public et privé, p 310.

89 - Formulae Bituricensis n° 2 Zeumer, p 169, cité par Fustel de Coulanges op cit p 115.

90 - Lex romana burgundionum Titre XXXV dans Pertz, leges T 111, p 616 et lex romana wisigothorum, édit HAENEL p 422. Cette dernière a été promulguée par Alaric II en 506. II a été étendu à toute la gaulle d'après Fustel de Coulanges (op cit p 112) après l'expulsion des wisigoths d'Aquitaine et est resté en vigueur au cours des 6, 7 et huitième siècles.

91 - Marculfe , 11, 41 ; Rozière n° 325.

92 - Voir Fustel de Coulanges p 137.

L'extraordinaire continuité du droit entre la période romaine et celle des mérovingiens est visible au fait que signale Fustel de Coulanges à savoir que les formules franques mentionnent toutes la stipulation de la *lex Aquiliana*, la stipulation du préteur Gallus-Aquilius contemporain de Cicéron⁹³. Voici un exemple d' *epistolia precaria* : "*Nous nous engageons à faire tout ce que les intendants de vos domaines nous commanderont en votre nom ; si nous n'exécutons pas vos ordres en toute obéissance, vous aurez le droit de nous chasser*".⁹⁴

3.5 - Les contrats médiévaux

La naissance des trois contrats courts : les baux, les fermes, les concessions banales et l'utilisation à des fins collectives de l'emphytéose pour coloniser des terres incultes.

La mention des contrats médiévaux est inscrite dans de rares textes royaux, tel un mandement de Philippe IV en 1311 adressé aux sénéchaux du royaume dans lequel le roi se plaint des transactions dans les foires de Champagne "*...de gaing qui se prend de foire en foire pour prest, ou pour change, ou pour autre manniere de contrault semblable sous quelle couleur que ce soit*"⁹⁵. Il s'agit ici de lutter contre des opérations de troc et de spéculation sur les foires en fraude des droits fiscaux du Roi.

On ne rencontre guère de cadre juridique d'ensemble édicté par le Roi : la raison provient du fait que le contrat royal vaut loi et règle, il se suffit donc à lui même. A l'échelon local ce type de droit relève normalement des coutumes locales ou de simples traditions orales. Examinons ces contrats.

- **Le bail**, simple marché de travaux, fourniture ou services est passé, s'agissant des contrats publics, et comme on l'a vu, par devant notaire

93 - Digeste XLVI, 4, 18, formules d'Anjou 27, 37, 56 ; arvernes, 5 ; Bourges 4, 9, 5 ; Marculfe II, 1, 3, 7, 19, 23. Sens 1, 4, 23, 42 ; Lindembrog 1, 6, 7, 11, 13.

94 - Recueil de formules de Bourges, Manuscrit 10756 BN, cité par Fustel de Coulanges op cit p 116.

95 - Isambert T2 n° 440 p 13.

après adjudication à la chandelle. L'une des difficultés de l'analyse des contrats du Moyen Age provient du fait que : *"le contrat se combine avec le statut dont il n'est pas la rigoureuse antithèse"* selon le mot fort juste de G. Chevrier⁹⁶ : très souvent le contrat reprend un extrait de censier ou de charte pour rappeler au titulaire du contrat ses droits et devoirs ou la coutume locale.

Le **bail** est également le support utilisé pour contracter les fermes fiscales. La même durée brève du contrat public explique l'utilisation de ce support contractuel commun.

Les concessions banales sont également "baillées", elles constituent à l'instar des fermes fiscales la location, en général, d'une fonction fréquemment remise en adjudication. Il serait faux de voir dans celles-ci la volonté collective d'organiser un vrai service public, il s'agit simplement de collecter aisément de l'argent qui sera consacré à des fins publiques.

Lorsque le bail, instrument juridique bien mal nommé, sert de support à une concession de banalité ou à une ferme fiscale le contrat va au delà du rapport entre l'autorité et le "cessionnaire" puisque ce dernier se voit doté des pouvoirs de contrainte à l'égard des "usagers", caractéristique essentielle du pouvoir politique qui en opère le transfert par le contrat. J.F. Mestre insiste sur *"le caractère réglementaire de la plupart des dispositions de ces concessions"*⁹⁷.

Le contrat comporte l'énoncé exact des pouvoirs transférés, parfois issus directement de la coutume⁹⁸. Le prévôt fermier ou le concessionnaire du moulin ou du péage peuvent exercer des actes d'autorité sur la population et ils jouissent du privilège du préalable. Très souvent ils doivent prêter serment avant de prendre leurs fonctions. Mais la plupart des contrats de travaux ou de prestations ne donnent pas tant de pouvoirs à

96 - G. Chevrier remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les oeuvres des anciens juristes français, APD, 1952, p11 et suiv.

97 - Op cit p 80.

98 - Cf ce quia été présenté pour les concessions banales dans les établissements de Saint Louis.

leurs titulaires à l'exception permanente de l'autorisation accordée à l'entrepreneur de prendre les matériaux là où ils se trouvent, en payant une indemnité "*raisonnable*" à ceux à qui ils ont été pris.

Le développement de la "*subhastatio*" c'est à dire des adjudications s'accompagne aussi d'une lutte contre les ententes⁹⁹, du développement de la caution¹⁰⁰ et du devis. La pratique de la rescision de l'adjudication, pour attribuer le contrat à quelqu'un qui a fait une offre plus avantageuse, se développe et atteindra des sommets d'absurdité sous la monarchie absolue.

Lorsque l'on est en présence d'une ferme ou d'une banalité concédés, le bail s'inscrit dans le cadre d'un cahier des charges spécifique émané du roi, du seigneur, de la commune et contenu dans la coutume ou un censier. La *coutume de Bourgogne*, par exemple, contient un long exposé du statut des Bouchers de Dôle, profession concessionnaire hautement réglementée. En effet, la coutume contient la règle de droit. Le bail mélange à souhait la règle de droit au cahier des charges spécifique au contrat.

- **Le bail à cens** correspond au morcellement de la propriété entre le domaine éminent du seigneur ou du Roi et le domaine utile mis à la disposition du censitaire: par son domaine direct le concédant de la terre a droit aux redevances pécuniaires ou en nature produites sur le domaine concédé par le preneur, le censitaire, qui ne pouvait se maintenir dans ses droits que par le paiement de celles-ci. Du fait de l'occupation, de très longue durée du censitaire, de la parcelle et de sa transmission héréditaire on assimila lentement le bail accensé au bail emphytéotique¹⁰¹.

- **Le bail perpétuel accensé**, contrat à durée indéfinie ou perpétuelle, à l'instar du bail emphytéotique est également fondé sur l'idée que le

99 - Figurant déjà au Digeste livre IV, titre 59.

100 - Le droit des fidejussures ou des sponsores occupe lui aussi une place importante dans le Digeste. Voir Esmein deuxième étude dans Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français Larose Forcel 1883.

101 - "L'emphytéose et le bail à cens ne diffèrent presque que de nom..." dit Boutaric. Commentaires sur les institutes de Justinien livre 3.

domaine public se divise en une propriété éminente et une priorité utile. Cette dernière fait l'objet d'une cession d'un véritable droit de jouissance et d'usage qui permet à son titulaire, en contrepartie de la rente, du cens ou du "canon" d'un coût modique, d'user du fonds, construire, en jouir, l'hypothéquer, le céder etc. en respectant le droit du propriétaire de la tenure roturière ou noble.

Certains comme Boutaric¹⁰² distinguent le bail à cens de l'emphytéose par le statut du concédant : le bail à cens ne peut être accordé que pour un fonds détenu noblement tandis que l'emphytéose ne pourrait être baillée que sur un domaine possédé en franc-aleu, ce qui est loin d'être convaincant... Dans le cas du canal de la Durance concédé en 1554, par bail accensé, les terres sont celles du Roi et il est très vraisemblable que Craponne dut traverser de nombreuses tenures nobles et de censives en exploitation, qu'il eut à indemniser.

Comme le notèrent nombre d'auteurs¹⁰³ la confusion des deux contrats se déduisait du changement de nom de la redevance qui, du nom de canon qu'elle avait du temps des romains, devint, dès le début du Moyen Age, le cens. Ce point est un peu discutable car le mot cens était déjà largement utilisé dès les périodes romaine¹⁰⁴ et mérovingienne. Toutefois il n'est pas discutable que l'usage du mot "cens" se généralisa, mais il ne faut pas voir dans une évolution du langage une variation sémantique. Les juristes étaient en fait troublés devant deux contrats portant le même nom (l'emphytéose d'origine romaine et le bail en censive d'origine féodale) alors que dans les Pandectes de Justinien ils relevaient de deux droits différents¹⁰⁵.

Pour Domat l'emphytéose est un contrat comportant un partage de

102 - Op cit livre 3, titre 24, §3.

103 - Dans son commentaire sur la coutume de Paris, §73, n° 37, 42, et suiv ; Matières féodales de Hervé tome 2, p 329.

104 - On a déjà évoqué les compétences du corps de ville au Digeste livre 50, titre 4 qui cite le cens.

105 - Voir l'article emphytéose dans le recueil Fuzier-Herman qui soulève ce point.

propriété entre le bailleur qui a la propriété directe, et l'emphytéote qui détient la propriété utile. Le premier jouit bien à titre de maître, il touche la rente tandis que les autres droits de la propriété passaient à l'emphytéote qui pouvait transmettre le bien à ses successeurs à perpétuité, le vendre, le donner, l'aliéner sous réserve des droits du bailleur. Ce dernier avait, selon cette théorie, aliéné un fonds moyennant une rente perpétuelle : si l'on se souvient des évènements intervenus dans la très longue histoire du canal de Craponne on ne saurait donner tort à Domat¹⁰⁶.

Ces auteurs s'appuyaient sur le droit romain, lequel reconnaissait une action directe du bailleur tandis que l'emphytéote n'avait qu'une action utile, en confondant l'action avec le droit qu'elle était destinée à faire valoir. Au XVI^e siècle Cujas et Doneau, dans une meilleure lecture du droit romain, indiquaient qu'il n'y avait qu'un seul propriétaire, le bailleur. Ils faisaient remarquer que le droit de propriété ne se divisait pas, l'emphytéote ne jouissant que d'un droit réel sur le fonds dont la propriété reste au bailleur. Cette doctrine intelligente ne prévalut pas et l'on continua à regarder l'emphytéose comme donnant naissance à deux droits de propriété distincts, le domaine direct et le domaine utile.

Les règles de l'emphytéose étaient les suivantes : l'emphytéose pouvait s'établir par contrat, par acte de dernière volonté, par prescription sur bien d'autrui ou sur un bien en payant à un tiers un canon annuel. Dans ce cas, par possession trentenaire, la prescription jouait et il pouvait en résulter la qualité de propriétaire direct¹⁰⁷.

L'emphytéote avait le droit de recueillir les fruits du fonds et jouissait des droits de pêche, chasse, et alluvion. Il pouvait hypothéquer son droit sans en prévenir son bailleur, il pouvait aussi constituer des servitudes. Lorsque le fonds revenait au terme fixé, au bailleur, il devait être franc et quitte de toutes charges qu'avait pu constituer le bailleur. L'emphytéote

106 - Domat, des lois civiles, livre 1, titre 4, section 10 ; d'autres pensaient de la même façon notamment Loyseau dans son traité : du déguerpiement livre 1, chap 5 ; Dumoulin sur la coutume de Paris §78.

107 - Fuzier-Hermann emphytéose op cit p 54 n° 16.

avait une action réelle et les actions possessoires contre les tiers et même à l'encontre du propriétaire. Le preneur pouvait vendre son droit sans le consentement du bailleur ce qui ne fut guère admis en droit romain¹⁰⁸.

La durée était fréquemment perpétuelle mais pouvait être stipulée à titre temporaire, on a vu que dans le dictionnaire de l'Académie en 1762 elle était déjà stipulée usuellement pour 99 ans, preuve qu'elle reçut progressivement une diminution de son terme, avant même la Révolution. La redevance emphytéotique diminuait en valeur au cours du temps et les jurisconsultes affirmèrent qu'elle finit par ne plus représenter que la reconnaissance de la supériorité du bailleur. Il faut tout de même considérer les effets dévastateurs des variations de la valeur de la monnaie sur un contrat stipulé à une toute autre époque...

L'emphytéote devait apporter au fonds une exploitation et un entretien dignes des soins d'un bon père de famille, l'amélioration de celui-ci ne résultant que d'une disposition expresse du contrat. Il supportait les charges de la propriété et en premier lieu les impôts¹⁰⁹.

Le contrat prenait fin par l'expiration du temps pour lequel il avait été consenti, par la disparition de la famille contractante ou du degré appelé à en profiter, par la perte totale de la chose soumise à l'emphytéose.

La perte partielle n'autorisait pas l'emphytéote à demander une réduction proportionnelle de la redevance sauf si celle-ci était véritablement représentative de la chose et si le bail prévoyait quelque chose de spécifique à cet égard¹¹⁰. Enfin si l'emphytéote abusait du bien ou le dégradait, le bailleur pouvait le contraindre à remettre en état ou faire prononcer la résolution du contrat. Ceci étant, ce dernier n'était pas responsable de la destruction des bâtiments pour raison de force majeure¹¹¹, alors même qu'il devait remettre la chose, en bon état, au propriétaire à l'issue du

108 - Ibid N° 17, et Boutaric traité des droits seigneuriaux, chap 14, n° 4.

109 - Guy Coquille, Institutes du droit Français, des cens, Loyseau op cit .

110 - Si la partie restante du fonds ne produisait plus assez de fruits pour payer le canon, le preneur pouvait abandonner le tout sauf s'il était responsable de la destruction. Loyseau, op cit, chap 4, liv 9.

111 - Loyseau, op cit, livre 5, chap 6 n° 13 et suiv.

bail. S'agissant des constructions volontaires de l'emphytéote le Parlement de Paris eut tendance à considérer qu'elles n'étaient pas remboursables car elles étaient conformes à l'objet de l'emphytéose et que le propriétaire ne pouvant pas rembourser se verrait privé de son bien.

C'est donc sous cette forme que nous venons de décrire qu'une partie des biens du domaine public fut gérée jusqu'à la Révolution.

C'est aussi sous l'empire de ce droit que certaines concessions de travaux publics furent placées. A partir du XVII^e siècle, ce système évolue, s'agissant des travaux publics vers l'attribution de fiefs en terre et de fiefs en fonction, cadre plus efficace :

- d'une part car il positionne le preneur en seigneur-vassal ne dépendant que du Roi qui peut lui conférer des droits autrement plus étendus que ceux de l'emphytéote notamment lui déléguer le pouvoir de commise,
- d'autre part il est beaucoup moins contraignant pour ces réalisations délicates et innovantes.

- Le mot concession est en général utilisé dans le sens d'une libéralité¹¹² ou consacré à un sens d'autorisation administrative¹¹³. On trouve pourtant son utilisation dans le sens mixte d'autorisation, de don domanial et de "contrat" dans certains cas.

3.6 - La naissance de la délégation contractuelle par les contrats longs

Le fief support contractuel

Des contrats portant sur la mise en valeur du domaine public sont pas-

112 - C'est notamment le cas s'agissant des concessions d'eau à Paris accordées dès le moyen âge, voir Bezançon (X.) les services publics en France

113 - Charte portant concession aux seuls bourgeois de Paris du droit de faire mettre à terre les vins venus par eau. Senlis 1192. Collection du Louvre. XI, 269.

"Au nom de la sainte et indivisible trinité, amen. Philippe, par la grâce de Dieu, roi des Francs : Qu'il soit porté à la connaissance de tous, maintenant et à l'avenir, puisque c'est pour le profit de la ville de Paris et de nos Bourgeois à la demande de ces mêmes bourgeois. Nous concédons et voulons qu'aucune personne amenant par eau du vin à Paris ne puisse les livrer sur la terre de Paris, si elle ne séjourne ou ne réside à Paris, au témoignage de parisiens honnêtes (digne de foi), mais il est permis à l'homme à qui appartient le vin de le vendre sur son navire, ou dans une taverne ou en gros".

sés par les rois sous forme de fiefs. Ces fiefs sont solidement fondés sur un tripode : l'autorisation de faire, la perpétuité du contrat adossé à la cession domaniale utile, la monopolisation de l'ouvrage au profit de leur auteur. La division domaniale donne au roi un éventuel pouvoir de sanction sur le seigneur non respectueux des termes de son fief.

Le fief en terre – qui fut le support le plus utilisé – était attribué, parfois à la suite d'une adjudication, à un inventeur ou un financier, toujours un entrepreneur d'ouvrage public qui obtenait la cession d'une portion du domaine utile du roi afin d'y établir l'ouvrage dans un délai et pour un tarif de péage déterminé. Le cofinancement est rarissime en revanche le don domanial du domaine utile est l'explication du recours au fief. Il ne s'agit pas du système classique, au demeurant de plus en plus désuet mais du très vieux cadre libéral, le fief de franc-aleu (fief libre sans hommage) qu'on aurait pu croire disparu depuis sa quasi extinction dans les temps carolingiens. Le fief en terre a un modèle : le canal de Briare en 1638.

Le fief en fonction en a un autre : la machine élévatoire des eaux (portant effigie de la samaritaine) construite le long du pont neuf, à Paris, par Lintlaer en 1604 et érigée en château et fief par le Roi, après anoblissement de son titulaire, ce qui est également usuel pour les fiefs en terre.

Peu avant la fin de l'ancien régime la perpétuité du contrat et la cession domaniale ont disparu (concession des frères Périer 1777 - Concession Lagardette). La monopolisation a reçu également de nombreuses dérogations car le Roi a donné au cours de deux vagues d'inventions, des concessions prétendument monopolisées, et qui ne l'étaient pas si l'on considère le nombre de concessions accordées en même temps (carrosses et fiacres autour de 1650 et les systèmes de pompage des fosses au XVIII^e siècle). C'est le Roi qui accorde libéralement et discrétionnairement l'autorisation de faire l'ouvrage de distraire une part du domaine public, d'exploiter en monopole en fonction d'un tarif fixé par lui.

les baux décennaux comprenant une mission de délégation publique

Au début du XVII^e siècle apparaissent des baux de longue durée spécifiquement dédiés au domaine public, associant un travail public à des

services de longue durée. Si ce type de contrat trouve ses origines du temps d'Henri IV, il connaîtra une considérable extension par l'action de Colbert qui les généralise pour les ponts et chaussées. Ils sont adoptés dans d'autres domaines et poursuivent leur carrière tout au long du XVIII^e siècle et au delà. Ces baux ne comportent pas de transfert domanial, si ce n'est la prise de responsabilité de l'édification et de l'entretien du domaine public. Les contractants de l'administration dans les domaines de la voirie, des machines élévatoires des eaux, des ponts, des ramassages d'ordures ou de l'éclairage public, s'obligent à tenir en bon état le patrimoine voire même à l'accroître et à l'améliorer. Les contrats sont rarement de plus de 10 ans.

Les contractants sont soumis au contrôle de la puissance publique qui ne rémunère leurs prestations qu'après réception des travaux ou /et exécution du service, créant parfois un différé de paiement important par rapport à la prestation.

Ces baux sont créés par Sully. Colbert, par une circulaire aux intendants, du 10 décembre 1669, imposa que les marchés des ouvrages d'art soient accompagnés d'une phase d'entretien de 8 à 10 ans. Il y affecte 10 à 15 000 livres par généralité et par an voire plus dans les meilleures années. Voici le texte de celle-ci "*Monsieur, étant important pour la commodité publique et la facilité du commerce, que les ponts et chaussées et tous les grands chemins de chaque généralité du royaume soient toujours en bon état, je vous prie de passer promptement des marchés pour l'entretennement des ouvrages nouvellement faits dans votre département, et d'observer avec soin à l'avenir de ne faire aucun marché pour le rétablissement des ouvrages desdits ponts et chaussées que vous n'obligiez en même temps les entrepreneurs à se charger de les entretenir pendant huit ou dix années, en leur donnant par chacun an la somme que vous croirez raisonnable pour les y engager, de laquelle je ferai ensuite le fonds*".

Colbert utilisa ce contrat également pour les levées et turcies sur les fleuves, le port de Sète, les ponts et voiries et probablement sous son influence, la Ville de Paris l'appliqua à la construction des machines élévatoires de eaux (de Manse et Jolly). Ce contrat domina le dix huitième

siècle lorsque la corvée n'était pas utilisée.

3.7 - La Révolution et la notion de concession

La Révolution n'arrête pas le processus des concessions de travaux publics. Elle ne supprime pas non plus les baux décennaux qui sont maintenus pendant son cours. Elle ralentit les concessions à cause des troubles politiques. Le droit révolutionnaire refonde la concession en la séparant de la notion de fief, le régime féodal étant aboli. Il normalise les notions de travaux public laquelle figure dans le titre de plusieurs lois.

Cette période clarifie les concepts en posant des principes qui sont en grande partie en vigueur aujourd'hui notamment celui de la loi des 2 - 17 mars 1791 portant suppression des jurandes et établissant la liberté du commerce et de l'industrie¹¹⁴, ou celui de la suprématie de la loi sur toute source réglementaire contenu dans l'article 5 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789¹¹⁵.

La renaissance de la concession résulte d'une série de lois. L'abolition du système féodal supprime les justices et polices traditionnellement déléguées aux concessionnaires-feudataires. En revanche et malgré que la Révolution se soit en partie faite sur le principe de l'expropriation après une juste et préalable indemnité, l'expropriation semble rester déléguée selon les usages du temps (canal de l'Ourcq par exemple). Mais le principe libéral demeure : l'inventeur sollicite et peut obtenir... Les concessions de ponts le prouvent dès l'Empire.

Par suite de ces nouvelles définitions :

114 - Loi portant suppression des droits d'aides, de maîtrises et jurandes et établissement des droits de patentes (Lois et Actes du Gouvernement, t. III, p. 2).

"Art. 7 - A compter du ler Avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits".

115 - Intégré à la Constitution du 3 septembre 1791

"Art. 5 - La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché ; et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas".

- les contrats publics ne découlent plus du système féodal caractérisé par l'aliénation du domaine-utile,
- les concessions sur le domaine public deviennent définitivement précaires au sens large c'est à dire qu'elles sont caractérisées par l'absence de transfert de propriété du domaine mais consistent en une mise à disposition de celui-ci sous forme non perpétuelle et rachetable.

3.8 - Les contrats domaniaux

La Révolution et l'Empire influent directement sur les contrats domaniaux, il en résulte un nouveau régime pour le bail emphytéotique, les baux domaniaux et les concessions d'endiguage, les marais et les mines.

- Le nouveau régime du bail emphytéotique

La Révolution abolit l'emphytéose perpétuelle. L'article 1 du décret des 18 et 29 décembre 1790 conserve les baux emphytéotiques de moins de 99 ans. Il déclare rachetables les rentes foncières perpétuelles soit en nature soit en argent, ainsi que les champarts de tous genres, et il défend de créer à l'avenir des redevances foncières non remboursables ajoutant : *"sans préjudice des baux à rentes ou emphytéoses, et non perpétuels, qui seront exécutés pour toute leur durée, et pourront être faits à l'avenir pour quatre vingt dix neuf ans et au dessous, ainsi que les baux à vie, même sur plusieurs têtes à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois"*.

Le recueil Fuzier-Hermann note : *"Par son silence même, elle paraît avoir implicitement conservé aux baux emphytéotiques tous les autres caractères et tous les autres effets qui y étaient attachés dans notre ancienne jurisprudence ; notamment elle paraît avoir conservé au profit des emphytéotes le droit de domaine utile qu'on leur avait généralement reconnu dans notre ancien droit"*.¹¹⁶

En effet les vieilles conceptions de double propriété semblent avoir conservé une certaine consistance : la loi 15 septembre -16 octobre 1791 qualifie de *"propriété réversible"* le droit du bailleur à emphytéose, sous-

116 - Op cit article sur l'emphytéose p 55.

entendant que le preneur restait investi d'un droit de domaine, pendant la durée du bail.

Aussi faut-il considérer comme une remise en ordre la loi du 9 Messidor an III dont l'article 5 déclare susceptible d'hypothèque l'usufruit résultant des baux emphytéotiques lorsqu'il reste encore vingt cinq années de jouissance.

Enfin la loi du 11 Brumaire an VII (1/11/1798) dans son article 6 décide également qu'est susceptible d'hypothèque l'usufruit ainsi que la jouissance à titre d'emphytéose des mêmes biens pendant le temps de leur durée. Cette rédaction montre que les légistes se sont rattachés à la tradition romaine pour laquelle l'emphytéose était un simple droit réel de jouissance de la chose d'autrui, la vieille construction juridique du XVI^e siècle a donc disparu des conceptions publiques.

Le concept de contrat domanial de longue durée est conservé, épuré de la féodalité¹¹⁷ tout semble donc réglé. Pourtant le XIX^e siècle se finit dans la préparation d'une loi sur le bail emphytéotique qui sera promulguée le 26 juin 1902, dont le Code Civil en son temps, avait ignoré jusqu'au nom¹¹⁸. L'emphytéose n'apparaît ni dans l'article 526 qui énumère les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, ni à l'article 543 listant les droits réels sur les immeubles, ni enfin dans les articles relatifs aux biens susceptibles d'hypothèques et de saisies immobilières (respectivement art 2118 et 2204). Ce silence est d'autant plus troublant que le Code civil reprend d'autres parties des lois portant sur l'emphytéose¹¹⁹. Le droit réel semble supprimé faute d'être cité par le Code.

117 - La loi de décembre 1790 ayant supprimé de facto le don domanial (le don du domaine utile).

118 - Le Code civil donne un cadre général aux contrats mais il élude clairement le bail emphytéotique la longue durée contractuelle restant associée à l'idée de la féodalité tout en laissant la liberté des durées contractuelles non perpétuelles. Le régime Napoléon est au demeurant peu porté à la délégation. Les lois de Messidor an III et de Brumaire an VII n'ont pas été formellement abrogées. En conséquence elles s'imposent toujours et par conséquent le bail emphytéotique renaît et l'Etat lui même y recourt comme le prouve une loi de 1826 .

119 - Par exemple l'article 2118 reprend l'article 6 de la loi du 11 brumaire an VII qui déclarait précisément l'emphytéose susceptible d'hypothèque. Cette exclusion est donc bien volontaire.

120 - Ce sens la déclaration de Tronchet lors de l'élaboration du Code civil : "*que maintenant elle n'aurait plus d'objet ; qu'il était donc inutile de s'en occuper*".

En effet cet oubli volontaire a engendré un débat qui a reçu deux types de partisans. Pour les uns il s'agit d'une abrogation formelle de l'emphytéose¹²⁰, le droit résultant d'un bail de longue durée ne serait qu'un droit personnel mobilier. Pour les autres le silence du Code ne constitue pas une abrogation expresse. En effet la loi des 18-29 décembre 1790 a maintenu l'emphytéose en lui retirant son caractère perpétuel et cette loi n'a pas été abrogée. La loi du 30 ventôse an XII promulguant le Code civil n'abrogeait les lois antérieures que dans les matières qui étaient l'objet de lois dans le Code, ce qui n'était pas le cas pour l'emphytéose. L'hésitation était permise, car le Code, dans le livre des biens, a fixé limitativement quels sont les droits que l'on peut avoir sur les choses et il n'a pas cité l'emphytéose.

L'État recourt lui même à nouveau à l'emphytéose par une loi du 21 juin 1826 pour un terrain loué 99 ans à Versailles. De nombreuses décisions de jurisprudence confirmèrent au demeurant le droit réel de l'emphytéote¹²¹ et la doctrine pencha majoritairement pour cette solution: l'emphytéose consistait en un droit réel immobilier. Ce droit réel immobilier était exactement défini dans un arrêt de la Cour de Cassation de 1853¹²² qui inspira la rédaction de la loi de 1902¹²³. Dans une affaire (Alger, 2 janvier 1894, revue algérienne, 94, 123) il fut même jugé que l'emphytéose constituant un droit réel au profit du preneur, l'État ne pouvait consentir un bail emphytéotique sur les biens du domaine public car ceux-ci sont inaliénables et ne peuvent pas être frappés de droits réels.

L'article 1 de la loi du 26 juin 1902 trancha définitivement la question en déclarant que : *"le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les*

121 - Citons par exemple : Cass.19 juillet 1832, Bony, (5.32.1.531), Cass 12 mars 1845, Laporte (5.45.1.382), Cass 6 mars 1850 Ducatel (S 50.1.210).

122 - Cour de cassation 26 avril 1853, D.P. 53.1.145.

123 - Voir à cet égard les développements sur les débats concernant cette loi dans D.P. 1903.4.1 et suiv.

124 - Une loi du 1er juillet 1885 article 13, sur la propriété foncière en Tunisie plaçait l'emphytéose au nombre des droits réels immobiliers.

*formes prescrites pour la saisie immobilière...*¹²⁴. Georges Graux qui était le député rapporteur définit ainsi le contrat : *"Convention aux termes de laquelle l'une des parties consent, moyennant des prestations de nature à améliorer l'immeuble que l'autre partie s'oblige à fournir, un droit réel immobilier spécial d'une durée au moins égale à dix huit ans et qui ne peut excéder quatre vingt dix neuf ans, et qui confère au preneur un usage et une jouissance de la chose louée plus complets que dans le louage ordinaire."*¹²⁵

Les baux et les concessions d'endiguage

- Les baux des immeubles domaniaux ont été soumis à une réglementation particulière à partir de la loi du 23 octobre - 5 novembre 1790. Puis ensuite par les lois des 12 et 19 août et 12 septembre 1791. Il résulte de ces lois qu'il était obligatoire pour l'État d'affermir tous les biens domaniaux et interdit de les conserver en régie directe sauf impossibilité.

125 - D. P. 1903.4.1.

126 - Dans de nombreux cas le mot concession est utilisé pour un simple transfert domanial voire même un simple transfert de charges entre les personnes publiques, en règle générale, de l'État vers un établissement public ou une collectivité territoriale. On note par exemple un décret du 11 Décembre 1808 qui concède aux universités les biens meubles et immeubles des bâtiments de l'État.

Un décret du 9 avril 1811 énonce article 1 *"nous concédons gratuitement aux départements, arrondissements, aux communes, la pleine propriété des édifices et bâtiments nationaux actuellement occupés par le service de l'administration, des cours et tribunaux, et de l'instruction publique"*. L'article 2 dispose : *"que la remise de la propriété est faite par l'administration de l'enregistrement et des domaines, au préfet, sous-préfet et au maire, chacun pour les établissements qui le concerne"*. Enfin l'article 3 notait : *"à l'avenir la contribution foncière, et de supporter à l'avenir les grosses et menues réparations, suivant les règles et dans les proportions établies pour chaque local, par la loi du 11 Frimaire An VII sur les dépenses départementales, municipales et communales"*.

Un décret du 23 Avril 1810 pourtant à l'inverse, disposait d'une donation aux villes, il s'agissait des casernes, hôpitaux, manutentions, corps de garde, et autres bâtiments militaires, qui étaient donnés en toute propriété aux villes où ils étaient situés. Toutefois, si selon l'article 3 de ce décret les villes entraient en possession desdits bâtiments, elles étaient quand même chargées de leur entretien, et à cet effet, elles devaient porter dans leur budget *"une somme au moins pareille à celle qui était indiquée dans l'état de donation pour les réparations"*, et en outre, les villes ne pouvaient pas disposer sans l'autorisation de l'État des bâtiments militaires. Cette donation ressemblait plus à une concession au sens du texte du décret du 9 avril 1811 car il s'agissait en fait bien d'une donation avec charges ou même plus simplement d'un transfert de charges, d'entretien des bâtiments publics entre l'État et les collectivités locales. Il n'était pas question de modifier la destination pour le service public des bâtiments et des établissements et terrains cédés, comme l'a précisé une ordonnance du 5 août 1818.

127 - DP 52-4-182

Nous n'évoquons pas ici les transferts de domaine public entre personnes publiques qui sont l'une des nouveautés du siècle¹²⁶ ni les cessions portant à tort le terme de concession entre l'État et la Ville de Paris pour l'Eglise de la Madeleine (loi du 23 mars 1842) le Bois de Boulogne (loi du 8 juillet 1852)¹²⁷ les anciennes carrières de Passy (loi du 2 mai 1855)¹²⁸ le Bois de Vincennes (loi du 24 juillet 1860¹²⁹).

- Les concessions d'endigage et les concessions de créments futurs.

La loi du 16 septembre 1807 a autorisé la concession amiable des marais, lais, et relais de mer du droit d'endigage des accrues, atterrissements, et alluvions. Elle donne la propriété immédiate des immeubles, s'ils existent déjà et font partie du domaine privé de l'État, ou une propriété éventuelle de terrains non encore formés et pas encore sortis du domaine public, comme pour les créments futurs ou les concessions à charge d'endigage. Toute personne peut obtenir cette concession sur le bord de la mer à l'amiable ou par adjudication.

Les dessèchements des marais

Les marais qu'ils soient domaniaux ou communaux doivent être, selon la loi du 28 juillet 1860¹³⁰, desséchés, assainis, rendus propres à la culture ou plantés en bois. Les canaux de dessèchement des terres font partie du domaine public.

La question du dessèchement des marais notamment communaux, seuls traités ici, demeure obsédante au cours du XIX^e siècle puisque, après la grande loi de septembre 1807 sur le sujet, la loi du 28 juillet 1860 reprend de nouvelles dispositions et selon son article 1er : *"seront desséchés, assainis, rendus propres à la culture ou plantés en bois, les marais et les*

128 - DP 55-4-56.

129 - DP 60-4-111.

130 - D.P 60-4-114.

131 - En cas de refus ou d'abstention du Conseil Municipal, ou en cas d'inexécution de la délibération par celui-ci, un décret impérial rendu en Conseil d'État, après avis du Conseil Général, déclare l'utilité des travaux et en règle le mode d'exécution. Ce décret est tout de même précédé d'une enquête et d'une délibération du Conseil Municipal prise avec l'accord des plus imposés.

terres incultes appartenant aux communes ou sections de communes, dont la mise en valeur aura été reconnue utile". Cette loi met en place une procédure qui donne un pouvoir d'initiative aux Préfets, invitant le Conseil municipal à délibérer sur le mode de mise en valeur du marais à dessécher et sur la question de savoir comment la commune entend pourvoir à cette mise en valeur¹³¹.

La loi prévoit que les travaux seront faits aux frais de la commune et des sections propriétaires. L'État peut avancer les sommes qui ne sont pas fournies par la commune et il se rembourse de ces travaux, en principal et intérêt, au moyen de la vente publique d'une partie des terrains améliorés, opérée par lots s'il y a lieu (article 4 de la loi).

L'article 7 de la loi prévoit que dans les cas où la commune n'assumerait pas ses charges, le décret peut ordonner que les marais ou autres terrains soient affermés, cette location sera faite aux enchères, précise la loi, à la charge par l'adjudicataire d'opérer la mise en valeur des marais ou terrains affermés, la durée du bail ne pouvant excéder 27 ans¹³². On retrouve les dispositions impératives de la concession Bradley. Si les travaux n'étaient pas affermés, ils pouvaient être exécutés par l'État "*dans les formes usitées en matière de travaux publics*" et l'état des dépenses était dressé conformément aux règles de la comptabilité des travaux publics.

IV - LA PROTECTION DU DOMAINE ET DU PATRIMOINE

Malgré l'intérêt porté par les érudits philosophes du Siècle des Lumières aux vestiges de l'art, les monuments laissés par l'histoire étaient qualifiés d'antiquités et servaient de carrières jusqu'à leur disparition totale. Le début de la conservation des monuments historiques date, malgré les destructions concomitantes, de la Révolution Française.

132 - L'adjudication se faisait en présence des receveurs municipaux des communes intéressées et conformément aux règles applicables aux biens communaux. Le soumissionnaire s'obligeait à exécuter les projets approuvés pour la mise en valeur des terrains conformément aux conditions déterminées par le cahier des charges qui était dressé par le préfet sur l'avis des ingénieurs.

Deux facteurs concourent à ce phénomène nouveau de protection : d'une part, les actes de destruction effectués à titre idéologique mettent en péril de nombreux édifices et d'autre part, apparaît la notion de bien national concrétisée par des textes relatifs à l'appropriation des biens du clergé, des émigrés puis de la Couronne (Acte du 2 octobre 1789 de la Constituante).

Le constat que la société et les individus ne peuvent préserver et développer leur identité que dans la mémoire de leur passé a été fait et la valeur éducative du patrimoine affirmée.

La consécration des monuments historiques se fera à partir de la monarchie de Juillet et pendant toute la période de 1820 à 1960. Les monuments anciens sont mal entretenus et les intellectuels du mouvement romantique militent en faveur de la préservation des témoignages de l'histoire et de l'art que constituent certains bâtiments.

Les premiers textes relatifs à la protection du patrimoine vont être pris et la restauration du patrimoine être engagée par des précurseurs dotés de bonnes intentions (Viollet-le-Duc, Vitet,...). Les fondements du droit des monuments historiques sont posés qui justifie la remise en cause du droit de propriété consacré par les textes. Victor Hugo déclare : *"Il faut arrêter le marteau qui mutile la face du pays. Une loi suffirait. Qu'on la fasse. Quels que soient les droits de la propriété, la destruction d'un édifice historique ne doit pas être permise"*, il est désormais admis que les propriétaires, même particuliers, de ces biens sont responsables de leur conservation devant l'ensemble des français, et que leur droit de propriété peut légitimement subir des atteintes.

La législation relative à la protection du patrimoine n'est vraiment inaugurée qu'avec la loi du 30 mars 1887 qui a institué une protection consistant en une mesure de classement pour les biens présentant un "intérêt national" du point de vue restreint de l'histoire ou de l'art. Mais, le classement n'a alors pour effet que de soumettre à autorisation les actes de destruction, de restauration ou de simple aménagement des immeubles.

Malheureusement l'accord du propriétaire demeure nécessaire pour procéder à ce classement.

La loi du 31 décembre 1913 permet que le classement soit effectué d'office, en passant outre la volonté du propriétaire pour tout bien présentant un "intérêt public". Cette loi crée des mesures nouvelles telles que l'utilisation de la procédure d'expropriation et l'inscription à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques.

La loi du 2 mai 1930 Relative à la protection des monuments naturels et des sites, elle tend ainsi à assurer la préservation de ceux présentant "au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque un intérêt général". Elle a également instauré des zones de protection autour des monuments historiques.

La loi du 12 avril 1943 a posé les principes de la surveillance des abords des monuments historiques en créant les périmètres de visibilité de 500 mètres autour de ceux-ci.

La loi Malraux du 4 août 1962 a élargi également la protection en prenant en considération l'intérêt attaché à un ensemble d'immeuble ou à un quartier abandonnant ainsi la référence unique et ponctuelle au monument en tant que construction.

La loi du 7 juillet 1977 codifiée à l'article R 11 1-21 Code de l'Urbanisme a enfin permis la protection des sites, des paysages urbains ou naturels ou de perspectives monumentales même lorsqu'ils ne font l'objet d'aucune décision particulière au titre de la législation sur les sites ou les monuments historiques.

La loi du 23 juillet 1987 relative au développement du Mécénat prend même des mesures fiscales pour les entreprises acceptant d'investir dans la conservation du patrimoine.

La loi du 7 janvier 1983 a créé les zones de protection du patrimoine architectural et urbain (ZPPAU) qui constituent un outil supplémentaire de protection du patrimoine.

La loi du 13 juillet 1991 "d'orientation pour la Ville" prévoit d'organiser

une concertation préalable des habitants pour toute opération importante modifiant les conditions de vie dans un quartier ou un ensemble immobilier.

Le fait d'élargir la notion de patrimoine et de sa protection à un grand nombre de constructions et de sites est traduit une évolution importante de la notion de patrimoine quia grandi des monuments aux sites, puis s'est appliquée aux espaces enfin aux quartiers anciens envisagés en tant que tels en l'absence d'édifices monumentaux.

Le domaine, ancien trésor sacré du prince est désormais le trésor sacré du

LISTE DES MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL

Président

Monsieur Marceau Long
Président de l'Institut de la Gestion Déléguée

Rapporteur

Maître Christian Bettinger
Avocat à la Cour

Coordination des travaux

Monsieur Denis Levy
Délégué Général de l'Institut de la Gestion Déléguée

Monsieur Yves Allain

Sous-direction de la Commande Publique
Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Monsieur Jacques Allemand

Groupe GTM

Monsieur Xavier Bezançon

Entreprises Générales de France - BTP

Madame Laurence Bouquet

Direction générale des Collectivités Locales
Ministère de l'Intérieur

Monsieur Jacques Brucher

Secrétariat général pour l'Administration
Ministère de la Défense

Monsieur Jean-Pierre Colle

Direction des Hôpitaux
Ministère de l'Emploi et de la Solidarité

Maître Laurent Deruy
Avocat à la Cour

Monsieur René Eladari
Direction des constructions
Ministère de la Justice

Monsieur Yves Gaudemet
Professeur de droit

Monsieur Jean-Baptiste Hy
Sous-Direction des Affaires Foncières
Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Monsieur Yvon Lozano
Ministère de l'Education Nationale
Direction de la programmation et du développement

Monsieur Philippe Malléa
Bouygues Entreprises France Europe

Monsieur Jean-Paul Paufique
Conseil Général des Ponts et Chaussées
Ministère de l'Équipement, du Logement, des Transports et du Tourisme

Monsieur Jean-Yves Perrot
Direction des Affaires Economiques et Internationales
Ministère de l'Équipement, du Logement, des Transports et du Tourisme

Monsieur Max Querrien
Conseiller d'État honoraire

Madame Geneviève Rigolot
Vivendi Environnement

L'Association des Maires de France

Mademoiselle Delphine Jayat
Monsieur Raphaël Gruau
Institut de la Gestion Déléguée

L'Institut de la Gestion Délégée
remercie pour leur contribution :

Mme Jacqueline Cappe,
DEXIA

Mme Marie-Catherine Lemoine,
SOFERBAIL

M. Bernard Saint-André,
DALKIA

M. Daniel Tardy
Fédération Nationale des Travaux Publics

M. Michel Wadoux
Port Autonome de Dunkerque