

Les mutations domaniales et les superpositions d'affectation

David CAPITANT

Professeur de droit public, université de Paris I,

Directeur du Centre de droit allemand de l'UMR de droit comparé de Paris

Les mutations domaniales et les superpositions d'affectations sont deux mécanismes développés par la pratique pour assurer le meilleur emploi des biens constituant le domaine public des établissements et collectivités publics. Encadrés par la jurisprudence, ils n'ont été consacrés par des textes légaux ou réglementaires que dans un second temps. Le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques mis en vigueur par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 les range parmi les « modalités de gestion » du domaine public. Les mutations domaniales font l'objet des articles L. 2123-4 à 6 du code, tandis que les superpositions d'affectations sont encadrées par les articles L. 2123-7 et 8.

Ces deux mécanismes se rejoignent par le fait qu'ils permettent de modifier l'affectation de dépendances du domaine public sans en transférer la propriété qui reste entre les mains d'une même personne publique. Il ne s'agit donc pas de cessions, mais simplement de modifications de l'affectation : mieux encore, il s'agit d'une modification de la personne affectataire, dans des proportions variables ; la mutation domaniale transfère la gestion de la dépendance en cause entre les mains d'une personne, ou au moins d'un service, autre que celui qui en est propriétaire qui l'affectera aux services dont il a la charge ; la superposition d'affectations laisse subsister la première affectation réalisée par le propriétaire, mais organise l'affectation concomitante de la dépendance en cause à un service dont la responsabilité incombe à une personne morale de droit public autre que le propriétaire. Il est donc opéré dans les deux cas une disjonction entre propriété et affectation. Disjonction complète pour la mutation domaniale, partielle dans le cas de la superposition d'affectations.

La mutation domaniale doit être rapprochée à cet égard du transfert volontaire de gestion, prévu à l'article L. 2123-3 du CGPPP qui consiste pour une personne publique à confier la gestion d'une dépendance du domaine public dont elle reste propriétaire et pour une durée limitée, à une autre personne « pour permettre à la personne publique bénéficiaire de gérer ces immeubles en fonction de leur affectation ». Selon l'article L. 2123-3 du CGPPP, qui devra être précisé par un décret en Conseil d'État, la convention organisant le transfert de gestion pourra lui fixer ou non un terme. En tout état de cause, la personne propriétaire conserve la propriété du bien en cause qui lui reviendra gratuite-

ment si l'affectation qui a justifié le transfert venait à prendre fin. La personne propriétaire dispose également de la faculté de mettre unilatéralement fin au transfert de gestion si elle souhaite réaffecter le bien en cause, la personne bénéficiaire du transfert pouvant être indemnisée du montant des dépenses exposées pour les équipements et installations réalisés conformément à l'affectation ayant justifié le transfert lorsque ces installations présentent un intérêt pour le propriétaire qui souhaite les conserver.

Elle s'en distingue cependant par le fait qu'elle est un transfert forcé de la gestion de la dépendance en cause. Ainsi que le prévoit l'article L. 2124-4 du CGPPP, elle est prononcée par l'État contre la volonté du propriétaire et constitue ainsi un substitut de l'expropriation, qui ne peut être poursuivie contre une dépendance du domaine public protégée par l'inaliénabilité.

S'agissant de la superposition d'affectations, le texte des articles L. 2123-7 et 8 du CGPPP est plus bref et il semble que celle-ci puisse être volontaire ou forcée, ce sur quoi l'on reviendra.

On s'attachera d'abord à examiner sous l'angle des mutations domaniales, les questions posées par les transferts forcés d'affectations que les rédacteurs du nouveau code n'ont pas abandonnés, ainsi les y appelait une large partie de la doctrine, au profit de l'expropriation (I), avant de se pencher sur les questions particulières que suscitent les dispositions nouvelles relatives aux superpositions d'affectations (II).

I. – Le maintien du mécanisme des mutations domaniales

Inventé par la jurisprudence pour contourner l'interdiction d'exproprier le domaine public qu'elle a elle-même tirée du principe d'inaliénabilité, le mécanisme des mutations domaniales a été expressément prévu par un décret-loi du 15 juin 1940 (1) (art. 16), pour partie codifié dans le Code du domaine de l'État (art. L. 35 et R. 58) (2). Le Code général de la propriété des personnes publiques le consacre tout en l'encadrant de manière plus précise dans ses articles L. 2123-4 et suivants qui devront être précisés par un décret en Conseil d'État non encore publié.

Le nouveau code conserve les traits caractéristiques du mécanisme des mutations domaniales tels que les a fixés la jurisprudence : l'État dispose par ce biais du pouvoir de modifier unilatéralement l'affectation de dépendances du domaine public des collectivités territoriales ou des établissements publics lorsqu'un motif d'intérêt général le justifie (3). S'agissant de l'indemnisation

(1) JO 8 juin 1940, série Lois et décrets, p. 4350.

(2) Sur le jeu respectif des deux sources, V. R. SCHWARTZ, *concl. sur CE*, 2 déc. 1994, *Département de la Seine-Saint-Denis et Cne de Pulversheim* : AJDA 1995, p. 40 s. – A. DE LAUBADÈRE et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 2, 12^e éd., 2002, n° 204 s.

La position du Conseil d'État a varié. Après avoir fondé parfois la possibilité d'opérer des mutations domaniales sur l'article L. 35 du Code du domaine de l'État (CE, avis, 19 mars 2002, n° 367355), il a considéré au contraire que cet article n'était applicable qu'aux transferts de gestion des dépendances du domaine public de l'État (CE, 23 juin 2004, *Cne de Provville*, req. n° 253419).

(3) CGPPP, art. L. 2123-4 : « Lorsqu'un motif d'intérêt général justifie de modifier l'affectation de dépendances du domaine public appartenant à une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public, l'État peut, pour la durée correspondant à la nouvelle affectation, procéder à cette modification en l'absence d'accord de cette personne publique. Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent article ».

de la personne publique dépossédée, l'article L. 2123-6 du CGPPP la prévoit désormais explicitement (4).

Transfert unilatéral justifié par l'intérêt général et donnant lieu à une indemnisation, la mutation domaniale n'est pas éloignée de l'expropriation qu'elle a largement pour fonction de remplacer. Aussi doit-on se demander si le choix de maintenir le mécanisme des mutations domaniales au lieu de s'inscrire dans la ligne de l'assouplissement du principe d'inaliénabilité qu'introduit le nouveau code et de prévoir la possibilité d'exproprier le domaine public ne révèle pas qu'un attachement à une création ingénieuse mais non dépourvue d'ambiguïté.

Il convient pour cela de revenir brièvement sur les conditions de l'apparition du mécanisme des mutations domaniales (A) avant d'examiner de quelle manière ce mécanisme s'inscrit dans le cadre général posé par le nouveau code (B).

A. – Expropriation et mutations domaniales

Le mécanisme des mutations domaniales a été inventé par la pratique et la jurisprudence pour contourner le rejet par la jurisprudence administrative et judiciaire de l'expropriation des dépendances du domaine public (5). Les étapes en sont bien connues ; elles méritent cependant d'être rappelées.

La décision considérée comme fondatrice du rejet de la procédure d'expropriation (6) a été rendue dans des circonstances particulières. La Ville de Paris souhaitant percer une voie nouvelle avait obtenu du gouvernement l'adoption d'un décret déclarant l'utilité publique du projet sur le fondement duquel elle prétendait procéder à la destruction des dépendances d'une église située sur le tracé de la voie projetée, dont elle avait d'ailleurs déjà la propriété aux termes du Concordat et de la loi organique du 18 germinal an X, mais qui se trouvaient affectées par l'effet de ces mêmes textes à ce que l'on appelait encore le service public du culte. Le Conseil d'État dénie tout effet à la déclaration d'utilité publique, considérant que la désaffectation des dépendances en cause ne pouvait aux termes des lois précitées être prononcée que par un acte du chef de l'État et non par un simple décret. Il apparaît donc que ce n'est pas tant le principe de l'inaliénabilité du domaine public qui est ici au premier plan et s'oppose à l'expropriation, que le respect de l'affectation et des procédures qui la garantissent dans le cadre très particulier des bâtiments affectés au service public du culte.

Ce n'est donc pas le recours à l'expropriation qui est rejeté de manière générale, mais la procédure d'expropriation dans la mesure où une procédure spéciale de désaffectation est ici prévue. Il est vrai que le commissaire du gouvernement Marguerie considère plus généralement dans ses conclusions

(4) « Le transfert de gestion prévu aux articles L. 2123-3 à L. 2123-5 donne lieu à indemnisation à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter pour la personne dessaisie. Lorsqu'il découle d'un arrêté de cessibilité pris au profit du bénéficiaire d'un acte déclaratif d'utilité publique, l'indemnisation, fixée en cas de désaccord par le juge de l'expropriation, couvre la réparation du préjudice éventuellement subi par le propriétaire ».

(5) Le recours à l'expropriation avait été admis dans un premier temps par la jurisprudence la plus ancienne : CE, 15 mai 1858, *Département de la Gironde* : *Rec. CE*, p. 372 ; D. 1859, 3, p. 36, à propos de l'expropriation d'un chemin vicinal au profit d'une compagnie de chemin de fer : compétence du juge judiciaire pour déterminer l'indemnité de dépossession.

(6) CE, 21 nov. 1884, *Conseil de fabrique de l'église Saint-Nicolas-des-Champs* : *Rec. CE*, p. 803, *concl. MARGUERIE*.

que les dépendances du domaine public étant insusceptibles de propriété, elles ne peuvent par principe faire l'objet d'une procédure d'expropriation.

De fait, la solution particulière retenue dans cette décision sera généralisée et le recours à l'expropriation complètement exclu à l'encontre des dépendances du domaine public, aussi bien par la jurisprudence judiciaire (7) que par celles du Tribunal des conflits (8) et du juge administratif (9). Le principe d'inaliénabilité des dépendances du domaine public, destiné à protéger l'affectation de ces biens, exerce ainsi tous ses effets : un changement d'affectation ne peut être décidé qu'avec l'accord du propriétaire de la dépendance en cause qui peut soit décider d'affecter un bien de son domaine public à un autre service placé sous sa responsabilité, soit faire cesser la première affectation et céder le bien en cause à une autre personne de droit public qui pourra alors l'affecter comme elle l'entend.

Le mécanisme des mutations domaniales a pour unique objet de remettre en cause cette conséquence protectrice de l'inaliénabilité du domaine public. Sous couvert de le consacrer, il le subvertit. Ce mécanisme est formalisé dans les conclusions rendues par le commissaire du gouvernement Georges Teissier (10) dans l'affaire du prolongement de la ligne de chemin de fer de Sceaux jusqu'à la place Médicis (11).

Pour installer les voies nouvelles, il avait été procédé à l'expropriation de certaines parcelles du domaine public de la ville de Paris affectées à la circulation publique au profit de la Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans. Le principe du recours à l'expropriation n'a pas été contesté par les parties, mais un litige est survenu relativement à l'indemnisation de la Ville. Le Conseil d'État, suivant les conclusions du commissaire du gouvernement, s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence précédemment décrite et considère que l'expropriation à l'origine du litige n'a pas pu avoir lieu dans la mesure où étaient en cause des dépendances du domaine public, par conséquent inaliénables.

Pour autant, et c'est ce qui fait la nouveauté et l'intérêt de la décision, le juge administratif ne remet pas en cause l'affectation des terrains à la compagnie d'Orléans. Il considère que la déclaration d'utilité publique du projet a pu valablement modifier l'affectation des biens en cause. La propriété en reste à la Ville, mais ils sont désormais affectés par l'État au service du transport des personnes. La conséquence en est sur le terrain indemnitaire qui se trouve au cœur du litige, qu'aucune indemnité de dépossession n'est due. Seul peut

(7) Cass. civ., 20 déc. 1897, *Chemins de fer d'Orléans et État c/ Ville de Paris* : D. 1899, 1, p. 257, note L. S. : les immeubles faisant partie du domaine public ne peuvent être l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique car le domaine public est inaliénable.

(8) T. confl., 28 janv. 1899, *Ville de Périgueux c/ Lacoste* : Rec. CE, p. 71 ; D. 1899, 3, p. 41, note SARRUT : un décret déclaratif d'utilité publique n'a pu avoir pour effet d'incorporer des biens appartenant au domaine public d'une commune au domaine public de l'État.

(9) CE, 16 juill. 1909, *Ville de Paris* : Rec. CE, p. 707, concl. G. TEISSIER ; S. 1909, 3, p. 97, note M. HAURIUO : un décret déclaratif d'utilité publique ne peut entraîner aucune modification de propriété en l'absence de déclassement préalable. – CE, 2 juill. 1930, *Kersaho*, p. 680 : inaliénabilité du domaine public maritime qui s'oppose à toute expropriation. – CE, avis, n° 351788, 26 mai 1992 : « Le principe d'inaliénabilité du domaine public fait obstacle à ce que ces dépendances domaniales fassent l'objet d'une procédure d'expropriation au profit de la collectivité responsable de l'aménagement, qui conduirait à opérer un transfert de propriété d'une collectivité publique à une autre collectivité publique ».

(10) CE, 16 juill. 1909, *Ville de Paris* : Rec. CE, p. 707, concl. G. TEISSIER ; S. 1909, 3, p. 97, note M. HAURIUO.

(11) On dirait aujourd'hui le prolongement du RER B jusqu'à la station Luxembourg, bien connue de ceux qui fréquentent la faculté de droit.

être pris en charge le préjudice subi à la suite de l'opération en cause ; il s'agirait en l'occurrence de dommages de travaux publics liés à la disparition des redevances dues par les occupants privatifs des dépendances du domaine public ainsi réaffectées et de la nécessité de remplacer ces parcelles par de nouveaux aménagements (12).

On est ainsi placé face à cette solution remarquable : alors que le principe d'inaliénabilité du domaine public a pour fonction, en en protégeant la propriété, de protéger l'affectation de ce domaine, le mécanisme des mutations domaniales remet en cause l'affectation sans porter atteinte à la propriété. Pratiquement, il est désormais possible de remettre en cause, pour une période indéterminée, la libre disposition par une collectivité de biens dont elle conserve en théorie la propriété, selon une procédure purement administrative et sans indemnité de dépossession.

Ce mécanisme des mutations domaniales est repris dans le Code du domaine de l'État sous le nom de « transfert de gestion ». L'article L. 35 en pose le principe (13) ; l'article R. 58 précisant la procédure et la compétence pour prononcer de tels transferts (14). L'aspect indemnitaire reste tout entier défini par les règles jurisprudentielles posées dans les arrêts *Ville de Paris* de 1909 et 1925. Il est régulièrement fait usage de ce mécanisme, qui donne lieu à une jurisprudence constante (15). Le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques maintient ce mécanisme en ajoutant cependant des précisions relatives aux conditions de l'indemnisation de la personne dessaisie. Pour ce qui est de la procédure, le code renvoie à un décret en Conseil d'État qui n'a pas encore été publié.

B. – Mutations domaniales ou expropriation ?

La reprise du mécanisme des mutations domaniales dans le Code général de la propriété des personnes publiques conduit à réexaminer les critiques qui, pour certaines, ont depuis longtemps été formulées à son égard. Les unes concernent la relative incohérence de ce mécanisme au regard de l'économie générale du droit de la domanialité publique (1°). Les autres mettent en évidence la constitutionnalité contestable de ce mécanisme (2°). Au regard de ces critiques, la proposition a été dès longtemps formulée d'ouvrir plutôt la

(12) Sur le règlement de l'affaire : CE, 13 mars 1925, *Ville de Paris c/ Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans* : Rec. CE, p. 271.

(13) Art. L. 35. – Pour les transferts de gestion des immeubles dépendant du domaine public, dont la destination est modifiée, la remise est autorisée dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État.

(14) Art. R. 58. – La remise, prévue à l'article L. 35, des immeubles du domaine public dont la destination est modifiée, est autorisée par le préfet, après avis du directeur départemental des impôts chargé du domaine.

En cas de désaccord entre les services ou collectivités intéressés, l'autorisation est donnée : Par le ministre des Finances, lorsque la divergence d'appréciation porte sur les conditions financières de l'opération ;

Par le Premier ministre en cas de désaccord d'une autre nature, après avis de la commission régionale des opérations immobilières, de l'architecture et des espaces protégés compétente ou de la Commission nationale des opérations immobilières et de l'architecture lorsque le Premier ministre de sa propre initiative ou à la demande d'un ministre, du préfet de région, du préfet d'un département d'outre-mer ou du président de la commission nationale décide de lui soumettre l'opération en raison de son intérêt exceptionnel.

Il faut ajouter à cela que le décret n° 86-455 du 14 mars 1986 (art. 1^{er}) a supprimé la commission nationale et les commissions régionales des opérations immobilières.

(15) Cf. notamment : CE, 13 janv. 1984, *Ville de Thiais*, req. n° 35508, à propos de la construction de l'A 86. – CE, 23 juin 2004, *Cne de Prévaille*, req. n° 253419, à propos du nouveau tracé de la N 43. – CE, avis n° 367355, 19 mars 2002 à propos de l'hôpital Sainte-Anne de Paris. – CE, avis n° 371615, 26 juill. 2005, à propos du terrain d'assiette du Grand Palais.

possibilité de recourir à l'expropriation contre les dépendances du domaine public, solution que n'a pas retenue le nouveau code dans la première version qu'en donne l'ordonnance du 21 avril 2006 (3°).

1. – Les exigences de la logique

Le recours à la mutation domaniale est destiné à faire prévaloir une composante de l'intérêt général sur une autre en permettant à l'État de décider de manière unilatérale de l'affectation d'une dépendance du domaine public à un service public plutôt qu'à un autre. L'objectif poursuivi est donc le même que dans le cas de l'expropriation qui vise, en transférant la propriété d'un bien, à permettre qu'il soit affecté à une utilisation conforme à l'utilité publique par son nouveau propriétaire. La mutation domaniale apparaît donc comme un substitut à l'expropriation, rendue impossible en raison de l'inaliénabilité du domaine public. Elle constitue ainsi un mécanisme élégant qui permet de concilier le principe général de l'inaliénabilité avec la poursuite de l'intérêt général.

Mais le principe d'inaliénabilité n'a d'autre fonction que de protéger l'affectation des dépendances du domaine public. Le droit français lie pouvoir d'affectation et propriété. Dispose du pouvoir de déterminer l'affectation d'un bien le propriétaire de ce bien. Cela est vrai en droit privé, qu'il s'agisse des propriétés des personnes privées ou du domaine privé des personnes publiques. Mais cela est vrai également pour les dépendances du domaine public. Les tentatives doctrinales qui avaient proposé de dissocier propriété et affectation (16) ont toujours été rejetées par la jurisprudence ainsi que par la doctrine dominante (17). C'est d'ailleurs une des caractéristiques du droit français des propriétés publiques que cette étroite association qu'il opère de la propriété et de la maîtrise de l'affectation des dépendances du domaine public (18). Or, le mécanisme des mutations domaniales vient battre en brèche le principe général de cette association en séparant propriété et affectation (19) : il permet d'affecter un bien à un service n'incombant pas à la personne propriétaire.

Si l'affectation est ainsi mise en cause, la fonction du principe d'inaliénabilité se trouve court-circuitée ; mais si cela est le cas, rien ne vient plus alors empêcher que l'on est recourt à l'expropriation.

Ainsi, s'il apparaît légitime que l'État puisse exercer son rôle d'arbitre entre les différentes affectations que peut connaître un bien appartenant au domaine public, en déterminant en dernier ressort quelle affectation doit l'emporter, rien n'impose que ce soit par le biais d'un mécanisme parallèle à l'expropriation. Au contraire, le recours aux mutations domaniales, en dissociant propriété et affectation, remet en cause un des principes cardinaux de la domanialité publique (20).

(16) Cf. note R. CAPITANT, sous l'arrêt CE, 17 févr. 1932, *Cne de Barran* : *Rec. CE*, p. 189 ; *D.* 1933, 3, p. 49.

(17) Cf. A. DE LAUBADÈRE, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation* : *RD publ.*, 1950, p. 24. – G. DELALOY, *Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ?* : *RD publ.*, 2006, p. 575.

(18) Il en va différemment notamment en droit allemand. – Cf. J.-P. BROUANT et A. NOVAK, *Les propriétés publiques immobilières en droits français et allemand* : *RFD adm.* 1993, n° 274, p. 370.

(19) Cf. A. VIDAL-NAQUET, *L'irréductible théorie des mutations domaniales* : *Dr. adm.* 2005, p. 1107.

(20) Aussi est-il particulièrement piquant que le Conseil d'État considère que le mécanisme des mutations domaniales se rattache aux « principes généraux qui régissent le domaine public » (CE, 23 juin 2004, *Cne de Provville*, req. n° 253419).

Les principes généraux du droit français impliquent au contraire que la remise en cause de l'affectation d'un bien, si elle doit avoir lieu, s'accompagne de la mutation de la propriété de ce bien. Or, dans l'état actuel du droit, cela n'est possible que par le biais d'une intervention législative. Ainsi par exemple la loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002 relative aux musées de France organise-t-elle le transfert aux collectivités territoriales de la propriété des dépôts d'œuvres d'art de l'État antérieurs à 1910 (21) et organise-t-elle de manière plus générale la possibilité pour une personne publique de transférer, à titre gratuit, la propriété de tout ou partie de ses collections à une autre personne publique si cette dernière s'engage à en maintenir l'affectation à un musée de France (22). Il en va de même par exemple de la possibilité de cession à titre gratuit de dépendances du domaine public fluvial au profit des collectivités territoriales qu'ont prévue les lois n° 2003-699 du 30 juillet 2003 et n° 2004-809 du 13 août 2004 (23) ou encore des transferts de routes nationales aux départements en application de l'article 18-III de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (24).

2. – Les exigences constitutionnelles

Non seulement le mécanisme des mutations domaniales n'est pas une conséquence nécessaire du principe d'inaliénabilité du domaine public, mais il se heurte, en raison des modalités mêmes de sa mise en œuvre, à deux principes constitutionnellement garantis : celui de la libre administration des collectivités territoriales que protège l'article 72 de la Constitution et celui de la garantie de la propriété que proclame l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (25). Ces deux principes constitutionnels sont d'ailleurs liés l'un à l'autre, comme propriété et liberté dans le chef des personnes privées. Aussi suffit-il dans le cadre de ce bref exposé de s'en tenir à la problématique relative au droit de propriété (26).

Le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 protégeait non seulement la propriété des personnes privées, mais également celle des personnes publiques, de l'État (27) comme des collectivités territoriales (28).

Or, une mutation domaniale constitue en tout état de cause une atteinte à la propriété de la collectivité dépossédée. Certes, le changement d'affectation ne transfère-t-il pas entièrement la propriété de la dépendance en cause ; au moins transfère-t-il pour une durée indéterminée (29) un des principaux attributs de celle-ci qui est la faculté de décider de l'affectation du bien possédé, voire, lorsque cela est possible, de son déclassement et de son aliénation.

(21) C. patr., art. L. 451-9.

(22) C. patr., art. L. 451-8.

(23) V. l'article 1-1 du Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure, repris à l'article L. 3113-1 du CGPPP.

(24) V. également D. n° 2005-1500, 5 déc. 2005 portant application de l'article 18 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

(25) Cf. A. DE LAUBADÈRE et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, LGDJ, t. 2, 12^e éd., 2002, n° 212 s. – R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », t. 2, 15^e éd., 2001, n° 493 s. – M.-A. LATOURNERIE, *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien, coll. « Clefs », 2004, p. 104.

(26) Au regard du principe de libre administration, cf. R. SCHWARTZ, concl. sur CE, 2 déc. 1994, *Département de la Seine-Saint-Denis et Cne de Pulversheim* : *AJDA* 1995, p. 40 s.

(27) CC n° 86-207, 25 et 26 juin 1986, Privatisations.

(28) CC n° 94-346 DC, 21 juill. 1994.

(29) Le cas emblématique des lignes du RER B le démontre bien.

Au regard des garanties constitutionnelles qui entourent le droit de propriété, le mécanisme des mutations domaniales présente deux types de difficultés. L'une est de nature procédurale : l'intervention du juge judiciaire est garantie par un principe fondamental reconnu par les lois de la République (30). En outre, la procédure suivie doit être de nature à garantir le respect des droits de la personne dépossédée (31). À cet égard, la procédure mise en place par les dispositions applicables jusqu'alors n'étaient pas satisfaisantes et il est à souhaiter qu'au moins le décret auquel renvoie l'article L. 2123-4 du CGPPP mettra en vigueur une procédure constitutionnelle.

La seconde difficulté constitutionnelle est relative à l'indemnisation de la mutation domaniale. En effet, la garantie centrale de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen réside dans l'octroi d'une indemnité en cas de dépossession justifiée par l'intérêt général. Si l'on considère que la mutation domaniale, même sans faire disparaître toutes les prérogatives du propriétaire, porte atteinte à son droit de propriété, une indemnisation de la dépossession doit être prévue (32). Or, comme il a été dit, la jurisprudence ne prévoit traditionnellement que l'indemnisation du préjudice lié à la dépossession mais pas de la dépossession elle-même. L'article L. 2123-6 du Code général de la propriété des personnes publiques reprend ces règles jurisprudentielles en ne prévoyant à l'occasion des mutations qu'une « indemnisation à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter ».

Ces dispositions apparaissent ainsi d'une constitutionnalité douteuse, susceptible d'être mise en cause actuellement devant le Conseil d'État puisque l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 n'a pas encore été ratifiée, ou devant le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'adoption de la loi de ratification (33).

S'agissant de la question de la compatibilité du mécanisme des mutations domaniales au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 1^{er} du premier protocole additionnel), elle ne se pose pas dans la mesure où la Cour européenne de Strasbourg ne reconnaît pas le bénéfice des droits protégés par la convention aux collectivités publiques visées par ces mutations (34). Sauf évidemment à ce que les juridictions françaises souhaitent développer à ce propos une jurisprudence plus protectrice que celle de la Cour (35).

Cette question de l'indemnisation de la dépossession doit cependant être envisagée avec nuance tant la composition du domaine public est finalement hétérogène. Dans la mesure où la jurisprudence, désormais sur le fondement de l'article L. 2123-6 du CGPPP, indemnise, à travers la notion de préjudice, la perte du *fructus* (privation de revenus) et de l'*usus* (dépenses dues à la nécessité de remplacer le bien), c'est autour de la privation de l'*abusus* que se

concentre la question de l'indemnisation. Comme les biens du domaine public sont en principe inaliénables, il semble n'y avoir rien à indemniser.

Sans doute une telle analyse est-elle valable pour certaines dépendances du domaine public dont la désaffectation et le déclassement sont difficilement envisageables, comme les routes, les cours d'eaux, le domaine public maritime ou encore les dépendances du domaine public qui y ont été intégrées pour bénéficier de son statut protecteur plus que pour n'être que les moyens affectés à un service public qui les dépassent : par exemple les œuvres d'art. Ne pouvant être vendus, de tels biens sont effectivement en dehors du commerce, comme la doctrine classique l'a soutenu (36), de sorte qu'effectivement l'idée de dépossession n'a guère de sens ni non plus, partant, celles d'expropriation ou d'indemnisation de la dépossession. Le propriétaire public de tels biens en a en réalité plus la garde que la propriété ; ces biens représentent une charge (d'entretien, de surveillance, etc.), mais aucune valeur vénale. Les transferts de sections du domaine public routier national aux départements à l'occasion du dernier mouvement de décentralisation et les conditions financières qui les ont entourés le montrent bien.

S'agissant de ce domaine public « par nature », dans le sens que c'est la nature des biens qui les fait classer dans le domaine et non pas leur affectation, le changement d'affectation ne se heurte à aucune obligation d'indemnisation, de sorte que la mutation domaniale équivaut à l'expropriation (37). Elle ne laisse en effet derrière elle qu'un *abusus* purement fictif et indemnise l'*usus* et le *fructus* éventuellement transférés. Quand le RER B sera supprimé (quand ?), la ville de Paris retrouvera la « propriété » de la rue, c'est-à-dire l'obligation de l'entretenir et de la surveiller, certainement pas la possibilité de la vendre. Mais si la mutation domaniale équivaut à l'expropriation dans ces situations, rien ne justifie, comme on l'a dit, que l'on n'opère pas un transfert de propriété complet qui préserve l'unité de la propriété et de l'affectation.

En revanche, s'agissant des biens qui appartiennent au domaine public en raison de leur affectation et de l'aménagement connexe dont ils ont fait l'objet, rien n'empêche en principe leur propriétaire de les désaffecter, puis de les déclasser pour les vendre. Bien au contraire la politique qui a présidé à l'élaboration du nouveau code, celle de la valorisation, va dans ce sens. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance qui met en vigueur le nouveau code évoque ainsi les objectifs de « modernisation de la gestion patrimoniale et de valorisation économique du domaine public » qui sont poursuivis notamment en cherchant à « fluidifier la gestion du patrimoine immobilier », une tentative qualifiée également de « respiration du patrimoine public » qui se caractérise, de manière moins poétique, par l'assouplissement des conditions dans lesquelles les dépendances du domaine peuvent être

(30) CC n° 85-198 DC, 13 déc. 1985. – CC n° 89-256 DC, 26 juill. 1989.

(31) Cf. B. TARDIVEL, *Le nécessaire aménagement de la théorie des mutations domaniales* : *AJDI*, 2003, p. 492.

(32) Dans ce sens, N. FOULQUIER, *Les mutations domaniales et les principes constitutionnels* : *AJPI* 1997, p. 828 s.

(33) Le projet de loi de ratification a été déposé au Sénat le 30 juin 2006 et est actuellement renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel (Projet de loi de simplification du droit, n° 462).

(34) CEDH, 23 nov. 1999, *Section de commune d'Antilly c/ France*, req. no 45129/98. – CEDH, 1er févr. 2001, *Ayuntamiento de Mula c/ Espagne*, req. no 55346/00.

(35) CE, sect., 29 janv. 2003, *Cne d'Annecy*, req. n° 247909 : *Rec. CE*, p. 4 ; *AJDA* 2003, p. 613, concl. L. VALLÉE.

(36) C'est d'ailleurs autour d'une conception du domaine public réduite à ce type de biens visés à l'article 538 du Code civil (avant son abrogation par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 : « Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public ») que les théories de l'unité du domaine public ou du domaine éminent ont été développées.

(37) On rejoint ici la théorie de l'unité du domaine qui avait eu un temps les faveurs de la jurisprudence judiciaire (Cass. civ., 20 déc. 1897, *Cie du chemin de fer d'Orléans c/ Ville de Paris* : *D.* 1899, p. 257, note L. S. – 29 déc. 1900 : *D.* 1901, 1, p. 183. – 18 janv. 1916 : *D.* 1916, 1, p. 178). – Une partie de la doctrine défend encore cette position, ce qui l'amène à soutenir le maintien de la théorie des mutations domaniales (Cf. C. LAVIALLE, *Décentralisation et domianialité* : *RFD adm.*, 1996, p. 953).

cédés. Ce mouvement a même précédé le code puisque pour simplifier encore les étapes d'une telle commercialisation, l'ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004 relative au statut des immeubles à usage de bureaux a classé ces immeubles dans le domaine privé de l'État pour favoriser leur vente. Cette solution est reprise et étendue aux collectivités locales par l'article L. 2211-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. On voit ainsi l'État vendre les hôtels les plus prestigieux du faubourg Saint-Germain pour installer certains de ses services dans des immeubles plus modestes de la banlieue parisienne ; le service France Domaine a été créé à cette fin au sein de la direction générale de la compatibilité publique du ministère des Finances, tandis qu'un compte d'affectation spécial intitulé « Gestion du patrimoine immobilier de l'État » était institué au sein du budget pour retracer ces opérations.

Les dépendances du domaine public par affectation ont donc une valeur vénale bien réelle. Or en cas de mutation domaniale, le propriétaire ne maîtrisant plus l'affectation du bien ne peut plus le désaffecter et ne peut donc en disposer. La mutation domaniale entraîne ainsi une dépossession non seulement de l'*usus*, et éventuellement du *fructus*, mais également d'un *abusus* qui a une véritable consistance. Dans un tel cas, d'ailleurs, on ne peut parler de bien insusceptible d'être l'objet d'une propriété puisque justement le bien en cause dispose d'une véritable valeur marchande. C'est à propos de ces dépendances du domaine public par affectation que le mécanisme des mutations domaniales est non seulement inopportun, mais bien inconstitutionnel puisqu'il ne prévoit aucune indemnisation d'un *abusus* pourtant complètement obéré.

3. – Le recours à l'expropriation

Inopportun car difficilement compatible avec les principes généraux du droit de la domanialité publique et inconstitutionnel en raison des faiblesses procédurales et indemnitaires qui le caractérisent, le mécanisme des mutations domaniales a d'ailleurs déjà commencé de céder la place à la procédure d'expropriation qui devrait être ouverte à l'ensemble des dépendances du domaine public.

Ainsi l'article 145-III de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 sur la démocratie de proximité, apparu lors de la réunion de la commission mixte paritaire (38), modifie-t-il l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique dont les deux derniers alinéas précisent désormais que :

« L'arrêté de cessibilité emporte transfert de gestion des dépendances du domaine public de la personne publique propriétaire autre que l'État au profit du bénéficiaire de l'acte déclaratif d'utilité publique, pris conformément à l'article L. 11-2.

« En cas de désaccord entre le bénéficiaire de cet acte et la personne propriétaire, le juge de l'expropriation fixe les modalités de répartition des charges de gestion entre ces personnes ainsi que la réparation du préjudice éventuellement subi par le propriétaire. »

L'article L. 2123-5 du Code général de la propriété des personnes publiques renvoie expressément à ces dispositions (39).

(38) Cf. R. Hostiou, *Déclaration d'utilité publique et domanialité publique*, Annuaire français de droit de l'urbanisme, 1999, p. 85, qui rapporte cette disposition à une proposition formulée par le Conseil d'État dans le rapport *L'utilité publique aujourd'hui*, publiée à la Documentation française en 1999, p. 69 et 70. – V. aussi, B. TARDIVEL, *L'indépassable théorie des mutations domaniales* : AJDA 2003, p. 1209.

(39) « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 2123-4, le domaine public d'une personne publique autre que l'État peut faire l'objet d'un transfert de gestion au profit du bénéficiaire de l'acte déclaratif d'utilité publique dans les conditions fixées aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique ».

La question de l'indemnisation n'est cependant pas réglée de la manière la plus claire. Le quatrième alinéa de l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation comme l'article L. 2123-6 du CGPPP prévoient que lorsque l'affectation du domaine public est modifiée par le biais d'un arrêté de cessibilité, le juge de l'expropriation indemnise le préjudice subi par la personne dessaisie. La question se pose de l'ampleur de cette indemnisation : est-elle identique à l'indemnisation prévue par la jurisprudence en matière de mutations domaniales ou bien s'agit-il d'une véritable indemnité de dépossession ?

L'article L. 2123-6 du CGPPP distingue l'indemnisation classique due en cas de mutation domaniale, qui couvre « les dépenses ou la privation de revenu » causées par la mutation, de « la réparation du préjudice » en cas d'intervention du juge de l'expropriation. C'est donc bien que les deux ne se recouvrent pas. Sans doute peut-on en déduire que le juge de l'expropriation, même lorsqu'il intervient dans ce cadre particulier, est chargé d'indemniser la dépossession dans tous ses éléments.

Au-delà de ces solutions particulières expressément prévues par les textes, la jurisprudence elle-même fait souvent découler la mutation domaniale d'un acte s'inscrivant dans le cadre d'une procédure d'expropriation : décret déclarant l'utilité publique notamment (40). Solution plus audacieuse encore en apparence, mais qui montre le caractère naturel de l'application de la procédure d'expropriation dans un tel cas, le juge administratif a parfois accepté l'expropriation d'une dépendance du domaine public, eu égard au caractère peu étendu des parcelles en cause au sein d'une opération concernant essentiellement des propriétés privées (41).

Si le texte de l'article L. 2123-6 du CGPPP limite les possibilités d'indemnisation en matière de mutation domaniale, une marge de manœuvre plus importante est laissée au pouvoir réglementaire par l'article L. 2123-4 du CGPPP s'agissant de la procédure à suivre. Le décret en Conseil d'État à intervenir devra adapter les règles jusqu'alors prévues à l'article R. 58 du Code du domaine de l'État pour tenir compte des contraintes constitutionnelles évoquées ci-dessus, en rapprochant la procédure applicable en matière de mutations domaniales des mécanismes suivis en cas d'expropriation, notamment en organisant l'intervention du juge judiciaire et les possibilités pour la collectivité dessaisie de faire valoir ses droits.

Au regard de ces différents éléments, le maintien du mécanisme des mutations domaniales dans le nouveau Code de la propriété des personnes publiques apparaît quelque peu anachronique. Sans doute les dispositions attendues des décrets d'application auront-elles à cœur de rapprocher ce mécanisme de la procédure d'expropriation, mais le texte du code lui-même devra encore être amendé. Sans doute aurait-il été plus pertinent de supprimer cette procédure bricolée par la pratique pour tenter de vider de son venin une jurisprudence étendant par trop les exigences de l'inaliénabilité du domaine. La logique générale du nouveau code va en ce sens, qui tend à limiter de diverses manières les conséquences de ce principe : limitation du champ d'application du principe d'inaliénabilité par une définition plus restrictive du domaine public (42) ; possibilité de constituer des droits réels (43)

(40) CE, 16 juill. 1909, *Ville de Paris* : Rec. CE, p. 707, concl. G. TEISSIER. – CE, ass., 6 juill. 1973, *Michelin et Veyret*, req. n° 79752.

(41) CAA Paris, 22 nov. 1994, *Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres*, req. n° 93PA00864.

(42) CGPPP, art. L. 2111-1, L. 2211-1 et L. 3211-2, etc.

(43) CGPPP, art. L. 2122-6.

et des servitudes (44) sur le domaine public ; mécanisme de désaffectation virtuelle (45) notamment. Une seule disposition renvoyant de manière générale à l'expropriation, comme cela a déjà été expérimenté par l'article L. 11-8 du Code de l'expropriation, aurait ainsi mis fin à une longue histoire jurisprudentielle qui n'a jamais abouti à une solution satisfaisante (46).

II. – Les superpositions d'affectations

Alors que le mécanisme des mutations domaniales conduit à imposer un transfert de la gestion et de l'affectation d'une dépendance du domaine public, le mécanisme de la superposition d'affectations, appelée également « superposition de gestion » ou encore « gestion conjointe », permet d'affecter un même bien à deux services pris en charge par des personnes différentes. Ainsi, alors que le mécanisme de la mutation domaniale fait prévaloir une composante de l'intérêt général sur l'autre, le mécanisme de la superposition d'affectations permet de les concilier dans la mesure du possible. Comme la mutation domaniale cependant, il met en contact deux personnes qui sont toutes deux affectataires mais dont l'une seulement est propriétaire. Cela pose donc la question du partage des charges et des prérogatives. Fondée sur la conciliation de deux affectations, la superposition d'affectations repose en général sur une base contractuelle. C'est dans cette optique que sont rédigés les articles L. 2123-7 et 8 du CGPPP (47) qui donnent un cadre légal à un mécanisme jusqu'ici peu encadré. Cependant, il faudra se poser la question de la possibilité d'imposer une superposition d'affectations comme une forme atténuée de la mutation domaniale.

Les cas sont nombreux et courants en pratique qui voient une même dépendance du domaine public affectée à des services différents : il s'agit bien entendu des nombreux croisements de voies de communication : croisement de routes nationales, départementales ou communales ; croisement de routes et de voies de chemin de fer (48) ; croisement de routes et de voies navigables (49). Il s'agit également de la superposition sur les chemins de halage, digues ou berges des fleuves de l'activité liée aux voies navigables que bordent ces voies, avec la fonction de promenade à laquelle on souhaite toujours plus fréquemment les affecter. Il peut s'agir d'installer une gare routière gérée

(44) CGPPP, art. L. 2122-4.

(45) CGPPP, art. L. 2141-2.

(46) Cf. M. HAURIUO : S. 1909, 3, p. 97 ; *Conseil d'État, Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, EDCE, 1987, n° 37, p. 17. – M.-A. LATOURNERIE, *Point de vue sur le domaine public*, op. cit., p. 104. – O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *Droit administratif des biens*, Gualino éditeur, coll. « Mémento », 4^e éd., 2006, p. 94 s. – J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif des biens*, Montchrestien, 4^e éd., 2005, p. 124. – R. SCHWARTZ, *Conclusions sur CE, 2 déc. 1994, Département de la Seine-Saint-Denis c/ Cne de Pulversheim* : AJDA, 1995, p. 40 s.

(47) Art. L. 2123-7 « Un immeuble dépendant du domaine public en raison de son affectation à un service public ou à l'usage du public peut, quelle que soit la personne publique propriétaire, faire l'objet d'une ou de plusieurs affectations supplémentaires relevant de la domanialité publique dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec ladite affectation.

La superposition d'affectations donne lieu à l'établissement d'une convention pour régler les modalités techniques et financières de gestion de cet immeuble, en fonction de la nouvelle affectation. Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent article ».

Art. L. 2123-8 : « La superposition d'affectations donne lieu à indemnisation à raison des dépenses ou de la privation de revenus qui peuvent en résulter pour la personne publique propriétaire ou pour le gestionnaire auquel l'immeuble du domaine public a été confié en gestion ou concédé ».

(48) CE, sect., 8 déc. 1950, *Compagnie générale des eaux*, req. n° 90714 : Rec. CE, p. 616.

(49) CAA Douai, 20 janv. 2000, *Département de la Somme*, req. n° 96DA00937.

par le département sur des voies municipales ; ou, au contraire, pour une commune d'aménager une place en utilisant une partie d'une voirie départementale ; d'installer une rampe d'accès pour handicapés sur un terrain voisin appartenant à une autre collectivité qui y dispose d'un bâtiment mitoyen ; ou encore d'installer une route sur un barrage (50) ou une installation de rejet des eaux pluviales collectées par la commune dans la partie d'un cours d'eau concédé à une entreprise gérant une centrale hydroélectrique, voire d'affecter une passerelle à la voirie communale (51) ou d'utiliser un quai fluvial comme promenade publique (52).

Jusqu'à l'adoption des dispositions générales des articles L. 2123-7 et 8 du Code général de la propriété des personnes publiques, les superpositions d'affectations connaissaient des régimes variés et étaient le plus fréquemment laissées quant à leur organisation à la libre volonté des parties.

Lorsque des textes légaux particuliers existent, ils continueront de s'appliquer comme règles spéciales. Ainsi par exemple, sur le fondement de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau Ferré de France en vue du renouveau du transport ferroviaire, le décret n° 97-444 du 5 mai 1997 relatif aux missions et aux statuts de Réseau ferré de France prévoit-il dans son article 54 que :

« L'implantation sur le domaine public de RFF des lignes et canalisations de service public, autres que celles de télécommunications, est réglée par convention passée entre RFF (...) et le demandeur dans le respect des dispositions législatives et réglementaires particulières en vigueur, après avis de la SNCF ».

L'article 55 du même décret prévoit que :

« Le croisement (...) d'une ligne du Réseau ferré national par une voie de communication publique nouvelle n'ouvre droit, au profit de RFF (...) à aucune indemnité à caractère domanial pour la partie de l'installation de croisement située à la verticale de la voie ferrée. (...) Les dispositions qui précèdent sont applicables, réciproquement, dans le cas du croisement (...) d'une voie de communication publique existante par une ligne de chemin de fer nouvelle ».

Dans d'autres cas, le recours à la superposition d'affectations est autorisé de manière implicite, mais aucun régime particulier n'est prévu. Ainsi par exemple, les dispositions de l'article L. 211-7 du Code de l'environnement permettent aux collectivités de procéder de manière unilatérale à la réalisation de travaux relatifs à l'aménagement des ressources en eau :

- aménagement d'un bassin ou d'une fraction de bassin hydrographique ;
- entretien et aménagement d'un cours d'eau, canal, lac ou plan d'eau, y compris les accès à ce cours d'eau, à ce canal, à ce lac ou à ce plan d'eau ;
- approvisionnement en eau ;
- maîtrise des eaux pluviales et de ruissellement ou la lutte contre l'érosion des sols ;
- défense contre les inondations et contre la mer ;
- lutte contre la pollution ;
- protection et conservation des eaux superficielles et souterraines ;

(50) CE, sect., 2 juin 1972, *Sté des bateaux de la côte d'Emeraude dite « Les vedettes blanches »*, req. n° 79597 : Rec. CE, p. 414.

(51) CE, 2 juill. 1969, *min. de l'Équipement c/ Leveel* : Rec. CE, p. 357.

(52) CE, 5 mai 1944, *Sté auxiliaire de l'entreprise* : RD publ. 1944, p. 249.

- protection et restauration des sites, des écosystèmes aquatiques et des zones humides, ainsi que des formations boisées riveraines ;
- aménagements hydrauliques concourant à la sécurité civile ;
- exploitation, entretien et aménagement d'ouvrages hydrauliques existants ;
- mise en place et exploitation de dispositifs de surveillance de la ressource en eau et des milieux aquatiques ;
- animation et concertation dans le domaine de la gestion et de la protection de la ressource en eau et des milieux aquatiques dans un sous-bassin ou un groupement de sous-bassins, ou dans un système aquifère, correspondant à une unité hydrographique. Il en va de même des articles L. 151-36 à 40 du Code rural en matière de lutte contre l'érosion et les avalanches, défense contre les torrents, reboisement et aménagement des versants, défense contre les incendies et réalisation de travaux de desserte forestière, pastorale ou permettant l'accès aux équipements répondant aux objectifs de protection précités ;
- travaux de débroussaillage des terrains ;
- entretien des canaux et fossés ;
- irrigation, épandage, colmatage et limonage ;
- travaux de débardage par câble et travaux nécessaires à la constitution d'aires intermédiaires de stockage de bois.

Dans de tels cas, la réalisation des ouvrages prévus peut conduire à des situations de superposition d'affectations qui devront être réglées dans le cadre des articles L. 2123-7 et 8 du Code général de la propriété des personnes publiques.

Les dispositions du code se substitueront également, dans la mesure où elles contiendraient des dispositions contraires, aux directives et circulaires parfois adoptées pour encadrer le recours aux superpositions d'affectations, comme par exemple la circulaire n° 91-33 du 18 avril 1991 du ministre de l'Équipement, relative aux conditions d'instruction de projets comportant superposition d'ouvrages publics et privés sur une emprise routière ou encore la circulaire n° 11 du 10 février 1958 relative aux chemins de halage, annexée à la circulaire « Domaine du 17 juillet 1959 (53) » et les circulaires n° 72-90 du 14 juin 1972 et n° 80-28 du 22 février 1980 du ministre de l'Équipement sur la superposition de gestion concernant l'utilisation des chemins de halage.

Dans ce même domaine des chemins de halage affectés à la promenade piétonne ou cycliste, l'établissement public Voies Navigables de France a rédigé sur le fondement de ces directives un modèle de convention utilisable pour établir des conventions tripartites entre l'État propriétaire, VNF qui est chargé de la gestion et les collectivités désireuses d'aménager lesdites promenades (54).

Dans la plupart des cas enfin, les superpositions de gestion étaient établies dans le cadre de conventions librement négociées entre les parties ou pou-

vaient prendre la forme d'un arrêté préfectoral dans le cadre des articles L. 35 et R. 58 du Code du domaine de l'État (transferts de gestion) (55).

L'article L. 2123-7 du CGPPP fournit désormais un cadre général pour les superpositions d'affectations, qui devra être précisé à la fois par le décret en Conseil d'État, non encore paru, auquel il renvoie, et par la jurisprudence qui devra indiquer de quelle manière ce régime doit être lu au regard des autres dispositions du code. On voudrait simplement évoquer ici quelques questions que conduisent à se poser l'examen de la pratique et la lecture des textes.

Le premier alinéa de l'article L. 2123-7 du CGPPP n'a pas un contenu normatif très précis. Il indique que des superpositions d'affectation sont susceptibles d'être mises en œuvre lorsque les différentes affectations superposées sont compatibles. De fait, on voit mal comment superposer des affectations incompatibles. Il en va de même d'ailleurs pour les autorisations d'occupation privative. En cas d'incompatibilité entre la première et la nouvelle affectation envisagée, il faudra éventuellement recourir à une mutation domaniale sur le fondement de l'article L. 2123-4 du CGPPP.

Le second alinéa de l'article L. 2123-7 prévoit l'établissement d'une convention destinée à régler les conditions techniques et financières de la superposition, dans des conditions à préciser dans un décret en Conseil d'État, tandis que l'article L. 2123-8 du CGPPP dispose qu'une indemnisation doit être prévue au profit de la collectivité propriétaire ou de la personne qui serait subrogée dans ses droits.

La coexistence de ces dispositions pose au moins deux questions. La première est relative au contenu de la convention prévue à l'article L. 2123-7 du CGPPP en matière financière. Les dispositions de l'article en cause semblent laisser aux parties le soin de déterminer les conditions financières de la superposition d'affectations, tandis que l'article L. 2123-8 impose une indemnisation minimale. Or, la pratique montre que dans de nombreux cas la superposition d'affectations est conclue à titre gratuit. Faut-il alors comprendre que l'article L. 2123-8 du CGPPP n'est applicable que pour des superpositions d'affectations qui n'auraient pas été négociées par les deux parties, mais imposées par l'État ? Mais *quid* alors de la convention prévue à l'article L. 2123-7 du CGPPP ? Le pouvoir pour l'État d'imposer une telle superposition d'affectations ne semble pourtant guère discutable : dans la mesure où le code maintient la possibilité d'imposer une mutation domaniale faisant totalement disparaître l'affectation d'origine, il faut bien reconnaître la possibilité d'imposer une solution moins contraignante pour le propriétaire qui est celle de la simple superposition d'affectations. Dans un tel cas, l'article L. 2123-8 du CGPPP prend tout son sens qui détermine quel devra être le montant de l'indemnisation (56) ; en revanche, la convention de l'article L. 2123-7 du CGPPP devient problématique en cas de désaccord entre les parties sur le principe même de la superposition. Reste également à régler dans un tel cas la procédure à suivre et le juge compétent pour déterminer le montant de l'indemnisation.

Par ailleurs, l'article L. 2123-3 du CGPPP prévoit que le propriétaire, en cas de transfert volontaire de gestion, peut décider de mettre fin au transfert, sous

(53) BOED.I.7960.

(54) « Convention de mise en superposition de gestion du domaine public fluvial aux fins de la mise en œuvre et de la gestion d'un itinéraire cyclable ».

(55) CE, sect., 20 févr. 1981, *Association pour la protection du site du Vieux-Pornichet et l'amélioration de son port*, req. n° 06152.

(56) Même si les mêmes réserves peuvent être formulées qui ont été faites à propos des mutations domaniales sur le montant de l'indemnisation.

réserve d'indemniser le cocontractant. Il semble logique qu'il en aille de même en cas de superposition volontaire d'affectation. Mais l'article L. 2123-7 du CGPPP n'apporte aucune précision sur ce point.

On voit que le décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 2123-7 du CGPPP devra lever quelques incertitudes. Dans le même temps, la variété des conventions que propose la pratique des superpositions d'affectations s'agissant de la répartition de charges entre les parties invite à laisser la plus grande liberté à la libre détermination des parties au sein de ces conventions.