

Leçon n°3

La diversité des situations domaniales : l'échelle de domanialité

La distinction des domaines privé et public n'est pas en mesure de rendre compte de l'extraordinaire complexité du régime applicable aux biens publics.

A cette diversité, le droit positif a répondu par la multiplication des régimes spéciaux. Le domaine public n'a pas l'homogénéité affichée. La variabilité des régimes applicables aux biens publics qui peuvent être plus ou moins dérogatoires par rapport au droit renvoie à l'idée défendue par Duguit d'une échelle de domanialité.

- Selon Duguit, la soumission des biens de l'administration à un régime de droit public est nécessairement variable et inégale en raison de leurs différentes affectations;
 - Lesquelles eu égard notamment à la diversité des missions de l'administration ne requièrent pas toutes le même degré de protection.

Cette échelle de domanialité va jusqu'à englober les biens du domaine privé. Ainsi que l'a montré Jean-Marie Auby quand en 1958 (Contribution à l'étude du domaine privé, Etudes et documents du Conseil d'Etat 1958) il a repris et perfectionné la thèse de Duguit : le domaine privé étant alors le degré minimum d'application du droit public au biens publics.

Section 1. La multiplicité des régimes applicables aux biens du domaine public.

Léon Duguit a proposé d'introduire plus de souplesse dans la classification des biens afin de mieux rendre compte de la diversité des régimes applicables

* A ce titre, il a établi une échelle de la domanialité publique comprenant six catégories fondées sur trois critères que sont la structure du bien, la nature du service public auxquels ils sont affectés et le mode d'affectation.

* Duguit distinguait ainsi 1. toutes les choses affectées à l'usage du public ; 2. les chemins de fer ; 3. Les dépendances affectées au service public de la défense nationale ; 4. les forêts ; 5. Les immeubles affectés à un service public ; 6. les objets mobiliers.

A la manière de Duguit, il est possible de faire plusieurs distinctions permettant de rendre compte de la diversité domaniale.

§. 1 La configuration du bien : la distinction des domaines publics naturel et artificiel

Il est d'usage de distinguer entre le domaine public naturel qui tire son origine de phénomènes naturels et le domaine public artificiel qui résulte du fait de l'homme.

- La distinction est d'utilisation d'abord doctrinale à des fins essentielles de classifications didactiques,
 - Elle a notamment été consacrée par la loi du 25 juillet 1994 qui exclut de son champ d'application le domaine public naturel pour autoriser sur le seul domaine public artificiel la possibilité de constituer des droits réels au profit de certains de ses occupants.

A. LE DOMAINE PUBLIC NATUREL

Le régime des domaines naturel et artificiel diffère sur des points importants.

Notamment l'appartenance au domaine public

L'incorporation au domaine public naturel est automatique elle résulte expressément de la loi alors que l'incorporation d'un bien au domaine artificiel résulte de son affectation

C'est ce que permet d'illustrer les conditions d'incorporation au domaine public naturel de ces deux composantes le domaine public maritime et le domaine public fluvial.

1) *Le domaine public maritime*

Le domaine public maritime est régi par des dispositions issues de la loi du 28 novembre 1963.

Il comprend traditionnellement les rivages de la mer c'est à dire la partie du littoral successivement couverte et découverte par la mer, les étangs salés en communication directe avec la mer, les havres et les rades.

Mais la législation contemporaine est venue étendre le domaine public maritime.

La délimitation du domaine maritime a soulevé un certain nombre de difficultés liés à la disparité et à l'ancienneté des règles à appliquer.

Jusqu'en 1973, il fallait distinguer entre les rivages de la Méditerranée et les rivages de la façade Atlantique.

- □ Pour les rivages de l'Atlantique, la règle applicable était l'ordonnance de Colbert sur la marine d'Août 1681 « est réputé bord et rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes et jusqu'où le grand flot de mars peut s'étendre sur les grèves ».
- □ Pour les rivages de la Méditerranée, la règle applicable depuis le XVIII^e siècle par décision du parlement d'Aix était une règle du droit romain issue du code de Justinien selon laquelle font partie du domaine les rivages couverts par le plus grand flot d'hiver.
 - Cette différence de régime s'expliquait par la volonté de ne pas restreindre la délimitation du domaine maritime en Méditerranée dans la mesure où si les marées y sont faibles, la houle elle est importante. Or ce phénomène peut survenir à n'importe quelle époque (pas seulement en mars).

Le Conseil d'Etat va unifier ces règles dans le sens d'une extension maximale du régime de la domanialité publique. C'est l'arrêt Conseil d'Etat Ass. 12 octobre 1973 Kreitmann.

- Le Conseil d'Etat décide dans un premier temps d'appliquer l'ordonnance sur la marine à l'ensemble des rivages. Le Code Justinien ne peut pas expliquer le Commissaire du gouvernement Gentot prévaloir sur le texte de Colbert.
- Dans un second temps, le Conseil d'Etat décide de retenir comme période de référence non le grand flot de mars mais le plus haut flot de l'année.
 - Et le commissaire du gouvernement d'expliquer qu'en 1681 le législateur ne pouvait avoir connaissance des théories de Newton sur les marées; qu'en visant le flot de mars, l'ordonnance de Colbert pensait avoir délimité le domaine public à son étendue maximale;

- qu'en conclusion il appartenait au Conseil d'Etat de se conformer non à la lettre mais à l'esprit du texte en retenant le point atteint par les plus fortes marées de l'année.

La loi de 1963 opère l'extension du DPM dans deux directions

- 1. En direction de l'intérieur des terres.
 - Elle affecte à l'utilité publique de larges zones cotières : les lais et relais de la mer (les lais sont des dépôts alluvionnaires non couverts par la mer -les dunes- et les relais des terrains dont la mer s'est retirée de manière durable : pour l'essentiel des plages,).
- □ La loi du 28 novembre 1963 distingue entre
 - Les lais et relais futurs c'est à dire constitués après 1963 qui seront automatiquement incorporés au domaine public au fur et à mesure de leur constitution, qu'elle résulte d'ailleurs de phénomènes naturels ou de travaux publics (tels que la construction d'une digue).
 - Les lais et relais déjà existants lors de l'entrée en vigueur de la loi qui peuvent être incorporés au Domaine public par arrêté ministériel dès lors qu'ils présentent un intérêt public. Au jour d'aujourd'hui la quasi totalité de ces terrains ont fait l'objet d'une mesure de classement.
- 2. vers le large :
- □ Sont depuis 1963 incorporés au domaine maritime le sol et le sous-sol de la mer territoriale dont la largeur a été portée à 12 miles marins par une loi 1971.

La loi du 28 novembre 1963 permet en outre l'institution de zones réservés (de 20 à 50 m de largeur) sur les propriétés privées situées en bord de mer en vue de la satisfaction d'intérêts publics d'ordre maritime, balnéaire ou touristique.

L'article L.2111-4 CGPPP prévoit encore que le domaine maritime intègre aussi « les terrains réservés en vue de la satisfaction des besoins d'intérêt public d'ordre maritime, balnéaire ou touristique et qui ont été acquis par l'Etat ».

L'intervention du législateur atteste de ce que la définition du domaine public maritime est d'abord un acte juridique, l'expression de la volonté de puissance publique et que le domaine naturel n'est pas si naturel que cela dès lors que c'est l'Etat qui en fixe les limites

1. En 2013, Le CC dans une décision QPC du 24 mai 2013 a tenu un raisonnement différent : il a naturalisé la définition juridique du domaine public en jugeant que la loi s'en tient à confirmer un critère physique.
 - Il en déduit que les variations du rivage qui entraînent l'extension du domaine public ne pouvaient être assimilées à des transferts de propriété ni à une privation de propriétés pour les riverains.

Il existe aussi un domaine public maritime artificiel

Il est composé des ports maritimes et des nombreux ouvrages destinés à la navigation maritime (phares, balises, feux flottants) ou à la protection du littoral (digues) qui sont soumis à des règles spécifiques

Le Domaine public maritime tend à être soumis à un régime particulièrement protecteur

- La loi Littoral ainsi que d'autres textes particuliers au domaine public maritime intéressant tant le large des côtes (telle la loi du 16 juillet 1976 relative à

l'exploitation des fonds marins du domaine public) que les bords de mer (tel l'article L. 142-1 du Code de l'Urbanisme relatifs aux périmètres sensibles) traduisent les exigences nouvelles de la protection de l'Environnement.

- La protection ainsi apportée repose sur des règles spécifiques qui dérogent très largement aux règles traditionnelles de la domanialité publique.

2) Le domaine public fluvial

IL est défini par l'article 1er du code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure. Il est la propriété de l'Etat. Mais il est possible aux conseil régionaux de créer des canaux et ports fluviaux qui seront alors la propriété de la Région.

Le domaine fluvial comprend les lacs et les cours d'eau navigables et flottables figurant sur une nomenclature établie par l'administration.

- En outre tous les cours d'eau, leurs dérivations et leur dépendances (quais, écluses, digues, chemins de halage) peuvent d'autre part faire l'objet d'un classement par décret en Conseil d'Etat en vue d'assurer l'alimentation en eau des voies navigables, les besoins de l'industrie ou de l'agriculture, l'alimentation des populations ainsi que la protection contre l'incendie.
- Le juge range également dans le domaine public les eaux captés par des personnes publiques pour la satisfaction de besoin public (CE 16 novembre 1962 Ville de Grenoble, JCP 1963, II, 13395 note Dufau).

Encore : les dépendances du domaine public naturel peuvent faire l'objet de protection spécifique dès lors qu'elles se trouveraient aussi être des sites protégés ou des monuments naturels au sens de la loi du 2 mai 1930.

B. LE DOMAINE PUBLIC ARTIFICIEL

La composition du domaine public artificiel est elle aussi diversifiée.

Il comprend :

L'ensemble des voies terrestres ouvertes à la circulation publique : routes, autoroutes, rues, trottoirs et places qui composent le domaine public routier.

- A celles-ci, il convient d'ajouter sur le fondement de la théorie de l'accessoire, leurs dépendances comme par exemple les accotements, les murs de soutènement, les parcs de stationnement, les ouvrages d'art tels que les ponts, tunnels, ou égouts.
- En revanche, les chemins ruraux alors même qu'ils sont affectés à la circulation publique ont été classés par la loi dans le domaine privé.

Fait également partie du domaine public terrestre le domaine ferroviaire.

Enfin, à coté des voies publiques routières et ferroviaires entre dans le domaine public terrestre un ensemble plutôt hétéroclite de dépendances immobilières affectées à l'usage du public ou à l'usage d'un service public à condition bien sûr d'avoir fait l'objet d'un aménagement spécial : Ministères, Mairies, casernes, hopitaux, écoles, abattoirs, halles, musées, bibliothèques ou encore aeroports, et aérodromes.

- Ces bâtiments peuvent également bénéficier d'un classement destiné à assurer leur protection en tant qu'ils se trouveraient être aussi des monuments historique (Loi du 31 décembre 1913).

§.2 La nature de l'affectation : affectation au service public ou à l'usage de tous.

La plupart des dépendances domaniales sont affectés à un service public.

Or l'affectation à un service public entraîne l'application de règles légales particulières que l'on ne retrouve pas dans les cas d'affectation à l'usage du public.

- D'abord la qualité d'usager du service public l'emporte sur celle d'usager du domaine public.
 - Ce qui signifie que quand les particuliers sont amenés à utiliser ces biens lesquels ne sont pas nécessairement fermés au public (gares, hôtel de ville, écoles) , c'est le plus souvent en qualité d'usager non du domaine public mais d'usager du service public et dans les conditions définies par les autorités compétentes pour fixer les modalités d'organisation du service public.
 - A ce titre, le régime de l'utilisation par le public des dépendances domaniales affectées à un service public relève le plus souvent de la théorie du service public et non de celle du domaine public.

Ensuite les biens immobiliers sont régis par des règles de gestion particulière notamment au titre de la politique immobilière de l'Etat

- L'immobilier de l'Etat c'est 77 millions de m² / 188 000 bâtiments. L'une des priorités de la politique immobilière de l'Etat a été ainsi de procéder à l'inventaire et au recensement de l'ensemble des propriétés domaniales.
- Une des difficultés tient à la distinction entre les affectations externes et les affectations internes et les mise à disposition

A. LES BIENS AFFECTES EN INTERNE

Le bien est généralement affecté **en interne** c'est à dire à un département ministériel

L'administration affectataire n'a alors qu'un droit de garde qui consiste à utiliser le bien que pour les besoins du service public dont elle a la charge.

- La politique immobilière de l'Etat est placée sous la responsabilité de la Direction de l'immobilier de l'Etat (rattachée à la DGFIP)
 - qui s'est substituée depuis 2016 à France Domaine qui était une agence de l'Etat.
 - C'est une sorte de retour à la normale : voir auparavant l'institution du service des domaines
- Afin de responsabiliser et d'inciter les gestionnaires à réduire leur dépense immobilière, étendant une expérimentation conduite en 2006, la loi de finances pour 2007 a mis en place un dispositif renouvelé jusqu'en 2018 qui prévoyait le paiement de loyers par les ministères occupants.
 - L'objectif était d'assurer une gestion dynamique et une utilisation optimale des locaux afin d'éviter la multiplication des locaux vacants, de favoriser les regroupement de locaux, de faire supporter les dépenses d'entretien par les ministères occupants. Un modèle, inspiré des baux du secteur privé, a été établi dans le cadre de la circulaire du 28 février 2007. L'idée était de rapprocher le prix des loyers budgétaires de celui du secteur privé
- Ce dispositif a été supprimé par la loi de finances de 2019 qui a mis fin à la facturation des loyers budgétaires remplacés par un système de labélisation qui à l'initiative de la direction immobilière de l'Etat (service du Ministre des finances) récompense les ministères vertueux.

- La labélisation étant une condition préalable au financement des projets immobiliers du ministère.

B. LES BIENS REMIS EN DOTATION

Un certain nombre de biens dont l'Etat reste propriétaire sont mis à la disposition des opérateurs de l'Etat (c'est-à-dire des établissements publics administratifs) pour l'exercice de leur mission.

- Ce système concerne notamment l'enseignement supérieur ou encore les musées nationaux,
 - S'agissant des Universités, l'article L. 719-14 du Code de l'éducation prévoit la dévolution du patrimoine de l'Etat aux universités c'est-à-dire le transfert des biens en pleine propriété (avec les charges qui vont avec...) :
 - ✓ Le transfert de propriété est soumis au choix des universités.
 - ✓ Un certain nombre d'universités dont l'UB ont fait ce choix

C'était aussi a solution qui avait été choisi également pour la SNCF qui avait reçu le domaine public ferroviaire en dotation.

- ✓ La loi d'orientation des transports intérieurs du 30 déc. 1982 conférait à toutefois l'établissement public nouvellement créé en 1982 un droit de jouissance et non seulement de garde
 - Ce qui permettait en particulier à la SNCF d'accorder des autorisations d'occupation à des tiers et d'effectuer tous travaux nécessaires aux besoins de l'exploitation.

Le régime du domaine public ferroviaire a évolué plusieurs depuis 1983 avec les évolutions statutaires du secteur ferroviaire.

Aujourd'hui, il permet d'illustrer combien les règles domaniales applicables dépendent de la nature du service public auxquels les biens sont affectés.

§ 3. La nature du service public d'affectation : l'exemple du domaine public ferroviaire

- Remarque : on aurait pu prendre d'autres exemples. Ainsi de l'existence d'un domaine public militaire apte à satisfaire aux exigences de la défense nationale.

Les règles qui gouvernent le domaine public ferroviaire sont changeantes et complexe

- Une première réforme datant de la loi du 13 février 1997 avait créé un nouvel établissement public (le Réseau Ferré de France) qui devenait propriétaire des infrastructures du réseau et qui fixe les conditions de son affectation à la SNCF.
 - L'Etat conservait toutefois la propriété des biens non liés à l'exploitation de l'infrastructure qui continuent d'être affectés à la SNCF.
 - Il en résultait une répartition complexe qui voyait les voies, les quais et les ouvrages d'art appartenir au RFF et les gares, les entrepôts, les logements d'agents appartenir à l'Etat.
- L'actuel statut date de la réforme ferroviaire de 2014 complété par une ordonnance du 3 juin 2019 codifié au Code des transports qui précise le régime de propriétés du domaine ferroviaire dans le cadre de la création de Groupe public SNCF composé de 3 structures ayant le statut de société commerciale à capitaux publics

- La maison –mère SNCF chargé par le biais notamment de filiales de l'activité logistique, du développement à l'international ou encore de la valorisation foncière des friches ferroviaires
- La SNCF voyageurs dont l'objet est l'exploitation du service public de transport des voyageurs (TGV, inter-cités, TER si délégué, Trains de Banlieues)
- La SNCF-réseau qui a en charge l'infrastructure : le réseau national, les connexions et les gares.
 - L'ensemble de ces biens immobiliers est la propriété de l'Etat qui en a attribué la gestion à SNCF-réseau

Selon cette répartition SNCF réseau exerce, sur délégation de l'Etat propriétaire, toutes les prérogatives du propriétaire sur ces biens. Il lui revient de

- décider de l'attribution du réseau ouvert à la concurrence
 - exercer les poursuites dans le cadre des contraventions de grande voirie,
 - recourir si besoin à la procédure d'expropriation.
 - procéder au déclassement des biens et le cas échéant à leur cession à son profit
- L'article L.2102 -17 Code des transports attribue à l'Etat un droit d'opposition à l'égard des projets de cession qui porterait atteinte à la continuité du transport ferroviaire national

On notera que SNCF réseau, société de droit privé, ainsi que sa filiale sont soumis par la loi a un régime de droit public

- Les occupations domaniales relèvent du CGCP
- Les marchés et concessions sont soumis au CCP

A l'inverse, les biens nécessaires aux activités de la société SNCF et de la société SNCF-voyageurs ont été déclassés à l'occasion du changement de statut et leur ont été remis par la loi en pleine propriété

- L'Etat conserve toutefois un droit d'opposition sur la cession des biens de SNCF-voyageurs qui seraient nécessaires à la continuité du transports ferroviaire nationale
- Ce droit rapproche SNCF-voyageurs du statut d'autres opérateurs de service public (SPIC) qui ont été privatisés
 - Voir ainsi pour les infrastructures aéroportuaires depuis la privation d'ADP et des aéroports régionaux.

§ 4. La nature du bien.

La nature du bien conduit à distinguer les biens meubles, immeubles et immatériels (ou propriétés incorporelles)

A. LA DISTINCTION DES BIENS MEUBLES ET IMMEUBLES

L'appartenance de certains biens au domaine public découle aujourd'hui de la loi (CGPPP). Elle a été sujette à controverses doctrinale et soulève encore aujourd'hui des difficultés, le CGPPP étant loin de régler toutes les questions en suspens.

1. Les controverses doctrinales

L'existence du domaine public mobilier trouve son origine dans la jurisprudence judiciaire.

■ La reconnaissance de la domanialité permettait

- 1. au juge judiciaire par le biais de l'imprescriptibilité du domaine public de faire échec aux dispositions du Code civil qui protègent le possesseur de bonne foi.
- 2. à l'administration de revendiquer la propriété de tableaux ayant été volés (puis revendus) aux musées nationaux

Une partie de la doctrine de droit public s'est montrée hostile à cette incorporation. En particulier, G. Jèze dans une note sous CE, 21 mars 1930, Sté agricole et industrielle Sud algérien à la RDP 1931

- Selon Jèze, pour appartenir au domaine public le bien devait être non seulement affecté à un service public essentiel, mais également aussi y jouer un rôle capital.
 - Et JEZE d'expliquer qu'un fusil d'un arsenal militaire ne relevait pas du domaine public parce que sa disparition ne compromettrait pas l'exécution du service public de la défense.

Au contraire, Hauriou et Duguit enseignaient ainsi que des biens mobiliers pouvait relever du domaine public pourvu qu'ils aient fait l'objet d'une décision de classement (Hauriou) ou qu'ils soient affectés à un service public (Duguit).

- Selon Duguit, certains meubles constituent des dépendances du domaine public,
 - soit parce que le service "a été spécialement créé pour les conserver : exemple, les œuvres d'art dans les musées
 - soit parce qu'ils sont indispensables au fonctionnement du service public où ils affectés, " : les trains

La faiblesse principale de cette démonstration tenait à ce que les deux auteurs cherchaient à calquer la définition du domaine public mobilier sur les critères de la théorie générale laquelle s'avère ici inadaptée.

- On sait que le législateur a renoncé à cette approche préférant recourir à une énumération des biens meubles qui parce qu'ils présentent un intérêt historique, artistique ou scientifique méritent d'être protégés.

2. Les apories légales

Malgré la reconnaissance par le CG3P de la notion de domaine public mobilier, plusieurs questions restent en suspens

a) L'identification des biens mobiliers publics.

Ce que l'on sait c'est que le domaine public mobilier ne concerne pas les meubles ordinaires de l'administration (équipements informatiques, mobilier de bureau, flotte automobile).

- Au demeurant, une grande partie des biens meubles des administrations sont aujourd'hui loués (flotte automobile, matériel roulant, photocopieurs ou matériel informatique...)
- Pour des raisons de financement, la location pourra prendre la forme d'un contrat de crédit-bail mobilier et donc la propriété de l'établissement de crédit.

- Ce contrat peut être qualifié de Contrat administratif s'il fait participer le cocontractant à l'exécution du service (TC 23 avril 2004 Sté Leasecom)

En outre l'énumération législative qui vise les biens présentant un intérêt culturel, historique, scientifique n'est pas exhaustive.

- En effet, l'article L. 2112-1 CGPP précise que font partie du domaine public « **notamment** » les meubles dont il donne la liste.

Ainsi le juge administratif a déjà identifié des biens mobiliers comme relevant du domaine public :

- propos d'instruments de musique anciens de la Cité de la Musique dont le décret prévoyait le prêt à des artistes (CE, 29 nov. 1996, n° 177959, Synd. général affaires culturelles CFDT)
 - non contraire aux principes de la domanialité
- ou d'œuvres d'art du Centre Pompidou (CE, 19 juin 1990, Épx Berckelaers°)

Or le Conseil d'État a, dans les deux cas, évité de se lier par une définition générale ou l'énoncé de critères précis,

- Il a tranché au cas par cas en faveur de la domanialité publique (solution implicite) ou de la domanialité privée en usant d'une méthode qui n'offre donc aucune prévisibilité juridique.

b. La question des meubles, immeubles par destination

Le domaine public mobilier soulève la question des objets mobiliers, immobilisés à titre d'accessoire d'un immeuble et qui sont donc des immeubles par destination au sens du droit civil.

- La théorie de l'accessoire (issue du code civil) a été ainsi utilisée par les juges judiciaires pour juger de l'appartenance au DP de certains meubles par rattachement de ces meubles à un édifice public
 - (Par exemple, en 1873, Affaire de l'église de Nantua à propos d'un tableau d'Eugène Delacroix).
 - Ce type de raisonnement n'a plus aujourd'hui les faveurs de la Cour de cassation (voir Cass. Civ. 1ère, 2 avril 1963 Montagne)
- Mais il a été repris par le juge administratif
 - Il s'applique par exemple au mobilier urbain: Voir aussi CAA Douai 17 septembre 2009 Sté Delmas à propos d'un portique du Port du Havre jugé indispensable à l'exploitation des installations du service public portuaire.
 - Cette espèce reste peu probante.
 - Les visas de l'arrêt confondent les théories de l'accession et de l'accessoire...

Or une assimilation généralisée des meubles aux immeubles auxquels ils se rattachent posera de vraies difficultés de gestion.

- Cela pourrait avoir pour effet de protéger des biens sans valeur et d'en empêcher sans raison la cession

- Par exemple, le cas des vieilles sections métalliques issues de la tour Eiffel, propriété de la ville de Paris.

c). La concurrence des législations

La principale difficulté tient à, ce que la plupart des dépendances du domaine public mobilier est soumis au code du patrimoine,

- On relèvera que le code du patrimoine s'applique aussi aux propriétés privées d'intérêt culturel.
 - Par exemple, à propos du Baiser de Brancusi immeuble par nature, selon le Conseil d'État, 2 juillet 2021, Ministre de la culture c/ Société Duhamel Fine Art et autres, n° 447967

Lequel Code du patrimoine en raison de ses dispositions spécifiques rend inutile le détour par le CGCPC ou vient compliquer l'état du droit

- Ainsi les biens culturels font l'objet d'une décision de classement prévue par le code du patrimoine
 - Cette décision fonde par voie de conséquence l'incorporation du bien dans le domaine public.
 - Mais la question de savoir si le déclassement effectué au titre de législations ou de réglementations non domaniales (monuments historiques, matériels militaires en fin de vie...) peut être implicitement tenu pour un déclassement domanial ne reçoit pas de réponse claire.
 - Par exemple, dans l'affaire du porte-avions Clémenceau (classé matériel de guerre) une autorisation d'exportation a été attribuée en vue de la réalisation en Inde sur le bateau désarmé d'une opération de désamiantage (*CE, 15 févr. 2006, n° 288801, Assoc. Ban Asbestos France*)
 - Le contrat prévoyait la vente de la coque bateau une fois la réalisation de l'opération. A aucun moment n'est soulevé devant le juge la question domaniale

De la même manière, la règle de l'inaliénabilité fait problème

Par exemple ; elle est inadaptée à la gestion des collections publiques des musées.

- Le principe de l'inaliénabilité a ainsi été remis en cause notamment en 2015, dans un **rapport de la commission des affaires culturelles de l'Assemblée**.
 - Ses auteurs défendaient la possibilité pour les musées de France, comme aux Etats- Unis et en Allemagne, de vendre les tableaux entassés dans leurs réserves.
 - Des oeuvres souvent mal conservées, dans des conditions de sécurité insuffisante, faute d'avoir les moyens de les restaurer.
 - Ce fût par exemple longtemps le cas de la Venus du Pardo du Titien, parmi 250.000 autres objets et oeuvres amassés dans des réserves inondables sous le musée du Louvre.
- En ce sens un certain nombre de réformes visent à une meilleure circulation des collections publiques notamment avec le "prêt" d'oeuvres à des musées étrangers moyennant contrepartie financière,

- Ainsi du partenariat conclu entre la France et les Émirats Arabes Unis en mars 2007, avec la perspective de la construction à Abou Dhabi d'un musée utilisant la marque du Louvre et exposant des oeuvres "prêtées" par les musées français

Parfois, la protection issue du Code du patrimoine est plus forte que celle tirée du domaine public

- Par exemple, certains biens culturels sont ainsi frappé d'une interdiction pure et simple de déclassement pure et simple
- Ainsi aux termes de l'article L. 451-7 du Code du patrimoine, *"Les biens incorporés dans les collections publiques par dons et legs ou, pour les collections ne relevant pas de l'État, ceux acquis avec l'aide de l'État ne peuvent être déclassés »*

D'autre fois, la désaffectation de certains biens nécessite une pluralité d'intervenants qui agissent à des titres divers (avis, décisions) au nom de personnes publiques différentes.

- Le tout visant à organiser le contrôle de l'État sur les collectivités territoriales ou établissements publics propriétaires, dès lors que sont en jeu des biens mobiliers présentant un intérêt particulier.

B. L'APPARITION D'UN DOMAINE PUBLIC IMMATERIEL

L'État redécouvre aujourd'hui l'existence, dans son patrimoine, de propriétés incorporelles dont il cherche à assurer la valorisation. En jurisprudence, la question s'est cristallisé autour du droit à l'image des personnes publiques sur leur biens.

1° La valorisation des propriétés incorporelles

Il s'agit, le plus souvent, d'outils liés aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (logiciels, sites Internet), mais également de créations intellectuelles susceptibles de protection au titre du droit d'auteur.

- A ainsi été adopté une circulaire du 18 avr. 2007, relative à la gestion des actifs immatériels de l'État : Journal Officiel 27 Avril 2007).

Le droit administratif éprouve des difficultés singulières à appréhender la question des brevets, droits d'auteurs, marques appliqués aux personnes publiques

- Comme que le soulignait J.-B. Auby, "Notre droit des biens publics est un droit des routes, des ponts et des gares, il peine à devenir un droit des brevets, des logiciels, des droits d'auteur" (J.-B. Auby, L'immatériel dans l'État : Dr. adm. 2007, repère 6).

Or l'Administration est, par excellence, un lieu de création intellectuelle.

- L'innovation industrielle constitue également un élément-clé en termes de défense nationale et "le patrimoine culturel, qui est un support majeur d'images auxquelles peuvent s'attacher des droits, est lui aussi largement public.

La valorisation de la propriété publique immatérielle répond d'abord à une préoccupation très immédiate de rentabilité économique :

- Une circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État invite les gestionnaires à tirer un profit économique des ressources immatérielles dont ils ont la charge,

- Avec un mécanisme incitatif : 80 % des recettes reviennent en propre au service concerné.

C'est essentiellement dans le cadre de la LOLF que la propriété publique immatérielle est perçue comme un ensemble de ressources encore insuffisamment exploitées.

- Cette conception économique de la "propriété publique immatérielle" a été institutionnalisée par la création de l'"Agence du patrimoine immatériel de l'État".

2°. La question de la reconnaissance d'un droit à l'image sur les biens des personnes publiques.

La question se pose différemment pour les biens meubles et les immeubles ;

S'agissant des biens meubles, un arrêt du Conseil d'Etat rendu en 2012 a jeté un certain trouble (CE 29 novembre 2012 Commune de Tours c/ EURL Josse.

- Dans cet arrêt, le CE a jugé que l'autorité domaniale, gestionnaire d'un musée, était en droit de refuser qu'une œuvre d'art exposé dans le musée soit prise en photo à des fins commerciales (publication d'un livre d'art).
 - Le Conseil d'Etat jugeant que ce refus ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie

Cet arrêt a été sur-interprété par une partie de la doctrine qui a vu dans le refus d'autorisation un refus d'autoriser l'utilisation privative du domaine public (selon les mots mêmes du Conseil d'Etat) et en particulier de l'image de l'œuvre d'art à des fins commerciales (ce que ne dit pas expressément le Conseil d'Etat).

- Et d'expliquer que l'autorisation domaniale si elle devait être accordée pourrait être subordonnée au paiement d'une redevance permettant d'assurer la valorisation du domaine public
- La faiblesse de cette interprétation de l'arrêt :
 - c'est d'abord de faire peu de cas du régime de la propriété littéraire et artistique qui protège à travers l'œuvre d'art l'artiste et non son propriétaire.
 - c'est ensuite de confondre la propriété sur le bien avec la propriété de l'image du bien
 - Ce que distingue le droit de la propriété littéraire et artistique : au-delà d'un délai de 70 ans les droits de l'artiste tombe dans « le domaine public » (au sens du droit de la propriété littéraire et artistique, c'est-à-dire que l'œuvre est librement utilisable).
 - En ce sens, rien ne justifie l'administration propriétaire de l'œuvre puisse tirer des ressources financières de l'exploitation de l'œuvre par des tiers.

L'arrêt du CE 18 avril 2018 Etablissement public du domaine de Chambord c/ Société des Brasseries Kronembourg permet sans doute de trancher la difficulté.

- L'affaire portait sur l'exploitation à des fins commerciales du château de Chambord dans le cadre d'une campagne de publicité menée par une marque de bière.

Le Conseil d'Etat, suivant la jurisprudence du juge judiciaire, juge que l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un bien immobilier ne saurait être assimilée à une utilisation privative, ni donner lieu au paiement d'une redevance.

- Il en ressort que l'image d'un bien n'est pas un bien et que les techniques du droit domanial ne sont pas mobilisable par l'administration domaniale pour soumettre l'exploitation commerciale de l'image d'un bien public à autorisation et redevance.
- Cependant, s'agissant des 16 plus grands domaines nationaux, cette question a ainsi donné lieu à l'intervention d'une loi (loi du 7 juillet 2016) qui soumet l'utilisation de leur image à des fins commerciales à un régime d'autorisation et de redevances.

L'arrêt du 18 avril 2018 permet une lecture rétrospective de la jurisprudence EURL Josse.

- En premier lieu, il n'y a pas à distinguer entre l'image des biens meubles et celle des immeubles. L'image d'un bien n'est jamais un bien
- Dès lors, si le Conseil d'Etat exige l'autorisation de l'autorité domaniale pour effectuer des prises de vue et parle d'utilisation privative c'est à l'occupation du domaine public immobilier qu'il fait allusion
 - En effet, la séance de prises de vue exigeait dans l'affaire de 2018 de fermer l'accès au public de la salle où est exposée l'œuvre et d'y installer les dispositifs d'éclairage notamment nécessairement à la prise de vue.

§.5. La personne publique propriétaire : la distinction des domaines publics local et national.

La distinction joue un rôle secondaire

C'est souvent à partir d'espèces relatives aux biens appartenant aux communes ou aux départements que la jurisprudence administrative a forgé les principes et le régime de la domanialité publique.

D'ailleurs historiquement la Cour de Cassation a mis en avant **l'unité du domaine public**

- Cette unité lui permettait de reconnaître à l'Etat la possibilité de disposer de l'affectation du domaine public des collectivités locales; ce qui revenait à nier le droit de propriété des collectivités locales sur leurs dépendances domaniales (Cass. com. 20 décembre 1897 Chemin de fer d'Orléans).
 - Ce fondement est aujourd'hui abandonné par la jurisprudence administrative qui lui préfère la théorie des mutations domaniales et par le CGCT.

Au demeurant, la distinction n'est pas toujours facile.

- Dans le cadre des lois de décentralisation, l'Etat a mis à la disposition des collectivités locales les biens nécessaires à l'exercice de leurs nouvelles compétences. Ces biens sont donc gérés par les collectivités locales tout en restant la propriété de l'Etat.
 - La question s'est posée de savoir qu'elle était l'autorité compétente pour décider de l'affectation ou de la désaffectation du bien. Conseil d'Etat, 2 novembre 1994 Département Seine Saint Denis reconnaît à chaque collectivité un pouvoir de codécision (Décision de l'Etat sur proposition du Département).

Cependant les textes peuvent les soumettre à des régimes différents

- Ainsi pendant longtemps (de 1988 à 2006), les textes (et les techniques) susceptibles de conférer des droits réels sur le domaine public étaient différents
 - La loi de 1988 instituait avec le BEA une procédure limitée pour les collectivités territoriales
 - Au contraire c'est une possibilité quasi générale qu'ouvrait la loi de 1994 au profit de l'Etat avec les autorisations constitutives de droit réel ;

- Le CG3P a unifié les régimes/

Enfin, le régime foncier local connaît des questions spécifiques

- Ainsi du régime des biens communaux
 - Les biens communaux, terrains communaux, prés communaux, ou communaux, sont les biens fonciers, le plus souvent forêts et pâturages, que tous les habitants d'une commune exploitent en commun. Divers droits y sont attachés, par exemple le droit d'affouage (droit de prélever du bois pour se chauffer ouvert « à tous ceux qui disposent d'un ménage propre avec feu séparé »).
 - Le régime des biens communaux relève du CGCT (articles L. 2544-10 et suivant) qui précise que c'est le conseil municipal –sous réserve de droits privés fondés sur un titre spécial- qui règle les conditions d'usage et de jouissance et la répartition des produits attachés aux biens communaux.
 - Le Conseil d'Etat veille ainsi au respect du principe d'égalité en matière d'usage et de répartition des produits communaux (CE 11 janvier 1935 Doriath)
 - Affectés à l'usage de tous les biens communaux constituent le plus souvent une partie du domaine privé communal (sauf qu'ils bénéficient d'une sorte d'inaliénabilité : le partage des biens communaux est interdit par le CGCT).
- ◆ Ainsi du régime des sections de commune

Le domaine communal connaît une autre particularité avec la question des sections de commune qui nait de fusions autoritaires possèdent un patrimoine séparé (article L. 2544-2 CGCT)

- La loi établit un régime protecteur permettant l'intervention du représentant de l'Etat afin que le maire ou le Conseil municipal ne porte pas atteinte aux intérêts de la section de commune.
- Laquelle peut même agir en justice contre la Commune...

Section 2 .

Le domaine privé, niveau minimal d'application du droit public aux biens de l'administration

A priori le domaine privé reçoit une définition négative : ce sont les biens non affectés.

Il reste que les difficultés de la distinction DP/ dp ont conduit le législateur à déterminer par lui-même des biens appartenant au domaine privé : notamment les immeubles de bureaux. Ce qui revient à les soumettre à un régime de droit privé au sein duquel le droit public n'est pas totalement absent

§.1 L'identification par la loi du domaine privé : la question des immeubles de bureaux

Les immeubles de bureaux ont fait l'objet d'importantes controverses

Les auteurs s'inquiétant à l'image de Marcel Waline du fait qu'il suffise «qu'un modeste fonctionnaire ait installé son bureau dans un immeuble pour que ce dernier devienne domaine public et qu'à l'instant il bénéficie des privilèges de la domanialité publique» (Thèse,1925).

Dès avant 2006 et l'entrée en vigueur du CG3P, le législateur (ordonnance du 19 août 2004 sur le fondement d'une loi d'habilitation dite de simplification du droit) est intervenu pour les soumettre à un régime spécial dérogatoire à la condition d'affectation.

- L'ordonnance prévoit le classement des immeubles banalisés de bureaux dans le domaine privé de l'administration afin de permettre dès 2004 la cession d'immeubles de bureaux appartenant à l'Etat ou à ses établissements publics pour un montant de 500 millions d'euros.

Ce régime est désormais codifié et a donné lieu à un arrêt du Conseil d'Etat 23 janvier 2020 Commune de Bussy Saint Georges à propos de locaux communaux et mis à la disposition d'associations susceptibles de recevoir du public.

- Le CE rappelle également qu'aux termes de l'article L.2211-1 «*font partie du domaine privé les biens des personnes publiques (...) biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public*».

C'est au regard de ce texte que le Conseil d'Etat examine, ensuite, lot par lot la domanialité des différentes parties qui composent l'ensemble immobilier en question distinguant entre les lots affectés à l'usage du public et ceux affectés à l'exécution d'une mission de service public.

1. S'agissant des parties de l'ensemble immobilier composées de salles et de locaux à usage de bureaux mises à la disposition de diverses associations pour recevoir leurs adhérents, mais également les habitants de la commune intéressés par les activités des associations,
 - Le tribunal administratif de Melun avait considéré qu'elles faisaient partie du domaine public du fait de lors que les associations recevaient du public.
 - Le Conseil d'Etat juge à l'inverse que les biens immobiliers à usage de bureau relèvent du domaine privé de la collectivité quand bien même ils seraient susceptibles de recevoir du public.

Toutefois la qualification légale ne règle pas toutes les difficultés. Il s'agit d'une présomption. Les bureaux **spécialement aménagés pour permettre l'exécution d'une mission de service public cessent d'être des bureaux** et sont incorporés au domaine public.

Ainsi s'agissant des lots occupés par les services municipaux de la culture, du sport et de la petite enfance,

- Le juge de Melun avait conclu qu'ils relevaient du régime de la domanialité publique dès lors qu'«*ils avaient fait l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution, par ces services, de leurs missions de service public du fait de l'installation d'un point d'accueil et d'orientation*».
- Cependant pour le Conseil d'Etat, un point d'accueil et d'orientation des personnes reçues dans les bureaux ne constitue pas un aménagement indispensable c'est-à-dire véritablement nécessaire au fonctionnement du service public

- En l'espèce, le Conseil d'Etat défend une conception stricte de l'aménagement indispensable.

L'aliénation des immeubles de bureaux est ainsi possible

- L'article L.3211-2 précise qu'elle est possible alors même qu'ils continuent à être utilisés par les services publics.
 - Cela peut permettre à l'Etat de réaliser des opérations de cession-bail
 - Ce qui permet de recourir au crédit-bail dès lors que le bien qui a vocation à revenir dans le patrimoine de l'administration sera cédé en pleine propriété au crédit-bailleur
 - La cession est alors subordonnée à l'insertion dans l'acte d'aliénation de clauses permettant de préserver la continuité du service public.
 - L'affectation se trouve ainsi mieux protégée que la propriété
 - On notera que le risque ne saurait être totalement exclu que le juge qualifie en fonction des critères jurisprudentiels traditionnels l'acte d'aliénation de contrat administratif
 - (et ce, dès lors que les clauses de protection du service public pourraient être regardées comme exorbitantes et/ou que l'acquéreur se trouverait associé à l'exécution du service public).

Ce régime présente un certain nombre de difficultés d'application.

- La notion de bureau est d'abord susceptible de donner lieu à plusieurs interprétations différentes
 - *Quid* d'un simple volume de bureau?
 - D'un immeuble partiellement à usage de bureaux?
 - D'un ensemble immobilier composé de plusieurs unités dont certaines seulement correspondent à un tel usage?
- La possibilité d'aliénation des bureaux affectés n'est prévue que pour l'Etat.
 - Le texte ne vise pas les collectivités territoriales.
 - Doit-on comprendre que le recours au crédit bail leur est interdit. La pratique retient l'interprétation inverse.

§. 2 La mixité du régime du domaine privé

La propriété publique n'est pas totalement assimilable à la propriété privée.

L'influence du critère organique fait que le juge administratif et le droit public ne sont jamais totalement étrangers aux questions intéressant la gestion des biens d'une personne publique.

- Car derrière la personne publique, il y a la puissance publique garante de l'intérêt général et la protection nécessaire des deniers publics (tirés de l'impôt perçue sur les citoyens)

Il en résulte une profonde relativité de la distinction domaniale qu'illustre le partage des compétences juridictionnelles

A. La part du droit public dans la gestion du domaine privé

1) L'application de principe du droit privé

Conformément à l'article L 2221-1 du CG3P, « les personnes publiques (...) gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables ».

Le fondement de cette solution réside dans le caractère d'activité privée traditionnellement reconnu à la gestion du domaine privé par la jurisprudence administrative.

- Cette conception fonde de nombreuses solutions.
 - La gestion du domaine privé ne constitue pas une activité de service public (T. confl., 15 janv. 2007, n° 3521, Ouhramoune c/ Ville de Paris)
 - Les contrats intéressant la gestion du domaine privé ont longtemps été exclusivement qualifiés de contrat de droit privé à raison de leur objet même TC 24 janvier 1952 Conservateur des eaux et forêts de la Corse.
 - Les actes de gestion sont de droit privé (CE, 7 déc. 1984, Finot), ce qui inclut les autorisations d'occupation du domaine privé, la location de terrains, ou la décision de mettre fin au contrat
 - A ce titre, le refus de renouvellement d'une autorisation d'occuper des locaux du domaine privé constitue un acte qui ne fait naître que des rapports de droit privé (T. confl., 22 nov. 2010, n° 3764, SARL Brasserie Théâtre c/ Cne Reims

Le droit applicable est le droit privé.

- La règle est ainsi que les dépendances du domaine privé de l'administration sont aliénables et prescriptibles.
 - La Cour de Cassation a eu l'occasion de le rappeler. (Cass. Civ. 12 janvier 1982, D. 1982, p. 577, note Audouard)

Dans ce cadre, et sauf disposition particulière et sous réserve de respecter le principe d'égalité, les collectivités territoriales déterminent librement les conditions d'occupation de leur domaine privé

- En conséquence, l'administration propriétaire peut décider de louer le bien, d'en autoriser l'accès (cas d'un site naturel, par ex : TC 2007 Douence) et d'exiger une contrepartie financière.
 - Dans ce cas, les règles applicables aux redevances pour occupation du domaine public prévues au CG3P ne s'appliquent pas.
- Cette liberté de gestion s'exerce dans les limites des règles spéciales qui régissent chaque type de dépendance du domaine privé.
 - La législation sur les baux pour les immeubles loués
 - La législation sur les baux commerciaux pour les immeubles loués à des commerçants.
 - Le code forestier pour les forêts domaniales, lequel déroge très largement au code civil

On sait que la doctrine dominante y voit dans l'application du droit privé une anomalie

- car gérer le Dp c'est une activité SP

- Par exemple à propos de l'ONF dont la mission n'est pas de faire des profits mais d'assurer le développement et la mise en valeur des forêts françaises dans les conditions les plus conformes à l'intérêt général.
 - D'ailleurs fréquentes sont les décisions dissidentes des juges de premier degré qui assimile la gestion du domaine privé à une activité de service public

Au demeurant les règles de droit privé applicables aux dépendances du domaine privé sont très largement spécifiques définies qu'elles sont notamment par le Code du domaine de l'Etat ou par le Code forestier et quasiment jamais par le Code civil.

Cela ne veut pas dire qu'aucune règle de droit public ne s'applique à la gestion du domaine privé.

2) L'irréductibilité du droit public dans la gestion du domaine privé

Il faut distinguer les actes de disposition des actes de gestion.

a) Les actes de disposition

Ils comprennent :

- Les cessions
- Les acquisitions
- Les décisions de classement (dans le domaine public)

C'est à leur propos que l'emprise du droit public est la plus forte.

- L'administration ne peut céder ses biens dans n'importe quelle condition
 - Interdiction des libéralités et des cessions à vil prix (voir Leçon à venir)
 - La mise en concurrence en cas de cession pour les biens immobiliers de l'Etat est obligatoire
- L'administration ne peut classer dans le domaine privé
 - Que si le bien est désaffecté

A l'inverse, le propriétaire public bénéficie de protections particulières qui s'appliquent aussi à son domaine privé

- Insaisissabilité (Cass. Civ 1987 BRGM)

b) Les actes de gestion

La part du droit public n'est pas totalement absente

- Notamment les règles de compétence entre l'exécutif et l'Assemblée délibérante.
 - Par exemple : aux termes du 5° de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales, « Le maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal, être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat : (...) de décider de la conclusion et de la révision du louage de choses pour une durée n'excédant pas douze ans »

S'agissant de l'obligation de mise en concurrence des autorisations d'occuper le domaine privé, la question n'est pas traitée dans le CG3P (dispositions issues de l'ordonnance du 19 avril 2017 qui ne vise que le domaine public.

- Cependant, l'apparition de la procédure de mise en concurrence préalablement à l'occupation du domaine public est dictée par les règles de l'UE (CJUE, 14 juillet 2016, Promoimpresa, C-458/14 et C-67/15).
 - Or le droit européen est indifférent aux qualifications juridiques nationales (ici domaine privé ou domaine public).

- Le seul critère est l'activité économique exercée sur la propriété publique.
- A priori, Il n'y a donc aucune raison pour que l'occupation du domaine privé en vue de réaliser une activité économique échappe aux principes appliqués à l'attribution des autorisations d'occuper le domaine public.: les principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement s'appliquent ; en conséquence, une mise en concurrence doit être organisée
 - En ce sens, AN., Réponse ministérielle 29 janvier 2019 à une question écrite n°12868)
- Toutefois par une décision remarquable, (CE, 2 décembre 2022, Commune de Biarritz n° 460100, publié au Recueil),
 - Le Conseil d'Etat a jugé que le bail emphytéotique portant sur l'hôtel du palais à Biarritz n'était ni soumis à l'article 12 de la directive « Services », ni à l'article 49 du TFUE.
 - Le Conseil d'Etat a considéré que les baux portant sur des biens appartenant au domaine privé ne constituaient pas une autorisation au sens de la directive.
 - Le raisonnement tenu par le Conseil d'Etat peut se déduire de l'arrêt « Paris Tennis » rendu le même jour. Le juge administratif y a considéré qu'« en autorisant l'occupation d'une partie du jardin du Luxembourg, qui appartient au domaine public, le Sénat doit être regardé comme exerçant un rôle de contrôle ou de réglementation, et donc comme constituant une autorité compétente au sens de cette directive ».
- Tel ne serait donc pas le cas dans l'affaire de la commune de Biarritz, qui en autorisant l'occupation de son domaine privé, ne constituerait pas une « autorité compétente » délivrant une autorisation au sens de la directive.
 - En d'autres termes et selon la rapporteure publique Cécile Raquin, la domanialité privée de la parcelle en cause impliquerait une intervention de la commune comme un « simple opérateur ou bailleur privé gérant son domaine privé sans prérogative particulière ».

B. Le partage des compétences juridictionnelles

Dès lors qu'il ne s'agit pas de statuer sur des questions touchant au domaine public, le juge judiciaire est compétent pour les litiges intéressant le domaine privé ...mais cette compétence de principe connaît de très notables exceptions

Des exceptions légales, la loi attribue à la juridiction administrative plusieurs types de contentieux intéressant la gestion du domaine privé

- Le contentieux des ventes d'immeubles de l'Etat (art. 4 loi du 28 pluviôse an VIII) et des Territoires d'outre mer (ordonnance du 9 février 1827).
- Celui également des baux emphytéotiques conclus par les collectivités locales y compris quand le bail porte sur des dépendances du domaine privé (loi du 5 janvier 1988).
- le contentieux des partages de biens communaux (lois des 10 juin 1793 et 9 vendémiaire an XII; C.E. 31 mai 1989 Mme Mazaurin, AJDA 1989, p. 714, conclusions Guillaume).

- le contentieux de la réparation des détériorations anormales causées aux chemins ruraux.

Des exceptions issues de la jurisprudence qu'il est difficile de systématiser

1. LA COMPETENCE DE PRINCIPE DU JUGE JUDICIAIRE

Les litiges concernant la gestion du domaine privé sont de la compétence des tribunaux judiciaires qui feront application d'un régime de droit privé.

- C'est l'application du principe selon lequel la compétence suit le fond
- Historiquement, le juge judiciaire était ainsi exclusivement compétent à l'égard des actes de gestion
 - pour connaître d'un refus de cession « une autorisation d'occupation du domaine privé,
 - d'une interdiction d'accès à une dépendance privée
 - ou plus généralement d'un litige portant sur la délimitation du domaine privé.
 - Par ex. Conseil d'Etat 6 mai 1996 Formery, Rec. p.149. :
 - Incompétence du juge administratif à connaître de la délibération d'un conseil municipal refusant une autorisation de passage sur une parcelle du domaine privé de l'administration (en l'espèce : refus d'autoriser la circulation d'engins d'exploitation forestière pour leur permettre d'accéder à une parcelle enclavée).

Le fondement de ces solutions réside dans le caractère d'activité privée traditionnellement reconnu à la gestion du domaine privé :

- Au demeurant , la compétence du JJ va au-delà de la question des actes contractuels portant occupation du domaine privé
 - Les travaux immobiliers exécutés dans l'intérêt exclusif du domaine privé ne sont jamais des travaux publics C.E., sect. 28 nov. 1975 Office national des forêts c/Abamonte; RDP 1976, p. 1071, note Waline;
 - En ce sens TC 8 novembre 2021, « Société Camping du Cap du Roc », n°4225
 - L'exploitant d'un camping situé sur le domaine privé de la commune en bordure d'une falaise qui s'effondre n'est pas fondé à saisir le juge administratif du refus de la commune propriétaire d'effectuer des travaux de sécurisation
 - Le TC rappelle que les travaux accomplis sur le domaine privé [ici le refus de les accomplir] ne sont jamais des travaux publics
 - De même que les personnels chargés de l'entretien du domaine privé n'ont pas la qualité d'agents publics (CE 26 sept. 1986 époux Herbelin, p. 221, AJDA 1986, p. 714, obs. Moreau.

2 LA COMPETENCE PAR EXCEPTION DU JUGE ADMINISTRATIF A L'ÉGARD DU DOMAINE PRIVE.

Le principe de l'application du droit privé au domaine privé est incapable de faire disparaître totalement la puissance publique derrière le propriétaire. On retrouve le critère organique.

Aussi de nombreux aspects de la gestion du domaine privé relèvent de la compétence du JA .

L'ennui est que ces exceptions sont nombreuses et pas toujours très intelligibles au point d'ailleurs que les décisions du Tribunal des conflits soient légion.

- L'explication de ces controverses et hésitations contentieuses est que la personne publique apparaît selon les cas et la lecture de l'affaire soit en tant que propriétaire soit en tant que puissance publique représentant de l'intérêt général.

Le Tribunal des conflits a cherché à clarifier la situation avec l'arrêt Brasserie du Théâtre de 2010. Mais outre que cette clarification ne concerne que le contentieux contractuel, elle n'englobe pas l'ensemble des extensions jurisprudentielles ou légales de la compétence du juge administratif.

a) L'état du droit avant l'arrêt de 2010

Avant l'arrêt du TC Brasserie du Théâtre de 2010, la jurisprudence utilisait traditionnellement un double critère (alternatif) pour conclure à la compétence du juge administratif : un critère matériel et un critère formel

La jurisprudence utilisait principalement un critère matériel :

- Relèvent du JA les actes affectant le périmètre ou la consistance du domaine privé, que l'on désigne sous le nom d'**actes de disposition** :
 - Sont principalement visées les décisions d'aliéner ou d'acquérir un bien (CE 22 novembre 2002 Cne de Gennevilliers) mais également du refus d'aliéner un immeuble.
 - Par exemple TC 13 mars 2023, SARL Boucherie Cannoise, n° 4260
 - après que le conseil municipal de la commune de Cannes a approuvé la proposition d'acquisition du fonds de commerce de la société Boucherie cannoise et qu'un projet de compromis de vente a été établi, la commune a informé la société de son intention de ne pas acquérir le fonds de commerce dans les conditions prévues par la délibération
 - Le TC juge que l'affaire relève du JA

Les actes de disposition relèvent du JA car ils sont considérés comme détachables de la gestion du domaine privé

- En ce sens, [déjà cité Leçon 1], CE 15 mars 2017 SARL Bowling du Hainaut : à propos du retrait par le conseil municipal d'une délibération autorisant la cession de parcelles du domaine privé
 - Annulation dès lors que la vente était parfaite au vu de l'article 1583 du code civil, les parties ayant convenu du prix et de la chose

La jurisprudence peut en avoir une conception large des actes de disposition

En ce sens la décision d'un Office public d'habitat de procéder à l'abandon des droits sur les colonnes montantes situés dans plusieurs immeubles dont il a la propriété.

- Une colonne montante électrique est un équipement vertical installé dans un immeuble et qui contient l'ensemble des câbles et accessoires permettant de distribuer l'électricité à tous les étages.

Ce qui entraînait la remise de l'entretien des canalisations au concessionnaire du service public Enedis

Le TC y a vu un acte de disposition relevant du JA

- TC, 15 mai 2017, Société Enedis c/ Office public de l'habitat de l'Aisne, n° 4079)

Aux actes de disposition, on rattachera les refus de faire cesser des empiétements sur un chemin rural (qui ont une influence sur le périmètre du Dp).

A ce critère matériel toujours valable s'ajoutait un critère formel : les actes pris par les assemblées délibérantes relèvent par dérogation du JA

(CE 5 décembre 2005 Commune de Pontoy : à propos de la décision du CM de louer des terres agricoles propriétés de la commune sous le régime des baux ruraux et précisant les bénéficiaires, la consistance des terrains en cause, le loyer et la durée (conclusions Glaser, JCP A 2006, 1009)

Les décisions de nature réglementaire qui intéressent la gestion du domaine privé sont à ce titre toujours considérées par la jurisprudence comme détachables de cette gestion :

- ainsi les actes qui fixent le montant des loyers dans les immeubles du domaine privé
- ou qui visent à maintenir l'ordre public en par exemple déterminant les conditions de circulation sur les chemins ruraux).

D'autres éléments formels peuvent pris en compte :

- Les décisions attribuant des droits de chasse (qui relève de la police de la chasse) sur le domaine privé.
- Les décisions déterminant l'assiette des coupes de bois qui participe à ce titre du service public administratif de protection de la forêt
 - mais non les contrats d'achat de coupe qui relèvent de la gestion de la forêt CE 3 mars 1975 Courrière....

La tendance de la jurisprudence administrative est donc à retenir une conception très large de la notion d'acte détachable de la gestion du domaine privé.

b) L'apport de l'arrêt Brasserie du Théâtre de 2010

C'est à propos du contentieux des autorisations contractuelles que le TC va chercher à simplifier l'état du droit (TC 22 novembre 2010 Sarl Brasserie du Théâtre) en posant un nouveau considérant de principe

« la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance, ne met en cause que des rapports de droit privé et relève, à ce titre, de la compétence du juge judiciaire ; qu'il en va de même de la contestation concernant des actes s'inscrivant dans un rapport de voisinage »

Ce faisant, en insistant sur les liens avec le contrat l'arrêt revient à distinguer la compétence du juge selon l'auteur du recours

- * Ce qui veut dire qu'un même acte selon qu'il sera attaqué par le cocontractant ou un tiers pourra relever de deux juges différents. Ce qui conduit à une simplification très relative.

a) La distinction du juge compétent selon l'auteur du recours.

- * Soit le recours est formé par le cocontractant (actuel, ancien ou futur) de l'administration
- * Soit le recours est formé par un tiers

- * Ainsi, en matière contractuelle la grille de lecture du juge n'est plus matérielle mais processuelle : elle ne tient pas à l'objet de l'acte contesté mais à la situation du requérant par rapport à l'acte.

Quand le recours est formé par un cocontractant qui occupe –ou aspire à occuper- le domaine privé la jurisprudence du TC donne une nette préférence au critère matériel.

- Tous les actes adoptés par l'autorité domaniale, dès lors qu'ils portent sur la gestion du domaine privé, relèvent du JJ
 - Valorisation et protection
 - Toutes les décisions, quelle qu'en soit la forme, y compris les délibérations de l'Assemblée délibérante.
- La formule utilisée par le TC se veut englobante : tout acte par lequel l'administration initie, conduit ou termine une relation contractuelle.
 - « termine » correspond au refus du maire de renouveler le convention d'occupation du théâtre de Reims qui liait la commune à un restaurateur (TC 2010 Société Brasserie du Théâtre) relève du juge judiciaire
 - « continue » vise tout litige entre les parties portant sur les conditions d'exécution du contrat
 - La jurisprudence ne permet pas encore de dire à quoi correspond exactement le terme initial
 - En tout état de cause, elle doit comprendre les situations où l'administration organiserait une procédure de mise en concurrence
 - Dans ce cas l'administration a bien « initié » une relation contractuelle même avec les candidats évincés. Par contre, en l'absence de consultation organisée, les entreprises intéressés doivent être considérés comme des tiers (cf CE 2 décembre 2022 Commune de Biarritz)

Il reste toutefois une exception à ce bloc de compétence judiciaire dans le cas de situation contractuelle en cours : la présence d'une clause exorbitante dans le contrat.

- Le juge administratif est compétent pour tous les contrats contenant des clauses exorbitantes même relative au domaine privé (TC 15 décembre 1999 Commune de Bourisp)
- Mais le juge a désormais une conception stricte de la clause exorbitante
 - TC 12 déc 2011 Commune de Nouméa : Ainsi ne constituent pas une clause exorbitante les stipulations d'un contrat prévoyant la possibilité de chacune des parties de mettre fin au contrat de manière anticipée en respectant un préavis et le réajustement du loyer en cas de modification de la tarification municipale générale sur les loyers des immeubles communaux
 - L'explication tient ici à la reconnaissance réciproque des pouvoirs de résiliation et de modification unilatérales du contrat qui maintient l'égalité entre les parties et donc un environnement de droit privé.
 - En ce sens, TC 20 février 2008 Verrière .
 - En l'espèce, la communauté urbaine de Lyon met un immeuble à la disposition d'une entreprise pour une durée de 2 ans. La convention prévoit toutefois que la personne publique peut à tout moment et sans aucun motif retirer la jouissance de l'immeuble à condition seulement de respecter un préavis d'un mois. Il est également prévu que l'entreprise renonce à tout recours contre la communauté urbaine, pour quelque motif que ce soit. Mais le juge n'y verra pas une clause exorbitante

- Voir surtout, l'arrêt Cass. Civ. 2, 316 octobre 2013 Syndicat mixte pour la protection et la gestion de la Camargue gardoise,
 - La Cour de cassation juge que la présence d'une clause exorbitante de droit commun dans le contrat de bail rural dont le litige lui est soumis ne saurait donner à cette convention un caractère administratif.

b) Le recours est formé par un tiers

Par contre, si le recours est formé par un tiers : le contentieux se republicise

En effet, la contestation n'est pas fondée sur le contrat mais sur la légalité : le litige se détache ainsi au moins intellectuellement des rapports de droit privé né du contrat

Les tiers seront soit un contribuable de la commune, soit un élu voire le préfet ou encore un candidat à l'occupation alors qu'aucune mise en concurrence n'a été organisée.

- (CE 21 janvier 2011 Killbourg, 330653)
 - Recours formé par un particulier qui se plaignait que le Conseil municipal ait attribué à d'autres des baux ruraux sur des terres agricoles alors qu'il bénéficiait d'un droit de priorité en vertu d'une disposition du code rural (annulation de la décision du conseil municipal)

Simple en apparence, la distinction du tiers et du contractant ne règle pas toutes les difficultés

c) Une simplification très relative

Le refus de l'administration de signer un contrat à bail rural avec un tiers occupant sans titre des terres agricoles appartenant à son domaine privé va en donner une nouvelle illustration soulevant chez les juges du fond des hésitations justifiant l'intervention du TC.

- Le TC 5 mars 2012 Dewailly c/ CCAS de Caumont) y voit une décision susceptible d'être contestée devant le juge administratif
- La solution peut surprendre si on l'a comparé à l'arrêt Soc. Brasserie du Théâtre où il a été jugé que le recours contre le refus de renouvellement d'une autorisation d'occuper le domaine privé qui doit être formé devant le juge judiciaire (C'est l'arrêt du TC 2010 Brasserie du Théâtre).
 - Comment expliquer cette différence ?
 - L'explication tient à ce que dans l'arrêt Brasserie du Théâtre, le requérant était le titulaire de l'autorisation d'occuper le domaine privé. Le refus de renouvellement termine la relation contractuelle
 - Au contraire dans l'affaire Dewailly le requérant était un tiers dans la mesure où il n'était lié par aucune relation contractuelle avec l'administration et que celle-ci n'avait initié aucune procédure d'attribution d'un contrat à laquelle le requérant aurait candidaté.

La distinction, on le voit, ne manque pas de subtilité

D'autant qu'au plan contentieux, la reconnaissance de la compétence du JA appelle des conséquences originales :

1. Le recours ouvert au tiers contre l'acte détachable d'un contrat de droit privé (ce qu'est la décision de refus de signer un contrat) est le recours pour excès de pouvoir (CE 29 décembre 2014 Commune d'Uchaux) et non un recours de pleine juridiction
 - (comparer avec les conventions d'occupations du domaine public soumis à la jurisprudence CE du 4 avril 2014 Département de Tarn et Garonne qui exclut la possibilité de former un recours)

- Au demeurant, les conséquences de l'annulation par le juge administratif d'un acte détachable d'un contrat de droit privé donnent lieu à de nouvelles complications (qui ont justifié l'abandon de la jurisprudence Martin
 - Ainsi en cas d'annulation de la décision de conclure le contrat de droit privé, le juge de l'excès de pouvoir doit pouvoir enjoindre à l'administration contractante. de saisir le juge judiciaire pour statuer sur la nullité du contrat déjà conclu)
 - Ce qui n'est pas automatique mais dépend du vice justifiant l'annulation (CE 2014 Commune d'Uchaux
 - Avec en outre aucune garantie d'obtenir la nullité du contrat devant le juge civil (CE 1994 époux Lopez)