



HAL
open science

**Propriété publique, transparence et démocratie
administratives : Dr. adm., 2021, n° 11, Focus, alerte
149.**

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. Propriété publique, transparence et démocratie administratives : Dr. adm., 2021, n° 11, Focus, alerte 149.. Droit administratif, 2021. hal-03742087

HAL Id: hal-03742087

<https://hal.science/hal-03742087>

Submitted on 13 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Propriété publique, transparence et démocratie administratives

(Droit Administratif n° 11, Novembre 2021, alerte 149)

Focus par Christophe ROUX professeur de droit public - directeur de l'EDPL (EA 666) - université Jean-Moulin – Lyon 3

Consultation publique pour la dénomination des collectivités ou équipements publics (V. *par ex. au sujet du stade « Océane » au Havre ; pour le choix du nom de la future région Occitanie : CE, 19 juill. 2017, n° 403928, Assoc. citoyenne pour Occitanie et Pays Catalan : JurisData n° 2017-014676*) ; débats et boîtes à idées pour inventer et définir l'espace public de demain (V. au sujet du projet d'extension Agrolim pour le MIN de Rungis) ou réfléchir à la reconversion de quelques joyaux (V. au sujet de l'abbaye de Clairvaux : www.clairvaux2022.fr) ; appels à manifestation d'intérêts pour exploiter le domaine de manière innovante (V. celui lancé par VNF au sujet de l'EuroVelo 6 entre Dôle et Mulhouse) ; application dédiée pour signaler les anomalies dans l'espace public (« *DansMaRue* » à Paris ; à ce sujet, lire B. Mericskay, *Netcom, 2021-1, en ligne*) ; crowdfunding public accompagnant des projets de rénovation et d'entretien (du « Loto du patrimoine » aux appels financiers sur des plateformes bancaires, V. Ph. Yolka, *Le crowdsourcing immobilier : entre « démocratie administrative » et droit public des affaires : Dr. voirie et domaine public 2020, p. 169. – Crowdsourcing : l'externalisation vers la foule des activités administratives : dossier JCP A 2019, 2353 et s.*). Autant de manifestations qui laisseraient à penser que le droit domanial a épousé les aspirations de son siècle, succombant au chant des sirènes de la démocratie administrative, tout en sortant définitivement les propriétaires (publics) de leur despotique isolement. Nul besoin peut-être de s'en étonner, tant l'évolution paraîtrait conforme à la génétique domaniale : depuis longtemps, la propriété publique se conçoit comme une propriété inclusif.ve (?) et « altruiste » (N. Foulquier, *Droit administratif des biens : LexisNexis, 5e éd., 2019, § 32*), le caractère semblant chaque jour se renforcer, à mesure que le champ domanial bat au rythme de sa subjectivisation, tout en cultivant des adhésions de plus en plus nettes avec la fondamentalisation des droits et libertés qui s'exercent en son sein. Quant à la domanialité publique, elle naîtrait tout entière de la mission de conservation et de transmission aux générations futures (V. H. de Gaudemar, *L'inaliénabilité du domaine public : thèse dactyl., Paris II, 2006, p. 273*), le public formant une communauté virtuelle d'ayants droit en puissance : avant trépas, lui conférer voix au chapitre paraîtrait donc logique, ne serait-ce que pour s'assurer de la saine gestion, utilisation et valorisation de sa réserve héréditaire.

D'où vient, pourtant, la sensation selon laquelle la « petite musique de la démocratie administrative » (Dr. adm. 1998, n° 6, p. 3, J.-B. Auby) resterait de l'ordre du murmure au diapason domanial, là où sa ritournelle – parfois durablement beuglée au mégaphone – forme une caisse de résonance autrement plus saisissante dans le reste de la sphère administrative ? De fait, les quelques exemples relayés ne sauraient assourdir, tout confinés qu'ils sont à de la confidentielle musique de chambre. En pratique, l'on peine en effet à valider la transparence et l'ouverture au public réelle de « la maison de verre » domaniale. Bâtie sur les deux piliers boiteux de la transparence administrative (V. S. Saunier, *Propriétés publiques et Code des relations entre le public et l'administration. Rencontre du*

troisième type ?, in *Mél. Ch. Lavalie : PU Toulouse, 2020, p. 611*), la charpente participative en est venue logiquement à présenter les mêmes fragilités.

Certes, en se concentrant sur le premier volet, il faudra concéder de notables progrès s'agissant du droit d'accès aux documents administratifs. Après avoir été longtemps écartés de son champ (au gré des inimitiés entre gestion domaniale et service public ; au gré des confusions entre « document » et « acte » administratifs), les actes relatifs à la gestion du domaine privé sont désormais communicables de plein droit (*CRPA, art. L. 300-3. - V. encore CE, 14 oct. 2021, n° 437004, Sté Axxès*). Le satisfecit s'arrêtera toutefois à ce seuil. En premier lieu, l'information du public reste en toute hypothèse obérée par la connaissance très approximative que les collectivités publiques possèdent de leur propre patrimoine, l'inventaire restant lacunaire. En deuxième lieu, l'obligation de motivation reste, ici comme ailleurs, bien atrophiée, parvenant même à la formation de quelques inepties : ainsi, là où un refus d'autorisation devra faire l'objet d'une telle motivation (*CE, 23 mai 2012, n° 348909, RATP ; Dr. adm. 2012, comm. 89, note F. Brenet*), il n'en ira pas de même pour un refus de renouvellement, assimilé – avec largesse de vues – à l'abrogation d'une décision non créatrice de droits (*CE, 9 juin 2020, n° 434113, Cne Saint-Pierre*) ; tout ceci aboutissant à ce que l'occupant en place soit au fond moins bien protégé que l'impétrant candidat à occupation, comme il en va, par ailleurs, en matière de contradictoire (*CE, 20 mars 1996, n° 121601*). En troisième et dernier lieu, force est d'admettre que transparence et appropriation publique se tirent parfois dans les pattes : la première suppose, par définition, la liberté d'accès et, partant, l'atténuation de la faculté d'exclure à la base de toute conception propriétaire. En bref, et quoique la relation de cause à effet soit par trop automatique, la nidation de la première couve l'envol de la seconde, comme en témoignent les données publiques dont le droit à réutilisation – libre et gratuit – acté par la loi pour une Ré publique numérique a mécaniquement tué la poule aux œufs d'or patrimoniale (*V. : La propriété publique à l'épreuve des données publiques : in Le droit administratif au défi du numérique : AFDA, Dalloz, 2019, p. 43*).

En se déportant sur le volet participatif, la matière semble marquer la même rébellion ; sauf à convoquer le dérisoire et mal nommé « rescrit domaniale » (*CGPPP, art. L. 2122-7. – V. JCP A 2016, act. 220, étude Ph. S. Hansen*) ou à faire état, pour la petite histoire de la grande, de l'acte de naissance du principe général du contradictoire (*CE, sect., 5 mai 1944, n° 69751, Dame Veuve Trompier-Gravier*), rares sont les dispositifs à inviter le public à la co-construction de la décision domaniale. Certes, le CGPPP réserve quelques hypothèses d'enquêtes publiques préalables, qu'il s'agisse du classement/déclassement dans le domaine public fluvial (*CGPPP, art. L. 2111-12 et L. 2142-1*) ou maritime (*CGPPP, art. L. 2111-5*), de la cession des servitudes sur le domaine public de l'État (*CGPPP, art. R. 3211-25*) ou, de l'attribution des sous-concessions de plages (*CGPPP, art. R. 2124-4 et R. 2124-23 et s.*). Quelques codes apparentés prévoient encore une enquête préalable au transfert – au sein du domaine public – des voies privées ouvertes à la circulation publique (*C. urb., art. L. 318-3*) ou s'agissant de l'aliénation des chemins ruraux (*C. rur., art. L. 161-10*). La récolte apparaît toutefois bien maigre, surtout si l'on veut bien admirer l'herbe bien « verte » qui pousse ailleurs – juste à côté du pré-carré domaniale – notamment en matière d'expropriation, de travaux publics, ou d'urbanisme. À ce sujet, les hypothèses où le juge admet que la décision domaniale est susceptible d'emporter une « incidence sur l'environnement » apparaissent restreintes (*Charte de l'environnement, art. 7. – C. envir., art. L. 110-1 et L. 123-1 et s.*), quitte même, parfois, à méconnaître le sens explicite des dispositions du CGPPP (*V. Cons. const., 24 mai 2013, n° 2013-316 QPC, SCI Pascal*). Un même regard cursif suffit à constater, encore, que les enquêtes en question sont principalement destinées au voisinage de la

propriété publique , le commun des quidams n'y étant pas convoqué ; il s'agit alors moins de dialoguer de l'intérieur « avec » la propriété publique , que de discuter, de l'extérieur, de sa répartition avec les propriétés privées environnantes. C'est également dans le seul confessionnal public-public que la plupart des consultations domaniales se nouent, notamment via les demandes d'évaluations préalables adressées (avant la prise à bail, l'achat ou la cession de biens publics) à la direction immobilière de l'État, les voies du succès contentieux se révélant toutefois assez impénétrable pour ceux qui souhaiteraient se prévaloir de leur « prise en compte » effective, l'hypothèse ayant été sitôt convertie à la jurisprudence Danthony (*CE, sect., 23 oct. 2015, n° 369113, Sté CFA Méditerranée*). Enfin, et sans que le trait soit propre à l'espèce domaniale, la participation du public reste en toute hypothèse subordonnée à la présence d'une décision administrative, ce qui, à ce stade, semble écarter la sphère contractuelle de son emprise, quand bien même quelques spécialistes de la question auraient efficacement démontré qu'aucun élément n'y fait obstacle (*Ch. Testard, Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative : LGDJ, 2018, spéc. p. 414-417*).

Ces résistances se justifieraient-elles ? Indubitablement, la première explication conduit à convoquer le prisme propriétaire : la transparence s'y conjugue mal, la propriété briguant, depuis toujours, la fonction de « protéger le secret et la confidentialité » (*F. Zenati, Pour une rénovation de la théorie de la propriété : RTD civ. 1993, p. 305*) ; quant à la participation, elle apparaît antinomique avec le pouvoir d'exclure. De ce point de vue, d'aucuns pourront percevoir dans les défaillances participatives du CGPPP un exemple de la propension toute particulière de notre droit administratif à se regarder dans le seul miroir de l'Administration (*V. au sujet de ce biais doctrinal, F. Melleray, Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif : RFDA 2014, p. 145*). Le titre du code en est, d'ailleurs, l'éminent révélateur. Il sera encore loisible de déceler toutes les faiblesses d'un « droit-support », lequel n'est jamais réellement pensé comme un « véhicule » de l'évolution de la relation entre Administration et administrés. D'autres pourront également relever, c'est juste, que le droit domaniale est le réceptacle de sujétions (inaliénabilité, obligation d'entretien, protection quasi-pénale du domaine public, obligations de poursuites...), celles-ci formant autant de droits publics subjectifs dont le collectif serait titulaire (*V. A.-Ch. Bezzina, Le domaine public : essai sur les droits publics subjectifs collectifs : RRJ 2014-2, p. 953*) ; partant le droit domaniale n'éprouverait aucun désir d'asseoir davantage sa légitimité en associant un public déjà bien pourvu de droits opposables. Enfin, dans le détail, ces lacunes pourront confirmer les difficultés qu'éprouve le droit des biens publics à saisir et penser le(s) tiers-État. La première réside dans l'absence de troisième voie dans laquelle le collectif parviendrait à se frayer un chemin : de fait, si partenariat « public-privé » il y a, il n'offre pour seule alternative que, d'un côté, l'appropriation publique pleine et entière ; de l'autre, l'externalisation ou la privatisation de l'exploitation du domaine. La seconde se vérifie au regard des qualifications que le droit positif promeut et auxquelles il confère, seules, un régime d'information et d'association sommaire : « l'utilisateur privatif », « le voisin » du domaine, bien furtivement « l'utilisateur » anonyme et collectif, implicitement évoqué au travers du seul « droit d'usage appartenant à tous » sur le domaine public (*CGPPP, art. L. 2122-1*)... Mais, nulle mention du « public ». Il est du reste symptomatique de constater que les exemples de gestion participative de certains biens publics (jardins collectifs, friches réinvesties, opérations de rénovation bénévoles, permis de végétaliser...) se traduisent moins par une véritable co-construction de la décision ou de la gestion domaniale, que, in fine, par l'octroi d'une autorisation ou d'un titre... privatif au profit des associations ou particuliers en question (*V. www.paris.fr/pages/un-permis-pour-vegetaliser-paris-2689*). Il reste enfin à souligner, après d'autres (*Ph. Yolka, Sur le « droit administratif des communs » : Dr. voirie et domaine public 2020, p. 201*), les paradoxes de la matière : si l'affectation à l'utilité publique laisserait à penser que les biens du domaine public sont ceux les mieux à même d'embrasser la logique participative et collective, c'est

pourtant au sein du domaine privé qu'on en trouve les plus proches parents, au travers des biens communaux ou sectionaux (V. Ph. Yolka et J.-Fr. Joye, *Sui generis : des personnes publiques spéciales aux « biens publics spéciaux »* : JCP A 2021, 2103).

Le droit domanial est-il, dès lors, en capacité d'évoluer ? À dire vrai, en a-t-il le choix ? On peut en douter, quand on voit la démocratie de la rue (jusqu'à l'urne il y a toutefois un sacré (« n ») factoriel) déchaîner ses passions et crispations identitaires liées au patrimoine public (« renationalisation » des autoroutes revendiquée, déboulonnage des statues, croisades pour la disparition des signes religieux dans l'espace public...). Il serait encore assez illusoire de masquer le désir de réinvestissement de l'espace public, dont les utilisations concurrentes, plus ou moins organisées ou légales (flashmob, sittings, apéros géants, camping sauvage, démonstrations de rues, places publiques, et mobiliers urbains transformés en skate-park...), rendent la question du partage – concerté et coconstruit – de l'assiette domaniale de plus en plus pressante. D'un point de vue externe, l'immobilisme domanial commence à faire tache au regard des nouvelles approches théoriques promues et, admettons-le, régulièrement plébiscitées. Les économistes ont depuis longtemps vulgarisé dans le champ juridique la notion de public goods, laquelle possède le mérite de déplacer la focale, en s'intéressant moins à leurs propriétaires qu'à leurs bénéficiaires (V. M. Boul, *Les « public goods » : traduction juridique d'une notion économique* : RFDA 2013, p. 557). Enfin, en quelques années, c'est une bonne petite bibliothèque qui s'est constituée autour de la thématique des « biens communs » (V. M. Cornu, F. Orsi et J. Rochefeld, (dir.), *Dictionnaire des biens communs* : PUF, 2e éd., 2021) dont l'une des caractéristiques phares réside – outre les règles opérationnelles définissant l'accès aux ressources communes – dans l'adoption de règles de gouvernance collectives et participatives (V. E. Ostrom, *La gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles* : Bruxelles, De Boeck, 2010).

Quelques pistes déjà arpentées (V. Ph. Yolka, *Sur le « droit administratif des communs », préc.*) pourraient être développées : pourquoi ne pas imaginer, par exemple, la constitution d'une « réserve domaniale » étoffant la liste des réserves citoyennes ? (L. n° 2017-86, 27 janv. 2017, art. 1, relative à l'égalité et à la citoyenneté : JO 28 janv. 2017). En ligne de mire, surtout, l'élaboration de « techniques de gestion – comme des règlements d'administration partagée – non plus verticales, descendantes, mais horizontales [parce que collaboratives] voire ascendantes [à partir du terrain] » (ibid.). Quitte à emprunter un biais patrimonial, on plaidera encore pour une généralisation des enquêtes publiques préalables à la cession ou aux projets de reconversion des biens publics culturels ; la consultation du public pourrait enfin être de rigueur dès lors qu'elle touche à l'externalisation de la gestion domaniale ou, encore, à des aspects identitaires, ce qui éviterait peut-être la dilapidation de quelques droits patrimoniaux (comme les marques publiques, la ville de Vendôme ayant récemment cédé sa marque éponyme à la société Louis Vuitton... pour la dérisoire somme de 10 000 €). S'il ne faudrait ni en sous-estimer les dangers (captation par certains, poussée obscurantiste ou populiste, alibi des gestionnaires...) ni en surestimer les bienfaits, le droit de la propriété publique ne pourra, en tout état de cause, se dispenser d'une réflexion d'ampleur sur la revendication participative. Ce ne serait, au fond, que renouer avec son caryotype : « chose publique », le domaine public serait surtout la « chose du public », les propriétaires publics ne pouvant « faire l'économie de cette présence » (V. respectivement Ch. Laviolle, *Le domaine public : chose publique ou patrimoine public ?*, in *Pouvoir et Gestion* : P.U. Toulouse, 1997, p. 281 ; *Du domaine public comme fiction juridique* : JCP G 1994, 3766).