

## LES CENT ANS DE LA THÉORIE DES DROIT RÉELS

**Laurent RICHER**  
**Professeur à l'université Paris I**  
**Avocat au Barreau de Paris**

La clause conférant un droit réel sur un terrain appartenant à une collectivité publique, affecté à un service public, et destiné par les parties à être aménagé à cet effet est « incompatible avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public » (CE, 6 mai 1985 Association Eurolat, Rec. p. 141) ; le centenaire de la théorie des droits réels serait-il celui d'un décès ?

Tel n'est pas le cas : le droit réel visé par l'arrêt Eurolat est le droit réel du droit privé, alors que celui de la « théorie des droits réels » dont le centenaire est commémoré est le droit réel administratif, qui est bien vivant, qu'il soit conféré par un bail emphytéotique administratif, une autorisation d'occupation ou un contrat de partenariat, dans le cadre de régimes législatifs (trop) divers.

Mais la théorie des droits réels administratifs n'est pas apparue avec les lois qui sont intervenues depuis 1988.

Dans la première édition de son *Traité de droit civil* en 1900 Marcel Planiol écrit :

*« il existe tout un groupe de droits spéciaux conférés aux particuliers par l'autorité administrative et portant sur le domaine public : nous leur donnerons le nom de concessions. Ces concessions offrent la plus grande analogie avec les droits réels » (n° 2078).*

Cette citation est placée en exergue de la thèse soutenue en 1914 par Louis Rigaud sur *La théorie des droits réels administratifs*.

Mais, encore plus tôt, Demolombe cité par Dénoyer (Jean-François Dénoyer *L'Exploitation du domaine public*, LGDJ, 1969, p. 104) et par Yolka (Philippe Yolka *La propriété publique : éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, p. 388) écrivait en 1855 :

*« il faut reconnaître que le domaine public lui-même peut être l'objet d'un droit réel privé, en tant que ce droit ne fait pas obstacle à sa destination essentielle ».*

Pourtant, on fait souvent remonter à 1911 la théorie des droits réels administratifs (Dénoyer, Yolka). Cela s'explique : cette année là la 7<sup>e</sup> édition du Précis d'Hauriou l'a présentée de manière détaillée, même si elle était déjà présente dans l'édition de 1908.

La date de 1911 ne constitue donc qu'une commodité commémorative, mais elle présente l'intérêt de renvoyer à Hauriou qui, s'il n'a pas créé de toutes pièces la notion de droit réel sur le domaine public, lui a donné toute sa richesse.

C'est pourquoi dans la dédicace manuscrite qu'il a apposée sur la page de garde de l'exemplaire de sa thèse offert à Maurice Hauriou<sup>1</sup>, le 28 mai 1914, Louis Rigaud écrit :

« À Monsieur Maurice Hauriou : ce travail est plus vôtre qu'il n'est à moi. Je n'ai fait que recréer pour le marquer plus profondément le sillon que vous aviez déjà tracé d'une main si sûre... ».

A Monsieur Maurice Hauriou,  
Docteur de la faculté de droit de Toulouse.  
Ce travail est plus vôtre qu'il n'est à moi. Je  
n'ai fait que recréer pour le marquer plus profondément  
le sillon que vous aviez déjà tracé d'une main si sûre.  
C'est de cet humble effort, dont voici le résultat, que je vous  
prie d'accepter l'hommage respectueux.  
Louis Rigaud  
Toulouse, 28 mai 1914.

Cette main si sûre était, pourtant, d'abord restée en suspens, puisque dans un premier temps, dans une note sous l'arrêt du Conseil d'État du 10 janvier 1890 Rodet (S. 1892.III. 21 – à propos d'une concession funéraire, note non reproduite dans les Notes ) Hauriou reste fidèle à l'idée classique, soutenue par exemple par Berthélemy, de l'incompatibilité entre domaine public et droit réel : « nous estimons, écrit-il, que la jurisprudence administrative devrait abandonner la théorie du droit réel ».

Le doute s'insinue très peu de temps après, dans une note sous un arrêt du 25 avril 1890 Raymond, où Hauriou écrit que « le riverain n'a pas un droit réel ordinaire à l'accès, ni à la vue » (S. 1892.III. 81 ; Notes, t. 3, p. 266).

L'idée d'un droit réel « non ordinaire » a fait son chemin d'abord dans la jurisprudence avant qu' Hauriou, Mestre et quelques autres en fassent la théorie (I) ; mais, paradoxalement, cette théorie est restée à peu près sans influence sur le droit jurisprudentiel ultérieur ; il a fallu attendre des interventions législatives pour voir

---

<sup>1</sup> Exemplaire qui porte le cachet de l'Institut catholique de Toulouse, à qui, apparemment, Maurice Hauriou ou ses héritiers en avaient fait don.

consacrer la notion de droit réel administratif, d'où une interrogation : cette théorie est-elle utile ? (II)

## **I. – THÉORISATION DE LA JURISPRUDENCE**

En 1908 paraît la cinquième édition du *Traité élémentaire de droit administratif* d'Henri Berthélémy (5<sup>e</sup> édition, 1908) qui affirme que « le domaine public ne peut pas être grevé de droits réels » (p.418) et que « les actions possessoires ne sont pas applicables au domaine public » (p.418).

Cette dernière affirmation ne correspondait pas aux solutions de la jurisprudence.

Dans certains cas celle-ci consacrait une protection renforcée des droits des administrés à bénéficier des utilités du domaine public.

Au départ ce besoin de protection fut lié à la protection de la propriété privée, sous la forme des aises de voirie, puis, à partir de là d'autres cas de protection renforcée sont apparus, sans que, pour autant la jurisprudence reconnaisse clairement l'existence de droits réels administratifs, c'est à la doctrine qu'il est revenu de franchir ce pas.

### **A/ Protection renforcée et approximation juridique**

Proudhon affirmait que les aises de voirie sont des servitudes au profit des riverains (*Traité du domaine public*, tome 2, 1833, p. 65 et s.) et la jurisprudence allait en ce sens. Avant 1879 la jurisprudence civile admettait une servitude d'accès et de jour bénéficiant d'une protection au possesseur envers les tiers.

Puis un arrêt de la chambre civile du 2 février 1879 abandonne la référence à la servitude pour y substituer un droit *sui generis* qui ne fait pas obstacle aux modifications ou suppressions, mais avec indemnité et qui est susceptible de possession *erga omnes*.

La jurisprudence administrative, quand il s'agissait de l'opposabilité à l'administration, décidait que la suppression de l'accès ou de la vue ouvrait droit à indemnité au titre de dommages de travaux publics (CE 17 décembre 1886 Ville de Chaumont).

Comme pour les aises de voirie la jurisprudence civile retient l'idée de *sui generis* à propos de la concession funéraire, qui est qualifiée de « propriété privée *sui generis* », qui se rapproche de la propriété ordinaire par la protection envers les tiers, mais en diffère à raison de l'objet sur lequel elle porte, qui n'est pas transmissible à titre onéreux, pas prescriptible et doit respecter l'affectation (cf. Rigaud, *op. cit.*, p. 97).

### **B/ Critique du *sui generis***

La notion de droit *sui generis* est critiquée par Achille Mestre (note sous Cour d'appel de Toulouse 26 novembre 1908 Augé c/ Roques, *Pandectes françaises*, 1911.II.209).

Mestre écrit :

« nous n'hésitons pas, pour notre part, à y voir, contrairement à l'opinion de la Cour, des droits réels, des servitudes existant au profit des fonds riverains. Sans doute, ces servitudes, à raison de la qualité toute particulière du fonds sur lequel elles portent, ne sont pas absolument assimilables à celles du droit civil ; sans doute le droit de l'Administration de modifier et de supprimer la voie publique reste entier et, par conséquent, certaines dispositions du code civil, et notamment l'article 701, leur sont inapplicables ; mais, tant que la voie publique subsiste

*dans son état normal, les droits des riverains se comportent comme des servitudes ordinaires ; quand elle est modifiée ou supprimée, le droit de servitude est altéré dans son exercice ou se résout en indemnité. **Les aises de voirie apparaissent donc comme des servitudes résolubles sous certaines conditions. Mais de ce qu'un droit est résoluble, on ne doit point conclure qu'il n'existe pas** ».*

Et, après Mestre, Louis Rigaud, reprenant toute la jurisprudence civile et administrative développe l'idée qu'elle ne trouve sa cohérence que si l'on admet la notion de droit réel administratif.

Mais n'existe-t-il pas une incompatibilité entre droit réel et domanialité publique, comme l'avait relevé Berthélémy ?

### **C/ Levée des obstacles invoqués par la doctrine**

C'est parce que certaines caractéristiques reconnues au droit réel paraissaient impossibles à concilier avec la domanialité publique qu'une théorie propre au droit public a été développée, mais, au passage il est apparu que les caractéristiques attribuées aux droits réels civilistes n'étaient pas aussi essentielles qu'on pouvait le penser.

La première caractéristique du droit réel est qu'il constitue un « démembrement » du droit de propriété. Cette analyse ancienne est toujours reprise dans la doctrine contemporaine et, ainsi que le remarque Philippe Yolka, elle fonde largement l'incompatibilité entre inaliénabilité et droit réel, le démembrement étant assimilé à une aliénation partielle (p. 342).

À cela Maurice Hauriou oppose que les droits réels administratifs ne sont pas des démembrements de la propriété parce qu'ils ne sont pas dans le commerce de façon séparée, mais ils n'en produisent pas moins des « utilités certaines » et sont compatibles avec la domanialité publique parce que « révocables ou résolubles en argent » (note sous CE 25 mai 1906 Min. Comm. c/ Chemins de fer d'Orléans).

Louis Rigaud confirme l'absence de démembrement :

*« La règle de l'inaliénabilité a surtout une signification négative ; elle édicte la mise hors du commerce de la vie civile, mais elle laisse subsister comme possible un commerce spécial régi par le droit public...Ces droits accordés aux particuliers sur les dépendances du domaine public seront résolus dès qu'ils entreront en conflit avec l'intérêt public...Ainsi, par la reconnaissance ou par la constitution de ces droits le domaine public n'est nullement démembré »* (Louis Rigaud *La théorie des droits réels administratifs*, thèse Toulouse, éd. Sirey, 1914, n° 162 - 163), car il n'y a démembrement qu'en cas de droit réel perpétuel .

La notion de démembrement est ainsi liée à la durée du droit ; mais, cette question de durée est aussi de nature par elle-même à faire obstacle à la reconnaissance d'un droit réel.

En effet, la précarité inhérente à l'occupation du domaine public a été considérée comme un obstacle à la reconnaissance de droits réels.

Mais la perpétuité n'est pas de l'essence du droit réel, la précarité existe même pour le droit de propriété en présence de l'utilité publique ; elle est limitée car la révocation n'est pas arbitraire (L. Rigaud, *ibid.*), le droit réel est opposable à l'administration sauf dans la « ligne de précarité » (Hauriou).

La reconnaissance de droits réels administratifs est donc possible en dessous de la ligne de précarité ; elle est nécessaire pour protéger la propriété privée, les intérêts moraux des familles des défunts, mais aussi des intérêts économiques, ceux des concessionnaires.

## **D/ Reconsidération de la nature du droit du concessionnaire de travaux**

Le motif économique est clairement mis en lumière dans les deux notes fondamentales qu'Hauriou a consacré aux droits réels administratifs (note sous CE 25 mai 1906 Min. Comm. c/ Chemins de fer d'Orléans et note sous CE 7 février 1913 Mure).

Dans la note de 1913 il relève que depuis le début du siècle est survenue une évolution générale qui a emporté « *toute la matière des concessions sur le domaine public et le mouvement était mené par les concessions de chemins de fer, de tramways, d'éclairage au gaz ; l'opinion s'établissait de plus en plus que les compagnies concessionnaires collaboratrices de l'administration avaient besoin de garanties* ».

Le droit des concessions de travaux et service public a ainsi joué un rôle pionnier.

De façon audacieuse, une loi du 9 août 1847 sur la ligne Montereau-Troyes autorise la compagnie à hypothéquer « tous les droits utiles qui dérivent pour elle de l'adjudication » (cité par Rigaud, p. 122) ; mais un coup d'arrêt est apporté par un avis du Conseil d'État du 5 novembre 1874 relatif au cahier des charges d'un chemin de fer d'intérêt local (avis reproduit in L. Aucoc *Conférences*, tome 3, n° 310) : les voies ferrées en tant que dépendances du domaine public ne peuvent faire l'objet d'un démembrement de propriété, les compagnies ne sont pas titulaires d'un droit réel, mais d'un droit d'exploitation de leur monopole qui a un caractère mobilier. C'est aussi la thèse de la Cour de cassation qui dans sa jurisprudence sur les droits d'enregistrement juge que relève de la taxe sur les mutations mobilières les opérations relatives au « droit d'exploitation et de jouissance » de la concession (Cass. 20 juillet 1886, D. 1887.1. 302).

Mais le Conseil d'État par l'arrêt du 25 mai 1906 décide que le concessionnaire peut opposer son droit exclusif de jouissance à l'État lui-même, ce qui fait écrire à Hauriou que la possession du concessionnaire « représente un contenu positif et ce contenu ne saurait être qu'une sorte de droit réel ».

Le chemin a donc été sinueux : une brève consécration législative, suivie d'un démenti des juges, puis d'un retour en grâce dans la doctrine à partir d'une reconstruction de la jurisprudence.

Mais, à quoi ce travail a-t-il servi ?

## **II. – INUTILITÉ DE LA THÉORIE ?**

Longtemps, la théorie des droits réels administratifs est restée ... une théorie sans influence sur le droit positif, qui lui est demeuré imperméable. Mais, à la faveur de réformes législatives, elle a été réactivée.

### **A / Imperméabilité du droit positif**

L'indifférence du droit positif à la théorie du droit réel administratif apparaît d'abord à propos des aises de voirie, dont on a vu l'importance historique.

Sur cet aspect de la théorie du droit réel administratif la doctrine contemporaine est assez réservée (cf. Y. Gaudemet, *Traité*, n° 496), la jurisprudence quant à elle semble avoir abandonné la théorie du droit réel administratif puisqu'elle voit dans les droits du riverain un accessoire du droit de propriété (CE, ord. 14 mars 2011, req. 347345 ; JCP-A 2011. 2167, note J. Moreau).

L'imperméabilité ressort aussi de ce que la jurisprudence, même quand elle admet que la situation de certains occupants doit faire l'objet d'une protection particulière, ne consacre pas la notion de droit réel administratif.

Le droit réel vu par le juge administratif est le droit réel du droit privé, perçu comme un démembrement incompatible avec le principe d'inaliénabilité et celui de précarité.

C'est par réaction contre la jurisprudence et pour les motifs économiques évoqués par Hauriou que la loi a réactivé la théorie du droit réel administratif.

## **B/ La loi contre la jurisprudence**

Il résulte clairement de l'exposé des motifs de l'amendement qui a abouti à l'introduction du bail emphytéotique à l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 sur l'administration locale que cette disposition a eu pour objectif de tenir en échec la solution de l'arrêt Eurolat rendu trois ans avant et cela en vue de permettre aux collectivités locales d'attirer les investisseurs<sup>2</sup>.

La loi du 25 juillet 1994 procède, quant à elle, de la conviction que les installations de l'occupant autorisé sont nécessairement des dépendances du domaine public appartenant à la personne publique.

L'exposé des motifs indique que « l'inaliénabilité du domaine public interdisait de reconnaître aux occupants domaniaux des droits réels sur celui-ci et notamment la propriété des constructions qu'ils y édifient ».

La loi se présente donc comme une dérogation à un principe.

Il se trouve que ce principe n'existait pas, car « la règle a toujours été que l'occupant autorisé a, pour la durée du titre et dans les conditions de celui-ci, un droit réel sur les constructions et installations qu'il réalise sur le domaine qu'il occupe » (Y. Gaudemet et L. Deruy Rapport du groupe de travail, Valorisation des propriétés publiques, IGD, janvier 2004, n° 37). Mais, l'idée d'une contradiction entre droit réel et principes de la domanialité publique restait tellement ancrée dans les esprits que ces solutions avaient été oubliées par certains.

Aujourd'hui que la notion de droit réel administratif est consacrée par la législation, la théorie des droits réels administratifs se développe en contrepoint de textes législatifs nombreux et imparfaits.

## **C/ La nouvelle théorie des droits réels administratifs**

La théorie des droits réels administratifs n'a pas pris le caractère de généralité que lui prêtait Hauriou, mais elle a trouvé une utilité nouvelle : elle permet de rationaliser le désordre législatif<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> L'emphytéose, depuis les origines de la théorie des droits réels administratifs, fait figure de modèle. Ainsi Rigaud écrit que le droit du concessionnaire est « un droit réel d'emphytéose qui dérive d'un contrat de bail administratif ».

<sup>3</sup> Sur ce désordre : cf. P. Delvolvé « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *RFDA* 2010 p. 1125

La protection apportée par la loi fait souvent l'objet d'évaluations négatives de la part de la doctrine, qui met en doute l'authenticité du droit réel alloué aux utilisateurs du domaine public, oubliant ainsi ce qui constitue l'apport principal de la théorie des droits réels administratifs : il peut exister des droits réels pas comme les autres.

### a) Comparaisons et interrogations

Les comparaisons s'imposent d'elles-mêmes : entre le bail emphytéotique du code rural et le BEA, entre l'AOT avec droit réel et le droit de superficie, entre l'hypothèque quand le terrain d'assiette est privé et quand il est public.

Mais la comparaison entre le bail emphytéotique du droit civil et le BEA fait apparaître d'importantes différences, telles que si les caractéristiques du BEA se retrouvaient dans un bail de droit privé celui-ci ne pourrait être qualifié de bail emphytéotique (v. en particulier pour la clause de résiliation unilatérale : *JurisClasseur Bail à Loyer*, Fasc. 630, n° 127).

Le droit réel conféré par une AOT de l'article L. 2122-6 CGPPP ou de l'article L. 1311-5 et s. du CGCT est, quant à lui, présenté comme une « transposition du droit de superficie » (Y. Gaudemet, Tr. , n° 520). Cependant en droit privé le droit de superficie est généralement considéré par la doctrine comme un droit de propriété et la jurisprudence lui applique le régime de la propriété (cf. Bergel, *Droit des biens*, n° 28 § et n° 295) ; le superficiaire est propriétaire des constructions et il peut donner à bail sans engendrer une sous-location du terrain et sans l'accord du tréfoncier (Bergel, n°297). Dans le cas d'occupation du domaine public la situation est différente : l'AOT confère un droit réel unique, comportant un « 'lien hermétique' » entre le droit sur le terrain et le droit sur l'ouvrage », sur les ouvrages il ne s'agit pas vraiment d'un droit de propriété (E. Fatôme *Objet et étendue du droit réel conféré à l'occupant du domaine public de l'État*, *JCP-N*, 1996, p. 1240).

S'agissant de l'hypothèque, quand la loi la prévoit, c'est avec des adaptations importantes par rapport au droit privé et avec des interrogations sur la réalisation du gage : « à suivre pas à pas la procédure de saisie immobilière il apparaît qu'elle est difficile à concilier avec la nécessité d'un agrément « somme toute la procédure contient tous les germes de sa dissolution » (Philippe Théry *Les voies d'exécution : saisie et réalisation du gage*, *JCP-N*, 1996, doct., p. 1271).

D'une façon générale, le particularisme engendre le scepticisme.

La cession de la propriété est-elle indissociable de celle du titre d'occupation ? On en déduit que « la cession n'est donc pas libre, ce qui interdit d'assimiler le droit réel créé par la loi de 1994 à un véritable droit réel de nature civile » (M. Lecerf et G. Blanc *Entreprises privées et domaine public : comment gérer les contraintes de la domanialité relatives aux cessions d'ouvrages réalisés par les occupants ?* », *JCP-E*, 1998, ét.. 739). Plus radicalement Mamontoff considère que, compte tenu de son instabilité, le droit réel est une illusion (C. Mamontoff *Domaine public et entreprises privées : la domanialité publique mise en péril par le marché*, L'Harmattan, 2003, p. 63).

Ce qui a été vu jadis comme obstacle à la reconnaissance de droits réels est présenté maintenant comme obstacle à l'efficacité de leur allocation, parce qu'on raisonne par rapport au modèle du droit réel civil.

Mais, pris pour ce qu'ils sont, les droits réels administratifs ont une utilité.

### **b) Une utilité économique**

Cette approche critique procède d'une vision jusnaturaliste du droit réel influencée par l'histoire du droit de propriété, alors que le droit réel, en tout cas celui-ci, est une allocation de la puissance publique qui garantit un certain niveau de protection.

La variabilité du niveau de protection et de ses modalités n'est pas un obstacle à la qualification comme droit réel et les droits réels administratifs, bien que limités par l'affectation, « ont, cependant, une valeur économique et sont protégés efficacement contre les tiers et dans une certaine mesure contre l'administration » (Dénoyer, *op. cit.*, p. 121). La pratique a montré que le niveau de protection a été suffisant pour rehausser le crédit des investisseurs sur le domaine public.

La théorie des droits réels a donc eu son utilité ; elle aura permis de structurer l'œuvre législative. Cette œuvre est, en partie, dépassée car les banques attachent aujourd'hui plus de prix à d'autres garanties, notamment dans le cadre des financements de projet, mais la théorie du droit réel administratif peut trouver un nouveau champ d'influence, du côté du droit privé, puisque s'y fait sentir le besoin de créer un nouveau droit réel que l'avant projet de réforme du droit des biens dénomme droit de jouissance spéciale, attribué pour une durée déterminée<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Association Henri Capitant, groupe de travail sur la réforme du droit des biens, présidé par le professeur Périnet-Marquet avant-projet de loi – art. 608 C. civ. - (H. Périnet-Marquet *Propositions de l'association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis 2009)