

**LA VALORISATION ECONOMIQUE DES PROPRIETES PUBLIQUES EN AFRIQUE NOIRE  
FRANCOPHONE : LE CAS DU TOGO**

Par **KOUPOKPA** Tikonimbé,

*Maître-assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Lomé*

**Sommaire**

<b>Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>I. LES LINEAMENTS D'UNE VALORISATION ECONOMIQUE DES PROPRIETES PUBLIQUES.....</b>	<b>7</b>
A. La valorisation par l'autorisation d'occupation domaniale .....	7
1. L'autorisation d'occupation à la recherche de la rentabilité financière.....	7
2. La nécessaire soumission de la délivrance des titres d'occupation à la concurrence .....	11
B. La valorisation par l'investissement .....	14
1. Le financement externalisé des biens publics.....	15
2. La reconnaissance discutable des droits réels sur les dépendances publiques .....	17
<b>II. LES ENTRAVES A LA VALORISATION ECONOMIQUE DES PROPRIETES PUBLIQUES .....</b>	<b>20</b>
A. La persistance des occupations anarchiques des dépendances publiques.....	21
1. L'encombrement des propriétés publiques à des fins commerciales.....	21
2. La tolérance ou l'impuissance administrative .....	23
B. La prégnance de la logique de protection des propriétés publiques .....	25
1. L'insaisissabilité des biens publics, un obstacle à l'accès aux prêts nécessaires aux investissements .....	26
2. L'inaliénabilité des biens du domaine public, un frein au recours aux autres outils de valorisation .....	29
<b>Conclusion.....</b>	<b>32</b>

## Introduction

« *La nécessité de valoriser les propriétés des personnes publiques s'est [...] imposée depuis deux à trois décennies, parce que ces biens doivent générer des ressources financières, qu'ils ont des besoins propres de rénovation, de reconstruction et de financement ou qu'ils peuvent servir de support à des activités économiques... La recherche de la rentabilité est devenue pour les collectivités publiques un besoin autant qu'une contrainte...* »<sup>1</sup>. Ces propos de Jean-Marc SAUVE, ancien Vice-président du Conseil d'Etat français, traduisent un changement de perspectives dans la gestion des propriétés publiques en France. Un tel changement est également perceptible en Afrique<sup>2</sup>, notamment au Togo où la valorisation économique des propriétés publiques est devenue un impératif irrésistible, peut-être irréversible face au besoin de financement des personnes publiques, de réalisation et de rénovation des équipements publics. Il s'ensuit dès lors une volonté des autorités publiques de réglementer l'utilisation privative des dépendances publiques et de gérer celles-ci en vue d'en tirer le meilleur profit économique possible. Dans cette logique, les exigences classiques de conservation et de protection des propriétés publiques doivent normalement s'assouplir pour s'adapter autant que faire se peut aux règles de l'économie. C'est ainsi que pour la première fois au Togo, le ministre de l'économie et des finances a pris en 2016 un arrêté portant fixation des prix des baux et des concessions ou cessions des terrains sur l'ensemble du territoire national<sup>3</sup>. Aussi le cadre juridique de la domanialité au Togo, qui était resté longtemps anachronique puisque remontant à l'ordonnance de 1974<sup>4</sup>, a-t-il été remanié par la loi du 14 juin 2018 portant Code foncier et domanial<sup>5</sup>. En outre, une loi relative à la modernisation de l'action publique de l'Etat en faveur de l'économie a été

---

<sup>1</sup> Propos introductifs tenus le 6 juillet 2011, dans le cadre des Entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique (consultable sur le site du Conseil d'Etat français, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)).

<sup>2</sup> Par exemple, il ressort de l'article 5 de loi n° 2013-01 du 14 janvier 2013 portant Code foncier et domanial en République du Bénin que « *l'Etat détient le territoire national en vue [...] de l'assurance de son utilisation et de sa mise en valeur durables* ». Le paragraphe II (du titre IV) relatif à la gestion du domaine privé immobilier des collectivités territoriales du même texte précise que « *les concessions ne sont accordées qu'aux personnes physiques et morales justifiant de ressources financières suffisantes pour garantir leur mise en valeur* » (article 308).

<sup>3</sup> Arrêté N° 145/MEF/SG/DADC portant fixation des prix des baux et des concessions ou cessions des terrains sur l'ensemble du territoire national.

<sup>4</sup> Ordonnance n° 12 du 6 février 1974 fixant le régime foncier et domanial.

<sup>5</sup> Loi n°2018-005 du 14 juin 2018 portant Code foncier et domanial au Togo. Le décret auquel renvoie l'article 524 dudit Code et devant déterminer les conditions d'utilisation et d'occupation des dépendances du domaine public par les personnes physiques et les personnes morales de droit privé est intervenu en février 2019 (Décret n°2019-008/PR fixant les conditions et les modalités d'occupation du domaine public de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics du 06 février 2019).

adoptée en 2014<sup>6</sup>. La réflexion sur les propriétés publiques et l'économie offre alors l'occasion d'analyser le degré et les limites de la politique domaniale au Togo orientée de plus en plus vers le profit économique. Il s'avère convenable, avant toute analyse du fond du sujet, de cerner le sens et la portée du concept de « *propriétés publiques* » et de la notion de « *valorisation* » de celles-ci.

Les propriétés publiques, dans le cadre de cette recherche, ne doivent pas être entendues en termes d'institution dans une perspective de comparaison de la propriété publique avec la propriété privée qui a fait couler beaucoup d'encre en doctrine<sup>7</sup>. En revanche, elles doivent être conçues comme des biens, des choses appartenant à des personnes publiques. La doctrine recourt à deux approches, notamment fonctionnelle et organique, pour définir les propriétés publiques<sup>8</sup>. Selon l'approche fonctionnelle, les propriétés publiques rassemblent tous les biens affectés à l'usage direct du public ou à un service public, indifféremment du statut de la personne publique ou privée de leur propriétaire<sup>9</sup>. L'approche organique, quant à elle, conduit à considérer comme propriétés publiques l'ensemble des biens appartenant à une personne publique et ce indépendamment de leur éventuelle affectation<sup>10</sup>. C'est cette dernière approche qui s'est imposée en doctrine, devenant ainsi le critère fondamental de définition des propriétés publiques. Ainsi, c'est la personnalité juridique du propriétaire d'un bien qui fait de ce dernier une propriété publique<sup>11</sup>. En somme, les propriétés publiques doivent être entendues ici comme étant des biens publics conçus comme « *des biens qui sont la propriété des personnes publiques* »<sup>12</sup>, notamment l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics ou les groupements d'intérêt

---

<sup>6</sup> Il s'agit de la loi n°2014-014 du 22 octobre 2014 portant modernisation de l'action publique de l'Etat en faveur de l'économie. Aux termes de l'article préliminaire de cette loi, elle a pour objet d'instituer et/ou de moderniser les structures, les moyens et les principaux procédés d'intervention de l'Etat dans les activités économiques. Il s'agit : des contrats de partenariat ; des concessions de service public ; des nationalisations ; etc.

<sup>7</sup> Voir Philippe YOLKA, *Les Grandes décisions du droit administratif des biens (GDDAB)*, Paris, Dalloz, 2018, n° 1, pp. 5-19 ; Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif : Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, tome 2, 15<sup>e</sup> Edition, 2014, pp. 9-35.

<sup>8</sup> Voir Benoît SCHMALTZ, *Les personnes publiques propriétaires*, Thèse, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2014, pp. 3 et s.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>11</sup> Pour autant, l'approche fonctionnelle ne doit pas être purement écartée, car elle intervient à titre complémentaire pour déterminer, en fonction de leur affectation ou non, le régime juridique des propriétés publiques.

<sup>12</sup> I.G.D., *Rapport du groupe de travail – Valorisation des propriétés publiques, Petites affiches*, 2004, n° 147, p. 44 et s.

public<sup>13</sup>. Ainsi, les termes « *propriétés publiques* » et « *biens publics* » seront utilisés indifféremment dans le cadre de cette réflexion<sup>14</sup>.

Les propriétés publiques ainsi définies sont soumises, en fonction de leur affectation, à un régime juridique exorbitant dont le degré est plus marqué dans les Etats de tradition romano-germanique<sup>15</sup> que dans ceux de *Common Law*<sup>16</sup>. L'exorbitance est davantage accentuée dans les Etats qui pratiquent la dualité domaniale en distinguant le domaine privé du domaine public, ce dernier bénéficiant d'un régime domanial spécifique et plus protecteur. A l'instar du droit administratif français, on distingue au sein des propriétés publiques au Togo, les biens qui relèvent du domaine public de ceux qui appartiennent au domaine privé. En effet, aux termes de l'article 505 du Code foncier et domanial du Togo du 14 juin 2018, le domaine public comprend tous les immeubles qui, par nature ou par destination, sont à la disposition du public et qui appartiennent soit à l'Etat, soit aux établissements publics, collectivités publiques territoriales secondaires et services publics industriels ou commerciaux<sup>17</sup>. Il ressort de cette disposition trois critères de définition du domaine public, à savoir le caractère immobilier du bien, la mise à disposition de celui-ci, en raison de sa nature ou de sa destination, au public<sup>18</sup> et son appartenance

---

<sup>13</sup> Pour le caractère de personne morale de droit public des groupements d'intérêt public, cf. Aude **ROUYERE**, « Les personnes publiques spécialisées », in Pascal **GONOD**, Fabrice **MELLERAY**, Philippe **YOLKA** (dir), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, Tome 1, pp. 348-353.

<sup>14</sup> Mais une telle assimilation mérite d'être relativisée, car il existe une différence entre les deux notions, même si elle est mince. La professeur Caroline **CHAMARD-HEIM** fait le départ entre ces deux notions en analysant l'angle de leur étude et leurs rapports avec les personnes. Selon elle, « *l'étude des biens publics comprend l'analyse objective des biens et leurs rapports avec les personnes, notamment leur propriétaire* », alors que « *les termes de propriétés publiques indiquent une inclinaison pour la vision subjective des biens, c'est-dire les biens appréhendés dans leurs rapports avec leur propriétaire public... Le concept de bien est donc un peu plus large que celui de propriété* » (Caroline **CHAMARD-HEIM**, « Les propriétés publiques », in Pascal **GONOD**, Fabrice **MELLERAY**, Philippe **YOLKA** (dir), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, Tome 2, p. 284.

<sup>15</sup> Dans les Etats de tradition romano-germanique, les spécificités des propriétés publiques tiennent à la fois aux modes d'acquisitions des biens et à leurs modes de cession particuliers ; cf. Caroline **CHAMARD-HEIM**, *op. cit.*, pp. 287-291.

<sup>16</sup> Dans les Etats de *Commun Law*, les propriétés publiques ne bénéficient pas d'un régime protecteur assimilable à celui des Etats romano-germaniques. En effet, les biens des personnes publiques peuvent librement être transférés à des personnes privées, selon les modes de cession du droit civil, notamment l'aliénation volontaire, la prescription. De même, les propriétés publiques peuvent faire l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Seulement, l'affectation des biens publics reste inaliénable et se transmet de propriétaires publiques aux propriétaires privés ; cf. Caroline **CHAMARD-HEIM**, *op. cit.*, p. 292.

<sup>17</sup> Dans le premier cas, il s'agit du domaine public de l'Etat et dans les autres cas, ces biens constituent les domaines publics respectifs de ces établissements, collectivités ou services.

<sup>18</sup> La mise à disposition du bien au public prend deux formes : il s'agit d'une part de l'affectation du bien à l'usage direct des particuliers sans que ces derniers passent par l'intermédiaire d'un service public et, d'autre part, de l'affectation au service public, les particuliers dans ce dernier cas ne pouvant l'utiliser qu'en raison de leur qualité d'usagers de service auquel ce bien se trouve rattaché ; cf. Odile de **DAVID BEAUREGARD-BERTHIER**, *Droit administratif des biens*, 14<sup>e</sup> Edition, Gualino, 2018, pp. 59 et 60.

à une personne publique. L'analyse de ces critères de définition appelle trois observations essentielles. D'abord, contrairement au Code général de la propriété des personnes publiques français (CGPPP)<sup>19</sup>, le législateur togolais exclut les biens mobiliers du domaine public, ce qui paraît curieux. Ensuite, selon le législateur togolais, ce sont seulement les biens immobiliers affectés à l'usage du public qui relèvent du domaine public, alors qu'il est plus raisonnable aujourd'hui d'étendre, comme c'est le cas d'ailleurs en France<sup>20</sup> et conformément à la doctrine<sup>21</sup>, la domanialité publique aux biens affectés à un service public administratif ou de nature industrielle et commerciale et qui aient fait l'objet d'un aménagement indispensable. Enfin, le législateur reconnaît un domaine public par nature, en ce sens que ce sont les biens affectés par nature à l'usage du public qui sont soumis au régime de la domanialité publique. A l'évidence, la définition du domaine public par le législateur togolais semble reposer sur l'ancienne thèse de l'antinomie intrinsèque des biens du domaine public et des biens privés<sup>22</sup> inspirée de l'article 538 du code civil français, aujourd'hui abrogé, selon lequel seuls les biens insusceptibles de propriété privée et affectés à l'usage de tous font partie du domaine public<sup>23</sup>. D'ailleurs, après avoir déterminé la consistance du domaine public, à savoir le domaine public naturel<sup>24</sup> et artificiel<sup>25</sup>, il précise à l'article 508 *in fine* que le « *domaine public comprend également les monuments publics, les halles, les marchés, les cimetières délimités et généralement tous les biens non*

---

<sup>19</sup> Selon l'article L. 2112-1 de ce Code, les biens mobiliers présentant un « *intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique* » font partie du domaine public. Il en est ainsi des archives publiques, des découvertes archéologiques, les collections des musées ou les documents rares ou anciens des bibliothèques ; cf. Jean-Gabriel **SORBARA**, « Le domaine public mobilier au regard du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2007, pp. 619 et s.

<sup>20</sup> Selon l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), les biens qui appartiennent aux personnes publiques font partie du domaine public lorsqu'ils sont « soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

<sup>21</sup> Cf. Yves **GAUDEMET**, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 62 et s.

<sup>22</sup> Pour plus de précision concernant cette thèse, cf. Caroline **CHAMARD-HEIM**, *op. cit.*, pp. 307 et 308 ; Yves **GAUDEMET**, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 12-13.

<sup>23</sup> Il est utile de préciser que l'article 538, ainsi que les articles 540 et 541 ont été abrogés par le code général de la propriété des personnes publiques de 2006.

<sup>24</sup> Selon l'article 507 du code foncier et domanial, le domaine public naturel comprend le domaine public maritime et le domaine public fluvial.

<sup>25</sup> Aux termes de l'article 508 du Code foncier et domanial, le domaine public artificiel comprend : les ports maritimes militaires ou de commerce avec dépendances nécessaires (digues, jetées, bassins, écluses, etc...) ainsi que les ports fluviaux, les canaux de navigation et leurs chemins de halage, les aqueducs exécutés dans un but d'utilité publique, ainsi que les dépendances de ces ouvrages ; les chemins de fer et leurs emprises ; les routes et voies de communication de toutes natures avec leurs emprises ; les lignes et postes télégraphiques et leurs dépendances ; les aérodromes, aéroports, aérogares, et leurs dépendances avec les emprises et servitudes ; les ouvrages exécutés dans un but d'utilité publique pour l'utilisation des eaux et la fourniture de l'énergie ; etc.

*susceptibles d'appropriation privée* ». Pourtant, il est longtemps admis en doctrine qu'aucun bien, quelle que soit sa nature, ne puisse échapper à l'appropriation privée<sup>26</sup>.

Quant à la notion de « *valorisation économique* » des propriétés publiques<sup>27</sup>, elle apparaît plus économique que juridique. Elle renvoie à l'idée de maximisation de profit que l'on puisse tirer de la réalisation, l'acquisition, l'entretien, la location, l'utilisation ou plus généralement la gestion d'un bien public. En effet, pour les propriétés publiques déjà existantes, leur valorisation économique passe par leur gestion rentable provenant soit de leur location, si leur affectation probable ne s'y oppose pas, soit de leur aliénation au meilleur prix, dès lors que leur entretien devient plus onéreux pour les deniers publics<sup>28</sup>. Les propriétés publiques sont alors considérées comme des ressources, des sources de revenu dont la gestion doit épouser obligatoirement la logique managériale, notamment de performance ou de rentabilité<sup>29</sup>. S'agissant des propriétés publiques à acquérir, la notion de valorisation suppose leur réalisation au moindre coût<sup>30</sup>. En somme, la valorisation économique des propriétés publiques s'entend de leur rentabilité non seulement en termes de leur gestion mais aussi de leur acquisition.

Les termes clés de la réflexion étant précisés, il importe dès lors de présenter son intérêt qui apparaît à la fois pratique et théorique. Sur le plan pratique, ce sujet offrira l'occasion de démontrer que les propriétés publiques constituent à la fois des biens publics dont il faut assurer la protection et la conservation au profit de tous, et une ressource que personnes publiques et personnes privées cherchent à valoriser afin d'en tirer le meilleur profit économique possible. Ainsi, elles présentent un enjeu économique à la fois pour les personnes publiques propriétaires et pour les personnes privées qui occupent, le plus souvent, anarchiquement les dépendances publiques à des fins commerciales. Sur le plan théorique, il sera question d'analyser la compatibilité des règles de protection des propriétés publiques, notamment l'insaisissabilité et l'inaliénabilité des biens publics avec les principes et libertés économiques. En clair, il s'agit de

---

<sup>26</sup> Cf. Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 59 et s.

<sup>27</sup> Cf. Yves GAUDEMET, « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *RDP* 2012, pp. 1223 et s. ; Alexandre GAUTHIER, « La valorisation économique des propriétés publiques », *AJDA* 2012, pp. 990 et s.

<sup>28</sup> Cf. Yves GAUDEMET, « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *op. cit.*, pp. 1223 et s. ; I.G.D., *Rapport du groupe de travail – Valorisation des propriétés publiques*, *op. cit.*, p. 44 et s. ; Alexandre GAUTHIER, « La valorisation économique des propriétés publiques », *op. cit.*, pp. 990 et s.

<sup>29</sup> Cf. Jean-Pierre DUPRAT, « L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat », *AJDA* 2005, pp. 578 et s.

<sup>30</sup> Cf. I.G.D., *Rapport du groupe de travail – Valorisation des propriétés publiques*, *op. cit.*, pp. 44 et s. ; Yves GAUDEMET, « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *op. cit.*, pp. 1223.

confronter les règles de conservation et de gestion des propriétés publiques avec les libertés et principes économiques et de faire des propositions allant dans le sens de leur conciliation.

Il découle de ce double intérêt un certain nombre de questions : les propriétés publiques, peuvent-elles faire l'objet d'une gestion à des fins économiques ? Dans l'hypothèse où une telle gestion est possible, quelles en sont les modalités de mise en œuvre et les limites ? Ces modalités, sont-elles conciliables avec les règles de protection des propriétés publiques ? En somme, il s'agira de s'interroger s'il existe une politique de valorisation des propriétés publiques au Togo.

La réponse à cette question commande *a priori* l'interprétation de la législation et l'analyse de la jurisprudence existante en matière de domanialité au Togo. Toutefois, en raison d'une législation encore embryonnaire et, surtout, d'une jurisprudence peu fournie en matière domaniale<sup>31</sup>, il s'est avéré nécessaire de recourir, en plus de l'analyse juridique et comparative avec le droit français, à l'observation directe ainsi qu'aux entretiens avec les autorités de gestion domaniale. La mise en œuvre de cette méthodologie a permis de se rendre compte qu'en marge de l'obligation de protection des propriétés publiques, les pouvoirs publics togolais ont développé parallèlement une politique de gestion patrimoniale des biens publics. Il s'ensuit une réglementation des propriétés publiques à des fins économiques traduisant ainsi les linéaments d'une valorisation économique des propriétés publiques (I). Mais, cette valorisation bute encore, comme dans la plupart des Etats africains, sur la prégnance de l'économie informelle<sup>32</sup> que les autorités publiques peinent à maîtriser. A cela, il faut ajouter la persistance de certaines règles de protection des propriétés publiques qui, consubstantiellement, constituent des obstacles à la gestion patrimoniale des biens publics. Dans ce contexte, il existe encore des entraves à la valorisation des propriétés publiques au (II).

---

<sup>31</sup> En Afrique, notamment l'Afrique noire francophone, le droit administratif se caractérise par une timide transposition par le juge et, dès fois, par le législateur des règles et principes du droit administratif français ; cf. Alioune Badara **FALL**, « Le code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition de règles de droit administratif français en Afrique par la codification », in *Espace du service public*, Mélanges en l'honneur du Jean du Bois de Gaudusson, Tome 1, Presse universitaire de Bordeaux, Pessac, 2013, pp. 225-254 ; Demba SY, *Droit administratif*, 2<sup>e</sup> Edition revue, L'harmattan-Sénégal, 2014, pp. 37-47.

<sup>32</sup> L'économie informelle se définit comme « l'ensemble des activités économiques qui échappent à la connaissance des pouvoirs publics » ; cf. Christian **GODIN**, *Dictionnaire de culture générale*, Paris, Ellipses, 2006, p. 192.

## I. LES LINEAMENTS D'UNE VALORISATION ECONOMIQUE DES PROPRIETES PUBLIQUES

Dans son rapport du groupe de travail consacré à « *la valorisation des propriétés publiques* », l'Institut de la gestion déléguée (I.G.D.) a identifié trois techniques de valorisation des propriétés publiques : la valorisation par l'aliénation des biens publics devenus inutiles et dont la gestion devient du coup onéreuse, afin d'en retirer le juste prix ; la valorisation par l'autorisation d'occupation des dépendances publiques à des fins de rentabilité financière ; et la valorisation au moyen de la réalisation et de la gestion d'un équipement public à un moindre coût<sup>33</sup>. Au Togo, la valorisation des propriétés publiques prend principalement la forme des deux dernières techniques, à savoir la valorisation à la fois par l'autorisation d'occupation domaniale (A) et par l'investissement privé sur les dépendances domaniales (B).

### A. La valorisation par l'autorisation d'occupation domaniale

Depuis quelques années, on assiste à l'évolution du pouvoir de police des propriétés publiques vers le pouvoir de gestion patrimoniale de celles-ci<sup>34</sup>. Ainsi, est-il admis en doctrine comme en jurisprudence que l'autorisation d'occupation des dépendances publiques peut se fonder sur des motifs financiers<sup>35</sup>. C'est dire qu'à travers une telle autorisation, les personnes publiques sont à la recherche de la rentabilité financière (1). Pour maximiser les revenus des autorisations d'occupation domaniale, et surtout pour répondre aux exigences du droit communautaire, il s'avère nécessaire de soumettre, dans certaines conditions, la délivrance des titres d'occupation domaniale à la concurrence (2).

#### 1. L'autorisation d'occupation à la recherche de la rentabilité financière

Depuis la jurisprudence française *Société Affichage Giraudy*<sup>36</sup>, l'intérêt financier, non seulement, est pris en compte dans l'octroi des autorisations d'occupation privative des dépendances publiques, mais aussi peut justifier le retrait d'une telle autorisation<sup>37</sup>. Au Togo également, la

<sup>33</sup> Ce rapport est paru aux *Petites affiches*, 2004, n°147, p. 44 et s.

<sup>34</sup> CE 20 décembre 1957, SNEC, *GDDAB*, Dalloz, 2018, n° 46 et s.

<sup>35</sup> CE 2 mai 1969, *Société Affichage Giraudy*, *GDDAB*, Dalloz, 2018, n° 55, p. 520, note Caroline **CHAMARD-HEIM**.

<sup>36</sup> CE 2 mai 1969, *Société Affichage Giraudy* précité.

<sup>37</sup> Classiquement, les motifs qui pouvaient fonder l'octroi, le refus de l'octroi, le non-renouvellement, l'abrogation ou la résiliation des autorisations d'occupation des dépendances domaniales étaient étrangers à des considérations financières. Il s'agissait entre autres des exigences du maintien de l'ordre public, la protection

dimension financière est prise en compte dans l'autorisation d'occupation privative des dépendances des personnes publiques. D'ailleurs, s'agissant du domaine public, l'arrêté du 6 février 2019 précité, fixant les conditions et les modalités d'occupation du domaine public de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics mentionne, à côté des conditions administratives, la condition financière au titre des conditions d'occupation du domaine public<sup>38</sup>. Mais, cette prise en compte est variable selon le domaine en cause : elle est plus poussée dans la gestion du domaine privé de l'Etat et encore limitée concernant des dépendances du domaine public.

En effet, au Togo, en 2016, le Ministre de l'économie et des finances, en charge de la gestion du domaine privé de l'Etat, a pris un arrêté portant fixation des prix des baux<sup>39</sup> et des concessions ou cessions des terrains sur l'ensemble du territoire national<sup>40</sup>. Il s'agit, à travers cet arrêté, de revoir à la hausse les loyers « *des baux emphytéotiques, c'est-à-dire portant sur des contrats de longue durée, équivalant à au moins neuf (9) années consécutives et ne pouvant pas dépasser une durée de quatre-vingt-dix-neuf (99) ans* »<sup>41</sup>. Avant l'intervention de cet arrêté, il existait des baux qui étaient consentis contre des loyers dérisoires. Par exemple, un bail à loyer conclu en 1986 entre l'Etat togolais et le Sieur X portant occupation d'une parcelle d'une contenance de quatre-vingt-douze ares, quatre-vingt-treize centiares (92 as, 93cas), sise à Lomé, était consenti contre un loyer mensuel forfaitaire de vingt mille (20 000) FCFA par mois<sup>42</sup>. Mais depuis l'arrêté de 2016 précité, les loyers des baux dans la ville de Lomé varient, en fonction des zones, entre cinq mille

---

des droits des riverains, les motifs d'intérêt général, notamment la protection de l'environnement, l'argument esthétique, la nécessité de réaliser une opération de travaux publics ou encore la protection d'une mission de service public, etc. (cf. Caroline **CHAMARD-HEIM**, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, op. cit., n° 55 pp. 523-524). C'est dans ce contexte que le commissaire du gouvernement Romieu faisait observer que la permission de voirie est « *un acte émané de l'autorité publique préposée à la garde du domaine public ; elle ne peut être retirée que dans l'intérêt de la viabilité, de la circulation, de la sécurité ; le retrait, dans un intérêt privé ou intérêt financier, constitue un détournement de pouvoir* » (conclusions sous CE 6 juin 1902, *Goret, Lebon* 421.).

<sup>38</sup> Cf. chapitre II, Sections 1 et 2 du décret du 6 février 2019 précité.

<sup>39</sup> Jusqu'en 2018, les contrats comportant occupation du domaine privé se chiffraient à 39 sur toute l'étendue du territoire togolais<sup>39</sup>. Il s'agit entre autres des baux à construction d'hôtels, de station d'essence, d'écoles, de garages automobiles, d'espace commercial, de menuiserie ou de débits de boisson. Mais c'est surtout les baux à construction de stations d'essence qui occupent une place centrale, puisqu'ils se chiffrent à dix-sept (17) sur trente-neuf (39) soit un taux de 43, 58%, suivis de baux à construction d'espace commercial qui s'élèvent à huit (8) sur trente-neuf (39), soit un taux de 20, 51% ; *Source* : Direction des affaires domaniales et cadastrales.

<sup>40</sup> Arrêté n°145/MEF/SG/DADC du 15 septembre 2016 portant fixation des prix des baux et des concessions ou cessions des terrains sur l'ensemble du territoire togolais.

<sup>41</sup> Article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de l'arrêté n°145/MEF/SG/DADC du 15 septembre 2016 portant fixation des prix des baux et des concessions ou cessions des terrains sur l'ensemble du territoire togolais.

<sup>42</sup> Données fournies par la Direction des affaires domaniales et cadastrales du Togo.

francs CFA par mètre carré par an (5 000 FCFA/m<sup>2</sup>/an) et deux mille FCFA par mètre carré par an (2000 FCFA/m<sup>2</sup>/an). Ainsi, s'il fallait renégocier un tel bail et donc le conclure sur la base de l'arrêté de 2016, le locataire devrait verser au minimum un loyer annuel de dix-huit million cinq cent quatre-vingt-six mille FCFA (18 586 000 FCFA) contre seulement deux cent quarante mille FCFA (240 000 FCFA) sur la base du bail de 1986, soit une valorisation de 7644% en trente ans environ. C'est dire que les pouvoirs publics togolais ont réalisé l'enjeu économique de leurs propriétés publiques qu'ils s'emploient à valoriser. Le Professeur Etienne Fantôme fait ainsi remarquer que « [...] la meilleure gestion dans l'intérêt général de biens immobiliers appartenant à des personnes publiques qui ne sont pas ou qui ne sont plus affectés à l'usage direct du public ou à une mission de service public suppose que les personnes publiques auxquelles ces biens appartiennent en conservent la propriété et, donc, les valorisent en les louant aux meilleures conditions possibles, qu'il s'agisse des conditions financières, de celles tenant à la nature de l'activité de l'occupant, à la réalisation des travaux sur le bien, etc. »<sup>43</sup>. Ainsi, est-il évident que la doctrine admet aujourd'hui que la tarification des occupations privatives des dépendances publiques procède d'un souci d'une bonne gestion patrimoniale. L'arrêté précité de 2016 fixe le loyer des baux au prorata de la superficie occupée et ce loyer varie d'une région à une autre ainsi que d'une zone de la région à une autre<sup>44</sup>. Ne serait-il pas convenable de déterminer, comme le fait la jurisprudence française depuis 1923<sup>45</sup>, le prix du loyer en se référant aux avantages de toute nature que l'occupation procure à son bénéficiaire ? Cette base de fixation présenterait l'avantage d'éviter l'arbitraire dans la détermination du prix du loyer et permettrait à la personne publique de tirer le juste revenu de sa dépendance. Autrement dit, c'est le chiffre d'affaire qui sera utilisé comme base de calcul de la redevance ou du loyer<sup>46</sup>. Cette insuffisance de l'arrêté précité de 2016 semble être palliée par le décret du 6 février 2019

---

<sup>43</sup> Cf. Etienne **FANTÔME**, *op. cit.* p. 2475.

<sup>44</sup> La différenciation des loyers par région et par zone s'explique par l'inégale importance des activités économiques exercées dans les différentes parties du territoire national ainsi que la variation du niveau de vie selon les régions.

<sup>45</sup> CE 12 décembre 1923, *Peysson* ; CE 3 février 1933, *Syndicat des patrons et marins pêcheurs fu Tréport* : le conseil municipal a le droit « de fixer sur une base que la superficie des emplacements utilisés et en proportion de la valeur des poissons vendus les tarifs des droits perçus sur ceux qui occupent les places à la poissonnerie municipale » ; désormais, le Code général de la propriété des personnes publiques dispose en son article L. 2125-3 que « la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation » ; cf. Elise **UNTERMAIER**, « Redevances et rentabilité des activités et des biens publics », *Revue française de finances publiques*, novembre 2012, n° 120, pp. 119 et s.

<sup>46</sup> Cf. dans ce sens, le Rapport du CE intitulé « redevance pour service rendu et redevance pour une occupation du domaine public », *La documentation française*, 2002, p. 52.

fixant les conditions et les modalités d'occupation du domaine public de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics dont l'article 13, alinéa 2 dispose que « *la fixation de la redevance tient compte de la situation géographique du bien, de l'objet de l'occupation ainsi que des avantages et profits de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* ». Une autre limite de l'arrêté de 2016 est qu'il ne prévoit pas la révision des loyers. Or, les contrats de baux (dont copie nous a été faite par la Direction des affaires domaniales et cadastrales) qui sont conclus avant cet arrêté contiennent des clauses de révision à la hausse du montant des loyers dans un but exclusivement financier. La tendance générale observable dans ces contrats est la révision à la hausse du montant du loyer de dix pour cent (10%) après chaque période de dix (10) ans. Il serait souhaitable que l'arrêté harmonise ou codifie la périodicité et le taux de la révision du loyer.

Contrairement au domaine privé, la prise en compte de la dimension financière dans la gestion du domaine public reste encore limitée. En effet, pour les autorités togolaises en charge de la gestion du domaine public, les installations lourdes sur celui-ci sont interdites, et seules y sont autorisées les installations légères, puisque les autorisations d'occupation sont révocables à tout moment sans dédommagement<sup>47</sup>. Une telle conception de la gestion du domaine public n'encourage pas les entreprises à s'y installer, car elle ne leur offre aucune garantie. Mais, cette conception mérite d'être relativisée, car si elle est défendue avec fermeté par les gestionnaires du domaine public de l'Etat, les responsables des établissements publics sont plus favorables à la valorisation économique des dépendances publiques. C'est notamment le cas de l'Aéroport International Gnassingbé Eyadéma, un établissement public dont la gestion est confiée à la Société Aéroportuaire de Lomé-Tokoin (S.A.L.T.). Il ressort des différents entretiens que nous avons eus avec la Direction Marketing et Développement commercial (DMDC) de cette société que depuis

---

<sup>47</sup> Dans ce sens, l'article 10 du contrat n°003 ML/2016/KPAC du 6 mai 2016 relatif à l'occupation d'espaces publics pour l'installation des kiosques conclu entre la Mairie de Lomé et la Chambre de commerce et d'industrie du Togo (CCIT) précise que « *pour des motifs d'intérêt général, la commune peut unilatéralement mettre fin au présent contrat. Il n'est prévu dans ce cas aucun dédommagement...* ». La précarité des contrats d'occupation du domaine public a conduit la doctrine à s'interroger si le contrat domanial ne serait pas « *une sorte de super contrat administratif* » conférant à l'administration des pouvoirs plus importants que dans les autres contrats administratifs (Cf. François **BRENET**, « Le contrat domanial », *AJDA* 2016, p. 1803). Contrairement au droit positif togolais, la jurisprudence française admet le droit à indemnisation intégrale du préjudice subi par l'occupant du domaine public, en l'absence de toute faute de ce dernier, en cas de résiliation du contrat domanial pour un motif d'intérêt général (CE 31 juillet 2009, *Société Jonathan loisirs, Lebon T. 739*). Cette position du juge français a le mérite d'encourager les investissements sur le domaine public nécessaires à sa valorisation.

2016 s'est développée une véritable politique de valorisation de l'espace aéroportuaire<sup>48</sup>. En effet, jusqu'à cette date, les redevances de location des bureaux, des magasins, des boutiques, des espaces nus et des espaces publicitaires étaient négociées, puisque pour deux espaces au même emplacement et avec la même superficie, les redevances étaient différentes selon les capacités de négociation des clients et leurs relations avec les autorités gestionnaires du domaine. C'est dire qu'il y avait une disparité arbitraire des redevances. Mais depuis 2016, les redevances sont désormais fixées par une Commission et ne peuvent pas faire l'objet de négociation<sup>49</sup>. Les critères de leur fixation restent cependant les mêmes que pour le domaine privé : c'est en fonction de la superficie et de la zone occupées. Pour une plus grande rentabilité, il serait envisageable de déterminer la redevance, à partir de la deuxième année de location du local, en considération du chiffre d'affaires réalisé par le bénéficiaire. La rentabilité serait davantage renforcée si les autorisations d'occupation étaient soumises aux exigences de mise en concurrence.

## **2. La nécessaire soumission de la délivrance des titres d'occupation à la concurrence**

Etant le siège des activités économiques, les propriétés publiques ne peuvent être soustraites aux exigences du droit de la concurrence. Les gestionnaires des dépendances du domaine public, comme du domaine privé doivent, dans la délivrance des titres d'occupation, garantir un libre accès au marché, un libre jeu de la concurrence et une égalité de traitement des opérateurs économiques. Dans son avis du 21 octobre 2004, le Conseil de la concurrence français, devenu Autorité de la concurrence, admettait que l'occupation du domaine public constitue « *un avantage économique* » et doit, dès lors, être accordée à la suite d'une publicité préalable destinée à l'information des opérateurs potentiels afin de favoriser le libre jeu de la concurrence et de garantir l'égalité de traitement entre les candidats potentiels en permettant la plus libre expression possible de la demande<sup>50</sup>. Pour donner suite à l'appel persistant de la doctrine<sup>51</sup> et se conformer à

---

<sup>48</sup> Le premier entretien a eu lieu le 14 mars 2019 et le second le 17 avril 2019 à la direction générale de la S.A.L.T.

<sup>49</sup> Voici les prix au m<sup>2</sup> et par an à la nouvelle aérogare depuis 2016 : Hall public départ (enregistrement) : 75 000 FCFA ; Hall public arrivée : 75 000 FCFA ; Couloir compagnies aériennes : 90 000 FCFA ; Zone sous douane arrivée : 80 000 FCFA ; Salle embarquement : 80 000 FCFA ; Mezzanine : 80 000 FCFA ; *Source* : DMDC de la S.A.L.T.

<sup>50</sup> Cf. Rozen **NOGUELLOU**, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, *op. cit.*, n° 58, p. 551.

<sup>51</sup> Charles **VAUTROT-SCHWARZ**, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA* 2009, p. 568 ; Yves **GAUDEMET**, « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *RDP*, 2012, n°5, pp. 1223 et s.

la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>52</sup>, une ordonnance a enfin vu le jour en France soumettant définitivement la délivrance des titres d'occupation du domaine public au droit de la concurrence<sup>53</sup>. Mais selon la doctrine, rien n'empêche d'appliquer cette ordonnance à la procédure d'attribution des titres d'occupation du domaine privé<sup>54</sup>.

Au Togo, cependant, les titres d'occupation du domaine public et du domaine privé sont encore décidés discrétionnairement par les autorités gestionnaires de ces domaines. Or, ces titres d'occupations sont accordés pour l'exercice par leurs titulaires des activités économiques, c'est-à-dire les activités de production, de distribution et de services donnant lieu au paiement d'un prix. La nature des activités exercées oblige les autorités gestionnaires des domaines, conformément au droit communautaire de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA)<sup>55</sup>, à soumettre la délivrance de ces titres d'occupation au droit de la concurrence<sup>56</sup>.

En effet, parmi les objectifs poursuivis par l'UEMOA, dont le Togo est membre, figure en première place le renforcement « *de la compétitivité des activités économiques et financières des Etats membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé* »<sup>57</sup>. L'article 76-c du Traité instituant l'UEMOA dispose quant à lui qu'en vue de mettre en place un marché commun, l'Union œuvre pour « *l'institution de règles communes de concurrence applicables aux entreprises publiques et privées ainsi qu'aux aides publiques* ». C'est surtout l'article 88 qui donne un contenu concret au droit de la concurrence en interdisant les pratiques qui lui sont contraires<sup>58</sup>. Il faut préciser, pour être

---

<sup>52</sup> CJUE 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, aff. C-458/14, *Les GDDAB*, *op. cit.*, pp. 529 et s.

<sup>53</sup> Ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques (JO 20 avril, texte n°8).

<sup>54</sup> Christine MAUGÛE et Philippe TERNEYRE, « Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPP ! », *AJDA* 2017, p. 1606.

<sup>55</sup> L'UEMOA a été créée le 10 janvier 1994 à Dakar (Sénégal). Elle a pour objectifs l'édification d'un espace économique harmonisé et intégré au sein duquel est assurée une totale liberté de circulation des personnes, des capitaux, des biens, des services et des facteurs de production. Elle regroupe huit Etats d'Afrique de l'ouest ayant en partage une monnaie commune, le FCFA à savoir le Benin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo.

<sup>56</sup> Il est indiscutable que l'exigence de transparence, de concurrence et de publicité concerne à titre principal les marchés publics qui sont des contrats. Or, l'autorisation d'occupation du domaine public ou privé est un acte unilatéral. Cela n'a pourtant pas empêché le juge en France, d'étendre cette obligation aux autorisations d'occupation du domaine public : L'administration ne peut donc accorder une autorisation, même à caractère unilatéral, qui placerait son bénéficiaire dans une situation d'abus de position dominante (T. C., 18 octobre 1999, *Préfet de la région Ile-de-France c/Aéroports de Paris*). De plus, une concession de Paris doit respecter les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par la loi « Sapin » du 29 janvier 1993 (CE, 21 juin 2000, *SARL la plage « chez Joseph »*). On peut donc espérer une telle évolution au Togo.

<sup>57</sup> Article 4, alinéa a du Traité de l'UEMOA de 1994.

<sup>58</sup> Il s'agit des pratiques suivantes : les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union ; toutes pratiques

complet, que la « *législation communautaire sur la concurrence* »<sup>59</sup> au sein de l'UEMOA a été complétée par les Règlements<sup>60</sup> et les Directives<sup>61</sup>.

L'obligation de mise en concurrence a pour fondement l'interdiction de fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché déterminé. Dans ces conditions, chaque fois que l'autorisation domaniale est susceptible de troubler le jeu de la concurrence, elle doit être soumise à l'exigence de mise en concurrence. Selon la doctrine, celle-ci est subordonnée à « *l'existence d'un risque d'atteinte à la concurrence* », risque qui existe « *lorsque les possibilités d'occupation du domaine sont inférieures au nombre de concurrents sur le marché et susceptibles d'intéresser plusieurs demandeurs* »<sup>62</sup>. En Afrique en général, et au Togo en particulier, les espaces publics, tels que les trottoirs, les aéroports, etc. constituent des espaces économiques prisés, recherchés et convoités par les opérateurs économiques. En effet, il ressort de nos entretiens avec la Direction Marketing et Développement commercial de la S.A.L.T. que le nombre de demandes est largement supérieur au nombre de places disponibles à l'aéroport international Gnassingbé Eyadéma. Bien évidemment, la délivrance des titres d'occupation présente des risques d'atteinte à la concurrence et doivent par conséquent être soumise au droit de la concurrence. Cela permettra de lutter contre la corruption dans l'attribution des places et de promouvoir ainsi la culture de la transparence<sup>63</sup> au profit tant des opérateurs économiques potentiels que des deniers

---

d'une ou de plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci ; les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

<sup>59</sup> Cf. Ramata **FOFANA-OUEDRAOGO**, « Droit de la concurrence UEMOA », *Revue de droit uniforme africain / actualité trimestrielle de droit et de jurisprudence*, n°004, 2011, p. 18.

<sup>60</sup> Il s'agit du Règlement n° 02/2002/ CM/UEMOA du 23 mai 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine; du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et aux abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine ; du Règlement n° 04/2002/CM/UEMOA relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine et aux modalités d'application de l'article 88 du Traité. Il convient de préciser qu'en droit communautaire, le règlement a une portée générale et est non seulement obligatoire dans tous ses Etats mais aussi directement applicable dans tout Etat membre.

<sup>61</sup> Il s'agit de la directive n° 01/2002/CM/UEMOA relative à la transparence des relations financières entre d'une part les Etats membres et les entreprises publiques, et d'autre part entre les Etats membres et les organisations internationales ou étrangères ; de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA relative à la coopération entre la Commission et les structures nationales de concurrence des États membres pour l'application des articles 88, 89 et 90 du Traité de l'UEMOA. Il faut mentionner que la directive, en droit communautaire, lie tout Etat membre destinataire quant aux résultats à atteindre, tout en laissant aux Etats membres la compétence du choix des moyens et de la forme.

<sup>62</sup> Charles **VAUTROT-SCHWARZ**, *op. cit.*

<sup>63</sup> Prenant le contre-pied de l'arrêt *Ville de Paris c/ Association Paris Jean Bouin* (CE 3 décembre 2010), la Cour de justice de l'Union européenne à travers sa décision du 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, consacre l'obligation de transparence dans l'attribution des titres domaniaux à des opérateurs économiques ; cf. *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2018, n° 56, note Rozen **NOGUELLOU.**, pp. 529 et s. ; voir

de l'Etat. Lorsque les exigences du droit de la concurrence sont réunies et l'autorité gestionnaire domaniale ne s'y soumet pas, elle se rend coupable des pratiques anticoncurrentielles, notamment des aides d'Etat interdites par l'article 88, alinéa c du Traité de l'UEMOA. Cette interdiction est réitérée par le règlement n° 04/2002/CM/UEMOA<sup>64</sup>.

La soumission des titres d'occupation du domaine public et du domaine privé au droit de la concurrence présente l'avantage de valoriser davantage les espaces occupés, en ce sens qu'elle oblige l'autorité gestionnaire du domaine à attribuer le titre à l'opérateur économique qui présente la meilleure offre, ce qui évite les manques à gagner pour les personnes publiques. Aussi, la valorisation des propriétés publiques suppose-t-elle, ainsi que le préconisait le Conseil de la concurrence français dans son avis du 21 octobre 2004, que l'autorisation soit remise en jeu à intervalles réguliers, de manière à faciliter le libre jeu de la concurrence<sup>65</sup>. Au Togo, les baux sur le domaine privé de l'Etat sont conclus pour une durée de 18 à 99 ans<sup>66</sup>. Il sera envisageable, non seulement que leur conclusion soit soumise au droit de la concurrence, mais aussi de revoir à la baisse leur durée de manière à renforcer la concurrence et à accroître la rentabilité des propriétés publiques. Leur durée pourrait être déterminée en fonction du temps nécessaire à l'amortissement des investissements.

A côté de la valorisation des propriétés publiques par leur occupation dans un but financier de l'administration, se développe une autre valorisation se traduisant par le concours des opérateurs économiques à la réalisation et à la gestion des biens publics.

## **B. La valorisation par l'investissement**

Les demandes auxquelles font face les personnes publiques deviennent de jour en jour plus importantes et accroissent considérablement leurs besoins de financement. Au même moment et asymétriquement, les ressources deviennent rares obligeant les personnes publiques à recourir au financement externalisé des biens publics (1). Pour encourager les opérateurs économiques à investir sur les propriétés publiques, il leur est reconnu des droits réels considérés comme un

---

aussi Sény Mahamadou **OUEDRAOGO**, « L'évolution du droit des contrats administratifs à l'épreuve de la transparence au Burkina Faso et au Sénégal », *Revue burkinabé de Droit*, 2013, pp.164 et s.

<sup>64</sup> Les aides d'Etat y sont définies comme toute mesure qui entraîne un coût direct ou indirect, ou une diminution des recettes pour l'État, ses démembrements ou pour tout organisme public ou privé que l'État institue ou désigne en vue de gérer l'aide, et confère ainsi un avantage sur certaines entreprises ou sur certaines productions.

<sup>65</sup> Avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004.

<sup>66</sup> Article 1 alinéa 2 de l'arrêté n° 145/MEF/SG/DADC du 15 septembre 2016 précité.

instrument juridique de valorisation de toute propriété, et des propriétés publiques en l'espèce<sup>67</sup>. Mais, en dehors de tout texte le prévoyant au Togo, la reconnaissance des droits réels aux particuliers sur les dépendances publiques reste juridiquement discutable (2).

### **1. Le financement externalisé des biens publics**

Les personnes publiques ont constamment besoin d'équipements qui doivent servir de support aux activités de service public. En effet, il n'est pas rare de constater qu'au Togo les services de l'Etat et de ses démembrements sont confinés dans des infrastructures exigües rendant difficiles l'organisation et le fonctionnement réguliers du service public. Au pire des cas, ils prennent en location ces infrastructures pour les besoins de service public, ce qui constitue des charges supplémentaires pour les deniers publics. Or, ils disposent de terrains sur lesquels ces infrastructures nécessaires à l'organisation et au fonctionnement du service public peuvent être construites. Seulement, les personnes publiques ne disposent pas en même temps de moyens techniques et/ou financiers pour réaliser ces biens à court terme. Il peut également arriver que des infrastructures existent, mais soient délabrées ou mal gérées et, du coup, deviennent peu utiles à la satisfaction de l'intérêt général. L'idée s'est donc faite jour de recourir aux partenaires privés en vue de la valorisation des patrimoines publics<sup>68</sup>. Une telle valorisation peut alors passer, soit par la réalisation d'ouvrages sur les propriétés publiques dans un but d'intérêt général, soit par la gestion d'un service public. Au Togo, les personnes publiques recourent à ces deux formes de valorisation, et l'Université de Lomé servira d'illustration.

Le recours à des fonds privés pour le financement des infrastructures publiques dans le cadre de ce que l'on appelle volontiers aujourd'hui une formule de partenariat<sup>69</sup> devient presque

---

<sup>67</sup> Cf. Yves GAUDEMET, « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *op. cit.*, p. 1223.

<sup>68</sup> La loi togolaise relative à la modernisation de l'action publique de l'Etat en faveur de l'économie de 2014 précitée (article 10) pose en effet trois hypothèses de recours aux contrats de partenariat : - lorsque la personne publique n'est objectivement pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet compte tenu de la complexité du projet ; - lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements, d'ouvrages, leur gestion, ou l'exercice d'une mission de service public ou d'intérêt général, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible pour un projet présentant un caractère d'urgence ; - lorsque le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du secteur public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables ; étant précisé que le critère du paiement différé ne peut à lui seul constituer un avantage.

<sup>69</sup> Voir le Rapport de l'I. G. D., « Valorisation des propriétés publiques », *op. cit.*

irrésistible. En effet, pour la construction de son siège, l'Université de Lomé a fait appel<sup>70</sup>, dans le cadre d'un partenariat, à un investisseur privé<sup>71</sup>. Selon les termes de la convention, l'Université de Lomé s'engage à mettre à la disposition de son cocontractant une dépendance de son domaine public et à louer l'immeuble construit durant une période de dix (10) ans et de payer les loyers correspondants indexés sur le coût de construction de siège, en principal, intérêts et frais accessoires<sup>72</sup>.

L'idée de valorisation à travers ce partenariat est évidente. Il s'agit d'abord de valoriser les emprises foncières de l'Université de Lomé restées inexploitées en y construisant son siège pour des besoins d'intérêt général. Il s'agit ensuite de réaliser la construction du siège par des fonds privés à un moindre coût. Mais sur ce dernier point, il faut rester prudent, car « *l'externalisation n'est pas toujours nécessairement le procédé de financement le plus économe des deniers publics, au moins sur le moyen terme* »<sup>73</sup>. Cependant, analysée à long terme, l'externalisation apparaît économique, car sans elle, il ne serait pas possible pour les personnes publiques de réaliser avec leurs moyens budgétaires limités des infrastructures de grande ampleur.

Une autre modalité de valorisation passe par la gestion externalisée d'une activité de service public dont une propriété publique est le support en partant de l'idée selon laquelle l'administration ne serait pas toujours elle-même le meilleur gestionnaire<sup>74</sup>. Le recours à un partenaire privé permet non seulement de valoriser l'équipement public, support de l'activité gérée, en le maintenant et l'entretenant dans de meilleures conditions de son utilisation optimale, mais aussi de fournir une prestation de service satisfaisante. Sans nul doute, ce sont ces raisons qui ont poussé l'Université de Lomé à déléguer la gestion de son restaurant à la société RICHMANLOGOS SARLU en 2016<sup>75</sup>. Il ressort des termes de la convention que l'Université de Lomé met à la disposition de la société l'immeuble du restaurant universitaire, dont elle assure

---

<sup>70</sup> Cet appel se justifie entre autres, aux termes du préambule de l'accord, par le besoin réel de l'Université de disposer d'un siège qui sera destiné à abriter son personnel et où peuvent être exercées les différentes activités d'administration des affaires estudiantines, par le manque de moyens financiers et de compétences techniques nécessaires à la construction d'un siège et surtout, par ricochet, par les compétences techniques de son partenaire en matière de construction immobilière, de montage financier et de financement des projets immobiliers.

<sup>71</sup> Convention de partenariat entre l'Université de Lomé et MODUL SYSTEM TOGO SA, conclue le 6 septembre 2012.

<sup>72</sup> Article 4.3 de ladite convention.

<sup>73</sup> Rapport de l'I.G.D., *op. cit.*

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> Contrat de concession entre l'Université de Lomé et la société RICHMANLOGOS SARLU, conclu le 27 décembre 2016.

l'entretien, aux fins de la restauration des étudiants, du corps enseignant et du personnel administratif de l'Université de Lomé à un tarif social dont le montant sera fixé et modifié par les parties de commun accord<sup>76</sup>. Même si la convention est dénommée « *contrat de concession* », elle paraît répondre plus aux critères de l'affermage que de la concession, puisque l'équipement qui est le support de l'activité du service public gérée par la société est déjà réalisé par la personne publique<sup>77</sup>. Quelle que soit la nature d'une telle convention, ce qui importe est que depuis cette délégation les résultats sont visibles : non seulement l'immeuble, siège du restaurant, est réfectionné, rénové et par là même revalorisé, mais encore la qualité de la restauration s'est sensiblement améliorée attirant ainsi les clients, même en dehors du corps universitaire. La valorisation du patrimoine public par le recours aux investisseurs privés peut être « *boostée* » au moyen de la reconnaissance à ces derniers des droits réels sur les dépendances publiques.

## **2. La reconnaissance discutable des droits réels sur les dépendances publiques**

Les droits réels sont des droits qui portent sur un bien, une chose. Il s'agit en quelque sorte d'une « *dissociation* », d'un démembrement d'un droit de propriété en ses différents attributs de manière qu'une personne, autre que le propriétaire, dispose par exemple de l'*usus* et le *fructus*, tandis que ce dernier conserve l'*abusus*<sup>78</sup>. Les droits réels ont donc « *pour effet de détacher certains droits de la propriété pour les transférer à une autre personne que le propriétaire, qui ne dispose plus dès lors que d'un droit de propriété partiel* »<sup>79</sup>. Pour la jurisprudence, ce sont des droits consentis à l'occupant domanial lui permettant de constituer des sûretés pour garantir des emprunts, ou encore de céder son activité à un tiers<sup>80</sup>. Plus concrètement, ils sont conférés au

---

<sup>76</sup> Titre 1 du contrat de concession.

<sup>77</sup> La délégation de la gestion d'un service public peut se faire soit par la concession, soit par l'affermage. Dans la concession de service public, le concessionnaire réalise à ses frais les équipements nécessaires à la gestion du service public et est rémunéré par les redevances versées par les usagers du service. En revanche, s'agissant de l'affermage, c'est la collectivité affermante qui réalise ces équipements, la rémunération du fermier étant assurée par les redevances perçues sur les usagers, moins la redevance versée par le fermier à la personne publique pour utiliser les équipements. Ainsi, le critère du financement des investissements permet de distinguer l'affermage de la concession ; cf. Patrice **CHRETIEN**, Nicolas **CHIFFLOT**, Maxime **TOURBE**, *op. cit.*, pp. 678-682 ; Charles **DEBAASCH**, Frédéric **COLIN**, *Droit administratif*, Paris, Economica, 2018, 12<sup>e</sup> Edition, pp. 449-455.

<sup>78</sup> Cf. *Grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2018, n° 65, p. 617 ; Yves Gaudemet, « A propos de la valorisation économique des propriétés publiques », *op. cit.*, p. 1223.

<sup>79</sup> Guillaume **DELALOY**, « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP* 2006, n° 3, p. 575

<sup>80</sup> CE 11 mai 2016, *Association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer et a.*, *Constitutions* 2016, p. 429.

titulaire d'un contrat « afin d'attirer les investisseurs et de permettre le financement privé<sup>81</sup> de la réalisation des équipements publics »<sup>82</sup>. En conséquence, la reconnaissance des droits réels à l'occupant des propriétés publiques présente un intérêt économique certain, en ce sens qu'elle constitue un instrument juridique efficace de valorisation du domaine qu'il occupe. Le professeur Yves Gaudemet trouve dans les droits réels une source de valeur, de richesse, car ils mettent à la disposition de l'occupant domanial un certain nombre d'outils : « la possibilité de céder en tout ou partie certains éléments du bien, [...] ; la faculté de consentir des sûretés réelles, comme support de financement ou pour valoriser les utilisations de la propriété publique ; la possibilité de recourir au crédit-bail qui suppose transfert de la propriété de la chose sans dépossession ; la cession des droits démembrés ; etc. »<sup>83</sup>. Il est manifestement clair que les droits réels accordent au titulaire d'un titre d'occupation des propriétés publiques plus de possibilité d'action, de facilités et de garantie dans la gestion et la mise en valeur des dépendances objet d'occupation. L'adoption en juin 2019 par le législateur togolais de la loi uniforme relative au crédit-bail s'inscrit en partie dans cette perspective<sup>84</sup>. L'article 1<sup>er</sup> de ce dispositif consacre un certain nombre de techniques de crédit-bail ou leasing<sup>85</sup>. Outre ce dernier, la pratique contractuelle togolaise recourt à d'autres types de droits réels.

En effet, « le contrat de partenariat » sus-évoqué conclu entre l'Université de Lomé et la société MODUL SYSTEM et ayant pour objet la construction du siège de l'Université contient des clauses reconnaissant des droits réels à la société cocontractante<sup>86</sup>. En effet, il y est stipulé<sup>87</sup> clairement que la société détient le droit de céder les droits réels relatifs au domaine occupé et la convention lui confère un droit réel immobilier qui peut être hypothéqué. En clair, il est reconnu

---

<sup>81</sup> Ou plus exactement leur préfinancement privé dès lors que c'est bien in fine la personne publique, via le versement de loyers, qui acquittera la facture qui sera, le plus souvent très lourde.

<sup>82</sup> Rozen **NOGUELLOU**, *Les Grandes décisions du droit administratif des biens*, op. cit., n° 67, p. 637.

<sup>83</sup> Yves **GAUDEMET**, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094.

<sup>84</sup> Loi n° 2019-004 du 17 juin 2019 relative au crédit-bail au Togo ; l'article 1, point 6 de cette loi définit le crédit-bail comme une « opération de location de biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels à usage professionnel, spécialement achetés ou construits, en vue de cette location, par une entreprise qui en demeure propriétaire. L'opération de location, quelle que soit sa dénomination, prévoit, à terme, la faculté pour le locataire d'acquérir tout ou partie des biens loués moyennant un prix convenu, tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ».

<sup>85</sup> Il s'agit entre autres du bail à construction sur le terrain du crédit-preneur, de cession-bail ou lease back, du contrat de crédit-bail, du crédit-bail immobilier.

<sup>86</sup> Aussi, le bail à construction d'hôtel conclu entre l'Etat togolais et une société en 2012 autorise, en son article 8.4, le preneur à constituer des droits réels. Plus précisément, le contrat lui permet de grever son droit au bail ainsi que les constructions édifiées sur le terrain de privilèges et d'hypothèques, en vue de l'obtention de tous concours financiers pour mettre en valeur le bail. Dans la même logique, il lui est reconnu la possibilité de donner en location librement les constructions édifiées pour une durée ne pouvant excéder celle du bail.

<sup>87</sup> Article 5. 1 de la convention.

à la société des droits réels pouvant être consentis sur le siège à construire et qui fera retour en pleine propriété à l'Université de Lomé en fin de partenariat. La reconnaissance à la société de tels droits réels, même si on comprend leur utilité<sup>88</sup>, pose toutefois des questions juridiques importantes : d'une part, le fondement d'une telle reconnaissance et, d'autre part, l'encadrement de ces droits réels.

La première question est fondamentale, car elle consiste à savoir si l'autorité gestionnaire de son domaine peut y consentir des droits réels en l'absence d'un texte l'y habilitant. Si en droit privé le propriétaire privé dispose d'un droit absolu sur la chose en vertu de sa capacité, en droit public, la personne publique propriétaire est encadrée dans la gestion de son bien par la compétence qui lui est reconnue en vue de la satisfaction de l'intérêt général<sup>89</sup>. En conséquence, il est obligatoire qu'un texte l'habilite expressément à consentir des droits réels sur les dépendances publiques<sup>90</sup>. Or, au Togo, aucun texte n'est intervenu en ce sens. En dehors d'un tel texte, la constitution des droits réels sur les dépendances publiques au Togo reste donc fortement discutable. Le décret du 6 février 2019 portant conditions et modalités d'occupation du domaine public condamne indirectement cette pratique de reconnaissance de droits réels sur le domaine public en disposant à l'alinéa 4 de son article 2 que « *l'occupation ou l'utilisation par les personnes privées des dépendances immobilières [du domaine public] ne confèrent pas à ces dernières des droits réels sous réserve des autorisations expresses de la loi* ».

---

<sup>88</sup> Les droits réels consentis servent en réalité à garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.

<sup>89</sup> Voir Benoît SCHMALTZ, *op. cit.*, pp. 49 et s.

<sup>90</sup> En France par exemple, depuis la jurisprudence du 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit foncier de France* (« l'incompatibilité avec les principes de la domanialité publique » de clause de convention qui comportaient l'attribution, par un bail emphytéotique, de droits réels sur le domaine public), la constitution des droits réels sur les propriétés publiques, notamment le domaine public, est interdite, ce qui a nécessité l'intervention de plusieurs lois pour y apporter des dérogations<sup>90</sup> : pour les baux emphytéotiques administratifs (BEA), elles relèvent de trois séries : article 13 de la loi du 5 janvier 1988, lois du 29 août 2002, du 17 février 2009, du 23 juillet 2010, ordonnance du 4 septembre 2003, ordonnance du 30 décembre 2005 et du 21 avril 2006 ; pour les autorisations d'occupations temporaires (AOT) du domaine public, loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution des droits réels sur le domaine public de l'Etat ; pour les contrats de partenariat, ordonnance du 17 juin 2004, modifiée par les lois du 28 juillet 2008 et du 17 février 2009 (texte abrogé par l'ordonnance n° 2015-899 et dont les principales dispositions sont recodifiées en fonction de celle-ci) ; cf. Pierre DELVOLVE, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *RFDA* 2010, p. 1125 ; Jean-François GIACUZZO, « Les droits réels consentis sur le domaine public : de nouvelles précisions », *Constitutions* 2016, p. 429 ; Yves GAUDEMET, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094 ; Etienne FATOME, Michel RAUNET, « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique : le BEA de valorisation », *AJDA* 2010, p. 2475. C'est dans ce sens que le Professeur Philippe YOKA écrit que « *la jurisprudence administrative maintient l'exigence systématique d'une intervention législative pour créer de nouveaux droits réels sur le domaine public ou étendre le champ de ceux qui existent* » (Philippe YOLKA, « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie), *AJDA* 2016, p. 1797).

Par ailleurs, il est également curieux de constater que dans la convention unissant l'Université de Lomé à la société MODUL SYSTEM Togo SA, aucune précaution n'est prise pour encadrer l'utilisation des droits réels reconnus à la partie cocontractante. En effet, la doctrine soutient à juste titre que l'utilisation des droits réels consentis sur les biens publics doit être encadrée en vue de protéger l'affectation de ceux-ci à l'usage direct du public ou au service public<sup>91</sup>. Ainsi, la convention reconnaissant des droits réels doit contenir des clauses prévoyant les droits des bénéficiaires de la garantie résultant de l'hypothèque ou du crédit-bail et les limites de ces droits<sup>92</sup>. Les droits réels en cause sont analysés comme des droits réels administratifs qui, contrairement au modèle privatiste, restent inopposables aux personnes publiques propriétaires qui peuvent toujours les abroger, à condition d'indemniser l'occupant<sup>93</sup>. La doctrine fait une analogie entre les droits réels reconnus à l'occupant domanial et deux institutions de droit privé : l'usufruit et le droit de superficie<sup>94</sup>. Le premier est défini comme « *le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance* »<sup>95</sup>, alors que le second « *forme un droit distinct et séparé du fonds ; il porte exclusivement sur les constructions...* »<sup>96</sup>. C'est dire que les droits réels consentis sur les propriétés publiques sont limités et ne peuvent en aucun cas aboutir à la dépossession des biens aux dépens de la personne publique propriétaire.

En définitive, il convient de retenir que la gestion des propriétés publiques au Togo s'inscrit dans une logique volontariste de leur valorisation. Mais, des pratiques et certains instruments juridiques limitent encore cette dynamique d'exploitation patrimoniale des biens publics.

## **II. LES ENTRAVES A LA VALORISATION ECONOMIQUE DES PROPRIETES PUBLIQUES**

La volonté des personnes publiques togolaises de valoriser leurs patrimoines publics se heurte encore à deux genres d'obstacles. Le premier obstacle est d'ordre humain et se traduit par le phénomène d'occupation anarchique des propriétés publiques par les particuliers à des fins commerciales, ce qui constitue bien évidemment un manque à gagner pour les pouvoirs publics.

---

<sup>91</sup> Pierre **DELVOLVE**, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *op. cit.*, p. 1125.

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> Cf. Caroline **CHAMARD-HEIM**, *op. cit.*, p. 321-322.

<sup>94</sup> Yves **GAUDEMET**, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006, p. 1094.

<sup>95</sup> Article 578 du Code civil français.

<sup>96</sup> Cassation civile 16 décembre 1873, *Cart*, DP 1874-I-249 ; S. 1874-I-457.

Le second obstacle est d'ordre juridique, en ce sens que les textes régissant la domanialité au Togo n'ont pas sensiblement évolué pour s'adapter à la logique de valorisation du patrimoine public. En somme, la valorisation économique des biens publics au Togo est limitée par la persistance des occupations anarchiques des dépendances publiques (A) et la prégnance de la logique de conservation des propriétés publiques (B).

### **A. La persistance des occupations anarchiques des dépendances publiques**

Le phénomène des occupations anarchiques des dépendances publiques en Afrique en général, et au Togo en particulier n'est pas discutable. Il apparaît comme la plus grave pathologie de la gestion des dépendances publiques, notamment des voies publiques. Cet encombrement des propriétés publiques se fait à des fins essentiellement commerciales (1). Sans négliger les efforts des pouvoirs publics pour juguler ce phénomène, la persistance d'un tel encombrement pourrait s'expliquer par une tolérance ou une impuissance administrative (2).

#### **1. L'encombrement des propriétés publiques à des fins commerciales**

L'une des particularités saisissantes des Etats africains est sans doute l'encombrement des dépendances publiques, essentiellement à des fins économiques. Les propriétés publiques, surtout celles qui sont mises à l'usage du public, font l'objet d'une utilisation anarchique à des fins commerciales. La fréquentation de ces espaces publics par le public fait des dépendances publiques un enjeu économique capital : il s'agit pour les particuliers d'offrir une visibilité à leurs marchandises ou à leur savoir-faire. Les propriétés publiques sont, à n'en point douter, des espaces de commerce rentable et par conséquent de profit, de gain, surtout dans les pays en développement où il faut chaque jour gagner péniblement son pain. C'est cette réalité qui explique et justifie l'encombrement de toutes sortes des propriétés publiques par les particuliers. Mais, elle n'explique pas tout, car l'occupation sans titre des voies publiques est aussi liée à une croyance erronée des aisances de voirie<sup>97</sup>. En effet, celles-ci sont définies par la doctrine comme des droits particuliers des riverains des voies publiques d'accès à celles-ci, de la vue et de l'écoulement des eaux<sup>98</sup>. Mais dans la conscience collective de la population togolaise, la riveraineté des voies publiques ouvre un droit de propriété sur une partie de celles-ci. Ainsi, les

---

<sup>97</sup> Cf. Paul **BASTID**, « Les aisances de voirie », *RDP* 1930, p. 609.

<sup>98</sup> Cf. Yves **GAUDEMET**, *Traité de droit administratif*, Tome 2, *op. cit.*, pp. 349-351 ; Patrice **CHRETIEN**, Nicolas **CHIFFLOT**, Maxime **TOURBE**, *Droit administratif*, Paris, Sirez, 2018, 16<sup>e</sup> édition, p. 463.

riverains des voies publiques non seulement érigent des baraques ou des kiosques à des fins commerciales sur la voie publique, mais encore se permettent d'autoriser des particuliers à s'y installer et, très souvent, contre le versement d'une redevance.

L'encombrement des propriétés publiques peut prendre plusieurs formes. En effet, les dépendances publiques, surtout les trottoirs des voies publiques destinés au passage des piétons, font quotidiennement l'objet de l'étalage des marchandises de toutes sortes. Ils sont également le siège de dépôts de matériaux et de véhicules usagés. Des kiosques, échoppes, ateliers de tout genre et des terrasses de café poussent comme des champignons sur les trottoirs, voire sur des voies publiques. Au niveau de chaque feu tricolore, les usagers de la voie publique sont envahis par les vendeurs à la sauvette. Par ailleurs, de panneaux publicitaires plantés anarchiquement jonchent les trottoirs. La liste n'est pas exhaustive, mais elle est suffisante pour démontrer que les propriétés publiques sont le siège de l'économie informelle. Cette situation constitue un manque à gagner considérable pour les pouvoirs publics et, par conséquent, une limite à la valorisation économique, par les personnes publiques, de leurs propriétés. Certes, les particuliers les valorisent économiquement, mais il s'agit d'une valorisation à des fins exclusivement privées aux dépens de l'intérêt général. Conscients de l'ampleur du phénomène, les pouvoirs publics togolais ont créé, en 2008, une Délégation à l'organisation du secteur informel (DOSI)<sup>99</sup>. Celle-ci a pour mission de recenser, contrôler et réguler les activités du secteur informel ainsi que d'organiser ce secteur en proposant des textes législatifs et réglementaires devant le régir. Autrement dit, elle est chargée de préparer « *les mesures et les stratégies d'enrôlement progressif des opérateurs du secteur informel dans le secteur formel* »<sup>100</sup>. Mais, malgré cette volonté affichée des pouvoirs publics, le secteur informel échappe toujours à leur contrôle constituant ainsi pour eux un manque à gagner et posant de surcroît de sérieux problèmes juridiques en cela qu'il entraîne des atteintes à l'ordre public.

En effet, l'encombrement des propriétés publiques constitue la plupart du temps une atteinte à l'ordre public. Celui-ci se définit, par la doctrine majoritaire, d'un point de vue matériel<sup>101</sup>,

---

<sup>99</sup> Décret n° 2008-024 du 15 février 2008 portant création d'une Délégation à l'Organisation du Secteur Informel.

<sup>100</sup> Article 2 et 3 du décret n° 2008-024 du 15 février 2008.

<sup>101</sup> A côté de cette conception matérielle de l'ordre public, une autre partie de la doctrine définit l'ordre public à partir de sa fonction. Il caractérise donc, selon cette conception, tout impératif d'intérêt général qui, à un moment et dans une collectivité donnée, est considéré comme suffisamment important pour justifier une restriction aux droits et libertés dans le dessein d'en mieux garantir l'exercice ; cf. Jacques **PETIT**, « La police

notamment à travers les buts que la police administrative générale peut légalement viser, à savoir la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Perçu ainsi longtemps comme étant « *un ordre matériel et extérieur* »<sup>102</sup>, la jurisprudence administrative française étend, à l'époque contemporaine, les composantes de l'ordre public à la moralité publique<sup>103</sup>, à la dignité de la personne humaine<sup>104</sup> ou encore à la protection de l'individu contre lui-même<sup>105</sup>. Premièrement, il est indiscutable que l'encombrement des voies publiques constitue une atteinte à l'ordre public sécuritaire, puisqu'il empêche la circulation normale des véhicules sur la voie publique et des piétons sur les trottoirs, ce qui peut être à l'origine des accidents. Il en est également ainsi de l'implantation anarchique des panneaux publicitaires qui limitent la vue sur la voie publique. En second lieu, des vendeurs à la sauvette qui exposent leur vie et leur intégrité physique en se faufilant entre les véhicules au niveau des feux tricolores doivent être protégés contre eux-mêmes. En troisième lieu, l'encombrement des voies publiques est également constitutif d'atteinte à la tranquillité publique, car le plus souvent, les tenants des kiosques ou des baraques attenants aux voies publiques font usage d'instruments de sonorisation très puissants qui causent des nuisances sonores. Quatrièmement enfin, il pose le problème de salubrité publique, car les voies publiques sont le siège de petits commerces de nourritures, de débits de boisson et de terrasses de café. Or non seulement la circulation occasionne la poussière qui pollue ces aliments, surtout sur les voies publiques non bitumées, mais encore les caniveaux sont mal entretenus, ce qui est à l'origine des maladies. N'eût été la tolérance ou l'impuissance administrative, tous ces phénomènes d'encombrement des voies publiques exposeraient leurs auteurs à des sanctions.

## **2. La tolérance ou l'impuissance administrative**

Les auteurs de l'encombrement des voies publiques à des fins commerciales sont des occupants sans titre du domaine public. En principe, ils s'exposent à trois types de sanctions.

D'abord, l'occupant sans titre du domaine public commet une faute qui l'oblige à réparer le préjudice subi par le gestionnaire du domaine objet de cette occupation irrégulière. Normalement, l'indemnisation versée par l'occupant sans titre doit être équivalente au montant que le

---

administrative », in Pascal **GONOD**, Fabrice **MELLERAY**, Philippe **YOLKA** (dir), *Traité de droit administratif*, Tome 2, Paris, Dalloz, 2011, pp. 5-44.

<sup>102</sup> L'expression est du Doyen Hauriou ; voir René **CHAPUS**, *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, Montchrestien, 2001, 15<sup>e</sup> édition, p. 702.

<sup>103</sup> CE, sect., 18 décembre 1959, *Sté Les films Lutetia*, *Lebon* 693.

<sup>104</sup> CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Lebon* 372.

<sup>105</sup> CE 4 juin 1975, *Bouvet de la Maisonneuve*, *Lebon* 330 : au sujet du port de la ceinture de sécurité.

gestionnaire du domaine aurait pu percevoir d'un occupant régulier pendant la même période d'occupation<sup>106</sup>. Dans ce sens, le décret du 6 février 2019 relatif aux conditions et modalités d'occupation du domaine public précise que « *l'occupant sans titre s'acquitte des redevances correspondant à la période de l'occupation illégale. Il ne peut prétendre à aucune indemnisation pour son expulsion des lieux* »<sup>107</sup>.

Ensuite, l'encombrement des voies publiques peut aussi constituer une contravention de voirie routière<sup>108</sup>, entendue comme tout fait qui porte atteinte ou est de nature à porter atteinte à l'intégrité du domaine public routier ou de ses dépendances<sup>109</sup>. L'étalage en bordure des voies publiques des marchandises ou des matériaux ou l'implantation des kiosques ou échoppes sur les mêmes espaces publics peuvent être à l'origine de la dégradation des voies publiques<sup>110</sup>. Il revient à l'administration d'engager des poursuites contre les contrevenants devant les juridictions compétentes. Selon la jurisprudence française, en cas de contravention de voirie routière, l'administration ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'opportunité des poursuites, elle est tenue de le faire<sup>111</sup>, sauf lorsque les nécessités de l'ordre public justifient la renonciation aux poursuites<sup>112</sup>. Il n'en est pas ainsi au Togo où les occupants sans titre du domaine public routier portant atteinte à l'intégrité matérielle de celui-ci ne sont jamais inquiétés ni poursuivis.

Enfin, les occupants sans titre encombrant les voies publiques doivent y être expulsés<sup>113</sup>. Mais, force est de constater que les auteurs d'encombrement des voies publiques au Togo sont rarement inquiétés. En plus, les quelques expulsions pratiquées surviennent en dehors de l'intervention du juge après un avertissement donné par l'autorité gestionnaire du domaine. Ainsi, quelques rares

---

<sup>106</sup> Cf. CE 15 avril 2011, *SNCF*, *AJDA* 2011, p. 820 ; CE 16 mai 2011, *Commune de Moulins*, *AJDA* 2011, p. 995.

<sup>107</sup> Article 18 du décret.

<sup>108</sup> La contravention de voirie routière est différente de la contravention de grande voirie ; celle-ci se définit comme des atteintes à l'intégrité matérielle du domaine public maritime, fluvial, ferroviaire, aéronautique ou militaire ; cf. Caroline **CHAMARD-HEIM**, *op. cit.*, p. 325.

<sup>109</sup> Cf. Yves **GAUDEMET**, *Traité de droit administratif*, Tome 2, *op. cit.*, pp. 209-217 ; Caroline **CHAMARD-HEIM**, *op. cit.*, p. 325 ;

<sup>110</sup> Pour la jurisprudence française, la contravention de voirie routière constitue une infraction matérielle, en ce sens qu'elle n'exige pas, pour être punissable, d'élément intentionnel. Il suffit que la matérialité du fait soit établie pour entraîner la condamnation de son auteur, sauf excuse de force majeure ou faute de l'administration (CE, 30 avril 1951, *Ministre des travaux publics c/Pasquier*, Rec. Lebon, p. 241 ; CE 30 octobre 1951, *Ministre des travaux publics et SNCF c/Coquerel*, Rec. Lebon, p. 510).

<sup>111</sup> CE, 23 février 1979, *Association des amis des chemins de ronde*, *AJDA* 1979, p. 83.

<sup>112</sup> CE 17 janvier 2011, *Commune de Clavans en Haut Oisans*, *AJDA* 2011, p. 1162.

<sup>113</sup> En France, l'expulsion est prononcée par le juge civil à la demande de la personne publique propriétaire du domaine. Dans certains cas, elle peut même être prononcée d'office par la personne publique propriétaire (CE 8 avril 1961, *Dame Klein*, D. 1961. 587).

fois, les agents municipaux, accompagnés de la force publique et appuyés par des bulldozers, font une descente musclée sur les voies publiques pour expulser les occupants sans titre du domaine public. Ils finissent cependant par abandonner, quelques jours après, à la suite de la résistance de la population. L'impuissance des autorités publiques en Afrique en général, et au Togo en particulier à juguler le phénomène d'encombrement des voies publiques s'explique par l'impopularité des décisions d'expulsion, car bon nombre de personnes vivent des activités commerciales exploitées sur l'espace public.

Au Togo, les autorités municipales ont fini par légaliser ce phénomène, puisque depuis un arrêté municipal du 25 avril 2008<sup>114</sup>, les taxes sont perçues pour encombrement de la voie publique. Ainsi, les étalages, les dépôts de matériaux et de véhicules en bordure et dans les rues, les kiosques, les échoppes et les terrasses de café, les panneaux publicitaires de corps sont taxés mensuellement<sup>115</sup>. Il s'agit ici d'un aveu d'impuissance à assurer l'utilisation rationnelle et légale des voies publiques.

Au-delà des problèmes juridiques que pose le phénomène d'occupation anarchique des dépendances publiques, il faut admettre qu'il constitue une limite à la volonté de valorisation des biens publics en raison du manque à gagner qu'il occasionne pour les personnes publiques. De même, certaines règles spécifiques à la protection des propriétés publiques entravent la valorisation de celles-ci.

## **B. La prégnance de la logique de protection des propriétés publiques**

Jusqu'à présent, la volonté de valorisation des biens publics ne s'est pas concrétisée par l'assouplissement des règles et principes de la domanialité publique. Certes, depuis 2016, un certain nombre de textes (déjà cités), traduisant la volonté de valorisation des propriétés publiques sont adoptés. Malgré cet effort, l'utilisation de plusieurs instruments de valorisation des propriétés publiques, notamment les droits réels, se heurte aux deux règles fondamentales de la domanialité : l'insaisissabilité des biens publics (1) et l'inaliénabilité des biens du domaine public (2).

---

<sup>114</sup> Arrêté municipal n°001/04/60/ML/DAF du 25 avril 2008 portant modification et fixation du taux de certaines taxes municipales.

<sup>115</sup> Etalages en bordure de rue (2 500 FCFA par mois) ; kiosque et échoppes (5 000 FCFA par mois) ; dépôts de matériaux et de véhicules dans les rues pour un délai de 48 heures (5 000 FCFA par mois) ; terrasses de café par m<sup>2</sup> et par mois dans la limite de 20 m<sup>2</sup> par mois (300 FCFA/m<sup>2</sup>) ; panneaux publicitaires de corps (500 FCFA par mois) ; cf. Arrêté municipal n°001/04/60/ML/DAF du 25 avril 2008 portant modification et fixation du taux de certaines taxes municipales.

## 1. L'insaisissabilité des biens publics, un obstacle à l'accès aux prêts nécessaires aux investissements

En droit privé, tous les biens du débiteur constituent le gage de ses créanciers. En ce sens, l'article 2092 du code civil français dispose que celui qui s'engage personnellement est « *tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». Autrement dit, les personnes privées débitrices sont soumises à des voies d'exécution permettant à leurs créanciers de recourir à celles-ci qui s'exercent par la voie des saisies. Au contraire, les personnes publiques débitrices échappent aux voies d'exécution de droit commun, puisqu'elles bénéficient de l'immunité d'exécution. Il s'agit d'une immunité personnelle, c'est-à-dire en raison de la qualité même des personnes publiques débitrices, entraînant du coup une immunité réelle d'exécution générale couvrant l'ensemble des biens des personnes publiques bénéficiaires, qui deviennent dès lors insaisissables<sup>116</sup>.

Dans ce sens, l'article 30, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) dispose que « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution* ». Seulement, cette disposition ne détermine pas les personnes bénéficiaires de cette immunité d'exécution et échappant aux mesures conservatoires. Il a fallu attendre l'emblématique et controversé arrêt du 7 juillet 2005 de la Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA, rendu dans un litige qui opposait la Société Togo TELECOM et les sieurs Aziablévi Yovo et autres<sup>117</sup>, pour que ces personnes soient formellement identifiées. Selon la haute juridiction communautaire, « *l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé pose, audit*

---

<sup>116</sup> Cf. Filiga Michel **SAWADOGO**, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », *Penant*, n° 860, juillet-septembre 2007, p. 312.

<sup>117</sup> Il ressort des pièces du dossier de la procédure qu'en exécution de l'Arrêt n°27/03 rendu le 10 juillet 2003 par la Chambre Sociale de la Cour d'Appel de Lomé ayant condamné la Société TOGO TELECOM à leur payer la somme de 118.970.213 francs CFA, Aziablévi YOVO et autres avaient fait pratiquer une « saisie-attribution de créances entre les mains de divers établissements financiers de Lomé sur les comptes de TOGO TELECOM » ; Ainsi, contestant cette saisie-attribution au motif qu'elle violait l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui accorde l'immunité d'exécution aux entreprises publiques, TOGO TELECOM avait assigné les créanciers poursuivants devant le Président du Tribunal de première instance de Lomé pour en obtenir mainlevée. Par Ordonnance n°425/03 du 13 août 2003, le Juge des référés du Tribunal de première instance de Lomé avait fait droit à cette contestation et donné mainlevée de la saisie-attribution de créances ainsi pratiquée. Sur appel interjeté contre ladite Ordonnance n° 425 du 13 août 2003 par Aziablévi YOVO et autres, la Cour d'appel de Lomé avait, par Arrêt n° 186/03 du 26 septembre 2003 dont pourvoi, confirmé l'ordonnance entreprise.

alinéa 1<sup>er</sup>, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et en atténue les conséquences audit alinéa 2 à travers le procédé de la compensation, qui s'applique aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques... »<sup>118</sup>. Il ressort de ce dispositif que l'ensemble des personnes publiques dans l'espace OHADA, y compris les entreprises publiques bénéficient de l'immunité d'exécution, et par conséquent leurs biens sont insaisissables. Pour avoir élargi aux entreprises publiques<sup>119</sup> le bénéfice de l'immunité d'exécution, cette jurisprudence a été très critiquée par la doctrine africaine<sup>120</sup>, comme l'a été en France l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation, *Bureau de recherches géologique et minière*, du 21 décembre 1987, qui a consacré l'insaisissabilité des biens des personnes publiques, y compris les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC)<sup>121</sup>. En revanche, dans un arrêt du 26 avril 2018, la CCJA a refusé à une société d'économie mixte, dont le capital est détenu à parts égales entre l'Etat du Congo et les personnes privées, le bénéfice de l'immunité d'exécution en jugeant qu'elle demeure une société privée soumise comme telle aux voies d'exécution sur ses biens propres. Il faut cependant se garder d'y voir un revirement de la jurisprudence « *Togo TELECOM* », car la doctrine fait le départ entre les entreprises publiques constituées en société, considérées comme des personnes privées et à qui les règles de droit privé s'appliquent essentiellement, et les entreprises publiques à forme d'établissement public, traitées

---

<sup>118</sup> La CCJA a confirmé cette jurisprudence dans plusieurs autres décisions, notamment CCJA, 3<sup>e</sup> chambre, n° 024 du 13 Mars 2014, *KOUTOUATI A. AKAKPO Danwodina et 18 autres c/ Société Togo-Port dite Port autonome de Lomé* : retenant que si des dispositions nationales soumettent les entreprises publiques aux règles de droit privé, lesdites entreprises publiques, dont le Port autonome de Lomé bénéficient, aux termes de l'article 30, alinéa 1 de l'AUPSRVE, de l'immunité d'exécution ; CCJA, 1<sup>ère</sup> chambre, n° 044/2016 du 18 mars 2016, *GNANKOU GOTH Philippe c/Fond d'entretien routier dit (FER) et Société ECOBANK Côte d'Ivoire* : le fait que la loi ivoirienne n°97-519 du 04-9-1997 portant définition et organisation des sociétés d'Etat ait soumis le FER aux règles de droit privé est inopérant par rapport à l'immunité prévue à l'article 30 de l'AUPSRVE en vertu de l'article 10 du Traité OHADA.

<sup>119</sup> Selon l'article 3 de la loi togolaise n° 90/26 du 04 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques, « *sont considérées entreprises publiques au sens de la présente loi, et sous les formes énoncées à l'article 1<sup>er</sup>, les organismes dotés de la personnalité morale, disposant de l'autonomie financière, ayant vocation à produire et à vendre des biens et des services en vue de dégager des profits et dans lesquels l'Etat ou des personnes morales de droit public détiennent la totalité ou plus de la moitié du capital social* ».

<sup>120</sup> Cf. Filiga Michel **SAWADO**, *op. cit.*, pp. 321 et s. ; Abdou Aziz Daba **KEBE**, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *Afrilex* 2015.

<sup>121</sup> Cf. Yves **GAUDEMET**, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », in Mélanges Roland DRAGO, pp. 259-271 ; Gabriel **ECKERT**, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCPA* 2014, n° 2160 ; François **BLANC**, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », *RDP* 2009, pp. 1553 et s.

comme des personnes publiques et soumises sous le régime de droit public<sup>122</sup>. Et, en toute vraisemblance, la CCJA semble aller dans ce sens.

Il est donc clair que dans l'espace OHADA, toutes les personnes publiques, y compris les entreprises publiques à forme d'établissement public, même industriel et commercial, bénéficient d'une immunité d'exécution. Ainsi, tous leurs biens, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels sont insaisissables. Pour le Professeur Caroline CHAMARD-HEIM, l'insaisissabilité des biens publics signifie l'interdiction des procédures de saisie-attribution, de saisie vente, de saisie immobilière, de saisie de droits incorporels ou saisie-conservatoire, l'impossibilité pour les personnes publiques de constituer des sûretés réelles sur leurs biens, notamment l'hypothèque ou encore les nantissements, l'interdiction des procédures collectives, comme le redressement ou la liquidation judiciaires<sup>123</sup>.

Quels que soient les arguments qui militent en faveur de l'immunité d'exécution des personnes publiques<sup>124</sup>, il faut reconnaître que le maintien de l'immunité d'exécution au profit de toutes les personnes publiques, surtout des entreprises publiques à forme d'établissement public industriel et commercial, est inadapté à un environnement économique de plus en plus concurrentiel et partenarial. En effet, l'insaisissabilité des propriétés publiques limite les possibilités économiques des personnes publiques, puisqu'elle ne permet pas à celles-ci d'avoir des facilités de prêts nécessaires aux investissements. L'impossibilité de consentir une hypothèque, un crédit-bail sur les dépendances publiques prive de garanties les organismes de crédits qui vont rechigner à financer les personnes publiques, ou à le faire avec surenchère. En clair, la reconnaissance des droits réels sur les biens publics a une portée très limitée, car en cas de réalisation de la sûreté, le bien public mis en garanti ne pourra pas être saisi pour être vendu. Il faut donc convenir avec le professeur Yves GAUDEMET que l'insaisissabilité des biens publics constitue des « *entraves à une vie commerciale normale, à l'établissement des affaires équilibrées* »<sup>125</sup>. Il en est de même du principe de l'inaliénabilité des biens du domaine public.

---

<sup>122</sup> Sur ce point, cf. Yves GAUDEMET, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », *op. cit.*, pp. 266 et s.

<sup>123</sup> Cf. Caroline CHAMARD-HEIM, *op. cit.*, p. 331.

<sup>124</sup> Tels que la nécessité de garantir l'impérative continuité du service public, la solvabilité des personnes publiques ou encore l'impossibilité de retourner la force publique contre les personnes publiques elles-mêmes qui détiennent le monopole de celle-ci ; cf. Abdou Aziz Daba KEBE, *op. cit.*

<sup>125</sup> Yves GAUDEMET, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », *op. cit.*, pp. 270.

## 2. L'inaliénabilité des biens du domaine public, un frein au recours aux autres outils de valorisation

L'article 511 du Code foncier et domanial du Togo dispose que « *le domaine public est inaliénable, imprescriptible et insaisissable* ». Elaboré pour protéger les biens du domaine public, le principe de l'inaliénabilité signifie l'interdiction de céder, de vendre les biens du domaine public qui sont insusceptibles de propriété privée. Ceux-ci sont alors indisponibles<sup>126</sup>, c'est-à-dire hors du commerce. Invité à maintes reprises à voir dans le principe d'inaliénabilité un principe de valeur constitutionnelle<sup>127</sup>, le Conseil constitutionnel français s'y est toujours refusé<sup>128</sup>.

Le principe d'inaliénabilité a pu justifier en jurisprudence la prohibition des droits réels sur le domaine public. Ainsi, l'occupation prolongée des personnes privées sur le domaine public ne leur permet pas d'en réclamer la propriété ou de revendiquer des droits réels sur les dépendances du domaine ainsi occupées<sup>129</sup>. En effet, les droits réels sont considérés comme empêchant la personne publique propriétaire de disposer d'une propriété publique pleine et entière qu'exige l'affectation à l'usage direct du public ou à un service public. Ainsi, leur constitution est de nature « *à porter atteinte à l'affectation, compte tenu de l'ampleur et de la durée du dessaisissement qu'elle implique de la part du propriétaire* »<sup>130</sup>. C'est ainsi que le Professeur René CHAPUS soutient que « *permettre que le domaine public puisse être grevé, au profit de tiers, de droits réels serait permettre un démembrement du droit de propriété dont il fait l'objet, et par suite une aliénation partielle du domaine public* »<sup>131</sup>. Ainsi, en servant de fondement à l'interdiction des

---

<sup>126</sup> Cette indisponibilité, contrairement à la doctrine Ducrocq-Berthélemy (qui défend la thèse de la domanialité naturelle selon laquelle la domanialité publique serait limitée aux biens insusceptibles de propriété privée et affectée à l'usage de tous ; ainsi, c'est en raison de la nature même de ces biens qu'ils ne peuvent pas faire l'objet de propriété privée ; Cf. Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Tome 2, *op. cit.*, pp. 59-60), n'est pas cependant liée à la nature des biens en question, mais elle est conçue pour protéger l'affectation des biens publics.

<sup>127</sup> Lors de la saisine du Conseil constitutionnel, au sujet de la loi du 25 juillet 1994 qui autorisait la constitution des droits réels sur certains domaines publics, les députés requérants invitaient le conseil à saisir « *une occasion sans pareille de reconnaître au principe d'inaliénabilité la valeur constitutionnelle qui découle de toute la tradition juridique française, et notamment de la tradition républicaine* » ; cf. Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Tome 2, *op. cit.*, p. 186.

<sup>128</sup> Conseil constitutionnel, n° 1986-217 DC du 18 septembre 1986 ; Conseil constitutionnel, DC du 21 juillet 1994, *AJDA* 1994, p. 786 et s ; Conseil constitutionnel, n° 2018-743 QPC du 26 octobre 2018.

<sup>129</sup> Dans ce sens, le Conseil d'Etat français a jugé que le fait qu'une personne publique propriétaire ait autorisé des personnes privées à occuper des dépendances du domaine public, sans revendiquer la domanialité desdites dépendances ne peut faire acquérir aucun droit de propriété aux occupants (CE 13 octobre 1967, Cazeaux, *RDP* 1968. 887).

<sup>130</sup> *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, *op. cit.*, pp. 617-618.

<sup>131</sup> René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 2, Paris, Montchrestien, 14<sup>e</sup> Edition, 2001, p. 420, n° 508.

droits réels sur les dépendances publiques<sup>132</sup>, le principe d'inaliénabilité limite bien évidemment les possibilités de valorisation de celles-ci. C'est pourquoi certains auteurs se sont interrogés s'il ne fallait pas le supprimer dans le souci de rentabilisation du domaine public<sup>133</sup>.

Au Togo, l'interdiction de constitution de droits réels sur les propriétés publiques reste absolue, puisque le Code foncier et domanial de 2018 et le décret portant conditions et modalités d'occupation du domaine public de 2019 ne prévoient aucun assouplissement. Mais, la Banque mondiale, lorsqu'elle finance en Afrique, et notamment au Togo des projets dont la réalisation conduit à faire déguerpir les occupants sans titre du domaine public, oblige les autorités publiques à leur accorder un accompagnement. Celui-ci peut prendre la forme d'une indemnité dont le montant est égal ou supérieur aux avantages que l'occupation irrégulière procurait à son bénéficiaire. Il peut se traduire également par la relocalisation de l'occupant irrégulier et toujours à la même condition que le nouvel emplacement procure à l'intéressé un avantage égal ou supérieur à celui que lui procurait l'emplacement initial. C'est dire que l'occupation, même sans titre, du domaine public fait acquérir dans ces circonstances des droits réels au profit des concernés<sup>134</sup>.

En outre, en vertu du principe de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public, qui justifie la précarité des occupations de celles-ci, la conclusion des baux commerciaux<sup>135</sup> sur le domaine

---

<sup>132</sup> Certes, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 21 juillet 1994, *Droits réels* (n° 94-346 DC, *Loi complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droit réel sur le domaine public (Droits réels)*, *GDDAB*, op. cit., n° 65.), a procédé à une relecture du principe d'inaliénabilité en considérant que la constitution des droits réels sur les dépendances du domaine public n'est pas, en tant que telle, contraire à ce principe ; il a alors admis qu'ils peuvent être accordés sur le domaine public national, dès lors que la loi met en place les garanties nécessaires pour assurer le fonctionnement des services publics et la protection des biens qui en constituent le support<sup>132</sup>. Il ressort toutefois des termes de cette décision que l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public sur le fondement du principe d'inaliénabilité n'est pas levée, seulement elle n'est plus absolue, en ce sens que les droits réels peuvent y être admis si seulement leur utilisation préserve l'affectation. Ainsi, les personnes publiques peuvent s'opposer à la réalisation des droits réels sur leurs biens en se retranchant derrière le principe d'inaliénabilité.

<sup>133</sup> Guillaume **DELALOY**, « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *op. cit.*, pp. 575 et s.

<sup>134</sup> La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) semble aller dans le même sens. En effet, bien qu'elle reconnaisse l'imprescriptibilité du domaine public maritime, elle admet tout de même que l'écoulement du temps fait naître un intérêt patrimoine pour l'occupant sans titre du domaine public maritime (CEDH, grande chambre, 29 mars 2010, *Depalle c/ France et Brosset-Triboulet c/France*, *AJDA* 2010, p. 1311, et note de Marguerite **CANEDO-PARIS**, sous le titre « irréductible principe d'inaliénabilité du domaine public », *AJDA* 2010, p. 1311 et s.).

<sup>135</sup> L'article 103 de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général (AUDCG) de l'OHADA définit le bail commercial, désormais appelé bail à usage commercial depuis la révision de l'Acte Uniforme relatif au Droit commercial Général le 15 décembre 2010, comme « toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du présent titre, et une autre personnes physique ou morale, permettant à celle-ci, le

public est impossible, puisque ce genre de baux comporte un droit au renouvellement inconciliable avec la précarité des occupations domaniales<sup>136</sup>. Les personnes publiques ne peuvent donc pas conclure des conventions de cette nature sur le domaine public. Ainsi, conformément à la jurisprudence administrative française<sup>137</sup>, la CCJA de l'OHADA interdit depuis 2012 la conclusion des baux commerciaux sur le domaine public<sup>138</sup>. Depuis lors, elle a confirmé à plusieurs reprises cette jurisprudence en affirmant dans une formule péremptoire que « *le statut des baux commerciaux ne peut s'appliquer aux conventions ayant pour objet des biens dépendant du domaine public, même lorsque le bail est conclu entre deux personnes privées, en raison du principe de précarité qui s'applique aux occupations du domaine public, lequel incessible et inaliénable, ne peut faire l'objet de contrat d'occupation privée* »<sup>139</sup>. Une telle formule doit nécessairement être nuancée, puisque si les principes d'incessibilité et d'inaliénabilité du domaine public interdisent incontestablement la conclusion des baux commerciaux sur les dépendances du domaine public, en aucun cas, ils ne prohibent les permissions de voirie ou les contrats d'occupation du domaine public<sup>140</sup>. Même en France, depuis la loi Pinel du 18 juin 2014, l'inaliénabilité ne fait plus obstacle à la reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public<sup>141</sup>. Il est ainsi mis fin à la position jurisprudentielle qui liait bail commercial et fonds de commerce<sup>142</sup>, entendu comme l'existence d'une clientèle propre<sup>143</sup>. Tout comme l'insaisissabilité des biens publics, l'interdiction du bail commercial est une limite sérieuse à la valorisation du domaine public. Sans aucun doute, s'il y était autorisé, il attirerait

---

*preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle* ».

<sup>136</sup> Mais pour le professeur Philippe YOLKA, l'interdiction « *est fondamentalement motivée par la protection des deniers publics* », car « *en excluant les baux commerciaux sur le domaine public, la jurisprudence épargne à l'administration d'avoir à supporter l'indemnité d'éviction due au preneur en cas du non-renouvellement du contrat* » ; *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, op. cit., p. 564.

<sup>137</sup> CE 28 janvier 1970, *Consorts Philip-Bingisser*, D. 1970, p. 372 ; CE 23 janvier 1976, *Kergo*, Rec. Lebon, p. 55 ; CE 13 décembre 2006, *SARL Le dôme du Marais*, AJDA 2007, p. 1092 ; réaffirmée tout récemment par CE 24 novembre 2014, *Sté des remontées mécaniques*, GDDAB, op. cit., n° 60, pp. 560 et s.

<sup>138</sup> CCJA, 1<sup>ère</sup> chambre, arrêt n° 045/2012, 7 juin 2012, *Affaire AFRICARS S.A. c/ SOCIETE NATIONALE DU PORT AUTONOME DE DAKAR*.

<sup>139</sup> CCJA, arrêt n° 078/2014 du 25 avril 2014, *Aff. LA AMADOU ISSA ET CINQ AUTRES C/ SOCIETE DE CONSTRUCTION ET DE GESTION DES MARCHES DITE SOGEM* ; CCJA, arrêt n° 075/2015 du 29 avril 2015, *Aff. Sté de Gestion et l'Aéroport de Conakry-Gbessia dite SOGEAC c/ Mr. Sory DOUMBOUYA*, [www.ohada.com/jurisprudence](http://www.ohada.com/jurisprudence).

<sup>140</sup> Cf. Caroline CHAMARD-HEIM, op. cit., p. 320-333.

<sup>141</sup> CE 24 novembre 2014, *Sté des remontées mécaniques*, GDDAB, op. cit., n° 60, pp. 560 et s.

<sup>142</sup> CE 31 juillet 2009, *Société Jonathan Loisirs* : considérant que l'occupant du domaine public ne pouvait être propriétaire d'un fonds de commerce, puisqu'il ne saurait légalement disposer d'un bail commercial.

<sup>143</sup> Philippe YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, op. cit., p. 567.

davantage les opérateurs économiques à investir sur le domaine public, ce qui renforcerait la rentabilité financière de la gestion des dépendances publiques.

## **Conclusion**

Il y a incontestablement une prise de conscience de la valeur économique, de la richesse des propriétés publiques par les pouvoirs publics au Togo. Les permissions de voirie, les contrats d'occupation du domaine public et privé, voire le développement des droits réels sur les biens publics en portent témoignage. Ces différentes méthodes permettent de valoriser les propriétés publiques afin d'en tirer le meilleur profit possible. Cependant, les obstacles à cette valorisation ne sont pas négligeables même s'ils ne sont pas insurmontables.

D'une part, des occupations anarchiques des dépendances publiques à des fins commerciales sous le regard complaisant ou impuissant des pouvoirs publics constituent un manque à gagner pour les deniers publics. Elles entraînent également de multiples atteintes à l'ordre public. La solution à ce phénomène ne peut être exclusivement juridique, puisqu'il s'explique en grande partie par l'état de pauvreté de la population. Ainsi le recours à l'arsenal juridique doit être accompagné d'actions concrètes de sensibilisation et de lutte contre la pauvreté et le chômage.

D'autre part, des obstacles juridiques sont également présents, car le législateur doit accompagner les pouvoirs publics dans leur volonté de valorisation des biens publics, ce qui n'est pas encore le cas. L'insaisissabilité de l'ensemble des biens publics et l'inaliénabilité des biens du domaine public empêchent l'utilisation des outils de valorisation des propriétés publiques, notamment les droits réels. Certes, ces principes sont indispensables à la protection du patrimoine public qui a pour finalité la satisfaction de l'intérêt général. Toutefois, ils peuvent être adaptés pour ne plus apparaître comme des obstacles dirimants à la politique de valorisation du patrimoine public. Un équilibre doit alors être trouvé entre l'impératif de protection des biens publics et la nécessité de valoriser ceux-ci. Le code foncier et domanial adopté en 2018 doit alors être entièrement fondu, car à la lecture, il élude plusieurs aspects de la domanialité publique : le domaine public a été laconiquement défini, la pratique des baux emphytéotiques sur le domaine privé des personnes publiques et de l'autorisation d'occupation du domaine public n'a pas été codifiée, les droits réels sur les dépendances publiques n'ont pas été abordés, etc. Le Code de 2018 reste fondamentalement foncier et accessoirement domanial. Il faut nécessairement un Code domanial à part entière orienté vers la valorisation du patrimoine public.

La valorisation économique des propriétés publiques induit un certain nombre de conséquences auxquelles les pouvoirs publics ne peuvent plus se soustraire : il s'agit de la soumission de la gestion domaniale, devenue de plus en plus patrimoniale, au droit de la concurrence. C'est d'abord une exigence du droit communautaire qui soumet des activités commerciales à la concurrence. C'est aussi un outil de bonne gestion pour valoriser davantage les propriétés publiques, car la concurrence limite la corruption, l'arbitraire, le favoritisme et renforce par ricochet la transparence.