

Université Montesquieu-Bordeaux IV

Master 1 Droit et Science Politique
Année universitaire 2012-2013
Premier semestre

Droit des propriétés publiques

M. le Professeur Jean-François Brisson
Jules David, Jean-Baptiste Vila, Sébastien Ellie

Séance n° 2 :

Les critères de la domanialité publique

Document 1 : Article L 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques ;

Document 2 : Article L 2211-1 du Code général de la propriété des personnes publiques ;

Document 3 : CE, Sect., 19 octobre 1956, *Société « Le Béton »*, Rec. p. 375 ;

Document 4 : CAA Bordeaux, 3 février 2011, req. n° 10BX01818

Document 5 : Etienne Fatôme, « Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004 », *AJDA* 2005, p. 584 ;

Document 6 : Fabrice Melleray *Le code général de la propriété des personnes publiques* (1) Définitions et critères du domaine public RFDA 2006 p. 906

Document n° 7 CE Sect. 28 décembre 2009 *Société Brasserie du théâtre*, req. n° 290937

Exercice :

Le domaine public immobilier est –il trop étendu ?

Mots clés : affectation, accessoire, domanialité globale, domanialité virtuelle, énumération légale, critère, aménagement spécial, aménagement indispensable, Société Le Béton, Dauphin, immeubles à usage de bureaux

Document 1 : Article L 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui 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.

Document 2 : Article L 2211-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre Ier du livre Ier.

Il en va notamment ainsi des réserves foncières et des biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public.

Document 3 : CE, Sect., 19 octobre 1956, Société « Le Béton », Rec. p. 375

Conseil d'Etat statuant au contentieux

N° 20180

Publié au recueil Lebon

SECTION

M. Barbet, rapporteur

M. Long, commissaire du gouvernement

lecture du vendredi 19 octobre 1956

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête et le mémoire ampliatif présentés pour la société "Le Béton", société anonyme dont le siège social est ..., ladite requête et ledit mémoire enregistrés les 26 mai 1952 et 4 février 1953 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler un arrêté en date du 2 avril 1952 par lequel le Conseil de Préfecture de la Seine l'a condamnée à payer à l'office national de la Navigation la somme de 716.263 francs avec intérêts au taux légal ; Vu la loi du 28 pluviôse an VIII ; Vu les lois du 27 février 1912 et du 11 novembre 1940 ; Vu les décrets des

22 décembre 1920 et 15 septembre 1929 ; Vu le décret du 4 février 1932 ; Vu le décret du 17 juin 1938 ; Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 et le décret du 30 septembre 1953 ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par décret en date du 4 février 1932, ont été concédés à l'Office National de la Navigation, préposé, en sa qualité d'établissement public, à la gestion du service public désigné par son titre même, "1° l'exploitation de l'outillage du port de transbordement et de stockage de Bonneuil-sur-Marne ; 2° l'extension des installations actuelles du port ; 3° l'aménagement d'un port local dans le voisinage immédiat du précédent ; 4° l'aménagement éventuel d'un port industriel dans le voisinage du port actuel, en utilisant les terrains dépendant du port qui sont ou seront raccordés aux voies de terre existantes et à la voie ferrée" ; qu'aux termes de l'article 19 ter du cahier des charges annexé à ce décret "les terrains compris dans la concession pourront être loués à des particuliers pour être affectés à des usages industriels", dans les conditions définies par ledit article. Qu'il est notamment précisé, aux alinéas 3 et 4 de celui-ci, d'une part, que "les conditions de ces locations feront l'objet de contrats spéciaux qui devront, en tout cas, soit obliger le locataire en fin de bail à la remise des lieux en l'état où ils se trouvaient avant la location, soit prévoir l'abandon à l'Etat des constructions édifiées sur le terrain", d'autre part, que "ne pourront bénéficier des locations de terrains desservis par voie d'eau que les établissements commerciaux ou industriels utilisant habituellement la navigation fluviale pour la réception ou pour l'expédition des marchandises faisant l'objet de leur trafic ou de leur fabrication sur les terrains en cause" ;

Considérant, d'une part, qu'à supposer même qu'ainsi que la Société requérante le prétend, dans un bail consenti, en 1926, à la Société dont elle a pris la place, le terrain litigieux ait été déclaré faire partie du domaine privé de l'Etat, il est constant que le contrat de location qui a donné lieu à la présente instance a été conclu par l'Office national de la Navigation avec la société "Le Béton" les 24 juin et 29 juillet 1937, c'est-à-dire à une date postérieure à la concession susindiquée et sous le régime de cette concession ; que, par suite, c'est par rapport à ce régime que doit être actuellement apprécié le caractère juridique du terrain ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte des dispositions du décret du 4 février 1932 et du Cahier des charges y annexé, notamment de celles précitées, que, sous le régime de ce décret, la partie des terrains que groupe le port "industriel" constitue l'un des éléments de l'organisation d'ensemble que forme le port de Bonneuil-sur-Marne ; qu'elle est, dès lors, au même titre que les autres parties de ce port, affectée à l'objet d'utilité générale qui a déterminé la concession à l'Office national de la Navigation de la totalité de ces terrains et en raison duquel ceux-ci se sont trouvés incorporés, du fait de cette concession, dans le domaine public de l'Etat. Que la circonstance qu'à la différence des autres terrains aménagés en vue d'une utilisation commune par les usagers de ce port, les terrains dont s'agit font l'objet de contrats d'utilisation privative, au profit de particuliers ou de sociétés exerçant des activités purement privées, ne saurait avoir pour conséquence de les soustraire au régime de la domanialité publique, dès lors qu'il est dans leur nature même de ne concourir que sous cette forme au fonctionnement de l'ensemble du port et qu'il résulte, d'autre part, de l'instruction que lesdits terrains ont fait l'objet d'installations destinées à les rendre propres à cet usage par leur raccordement aux voies fluviales ferrées ou routières dont l'aménagement et la liaison constituent le port ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le contrat litigieux, dénommé "bail de location d'un terrain industriel" compris dans les limites de la concession, comportait occupation du domaine public ; qu'en se déclarant compétent pour statuer sur le litige soulevé par l'application des stipulations de ce contrat, le Conseil de Préfecture de la Seine a fait, dès lors, une exacte application des dispositions du décret du 17 juin 1938 ;

DECIDE : Article 1er : La requête susvisée de la Société "Le Béton" est rejetée. Article 2 : Les dépens exposés devant le Conseil d'Etat sont mis à la charge de la Société "Le Béton". Article 3 : Expédition de la présente décision sera transmise au secrétaire d'Etat aux Travaux publics, Transports

et Tourisme.

Document 4 : CAA Bordeaux, 3 février 2011, n° 10BX01818

I

Sur la légalité de la délibération du 12 janvier 2009 :

Considérant qu'à la suite de l'abandon du projet de construction d'un barrage sur le Cher qui prévoyait de noyer toute la vallée où se situe le bourg de Chambonchard, l'Etablissement public d'aménagement de la Loire et de ses affluents, devenu Etablissement public Loire, qui avait acquis l'ensemble des parcelles nécessaires à la réalisation du projet, a, par acte de vente signé le 18 février 2008, rétrocédé à la commune de Chambonchard les biens acquis sur son territoire, notamment les parcelles cadastrées section B n°117 et n° 491 ; que, dans le but de réaménager de manière cohérente et dynamique l'ensemble du site laissé à l'abandon depuis plusieurs années, la commune de Chambonchard, en accord avec le conseil général de la Creuse, a prévu de vendre les biens ainsi rétrocédés en privilégiant l'installation de porteurs de projet actifs s'engageant notamment à démarrer une activité économique dans un délai de deux ans à compter de la signature de l'acte d'acquisition, à présenter un projet financièrement viable et à exercer une activité permettant un potentiel de développement susceptible d'avoir un effet d'entraînement sur le développement global du site ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la demande d'achat de la grange cadastrée section B n° 491, présentée par M. Y, a été expressément rejetée par délibération du conseil municipal de Chambonchard du 28 avril 2008, au motif que cette opération allait à l'encontre du développement du bourg ; qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait à la commune de faire précéder la vente de cette grange et du jardin attenant, cadastré section B n° 117, de mesures de publicité et d'organiser une mise en concurrence des acquéreurs éventuels ; qu'ainsi le conseil municipal de Chambonchard, convoqué par le maire pour délibérer le 12 janvier 2009 sur la demande d'achat portant sur ces biens, présentée par M. X le 19 septembre 2008, a pu légalement décider de les lui vendre alors même que M. Y avait formulé une nouvelle demande d'achat de la grange le 7 mai 2008 ; qu'il n'est pas établi que les membres du conseil municipal n'auraient pas été informés de cette dernière demande et que le maire aurait refusé de leur donner des informations concernant les différentes candidatures à l'acquisition de ces biens lors de l'examen de la demande d'achat présentée par M. X ; que, par suite, c'est à tort que pour l'annuler, le Tribunal administratif de Limoges s'est fondé sur le motif que la délibération décidant de vendre la grange à M. X est intervenue sans examen de la demande de M. Y en méconnaissance du principe d'égalité énoncé par l'article 1er de la Constitution ;

Considérant qu'il appartient à la cour, saisie par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. Y ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la grange et le jardin vendus à M. X n'étaient affectés ni à un service public, ni à l'usage direct du public, et n'avaient fait l'objet d'aucun aménagement spécial de nature à leur conférer le caractère de dépendances du domaine public communal ; que la circonstance que le département de la Creuse ait été également rétrocessionnaire de terrains à la suite de l'abandon du projet de construction d'un barrage sur le Cher n'établit pas que la commune de Chambonchard, qui a acquis ces parcelles par acte de vente signé le 18 février 2008, n'en serait pas propriétaire ; que le moyen tiré de ce qu'il n'est pas démontré que les biens cadastrés


B n° 491 et B n° 117 appartenant au domaine privé de la commune le 12 janvier 2009 ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la cession des biens vendus par la commune a été consentie à M. X, qui compte s'installer avec sa compagne et leurs deux enfants, créer une activité d'artisanat et aménager un atelier d'ébénisterie favorisant la revitalisation de la commune, pour un prix de 10 000 euros, d'un montant supérieur à l'estimation des domaines, établie à 9.300 euros pour la grange et à 131 euros pour le jardin ; que la décision de lui vendre la grange cadastrée section B n° 491 et le jardin attenant, cadastré section B n° 117 ne méconnaît donc pas les conditions fixées par la commune de Chambonchard, en accord avec le conseil général de la Creuse ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. X est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Limoges a fait droit à la demande de M. Y tendant à l'annulation de la délibération du 12 janvier 2009 par laquelle le conseil municipal de Chambonchard a décidé de lui vendre la grange cadastrée section B n° 491 et le jardin attenant, cadastré section B n° 117 ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de M. X, qui n'est pas partie perdante dans la présente instance, le versement à M. Y de quelque somme que ce soit au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de M. Y le versement à la commune de Chambonchard d'une somme de 1.500 euros sur ce même fondement ;

Document 5 :

AJDA 2005 p. 584
Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004  (1)
Etienne Fatôme, Professeur à l'université Paris I
L'essentiel
Afin de permettre à l'Etat de valoriser son patrimoine immobilier, l'ordonnance du 19 août 2004 a posé le principe que les immeubles de bureaux lui appartenant relèvent du domaine privé. Cette ordonnance laisse en suspens un certain nombre de questions, au premier rang desquels la définition des immeubles concernés. Mais elle amène aussi à s'interroger sur le régime juridique des biens similaires appartenant aux collectivités territoriales.

Jusqu'au début des années 1990, l'élément le plus remarquable de l'évolution du régime de la domanialité publique a sans aucun doute été l'élargissement constant de son champ d'application. D'abord applicable uniquement à des biens très spécifiques, les rivages de la mer, les fleuves, les voies publiques ... - biens que l'on considérait comme insusceptibles de propriété privée en raison de leur affectation à l'usage général et indéterminé du public⁽²⁾ -, la domanialité publique a été en effet étendue par la jurisprudence à pour ainsi dire tous les biens immobiliers des personnes publiques affectés soit à l'usage du public⁽³⁾, soit à un service public⁽⁴⁾.

Avec le recul qui est le nôtre, cette expansion, dont Yves Gaudemet a pu dire qu'« elle n'a pas été vraiment voulue ni réfléchie » (préc., p. 59), paraît très critiquable (v. notamment, La réforme du droit des propriétés publiques, Université Paris II - Institut de la gestion déléguée, Petites Affiches 2004, n° 147). Ne serait ce que parce qu'elle aboutit à soumettre - ou, s'agissant des immeubles à usage de bureaux pour lesquels il n'existe pas de décisions expresses, à permettre de penser que sont soumis ... - à un régime identique (ou presque) des biens aussi différents que les fleuves et des immeubles à usage de bureaux et à des régimes différents des biens qui ont la même affectation - et, donc, la même importance pour l'intérêt général - selon qu'ils sont la propriété de personnes publiques ou qu'il sont loués à des personnes privées.

Mais, force est de constater que lorsqu'on la replace dans le contexte dans lequel elle s'est produite, cette expansion se comprend aisément. En effet, au risque de forcer un peu le trait, on peut dire que, jusqu'à une période très récente, il était admis, au moins de façon implicite, que le coût de l'utilisation (mais non, bien sûr, celui de construction ou d'acquisition) par les services publics de biens propriété de personnes publiques n'avait pas à être pris en compte dans le calcul du coût de fonctionnement de ces services. De ce fait, la seule chose qui importait en ce qui concerne la gestion de ces biens était de faire en sorte qu'ils soient toujours pleinement disponibles pour la réalisation de leur affectation. La domanialité publique ayant très précisément pour raison d'être d'assurer cette pleine disponibilité d'un bien à son affectation, non seulement il n'est pas étonnant, mais il est même tout à fait compréhensible qu'aussi longtemps que cette conception de l'utilisation des propriétés publiques est restée en vigueur, le domaine public ait eu tendance à englober toutes les propriétés publiques affectées à l'usage du public ou à un service public.

Mais, pour des raisons que tout le monde connaît - état des finances publiques, ouverture à la concurrence des principaux services publics industriels ou commerciaux, influence des nouveaux modes de gestion du patrimoine des entreprises et, notamment, développement des techniques « d'externalisation » (crédit-bail, *lease-back* ...) - cette conception n'a plus cours. Il est au contraire désormais admis que les personnes publiques doivent avoir une « gestion patrimoniale optimale », (rapport du groupe de travail de l'Institut de la gestion déléguée consacré à la valorisation des propriétés publiques, préc., p. 19) de tous les biens dont elles sont propriétaires, y compris de ceux qui sont affectés à des services publics ou à l'usage du public. Or, cette nouvelle conception de ce que doit être la gestion des propriétés publiques implique que puissent être atteint deux objectifs.

Elle implique, tout d'abord, que les personnes publiques aient la possibilité de ne pas être propriétaire des biens nécessaires au fonctionnement des services publics dont elles sont responsables et, donc, de cesser de l'être lorsqu'elles le sont déjà, dès lors que cette solution paraît financièrement souhaitable et n'est pas de nature à compromettre le bon fonctionnement des services concernés. Autrement dit, l'obligation qui est maintenant faite aux personnes publiques d'avoir « une gestion patrimoniale optimale » implique que les personnes publiques puissent, comme les personnes privées, « externaliser l'immobilier » de leur service public et, notamment, vendre des biens affectés à des services publics tout en continuant de les utiliser, dès lors que cela apparaît être une bonne solution du point de vue financier et que cela n'est pas de nature à compromettre le bon fonctionnement des services concernés.

En second lieu, et de façon plus classique, cette « gestion patrimoniale optimale » de toutes les propriétés publiques implique également que les personnes publiques aient la possibilité, toujours sous la même réserve de ne pas compromettre le bon fonctionnement des services publics, de valoriser toutes les utilités de leurs biens affectés à des services publics ou à l'usage du public qui ne sont pas accaparés par leur affectation et, donc, qui peuvent être source de revenu.

Or, comme la domanialité publique n'a pas été conçue pour opérer cette conciliation « protection de l'affectation - gestion patrimoniale optimale » des propriétés affectées à l'utilité publique, il n'est pas étonnant qu'elle ne permette pas de l'opérer de façon satisfaisante.



Comme toujours lorsqu'une notion ou un régime juridique cesse d'être parfaitement adapté au contexte dans lequel il doit s'appliquer, la prise de conscience de cette situation, et donc de la nécessité de réformer le droit des propriétés publiques, ne s'est effectuée que de façon très progressive. Et c'est le caractère très progressif de cette prise de conscience qui explique que, dans un premier temps, le législateur soit intervenu de façon très ponctuelle, tout d'abord pour assouplir certaines règles de la domanialité publique, notamment en autorisant la constitution « de droits réels administratifs » sur le domaine public des collectivités locales (art. 13 de la loi du 5 janvier 1988 sur le bail emphytéotique administratif), puis sur le domaine public de l'Etat (loi du 26 juillet 1994), ensuite, pour exclure du champ d'application de la domanialité publique les biens affectés à des services publics déterminés (notamment, les biens de France Télécom par la loi du 26 juillet 1996, les biens de La Poste, par la loi du 11 décembre 2001, ainsi que certains biens réalisés dans le cadre des nouveaux « contrats de PPP »). Interventions ponctuelles que le Conseil d'Etat a en quelque sorte accompagnées, en optant depuis les années 1995 pour la non-appartenance ou la possibilité de non-appartenance au domaine public chaque fois que cela paraissait possible. On en donnera pour exemples, notamment, l'avis du 31 janvier 1995 (AJDA 1997, p. 126, étude E. Fatôme et P. Terneyre), dans lequel le Conseil d'Etat adopte des solutions qui permettent de faire en sorte que de très nombreux équipements publics ne soient pas propriété publique et, donc, n'appartiennent pas au domaine public, l'arrêt du 3 octobre 1998, *EDF* (CJEG 1998, p. 490, concl. J. Arrighi de Casanova, note D. Delpirou), qui décide que les biens d'EDF n'appartiennent pas au domaine public, plus récemment, l'arrêt du 11 juin 2004, *Commune de Mantes-la-Jolie* (req. n° 261260) dans lequel le Conseil d'Etat prend la même décision en ce qui concerne les ateliers relais, ou encore l'avis du 10 juin 2004 (RFDA 2004, p. 923, note J. C.) dans lequel le Conseil d'Etat décide que l'immeuble qui abrite le siège de l'Agence France-Presse n'appartient pas au domaine public.

Mais, désormais, grâce sans doute en partie à ces interventions ponctuelles qui ont montré à la fois la possibilité de mettre en place une nouvelle domanialité publique et les inconvénients qu'il y a, en terme de cohérence, à procéder à cette mise en place par une succession de réformes et d'infléchissement très ponctuels, nul ne conteste plus la nécessité de procéder à une réforme d'ensemble de la domanialité publique, consistant notamment :

- Premièrement, à en revoir le contenu pour faire en sorte qu'elle permette de mieux concilier ce qui constitue sa raison d'être (6), à savoir assurer la pleine disponibilité des propriétés publiques pour la réalisation de leur affectation, avec la nécessaire valorisation des utilités de ces propriétés qui sont laissés libres par leur affectation.
- Secondement, à en redéfinir le champ d'application pour faire en sorte qu'elle ne s'applique qu'aux seuls biens pour lesquels l'application d'un régime - qui, même réformé, restera nécessairement très contraignant (7) - apparaît indispensable pour que la continuité du service public ou le libre exercice des libertés publiques soit préservé, sachant que, comme le Conseil constitutionnel l'a admis à plusieurs reprises, il existe d'autres moyens que la soumission au régime de la domanialité publique pour faire en sorte qu'un bien soit toujours pleinement disponible pour son affectation (v. E. Fatôme, préc.).

C'est cette réforme d'ensemble que l'article 34 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit a autorisé le gouvernement à effectuer par ordonnance dans le cadre d'une réforme, elle-même plus large, du droit des propriétés publiques.

On aurait donc pu penser que le temps des réformes ponctuelles était révolu. Mais cela aurait été sans compter avec l'état des finances publiques et la volonté du gouvernement de pouvoir procéder le plus rapidement possible à la vente d'immeubles à usage de bureaux et de pouvoir y procéder, au moins dans certains cas, dans le cadre d'opération dite de *lease-back*, c'est-à-dire d'opérations qui consistent à vendre un immeuble tout en continuant de l'utiliser et, donc, lorsqu'il s'agit d'immeubles affectés à des services publics, sans les désaffecter.

En effet, même s'il n'existe pas, tout au moins à ma connaissance, d'arrêt qui dise expressément que les immeubles à usage de bureaux, propriétés des personnes publiques, qui sont affectés à des services publics appartiennent au domaine public, de nombreux éléments, et notamment certaines conclusions de commissaire de gouvernement (v. notamment, CE 11 février 1994, *C^{ie} d'assurances La préservatrice foncière*, AJDA 1994, p. 548, note J. Dufau  ; Lebon p. 64  ; CJEG 1994, p. 197, concl. H. Toutée), permettaient de penser que tel était le cas.

Dès lors, puisque, si tel était le cas, ces immeubles ne pourraient être vendus qu'après avoir été désaffectés et déclassés, le gouvernement a estimé que, pour que les aliénations auxquelles il veut pouvoir procéder puissent s'effectuer en toute sécurité juridique - et donc au meilleur prix -, il était nécessaire qu'un texte - qui, puisqu'il s'agit potentiellement de renverser une jurisprudence, devait avoir valeur législative - affirme clairement l'appartenance des immeubles à usage de bureaux au domaine privé. C'est ce que fait l'ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004 relative au statut des immeubles à usage de bureaux et modifiant le code du domaine de l'Etat. Cependant, pour les raisons qui viennent d'être dites, et, sans doute, également parce qu'il n'existe pas de code général du domaine, mais uniquement un code du domaine de l'Etat, l'ordonnance ne procède à cette affirmation que pour les immeubles à usage de bureaux de l'Etat et de ses établissements publics, laissant ainsi ouverte la question du statut des immeubles à usage de bureaux des collectivités locales et de leurs établissements publics.

Le statut des biens immobiliers à usage de bureaux, propriété de l'Etat ou de ses établissements publics

Le statut des bureaux, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 19 août 2004, soulève deux questions, concernant, d'une part, la détermination exacte des biens immobiliers qu'il concerne et, d'autre part, la détermination de son contenu et, notamment, des limites de la soumission de principe de ces biens à un régime de droit privé qui résulte de leur appartenance au domaine privé.

La détermination des biens immobiliers qui appartiennent au domaine privé en vertu de l'ordonnance

L'article 1^{er} de l'ordonnance a ajouté au second alinéa de l'article L. 2 du code du domaine de l'Etat, une phrase ainsi rédigée : « Notamment les biens immobiliers à usage de bureaux, propriété de l'Etat ou de ses établissements publics, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public, font partie du domaine privé de ces personnes publiques ».

Par conséquent, pour qu'un bien immobilier fasse partie du domaine privé en application de cette disposition, il faut qu'il remplisse trois conditions.

La première est qu'il doit s'agir d'un bien immobilier à usage de bureaux. L'expression n'est pas

d'une parfaite clarté. Toutefois, on peut penser que les auteurs de l'ordonnance l'ont utilisée dans le sens que les praticiens de l'immobilier donnent à cette expression, notamment dans le cadre de l'application de l'article L. 510-1 du code de l'urbanisme relatif à l'agrément de locaux d'activités en Ile-de-France. En effet, par « locaux à usage de bureaux » au sens de cette réglementation, on entend des locaux qui servent à ce que les auteurs de la circulaire n° 96-138 du 14 juin 1996 relative à la réforme de la procédure d'agrément de locaux d'activités économiques en Ile de France (BO min Equip. n° 96/19) appellent « des activités de bureaux » c'est-à-dire, précisent ces auteurs, « des activités de direction, de service, de conseil, d'étude, d'ingénierie, de traitement mécanographique et d'informatique ... ». Or, si tel est bien le sens dans lequel les auteurs de l'ordonnance ont utilisé l'expression « biens immobiliers à usage de bureaux », on doit décider que font partie du domaine privé en vertu de cette nouvelle disposition de l'article L. 2 du code du domaine de l'Etat, non seulement les immeubles de bureaux *stricto sensu*, mais également les immeubles qui comprennent, en plus de bureaux, des installations autres telles que des salles de conférence, des pièces de réception, des espaces de restauration, voire des logements, dès lors qu'il s'agit d'installations liées à ce qu'il est convenu d'appeler, sans que l'on sache très précisément ce que cela recouvre, « des activités de bureaux ». Pour prendre un exemple, on peut penser que si tel est bien le sens que l'on doit donner à cette expression « biens immobiliers à usage de bureaux », les hôtels des différents ministères entrent dans le champ d'application de cette nouvelle disposition, mais que cela n'est pas le cas, bien qu'ils comprennent des bureaux, des palais de justice ou des commissariats de police, et ce parce qu'ils sont affectés à des activités qu'il paraît difficile de qualifier d'activités de bureaux. Ce qui conduit à considérer que, comme d'ailleurs l'expression « biens immobiliers à usage de bureaux » l'indique, ce qui caractérise les biens de ce type ce ne sont pas tant leurs caractéristiques physiques que l'utilisation qui en est faite ou, plus exactement, que ce sont les deux éléments à la fois.

Mais il ne s'agit là que d'hypothèses et il faudra attendre que le juge se prononce pour savoir ce qu'il faut entendre exactement par « biens immobiliers à usage de bureaux » au sens de l'article L. 2 du code du domaine.

En revanche, il ne paraît pas douteux que si les auteurs de l'ordonnance ont utilisé dans cet article l'expression « biens immobiliers » et non le terme « immeuble », alors que c'est ce terme qui est utilisé dans l'intitulé de l'ordonnance, c'est bien pour marquer que les dispositions de cet article ne s'appliquent pas qu'à « des immeubles entiers », mais qu'elles s'appliquent également aux parties à usage de bureaux d'immeubles, propriété de l'Etat ou de ses établissements publics.

Mais, dans ce cas, encore faut-il, pour que ces parties à usage de bureaux d'immeubles propriété de l'Etat ou de ses établissements publics appartiennent au domaine privé qu'une deuxième condition soit remplie.


En effet, aux termes de cette même disposition de l'article L. 2 du code du domaine de l'Etat, pour qu'un bien immobilier à usage de bureaux appartienne de plein droit au domaine privé, il faut que ce bien ne forme pas « un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public ». A s'en tenir à sa lettre, cette seconde condition paraît signifier que toute partie à usage de bureaux d'un immeuble qui comprend d'autres parties qui, du fait de leur affectation à d'autres usages », appartiennent au domaine public, appartient elle-même de plein droit à ce domaine et, appartenant de plein droit à ce domaine, est inaliénable et, donc, ne peut pas faire l'objet d'un déclassement en vue de sa cession. Autrement dit, à s'en tenir à la lettre de l'article L. 2, la partie à usage de bureaux d'un immeuble dont d'autres parties appartiennent au domaine public paraît « condamnée » à appartenir elle-même au domaine public aussi longtemps que ces autres parties y appartiendront.


Du fait de l'incompatibilité entre la domanialité publique et la copropriété, cette solution se comprendrait très bien si l'aliénation de cette partie à usage de bureaux d'un immeuble dont d'autres

parties remplissent les conditions pour appartenir au domaine public impliquait nécessairement la mise de l'immeuble en copropriété. Mais, on sait que tel n'est pas le cas et qu'il existe un moyen très utilisé en pratique pour éviter la copropriété dans une hypothèse de ce type, qui est de procéder à une division en volume.

Les auteurs de l'ordonnance ont-ils entendu interdire cette manière de procéder ? Cela n'est pas exclu puisque toute division en volume implique la constitution de servitudes conventionnelles de droit privé, constitution dont beaucoup considèrent qu'elle n'est pas possible sur le domaine public (v. sur cette question, Y. Gaudemet, préc., p. 240 et s.). Mais, cela n'est pas non plus certain dans la mesure où il est possible de retenir une interprétation moins littérale de cette deuxième condition et de décider que, par « biens immobiliers à usage de bureaux », les auteurs de l'ordonnance ont entendu désigner les biens immobiliers effectivement utilisés à cet usage par l'administration, auquel cas, dès lors que ces biens cesseraient d'être utilisés à usage de bureaux par l'administration, il serait possible de les déclasser en vue de leur cession. Mais, là encore, il faudra attendre que le juge se prononce pour savoir ce qu'il en est.

La troisième condition, enfin, est que le bien immobilier à usage de bureaux soit propriété de l'Etat ou de l'un de ses établissements publics. Le plus souvent cette troisième condition ne soulèvera aucune difficulté. Toutefois, il en sera différemment dans deux cas :

- Le premier concerne les biens immobiliers à usage de bureaux des établissements publics. En effet, pour savoir dans ce cas, si cette troisième condition est ou non remplie, il faut savoir si l'établissement public propriétaire est un établissement public de l'Etat ou, au contraire, un établissement public local. Or, dans le silence des textes, la détermination du caractère national ou local d'un établissement public peut être difficile, notamment lorsqu'il s'agit d'un établissement public sans rattachement, ainsi que cela est le cas des associations syndicales autorisées (v. CE 25 octobre 2004, *M. Asaro*, AJDA 2004, p. 91, concl M.-H. Mitjavile .

- Le deuxième cas dans lequel cette troisième condition pose un problème est celui des personnes publiques spécialisées autres que les établissements publics dont on peut considérer qu'elles sont rattachées à l'Etat (cas de la Banque de France, et de certains groupements d'intérêt public [GIP]). En effet, faut-il, en ce qui les concerne, tenir le même raisonnement que celui que le Tribunal des conflits a tenu dans son arrêt du 14 février 2000, *GIP Habitat* (AJDA 2000, p. 410, chron. M. Guyomar et P. Collin ) , à propos de l'application de l'article 34 de la Constitution à la création des GIP ? Ce raisonnement aboutirait à décider qu'il convient d'appliquer « par analogie » à ces personnes publiques les dispositions de l'ordonnance et, donc, de décider que les biens immobiliers à usage de bureaux de ces personnes appartiennent, comme ceux des établissements publics de l'Etat, au domaine privé. Cela paraîtrait normal, car on ne réussit pas à voir pourquoi ce qui vaut sur ce point pour les établissements publics ne devrait pas valoir pour ces personnes publiques spécialisées, dès lors que leur rattachement à l'Etat n'est pas douteux. Toutefois, si tel devait être le cas, encore faudrait-il décider, à propos de chacune de ces personnes, s'il convient, pour l'application de ce texte, de l'assimiler à un établissement public à caractère autre qu'industriel ou commercial ou au contraire à un établissement public à caractère industriel et commercial (EPCI), puisque, ainsi que nous allons le voir, le régime juridique des biens immobiliers à usage de bureaux de ces deux types d'établissements publics diffère sur un point.

Le régime juridique des biens immobiliers à usage de bureaux de l'Etat ou de ses établissements publics

Puisque, à l'exception de ceux qui « forment un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public », ces biens appartiennent de plein droit au domaine privé, leur régime juridique est en principe un régime de droit privé. Mais, en principe seulement, car, comme tout bien du domaine privé, ils sont, par exception à ce principe, soumis à des règles de procédure

et de fond exorbitantes du droit commun des biens, en nombre plus ou moins important selon qu'ils sont ou non utilisés par un service public.

S'agissant tout d'abord des immeubles à usage de bureaux qui ne sont pas utilisés par un service public (sans qu'il soit nécessaire de distinguer selon qu'ils l'ont ou non été puisqu'ils appartiennent dans les deux cas de plein droit au domaine privé), leur soumission au droit commun des biens trouve sa limite dans le fait qu'« à l'égal du domaine public, le domaine privé est une propriété publique » (R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, tome 2, 15^e éd., 2001, p. 538). En effet, parce qu'ils sont propriétés publiques et que pour cette raison ils doivent faire l'objet d'une protection particulière, les biens qui font partie du domaine privé sont, au même titre que ceux qui appartiennent au domaine public, soumis à un certain nombre de règles dérogatoires au droit commun des biens. Règles qui concernent surtout leur cession et sont constituées notamment par les deux principes d'insaisissabilité et d'incessibilité de ces biens au dessous de leur valeur (v. R. Chapus, préc. ; P. Yolka, préc., p. 535 et s.).

S'agissant des immeubles à usage de bureaux qui sont effectivement utilisés par des services publics - et, donc, qui leur sont affectés au sens que cette expression a dans le cadre de leur domanialité publique - leur soumission au droit commun des biens trouve une limite supplémentaire dans le nouvel article L. 54 du code du domaine de l'Etat qui est ainsi rédigé :

« Les immeubles à usage de bureaux mentionnés au second alinéa de l'article L. 2 peuvent être aliénés alors qu'ils continuent à être utilisés par les services de l'Etat ou d'un établissement public.

« Dans ce cas, l'acte d'aliénation comporte des clauses permettant de préserver la continuité du service public.

« Lorsqu'un établissement public, autre qu'un établissement à caractère industriel et commercial, envisage de procéder à la cession d'un tel immeuble qui continue à être utilisé par ses services, il doit recueillir l'accord préalable du ministre chargé du budget et du ministre de tutelle ».

Par cette disposition, les auteurs de l'ordonnance ont donc subordonné la possibilité pour l'Etat et ses établissements de vendre leurs immeubles à usage de bureaux en continuant à les utiliser à deux conditions :

- une condition générale : l'obligation d'insérer dans l'acte d'aliénation des clauses permettant de préserver la continuité du service public ;

- une condition spécifique qui ne concerne que les établissements publics autres que les EPCI et qui est constitué par l'obligation pour ces établissements, lorsqu'ils envisagent de procéder à la cession d'un immeuble à usage de bureaux qui continue à être utilisé par leurs services, de recueillir l'accord préalable du ministre chargé du budget et du ministre de tutelle.

L'exclusion des établissements publics à caractère industriel et commercial du champ de cette obligation est difficilement compréhensible. En effet, on ne voit pas d'autre justification à l'existence de cette mesure de contrôle *a priori* que la volonté de faire en sorte que l'Etat puisse vérifier, en cas d'opération de *lease-back* envisagée par un établissement public qui gère un ou plusieurs services publics « nationaux », que telle qu'elle est conçue cette opération n'est pas de nature à porter atteinte à la continuité de services publics qui, en dernier ressort, relèvent de lui. Or, on ne voit pas pourquoi cette vérification serait nécessaire lorsque l'établissement public a un caractère autre qu'industriel et commercial et ne le serait pas lorsqu'il a un tel caractère. On le voit d'autant moins que, du fait notamment de la tendance actuelle à transformer les EPIC nationaux qui constituent des entreprises publiques en sociétés de droit privé (France Télécom, EDF-GDF, et demain Aéroports de Paris ...), de plus en plus d'EPIC nationaux sont des EPIC « par commodité »,

pour reprendre l'expression utilisée par le Conseil d'Etat. C'est-à-dire des EPIC qui gèrent un ou plusieurs services publics à caractère administratif et, donc, en tout point comparable aux services gérés par les établissements publics qui ont un caractère autre qu'industriel et commercial. De plus, si l'on admet, ce qui paraît difficile, que cette mesure de contrôle *a priori* est nécessaire pour ne pas priver de garantie légale le principe de continuité du service public, force est de décider que cette exclusion des EPCI de son champ d'application est inconstitutionnelle.

Mais ce qu'il faut surtout regretter, c'est que, telle qu'elle est rédigée, la disposition des deux premiers alinéas de l'article L. 54 est de nature à donner une idée fautive de ce qu'est le régime juridique des biens du domaine privé affectés à des services publics, et ce à un double point de vue.

Le premier concerne la possibilité d'aliéner des immeubles du domaine privé affectés à des services publics sans désaffectation préalable.

En effet, telle qu'elle est rédigée (« Les immeubles à usage de bureaux [...] peuvent être aliénés [...] »), cette disposition est de nature à laisser croire qu'en principe les immeubles du domaine privé affectés à des services publics sont inaliénables aussi longtemps que leur affectation est maintenue et qu'il ne peut en être autrement que si un texte autorise l'aliénation d'immeubles de ce type. Or, sauf à remettre en cause la conception générale du domaine privé, tel ne peut pas être le cas puisque l'une des caractéristiques fondamentales du domaine privé est que les biens qui en font parties sont aliénables, y compris lorsqu'ils sont affectés à des services publics, dès lors, dans ce cas, que leur aliénation n'est pas de nature à porter atteinte à la continuité du service auxquels ils sont affectés. Autrement dit, contrairement à ce que l'article L. 54 est de nature à laisser croire, le principe n'est pas que les biens du domaine privé affectés à des services publics sont inaliénables sauf exceptions prévues par les textes, mais il est, au contraire, qu'ils sont aliénables sauf lorsque leur aliénation paraît susceptible de porter atteinte à la continuité du service public auquel ils sont affectés. Et on peut d'ailleurs penser que si l'article L. 54 a été rédigé comme il l'a été, c'est uniquement parce que, soucieux de faire en sorte que les acquéreurs « en *lease-back* » n'aient aucun doute en ce qui concerne la possibilité de recourir à cette technique, les auteurs de l'ordonnance ont considéré que « ce qui va sans dire va sans doute mieux en le disant », au risque de paraître méconnaître un élément essentiel du régime juridique du domaine privé.

Le deuxième élément du régime de la domanialité privée dont l'ordonnance est de nature à donner une idée fautive est constitué par les conséquences du principe de continuité du service public sur la gestion en général des biens du domaine privé affectés à des services publics.

En effet, cette disposition relative à l'aliénation des immeubles à usage de bureaux que l'Etat ou ses établissements publics continuent à utiliser est de nature à laisser croire que le principe de continuité du service public n'emporte de conséquences, en ce qui concerne la gestion des biens du domaine privé affectés à des services publics, que lorsqu'il s'agit de leur aliénation. Or, tel n'est bien sûr pas le cas. En effet, le principe de continuité des services publics ayant valeur constitutionnelle, les autorités chargées de la gestion des biens du domaine privé affectés à des services publics ont l'obligation de le respecter dans toutes leurs décisions et ne doivent donc prendre aucune mesure qui serait de nature à lui porter atteinte. Pour prendre un exemple, bien que le texte ne le dise pas, il ne paraît pas douteux que les contrats par lesquels l'Etat et ses établissements publics autorisent l'occupation d'une partie d'un immeuble à usage de bureaux dont les autres parties sont affectées à un service public doivent comporter, tout autant que l'acte d'aliénation d'un tel immeuble, les clauses nécessaires pour que cette occupation ne puisse pas porter atteinte à la continuité du service. Ce qui signifie notamment que l'administration doit, lorsqu'elle autorise l'occupation d'immeubles de ce type, écarter l'application des diverses législations sur les baux lorsque cette application paraît susceptible de compromettre la continuité du service public auquel l'immeuble est affecté (v., en ce sens, T. confl. 17 novembre 1975, *Leclert*, Lebon p. 800 ; CE 25 février 1980, *Rivière*, Lebon p. 122 ; TA Paris 15 décembre 1998,

SA Collège Sainte-Barbe, Dr. adm. 1999, n° 102).

De là à conclure que l'intérêt de l'appartenance au domaine privé et non au domaine public des immeubles à usage de bureaux de l'Etat et de ses établissements publics qui sont affectés à leur service public et, plus largement, de tout immeuble affecté à un service public est en réalité très limité, il y a un pas qu'il faut se garder de franchir.

Il existe, en effet, une différence fondamentale entre un bien affecté à un service public qui appartient au domaine privé et un bien affecté à un service public qui appartient au domaine public : le second est soumis à un régime entièrement dérogatoire au droit commun, qui est le même pour tous les biens du domaine public, alors que le premier, lui, est soumis à un régime qui ne déroge au droit commun que dans la mesure où cela apparaît nécessaire pour assurer la continuité du service public⁽⁸⁾. Autrement dit, alors que le second peut être soumis - et est le plus souvent soumis - à des règles qui, en ce qui le concerne, n'apparaissent pas nécessaire pour préserver la continuité du service public, le premier lui est soumis à un régime qu'il est possible « de tailler sur mesure » en fonction de ce qu'exige dans chaque hypothèse la préservation de la continuité du service public.

Les conséquences de l'ordonnance sur le statut des immeubles à usage de bureaux des collectivités locales et de leurs établissements publics

A première vue, il paraît tentant de tenir un raisonnement *a contrario* et de considérer que puisque l'ordonnance a décidé que les immeubles à usage de bureaux de l'Etat et de ses établissements publics font parties du domaine privé, mais n'a pas décidé la même chose en ce qui concerne les immeubles à usage de bureaux des collectivités locales et de leurs établissements publics, c'est qu'à la différence de ceux de l'Etat et de ses établissements ces immeubles continuent à faire partie du domaine public.

Mais un tel raisonnement est très contestable.

En effet, contrairement à ce que la loi a fait pour les immeubles du domaine public de France Télécom, de La Poste, de DCN (Direction des constructions navales), et fera demain pour les immeubles d'Aéroport de Paris, l'ordonnance n'a pas procédé au déclassement du domaine public des immeubles à usage de bureaux de l'Etat et de ses établissements publics, mais elle s'est contentée d'affirmer que ces immeubles font parties du domaine privé.

Or, la différence est très importante.

En effet, si l'ordonnance avait procédé au déclassement du domaine public des immeubles à usage de bureaux de l'Etat et de ses établissements publics⁽⁹⁾, force aurait été de considérer que, faute d'avoir fait l'objet d'une mesure de déclassement comparable, les immeubles à usage de bureaux affectés à des services publics des collectivités locales et de leurs établissements publics font partie du domaine public de ces collectivités et établissements. Mais, dès lors que tel n'est pas le cas et que l'ordonnance se contente d'affirmer que les immeubles à usage de bureaux de l'Etat et de ses établissements publics font partie du domaine privé, sans dire ou laisser entendre qu'avant l'ordonnance ils faisaient partie du domaine public dès lors qu'ils étaient affectés à des services publics, il devient possible de considérer que l'ordonnance est intervenue non pas pour mettre fin à l'appartenance de ces immeubles au domaine public, mais pour mettre fin à l'incertitude qui existait avant l'ordonnance sur ce point.

Or, si l'on admet que telle est la raison d'être de l'ordonnance, on doit également admettre que, non seulement elle n'implique en aucune façon que les immeubles à usage de bureaux des collectivités locales et de leurs établissements publics font partie du domaine public, mais qu'elle constitue, au contraire, une invitation à admettre leur appartenance au domaine privé. En effet, on ne voit pas

pourquoi ce qui vaut pour les immeubles de l'Etat ne vaudrait pas pour ceux des collectivités locales. C'est une invitation qu'il est très facile au juge de suivre, puisqu'il lui suffit, pour ce faire, de redonner vie à la condition « d'aménagement spécial » et de décider que, sauf exception, les immeubles à usage de bureaux des collectivités locales et de leurs établissements publics affectés à des services publics n'appartiennent pas au domaine public, faute de remplir la condition « d'aménagement spécial ».

Pour les raisons que nous avons exposées, cette décision aurait, entre autres, pour conséquence que, bien qu'aucun texte ne le prévoie, ces immeubles pourraient, comme ceux de l'Etat, être aliénés sous désaffectation préalable, sous réserve toutefois que « l'acte d'aliénation comporte des clauses qui permettent de préserver la continuité du service public ». Et, s'agissant des immeubles des établissements publics locaux, elle aurait également pour conséquence que, sauf disposition contraire de leur statut, ces établissements pourraient procéder à des aliénations de ces immeubles sans avoir à recueillir l'accord préalable de leur collectivité de rattachement. Ceci pourrait paraître paradoxal dans la mesure où, en vertu de l'ordonnance, nous l'avons vu, les établissements publics nationaux, à l'exception de ceux qui présentent un caractère industriel et commercial, doivent recueillir un tel accord. Paradoxe dont il paraît malgré tout difficile de considérer qu'il fait obstacle à l'affirmation par le juge de l'appartenance des immeubles à usage de bureaux des collectivités locales et de leurs établissements publics au domaine privé, à condition il est vrai d'admettre que cette mesure de contrôle *a priori* ne correspond pas à une exigence constitutionnelle. Toutefois, sauf contentieux en cours, il paraît peu probable qu'une telle affirmation, à supposer que le juge la considère possible, se produise avant l'entrée en vigueur du futur code des propriétés publiques dont on peut espérer qu'il définira mieux que ne l'a fait l'ordonnance le régime des biens affectés à des services publics qui n'appartiennent pas au domaine public.

Mots clés :

DOMAINE * Déclassement * Inaliénabilité * Domaine privé * Bureaux

(1) Voir les autres études du dossier sur « Le droit du domaine entre impératif de protection et souci de valorisation » : L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat, par Jean-Pierre Duprat ; L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, par Jean-François Brisson ; Faut-il définir le domaine public et comment ? Méthode énumérative et méthode conceptuelle, par Hubert Hubrecht .

(2) V. notamment, sur cette conception, Philippe Yolka, *La propriété publique*, LGDJ, 1997.

(3) Pour ainsi dire, car, par exception à ce principe, certains biens qui remplissent ces deux conditions, ont été maintenu par la jurisprudence en dehors du domaine public, comme les forêts domaniales ou les immeubles de logement des offices HLM.

(4) La condition d'aménagement spécial ayant fait progressivement l'objet d'un « quasi abandon » pour reprendre l'expression d'Yves Gaudemet (*Droit administratif*, LGDJ, tome 2, 12^e éd., 2002, p. 86).

(5) V. pour ne prendre qu'un exemple, les contradictions qui existent entre le régime des droits réels sur le domaine public de l'Etat et sur celui des collectivités locales.

(6) Tout au moins lorsqu'elle concerne le domaine artificiel car, s'agissant du domaine naturel, on peut penser qu'elle a également pour raison d'être d'assurer la protection d'éléments du patrimoine national ; v. E. Fatôme, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA 2003, p. 1192).

(7) En effet, ainsi que le soulignait le président Labetoulle dans son rapport de synthèse des travaux du colloque, *Domaine public et activités économique*, « il faut sans doute se garder d'une illusion ; on peut atténuer les aspérités de la domanialité publique, mais il est sans doute illusoire de penser que l'on peut avoir simultanément les avantages inhérents à des logiques sinon opposées du moins substantiellement différentes. On ne peut pas revendiquer, d'une part, l'idée d'une protection domaniale forte, au nom de la police, ou des libertés publiques ou de l'intérêt général, et revendiquer, d'autre part, les avantages économiques d'une exploitation en quête de rentabilité ; il y a là deux approches également légitimes et respectables, mais entre lesquelles il faut choisir et que l'on ne peut impunément confondre ou réunir ».

(8) Ainsi que la protection de la propriété publique, mais cet élément est commun au domaine public et au domaine privé.

(9) Tout au moins de ceux qui sont effectivement utilisés par des services publics ou qui ont cessé de l'être mais qui n'ont pas été déclassés car pour les autres le problème ne se pose pas.

Fabrice Melleray, Le code général de la propriété des personnes publiques (1)
Définitions et critères du domaine public, RFDA 2006 p. 906

L'arrêt *Société « Le Béton »* n'est plus un grand arrêt (2) ! L'arrêt *Sieur Dauphin* n'est plus une grande décision (3) ! Ces affirmations, qui pourront surprendre, signifient uniquement que ces décisions, respectivement mises en valeur par les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* et par l'auteur des *Grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif* ne sont probablement plus, depuis l'entrée en vigueur de la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, représentatives de l'état du droit positif. Seul demeure valable, parmi les principales références jurisprudentielles classiques, l'arrêt *Mougamadousadagnetoullah* mieux connu sous le nom de *Marécar* (4).

La définition du domaine public était jusqu'à présent jurisprudentielle. Nul n'ignore à cet égard que le code du domaine de l'Etat, dépassé sur ce point comme sur d'autres dès sa publication en 1957 (5), était en la matière tenu pour quantité négligeable par le juge et par la doctrine (6). Son article L. 2 avait en effet dès cette époque plus d'un demi-siècle de retard, affirmant à la suite des auteurs du XIX^e siècle que les biens de l'Etat « qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée sont considérés comme des dépendances du domaine public national ».

La définition, ou plus exactement les définitions, du domaine public seront désormais législatives (dès lors évidemment que l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 (7) aura été ratifiée). Le domaine public immobilier est défini à l'article L. 1211-1 du code alors que le domaine public mobilier, dont l'existence est enfin consacrée de manière solennelle et générale, est défini à l'article L. 2112-1. Et l'on peut raisonnablement estimer que le juge administratif ne négligera pas ces définitions même si c'est bien sûr lui qui leur confèrera toute leur signification tant il est incontestable que toute interprétation est en partie au moins une oeuvre de création (8). Le code général de la propriété des personnes publiques constitue ainsi une nouvelle étape dans le mouvement contemporain de codification de questions hier encore jurisprudentielles (9). La définition du domaine public n'est de surcroît qu'un exemple parmi d'autres de l'ample codification de la jurisprudence opérée par le code général de la propriété des personnes publiques, qu'elle ait eu lieu à droit constant comme pour le principe d'insaisissabilité des biens publics (10), la théorie des mutations domaniales (11), ou encore la définition du rivage de la mer (12) ou qu'elle ait été opérée comme sur notre objet d'étude de manière plus innovante.

Le cas de la définition du domaine public est toutefois tout à fait essentiel car est ici en cause une « notion-clef » (13) du droit administratif. Il ne s'agit pas à son propos de mettre en forme des textes épars ou de codifier à droit constant la définition jurisprudentielle d'une notion secondaire, accessoire ou d'utilisation limitée mais bien au contraire de moderniser une théorie fondamentale. Cette volonté, exprimée clairement dès la première loi d'habilitation (14), reposait sur un constat partagé de manière à peu près unanime : celui de « l'hypertrophie » (15) du champ de la domanialité publique, phénomène évidemment problématique à l'heure où la souplesse de gestion et surtout la valorisation économique des propriétés publiques sont recherchées de manière accrue. Il s'agissait donc bien, comme l'affirme sans détour le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance, de « proposer une définition qui réduit le périmètre de la domanialité publique » (16).

Cette ambition, peut-être même cette quête tant cette préoccupation est ancienne et a suscité de nombreux travaux (17),

Les codificateurs avaient donc un objectif clair : réduire le champ du domaine public tout en conservant la distinction domaine public/domaine privé et en consolidant ainsi un cadre classique que l'on pouvait pourtant considérer comme fortement fragilisé par les évolutions récentes du droit positif (34). Ils s'étaient ainsi fixés une mission d'adaptation bien plus que d'*aggiornamento* théorique. Ils étaient également libres des moyens à mettre en oeuvre pour atteindre cette fin. Fallait-il opter pour la méthode énumérative, renouant ainsi avec la logique injustement décriée du droit intermédiaire, ou au contraire utiliser la méthode conceptuelle en tentant de trouver un nouveau critère réducteur de la domanialité publique (35) ?

Il est bien connu que l'histoire de la définition du domaine public immobilier est depuis déjà un siècle celle de la recherche d'un critère réducteur de ladite domanialité, celle d'un véritable « bricolage juridique » (58). En effet, à partir du moment où la thèse dominante au XIX^e siècle, suivant laquelle la domanialité publique se limitait aux biens affectés à l'usage direct du public et insusceptibles de faire l'objet d'une appropriation privée (59), a été à peu près abandonnée et que l'affectation à l'utilité publique (60) ou au service public (61) ont été mises en avant, il a été

nécessaire de trouver un moyen d'éviter que tous les biens publics affectés à un service public soient soumis au régime jugé trop contraignant de la domanialité publique. Le principal problème était à cet égard le cas, cité par la plupart des auteurs classiques, des immeubles de bureaux (62).

Il s'est alors agi pour la doctrine puis, pour la jurisprudence, de déterminer un critère permettant de faire en sorte que seuls certains biens affectés à un service public appartiennent au domaine public. Approfondie dans sa thèse par un juriste poitevin, Etienne Coquet (63), cette recherche sera en particulier menée par Marcel Waline (64) dont l'analyse sera reprise par Roger Latournerie (65), adoptée par la Commission de réforme du code civil présidée par Léon Julliot de la Morandière (et dans laquelle Roger Latournerie joua sur cette question un rôle déterminant) (66) et enfin consacrée par la jurisprudence judiciaire (67), puis de manière implicite et enfin explicite par la jurisprudence administrative de la seconde moitié des années 1950 (68). Le critère de l'aménagement spécial était né.

Mais il est rapidement apparu (69) que ce critère ne remplissait pas la mission qui aurait dû être la sienne (70). Le constat de cette insuffisance n'était d'ailleurs pas que doctrinal, le coup de grâce étant donné en deux temps par le Conseil d'Etat lui-même en 1978 et 1985.

En 1978 d'abord, avec les célèbres conclusions du président Labetoulle sur l'arrêt d'Assemblée *Lecoq* : « Le critère de l'affectation à un service public est principal. Le critère de l'aménagement spécial est secondaire. Et, allant peut-être au-delà de ce qu'impliquent vos arrêts, nous dirions volontiers que lorsqu'un immeuble, propriété d'une personne publique, est le siège d'un service public, cette affectation présume l'aménagement spécial, présume la domanialité publique. Et, de fait, votre jurisprudence récente ne nous paraît pas offrir d'exemple où, en présence d'une telle affectation, vous ayez fait céder cette présomption » (71). Tout est dit. L'aménagement spécial n'est conservé que pour permettre le cas échéant au juge d'adapter sa jurisprudence « finaliste et empirique » (72).

1985 ensuite, avec le si controversé arrêt *Eurolat* (73) et la consécration de la domanialité publique virtuelle ou plus exactement de la domanialité publique par anticipation : « un terrain appartenant à une collectivité publique, affecté à un service public, et destiné par les parties à être aménagé à cet effet » doit être soumis aux principes de la domanialité publique. Bref, l'aménagement spécial semble souvent présumé, peut se résumer à pas grand-chose comme d'ailleurs dans l'arrêt *Le Béton* lui-même, et peut même simplement être envisagé, prévu de façon certaine.

Si l'on ajoute à cela l'application traditionnellement extensive des théories de l'accessoire et de la domanialité publique globale (74), ainsi que la confirmation au milieu des années 1980 de la possibilité pour un établissement public d'avoir un domaine public (75), et ce qu'il s'agisse d'un établissement public administratif ou d'un établissement public industriel et commercial (76), on comprendra aisément que l'« hypertrophie » de la domanialité publique ait probablement atteint son paroxysme au milieu des années 1980, incitant à envisager de nouveaux remèdes.

Compte tenu de cette situation, plusieurs options étaient envisageables afin de réduire le champ de la domanialité publique immobilière.

On pouvait tout d'abord, à l'instar de ce que préconisera rapidement la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat dans ses *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques* adoptées en 1986 (77), user de la méthode énumérative. Les suggestions du rapport sur le droit des propriétés publiques étaient en effet, sur cette question, les suivantes. Constatant qu'une évolution jurisprudentielle ne suffirait pas et qu'une intervention législative s'imposait, le Conseil d'Etat proposait une réforme législative mettant en oeuvre une démarche en plusieurs temps (78). Tout d'abord, le législateur aurait affirmé que les immeubles publics « qui ne sont pas qualifiés de dépendances du domaine public par des dispositions législatives particulières, sont aliénables lorsque l'autorité compétente pour engager la collectivité publique propriétaire a décidé qu'ils sont devenus inutiles pour l'exercice de ses attributions légales ». La domanialité publique aurait ainsi été recentrée sur un « noyau dur » (79) d'ores et déjà prévu par la législation existante. Puis le législateur aurait, au sujet des immeubles n'appartenant pas à ce « noyau dur », énuméré « les catégories d'immeubles pour lesquelles cette décision doit être précédée d'une enquête publique, être motivée et faire l'objet d'une publicité adaptée avant l'acte d'aliénation ». Et, dissociant les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, le Conseil d'Etat proposait aussi que la loi comporte « des dispositions ayant pour objet de rendre imprescriptibles certaines catégories d'immeubles qui deviendraient aliénables du fait de l'abandon du critère jurisprudentiel général de la domanialité publique, ou même tous les immeubles appartenant aux personnes morales de droit public ». Le cadre imaginé par le Conseil d'Etat, s'il n'était pas sans garanties pour les propriétés publiques, était doublement révolutionnaire. Non seulement, il renversait le principe suivant lequel un immeuble public affecté à un service public appartient au domaine public s'il est spécialement aménagé mais encore il optait de manière radicale pour la méthode énumérative au détriment de la méthode conceptuelle.

Le législateur n'a jamais franchi le pas. Il a toutefois retenu que la méthode énumérative était un moyen commode non pas pour définir positivement le domaine public immobilier mais au contraire pour en réduire les contours, autrement dit pour exclure du champ de la domanialité publique certaines dépendances qui auraient dû y appartenir en application du critère général (80). Tel est ainsi le cas des biens immobiliers de l'exploitant public La Poste depuis la loi du 11

décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier⁽⁸¹⁾. Tel est aussi le cas des immeubles de bureaux de l'Etat et de ses établissements publics depuis l'ordonnance du 19 août 2004⁽⁸²⁾. Le code général de la propriété des personnes publiques consolide d'ailleurs ce mouvement, étendant cette dernière hypothèse aux réserves foncières et aux immeubles de bureaux des collectivités territoriales et des établissements publics locaux⁽⁸³⁾, s'inscrivant ainsi dans le sillage d'une interprétation audacieuse de l'ordonnance du 19 août 2004⁽⁸⁴⁾.

Les codificateurs auraient pu se contenter de poursuivre sur cette voie⁽⁸⁵⁾, à la fois facile à utiliser et dans une certaine mesure assez commode. Les mises en garde les incitant par avance à ne pas se risquer à proposer une nouvelle définition conceptuelle ne manquaient pas, qu'on songe aux propos tenus par Marie-Aimée Latournerie lors du colloque de Saint-Maur organisé en 1990 sur le thème « domaine public et activités économiques » : « il ne faut pas se cacher que la réécriture législative d'un critère général du domaine public serait parfaitement hasardeuse (...) il faut donc peut-être essayer de biaiser et de s'en tirer autrement »⁽⁸⁶⁾.

Ils ont cependant préféré s'inspirer sur ce point des « travaux de législation privée » réalisés par l'Institut de la gestion déléguée. Il ne faut d'ailleurs guère s'en étonner, les auteurs du rapport de ce *think tank*, pour l'écrire à l'anglo-saxonne, ayant pour certains d'entre eux (Yves Gaudemet en tête bien sûr) joué un rôle essentiel dans l'élaboration du code général de la propriété des personnes publiques. Les propositions du groupe de travail de l'Institut de la gestion déléguée, rendues publiques début 2004⁽⁸⁷⁾, n'ont certes pas toutes été adoptées, qu'on songe à la réduction du champ du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques par exemple⁽⁸⁸⁾, mais l'orientation du nouveau code est clairement celle prônée dans ce rapport plaidant en faveur de la valorisation des propriétés publiques. Afin de réduire le champ de la domanialité publique, le groupe de travail suggérait d'adopter la définition suivante : « Les biens appartenant à une personne publique sont soumis au régime de la domanialité publique lorsqu'ils sont affectés à l'usage direct du public ou ont fait l'objet d'aménagement spéciaux indispensables à une activité de service public ».

Le code retient le mot indispensable mais ne se contente pas de l'accoler au terme spécial, abandonnant au contraire ce dernier. L'aménagement spécial appartient donc à l'histoire du droit, l'aménagement spécial indispensable reste une « simple » proposition doctrinale, et c'est l'aménagement indispensable qui acquiert valeur positive !

Tel est en effet l'apport essentiel de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques qui définit de la manière suivante la consistance du domaine public immobilier : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui 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 ».

L'article suivant précise que « font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indispensable »⁽⁸⁹⁾. Il s'agit selon le rapport de présentation accompagnant l'ordonnance de « figer des critères d'indissociabilité physique et de lien fonctionnel formulés de façon variable par le juge »⁽⁹⁰⁾.

On constate immédiatement que la définition législative du domaine public immobilier demeure conceptuelle. Cependant, et comme on pouvait s'y attendre dans la mesure où, comme l'a démontré Hubert-Gérald Hubrecht, la méthode conceptuelle va classiquement de pair avec un recours discret à son homologue énumérative, le code use à titre subsidiaire de la méthode énumérative afin d'exclure du domaine public des dépendances qui auraient pu (ou dû) y appartenir en application de la définition conceptuelle. Tel est l'apport de l'article L. 2212-1 du code, inclus dans un titre intitulé « consistance du domaine privé », qui précise que « font également partie du domaine privé : 1° Les chemins ruraux ; 2° Les bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier ». Ces exclusions du champ de la domanialité publique sont évidemment classiques et nullement innovantes.

Elles ne doivent toutefois pas être confondues avec les dispositions du second alinéa de l'article précédent du code. Cet article L. 2211-1, sous le titre « dispositions générales », reprend tout d'abord dans son premier alinéa de manière fort classique la définition « en creux » du domaine privé : « Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre I^{er} du livre I^{er} ». Son second alinéa précise qu'il « en va notamment ainsi des réserves foncières et des biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public ».

Il ne s'agit nullement ici, la structure du code et la rédaction de cet article en témoigne, de réduire le champ d'application du critère conceptuel par un recours à la méthode énumérative mais simplement d'illustrer (comme en témoigne l'usage de la formule « Il en va notamment ainsi ») le champ de la domanialité privée. Cette disposition était dès lors à certains égards inutile. Mais sans doute les rédacteurs du code ont-ils souhaité guider les interprètes et éviter les contre-sens en reprenant notamment expressément les termes de l'ordonnance du 19 août 2004 et en en étendant le champ d'application. Il fait toutefois peu de doute que dans leur esprit les bureaux ne font pas l'objet d'un aménagement

indispensable⁽⁹¹⁾ pas plus que les réserves foncières. Néanmoins, par précaution ou par pédagogie, il a été choisi de l'écrire. Il s'agit assurément d'un des moyens permettant d'atteindre l'objectif que les codificateurs se sont assigné : réduire le champ de la domanialité publique.

Au-delà de cette différence avérée de méthode, il convient d'apprécier l'étendue de la convergence des résultats.

Quelle réduction pour le champ du domaine public immobilier ?

On dispose au sujet de cette interrogation d'une certitude, d'une quasi-certitude et d'une probabilité sérieuse.

La certitude ne nous retiendra guère, ayant déjà été mentionnée. Il s'agit de la confirmation de la sortie du domaine public des immeubles de bureaux (hors ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public) de l'Etat et de ses établissements publics et de l'extension de cette solution aux collectivités territoriales.

Il y a tout de même ici un élément essentiel tant ces ensembles immobiliers sont considérables. Rappelons à cet égard que l'on considère, même si les chiffres doivent en la matière être maniés avec prudence malgré les progrès récemment opérés dans l'évaluation de la consistance des propriétés publiques⁽⁹²⁾, que l'Etat contrôlait en 2005 près de 28 000 immeubles d'une valeur estimée à environ 38 milliards d'euros⁽⁹³⁾. Les ordonnances du 19 août 2004 et du 21 avril 2006 répondent ainsi, mieux vaut tard que jamais, aux inquiétudes de la doctrine classique. Suffit-il, s'inquiétait Marcel Waline dans sa célèbre thèse, « 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 au détriment des tiers, des voisins, qui ne pourraient plus prescrire sur lui la moindre servitude, le droit le plus anodin »⁽⁹⁴⁾ ? Tel n'est plus le cas. L'enjeu n'est toutefois plus tout à fait le même que dans les années 1920. Il ne s'agit en effet pas ici de protéger les voisins mais plutôt de permettre aux propriétaires publics de réduire leur dette en aliénant des biens encore affectés. Ces aliénations ne sont certes pas opérées sans garanties (au moins en ce qui concerne l'Etat et ses établissements publics), l'article L. 3211-2 du code précisant que « les biens immobiliers à usage de bureaux mentionnés à l'article L. 2211-1, qui sont la propriété de l'Etat, peuvent être aliénés alors qu'ils continuent à être utilisés par les services de l'Etat. Dans ce cas, l'acte d'aliénation comporte des clauses permettant de préserver la continuité du service public »⁽⁹⁵⁾.

L'avenir dira si ces garanties seront suffisantes et surtout, ce dont on peut sérieusement douter, si les opérations opérées sur cette base seront financièrement profitables sur le long terme. On constate en tout état de cause que le droit positif a substantiellement évolué au sujet de ce qui constituait encore hier une part essentielle du domaine public immobilier. Ces immeubles passent du domaine public au domaine privé pour basculer ensuite éventuellement de la propriété publique à la propriété privée tout en continuant à être affectés. D'un Etat propriétaire dont les immeubles de bureaux faisaient l'objet d'un régime très protecteur on aboutit à un Etat locataire. L'évolution est assurément saisissante. On pourra certes objecter que l'affectation semble protégée et que l'exorbitance du régime applicable à ces biens demeure en partie. Le mouvement n'en est pas moins spectaculaire. Et, comme l'a lumineusement exprimé Philippe Yolka, « cette perte de la maîtrise domaniale aura un coût. Coût financier, parce que la méthode - céder pour relouer - emprunte au *Sapeur Camember* : on ne vend qu'une fois, et c'est pour longtemps ; d'où l'appauvrissement des administrations, des loyers en plus et des recettes d'exploitation en moins. C'est sacrifier le long terme au temps court »⁽⁹⁶⁾.

La quasi-certitude sera sans doute très bien accueillie par la plupart des commentateurs. Il s'agit de la disparition annoncée de la « théorie » de la domanialité publique virtuelle ou par anticipation. Cette théorie, consacrée par le Conseil d'Etat aussi bien au contentieux⁽⁹⁷⁾ qu'en formations administratives⁽⁹⁸⁾, consiste à considérer qu'à partir du moment où une personne publique prévoit de façon certaine d'affecter un immeuble dont elle est propriétaire à l'usage direct du public ou à un service public moyennant un aménagement spécial, ce bien est soumis dès ce moment aux « principes de la domanialité publique ».

Cette construction rendait assurément encore plus illusoire le critère de l'aménagement spécial. Mais méritait-elle toutes les critiques qui lui ont été opposées⁽⁹⁹⁾ ? Est-il en effet si choquant d'imposer par anticipation à une personne publique qui a (en principe) librement choisi d'affecter un bien et de l'aménager les règles de la domanialité publique ? Si elle ne voulait pas les appliquer, il lui suffisait de ne pas prévoir de façon certaine cette affectation ! Néanmoins, cette « théorie » avait mauvaise presse et était jugée exagérément contraignante. Il fallait donc apparemment impérativement y renoncer. Mais autant l'objectif était simple autant sa réalisation s'est avérée plus délicate. On aurait pu envisager d'introduire dans l'article L. 2111-1 du code définissant le domaine public immobilier une formule précisant que le simple fait de prévoir de manière certaine une affectation ne saurait induire, avant que cette affectation soit réalisée (et, s'il s'agit d'une affectation à un service public, avant qu'un aménagement indispensable à l'exécution dudit service n'ait été opéré), l'application des règles de la domanialité publique.

Les rédacteurs de l'ordonnance ont opté pour davantage de discrétion, considérant apparemment que l'usage de la formule « pourvu qu'ils fassent l'objet d'un aménagement spécial » impliquait que cet aménagement devait être établi

avant que le bien entre dans le domaine public. Craignant sans doute d'être mal compris, ils insistent particulièrement sur ce point dans le rapport accompagnant l'ordonnance : « C'est désormais la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable pour concrétiser l'affectation d'un immeuble au service public qui déterminera de façon objective l'application à ce bien du régime de la domanialité publique. De la sorte, cette définition prive d'effet la théorie de la domanialité publique virtuelle »⁽¹⁰⁰⁾. Par suite, si le texte de l'ordonnance pourrait être interprété comme ne condamnant pas expressément la domanialité publique par anticipation, la prise en compte de la volonté clairement affirmée des rédacteurs de l'ordonnance devrait très vraisemblablement inciter le Conseil d'Etat à renoncer à cette construction, réduisant ainsi encore le champ d'application des règles de la domanialité publique.

Le troisième et dernier point ici abordé est un peu plus incertain et ce alors même que l'intention des auteurs du code est tout à fait évidente. L'aménagement indispensable réduira davantage le champ de la domanialité publique que l'aménagement spécial qui n'a pas joué le rôle qui lui avait pourtant été assigné lors de sa consécration. La condition d'aménagement indispensable semble ainsi plus restrictive que celle d'aménagement spécial⁽¹⁰¹⁾. Mais on est tout de même bien en peine pour déterminer *a priori* ce qu'est un aménagement indispensable et quel sera le degré d'exigence du juge administratif. Le mot indispensable doit-il être entendu comme nécessaire à l'exécution du service ou comme consubstantiel à cette exécution⁽¹⁰²⁾ ? La pose d'une chaîne supportée par deux bornes à l'entrée de l'allée des Alyscamps est-elle un aménagement indispensable à l'exécution du service public culturel et touristique⁽¹⁰³⁾ ? Sans doute pas. Le fait de transformer un immeuble en gîte rural et dès lors de l'affecter au service public de développement économique et touristique⁽¹⁰⁴⁾ implique-t-il que cet immeuble ait fait l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution dudit service public ? Probablement pas. Le fait qu'un garage soit situé à proximité immédiate d'une gare et offre ainsi des commodités particulières aux voyageurs suffit-il pour qu'il soit considéré comme faisant l'objet d'un aménagement indispensable⁽¹⁰⁵⁾ ? On l'ignore. Mais seul le juge administratif nous renseignera sur ces questions. La jurisprudence relative à l'aménagement spécial incite assurément à considérer que l'aménagement indispensable connaîtra le même destin. Mais la volonté des rédacteurs du code, clairement partagée au Palais-Royal, devrait normalement aboutir au résultat inverse.

Et l'on se doit tout de même d'observer qu'en mettant fin à une incertitude du droit positif le code contribue à affermir la domanialité publique de certains biens immobiliers. Cette incertitude était la suivante. Le critère de l'aménagement spécial valait-il uniquement en cas d'affectation à un service public ou aussi en cas d'affectation à l'usage direct du public ? Un certain flottement doctrinal et jurisprudentiel était perceptible en la matière⁽¹⁰⁶⁾. Il n'a désormais plus lieu d'être, l'article L. 2111-1 du code indiquant nettement que l'aménagement indispensable n'est exigé que pour les biens affectés à un service public mais pas pour ceux affectés à l'usage direct du public. La controversée jurisprudence *Dame Gozzoli*⁽¹⁰⁷⁾, suivant laquelle une partie de plage n'appartenant pas au domaine public naturel était spécialement aménagée à partir du moment où elle faisait l'objet d'un entretien adapté à son usage direct par le public, est désormais dépassée mais l'appartenance de cette partie de plage au domaine public n'en est pas moins affermie (dès lors naturellement qu'elle est bien affectée à l'usage direct du public⁽¹⁰⁸⁾). Le code redonne ainsi de l'intérêt à la distinction entre affectation à l'usage direct du public et à un service public et ce alors même qu'elle n'est pas toujours évidente à opérer⁽¹⁰⁹⁾.

Il convient donc de faire montre d'une certaine patience et d'espérer que le juge administratif, ou à défaut les commissaires du gouvernement, se risqueront à proposer une définition de l'aménagement indispensable et ne se contenteront pas de nous fournir au gré des affaires soumises à leur appréciation une liste disparate d'aménagements présentant (ou ne présentant pas) ce caractère. Mais on en revient au fond ici une nouvelle fois à l'opposition entre méthode conceptuelle et méthode énumérative...

Mots clés :

DOMAINE * Domaine public * Code général de la propriété des personnes publiques

(2) CE, Sect., 19 oct. 1956, Lebon p. 375 ; Grands arrêts, Dalloz, 15^e éd., 2005, n° 75.

(3) CE, Ass., 11 mai 1959, Lebon p. 294 ; Grandes décisions, PUF, 13^e éd., 2002, p. 630.


(4) CE, 28 juin 1935, Lebon p. 734 ; Grandes décisions, p. 629.


(5) Alors même que la loi du 26 juin 1957 portant assainissement économique et financier (art. 1 II 4°) offrait au gouvernement une réelle marge de manoeuvre.

(6) V., par exemple, en ce sens, les observations de J.-M. Auby, P. Bon et J.-B. Auby, Droit administratif des biens, Dalloz, 4^e éd., 2003, n° 36 et de C. Maugué et G. Bachelier, Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques, AJDA 2006, p. 1077.



(7) JO 22 avr. 2006, p. 6024.

(8) Nous n'adhérons évidemment pas, contrairement à ce qui a pu hâtivement nous être opposé, à la conception dépassée suivant laquelle l'interprétation « ferait corps avec le texte à interpréter, se bornerait à découvrir un sens, une norme que le texte contenait

déjà » (P. Gonod et O. Jouanjan, A propos des sources du droit administratif. Brèves notations sur de récentes remarques, AJDA 2005, p. 993 ) .

(9) V. sur ce thème F. Melleray, Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel, AJDA 2005, p. 637  .

(10) Art. L. 2311-1 du code et Cass. 1^{re} civ 1, 21 déc. 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières c/ Société Lloyd Continental*, Grands arrêts, précité, n° 94. Cette codification est à droit constant sauf à considérer, compte tenu du renvoi par cet article à l'article L. 1 du code mais pas à son article L. 2, que le principe d'insaisissabilité ne vaut pas sauf disposition expresse pour les biens des personnes publiques spécialisées n'ayant pas la qualité d'établissements publics. V. sur ce point P. Yolka, Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques, JCP A 2006, p. 452.

(11) Art. L. 2123-4 du code et CE, 23 juin 2004, *Commune de Provville*, Lebon p. 259 ; BJCL 2005, p. 103, concl. M. Guyomar et p. 108, obs. S. Ferrari ; AJDA 2004, p. 2148, chron. C. Landais et F. Lenica  ; RFDA 2005, p. 1106, étude A. Vidal-Naquet  .


(12) Art. L. 2111-4 1° du code et CE, Ass., 12 oct. 1973, *Kreitmann*, Lebon p. 563 ; RD publ. 1974, p. 1150, concl. M. Gentot ; AJDA 1973, p. 586, chron. M. Franc et M. Boyon.

(13) J.-F. Lachaume, C. Boiteau et H. Pauliat, *Droit des services publics*, Armand Colin, 3^e éd., 2004, p. 99.

(14) L'article 34, 2°, de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit évoque tout d'abord cette question de la définition des domaines public et privé comme premier chantier de simplification, précision, harmonisation et amélioration de la gestion domaniale et de sa codification. Tel est également le cas de l'article 89 de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit et de l'article 48 de la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie.

(15) Expression que l'on retrouve sous la plupart des plumes. V. par exemple J.-F. Lachaume, *L'évolution de la propriété publique, in L'évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991, p. 110.

(16) JO 22 avr. 2006, p. 6017.


(17) V. pour un résumé de ces efforts doctrinaux F. Melleray, La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique. Remarques sur la modernisation annoncée de la notion de domaine public, AJDA 2004, p. 490  . Pour une tentative récente opérée sur la base de la distinction entre les biens-richeesse et les biens-support V. S. Nicinski, Le domaine public : de la crise à la reconstruction, in *Mélanges Jacqueline Morand-Deville*, à paraître.


(18) G. Le Chatelier, Le procédé de la législation déléguée : cadrage constitutionnel et cadrage par la loi d'habilitation, LPA, 23 juill. 2004, p. 23 ; C. Maugüé et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, précité, p. 1076-1077.



(19) V. en dernier lieu sur cette formule contractuelle F. Fraysse, dir., *Le contrat de partenariat public-privé*, Droit et ville, n° 60/2005.

(20) V. en particulier sur l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme les Actes du colloque de Nantes du 17 octobre 2003, *Droit administratif des biens et droits de l'homme*, Cahiers du GRIDAUH, n° 14, 2005. Pour ce qui est de l'influence du droit communautaire, on ne peut que constater avec Philippe Yolka qu'il s'agit d' « un champ vierge de labours, quand les terres voisines sont sarclées en profondeur » (Du « squat » au « bien » : *Ex facto oritur jus*, JCP A 2006, 1002). Mais elle ne manquera pas de se faire sentir, que ce soit au sujet de l'éventuelle obligation de mise en concurrence des autorisations d'occupation du domaine public ou encore à propos du champ du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques (voir sur ces points notamment C. Maugüé et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, précité, p. 1083-1086).

(21) Comparer ainsi la rédaction du second alinéa de l'article L. 2 du code du domaine de l'Etat (« les autres biens constituent le domaine privé ») à celle du premier alinéa de l'article L. 2211-1 du code général de la propriété des personnes publiques (« Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre I^{er} du livre I^{er} »). Nous ne partageons donc pas entièrement l'analyse des rédacteurs du rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance lorsqu'ils affirment qu' « une définition rénovée du domaine privé est établie » (JO 22 avr., p. 6018) par le code.

(22) Cons. const., déc. n° 2003-473 DC, Rec. p. 382 ; AJDA 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl  ; RFD const. 2003, p. 772, note E. Fatôme et L. Richer ; RD publ. 2003, p. 1163, note F. Lichère.

(23) V. ainsi Cons. const., 21 juill. 1994, déc. n° 94-346 DC, AJDA 1994, p. 786, note G. Gondouin  ; RFD const. 1994, p. 814, note P. Bon.


(24) E. Fatôme, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA 2003, p. 1192  et, du même auteur, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (suite), AJDA 2003, p. 1404  .


(25) Art. 35 de la loi du 2 juillet 2003.

(26) Art. 89 (champ de l'habilitation) et 92 (délai d'habilitation).






(27) Art. 48.



(28) V. en particulier le très stimulant essai de M.-A. Latournerie, *Point de vue sur le domaine public*, Montchrestien, 2004, spéc. p. 121 et s.







(29) Pour une confirmation très nette CE, Ass. gén., avis, 10 juin 2004, EDCE 2005, n° 56, p. 184 ; RFDA 2004, p. 923, note J.-C.  : « seules les personnes publiques peuvent être propriétaires d'un domaine public ».

(30) V., sur la condition d'appartenance du bien à une personne publique et sur le problème de la domanialité publique des biens des personnes publiques *sui generis*, l'analyse d'E. Fatôme, *La consistance du domaine public immobilier : évolutions et questions ?*, AJDA 2006, p. 1087  .

(31) V. par exemple sa préface à la thèse de P. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, p. XIII.

- (32) Cons. const., 14 avr. 2005, décis. n° 2005-513 DC, *Loi relative aux aéroports*, LPA 6 mai 2005, p. 5, note J.-E. Schoettl ; AJDA 2006, p.178, étude E. Fatôme .
- (33) L'inaliénabilité. Passé et avenir d'un principe de droit constitutionnel, in Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, Dalloz, 2005, p. 435-436.
- (34) V. sur ce thème notamment J. Caillosse, Faut-il en finir avec la domanialité publique ?, *Etudes foncières*, n° 100, 2002, p. 7 ; F. Melleray, L'échelle de la domanialité, in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, 2004, p. 287.
- (35) Sur la distinction et les liens entre ces deux méthodes V. H.-G. Hubrecht, Faut-il définir le domaine public et comment ? (Méthode énumérative et méthode conceptuelle), AJDA 2005, p. 598 . V. également du même auteur, L'exorbitance du droit des propriétés publiques, in L'exorbitance du droit administratif en question(s), LGDJ, 2004, p. 219.
- (36) Même si la jurisprudence récente manifestait une certaine ouverture (CE, 28 mai 2004, *Aéroports de Paris*, Lebon p. 238  ; BJCL 2004, p. 629, concl. G. Bachelier et p. 633, obs. M. D. ; TA Paris, 9 avr. 2004, *Mercier*, AJDA 2004, p. 1709, note O. Le Bot  ; CAA Paris, 4 avr. 2006, *Mercier*, AJDA 2006, p. 1294 .
- (37) On peut tout de même relever que lors des travaux de la Commission de réforme du code civil, Roger Latournerie avait plaidé avec vigueur en faveur d'une définition valant aussi bien pour les biens immobiliers que pour les biens mobiliers (Travaux de la Commission de réforme du code civil, Sirey, volume 2, 1948, p. 843).
- (38) Tel n'aurait pas été le cas s'ils avaient retenu certaines définitions unitaires comme celle qui avait été en son temps développée par Gaston Jèze (Définition du domaine public, RD publ. 1931, p. 763) qui revenait à exclure quasiment tous les meubles du domaine public tout en y intégrant un nombre significatif d'immeubles.
- (39) V. en dernier lieu F. Hourquebie, Le domaine public mobilier, RD publ. 2005, p. 635.
- (40) V. auparavant les textes cités par F. Hourquebie, Le domaine public mobilier, précité, p. 644-646.
- (41) Traité élémentaire de droit administratif, Rousseau, 13^e éd., 1933, p. 474-475.
- (42) Ce que Ducrocq nommait auparavant, pour s'en démarquer, la recherche du « principe régulateur du classement domanial » (T. Ducrocq, Cours de droit administratif, Thorin, tome II, 6^e éd., 1881, p. 109).
- (43) V. par exemple R. Bonnard, Précis de droit public, Sirey, 6^e éd., 1944, p. 260. Mais il convient de relever que l'éminent auteur développait une conception particulière du champ d'application du principe d'inaliénabilité, considérant que certaines dépendances du domaine public (spécialement mobilier) n'y étaient pas soumises (*ibid.* p. 265-266).
- (44) V. ainsi la célèbre note de R. Saleilles sous CA Lyon, 10 juill. 1894, *Ville de Mâcon c/ Ville de Lyon et Bonnin*, S. 1895, II, p. 185.
- (45) L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, De Boccard, tome III, 3^e éd., 1930, p. 360.
- (46) V. en particulier sa célèbre note sous CA Nîmes, 4 déc. 1944, *Etat français c/ Brun*, D. 1946, p. 28.
- (47) V. ainsi F. Reymond, Le domaine public mobilier, RD publ. 1960, p. 49 et dans une veine un peu différente H. Bastien, A quoi sert le domaine public mobilier ? L'exemple des biens culturels, AJDA 1993, p. 675.
- (48) Car il s'agit bien davantage d'un traité de théorie générale du droit et de droit public général.
- (49) L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, tome III, précité, p. 352.
- (50) *Ibid.* p. 360-362.
- (51) Note précitée sous CA Nîmes, 4 déc. 1944, *Etat français c/ Brun*, p. 31.
- (52) F. Hourquebie, Le domaine public mobilier, précité, p. 656-662.
- (53) V. en ce sens les critères retenus par Gilles Bachelier dans ses conclusions précitées sur CE, 28 mai 2004, *Aéroports de Paris*, l'arrêt étant toutefois laconique sur ce point.
- (54) Article L. 2111-2 du code général de la propriété des personnes publiques.
- (55) Cette crainte est partagée par une partie de la doctrine. V. en ce sens H.-G. Hubrecht, Faut-il définir le domaine public et comment ? (Méthode énumérative et méthode conceptuelle), précité, p. 599 qui y voit une « notion passablement floue ».
- (56) Article 7 II 1° de l'ordonnance. Rappelons que l'article 538 disposait que « Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public ». Cet article avait servi de base aux auteurs du XIX^e siècle pour affirmer que le domaine public devait être défini comme comprenant tous les biens insusceptibles de propriété privée.
- (57) V. en particulier son article 14 désormais codifié à l'article L. 622-1 du code du patrimoine.
- (58) H.-G. Hubrecht, Faut-il définir le domaine public et comment ? Méthode énumérative et méthode conceptuelle, précité, p. 599.
- (59) J. B. V. Proudhon, Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public, Lagier, tome 1, 1833, p. 265.
- (60) Construction défendue par Maurice Hauriou dès la première édition de son *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Larose et Forcel, 1892, p. 497.
- (61) Analyse développée par Léon Duguit dès la première édition du *Manuel de droit constitutionnel*, Fontemoing, 1907, p. 108.
- (62) V. déjà auparavant, par exemple, T. Ducrocq, Cours de droit administratif, tome II, précité, p. 108.

- (63) Le domaine public colonial, Imprimerie L'Union, Poitiers, 1904, p. 163.
- (64) Dès sa célèbre thèse sur Les mutations domaniales. Etude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics, Jouve, 1925 p. 45. Pour une analyse des travaux de M. Waline en matière domaniale V. J.-F. Lachaume, Marcel Waline et le droit du domaine public, RD publ. 2002, p. 955.
- (65) En particulier dans ses conclusions sur l'arrêt *Marécar* notamment publiées à la RD publ. 1935, p. 591.
- (66) Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1946-1947, tome 2, Sirey, 1948.
- (67) Cass. civ., 7 nov. 1950, *Administration des chemins de fer algériens c/ Société L'Union commerciale des métaux et autres*, S. 1952, I, p. 173, note G. Tixier.
- (68) Dans les arrêts précités *Société Le Béton et Dauphin*.
- (69) L'arrêt *Le Béton* constituait déjà un premier indice. Comme le reconnaissait Marceau Long dans ses conclusions, le seul aménagement du terrain consistait dans « son raccordement aux voies de communication et au réseau de distribution d'énergie électrique » (RD publ. 1957, p. 318).
- (70) V. à cet égard la démonstration de P. Sandevour, La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public, AJDA 1966, p. 84. Pour une analyse différente V. F. Hervouët, L'utilité de la notion d'aménagement spécial dans la théorie du domaine public, RD publ. 1983, p. 135.
- (71) Concl. sur CE, Ass., 3 mars 1978, *Lecoq*, AJDA 1978, p. 584.
- (72) *Ibid.*
- (73) CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat. Crédit Foncier de France*, Lebon p. 141 ; RFDA 1986, p.21, concl. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 620, note E. Fatôme et J. Moreau ; LPA 23 oct. 1985, p. 4, note F. Llorens ; RDSS 1986, p. 296, note E. Alfandari.
- (74) V. par exemple sur ces théories Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2, 12^e éd., 2002, n° 148-154 et n° 141.
- (75) CE, 21 mars 1984, *Mansuy*, Lebon, tables, p. 616 ; CJEG 1984, p. 258, note P. Sablière et p. 274, concl. P. Dondoux ; D. 1984, p. 510, note F. Moderne ; JCP 1985, II, n° 20393, note F. Hervouët ; RD publ. 1984, p. 1059, note Y. Gaudemet ; RFDA 1984, p. 54, note A. A.
- (76) Contrairement à ce que préconisait la Commission de réforme du code civil, travaux précités, notamment p. 839 pour la justification de cette option par Roger Latournerie.
- (77) Partiellement reproduites in EDCE, n° 38, 1987, p. 13.
- (78) *Ibid.* p. 18.
- (79) L'expression « noyau dur » est notamment utilisée par Marie-Aimée Latournerie (Les critères de la domanialité publique, CJEG, numéro hors-série 1991, p. 20). Le rapport de 1986 usait quant à lui de la formule « domaines publics classiques » (routier, maritime, fluvial, militaire, ferroviaire, lignes de communication). On y retrouverait ainsi pour l'essentiel le domaine public naturel et les voies de communication, bref peu ou prou les biens affectés à l'usage de tous. Où comment en revenir d'une certaine manière aux conceptions de Proudhon et des auteurs du XIX^e siècle...
- (80) Tel n'est pas, selon nous, le cas, contrairement à ce qui est parfois écrit, des biens de France Télécom. En effet leur déclassement n'est, à partir du moment où l'on admet la pertinence du critère organique, que la conséquence logique de la transformation de l'exploitant public en personne morale de droit privé par la loi du 26 juillet 1996 et c'est dès lors le maintien de leur appartenance au domaine public qui aurait constitué une entorse aux critères jurisprudentiels. Cependant, le maintien de leur affectation au service public justifiait un régime protecteur exigé par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 23 juill. 1996, décis. n° 96-280 DC, AJDA 1996, p. 694, note O. Schrameck  ; RFD const. 1996, p. 832, note F. Mélin-Soucramanien).
- (81) Article 22 modifiant l'article 23 de la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.
- (82) Ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004 relative au statut des immeubles à usage de bureaux et des immeubles dans lesquels est effectué le contrôle technique des véhicules et modifiant le code du domaine de l'Etat.
- (83) Article L. 2211-1 du code général de la propriété des personnes publiques.
- (84) E. Fatôme, Le statut des immeubles à usage de bureaux des personnes publiques après l'ordonnance du 19 août 2004, AJDA 2005, p. 584 .
- (85) Car, comme le relevait Jacques Arrighi de Casanova, le problème de l'extension exagérée du champ de la domanialité publique se posait « peut-être surtout pour les bureaux des administrations » (Pourquoi réformer le droit des propriétés publiques ?, LPA 23 juill. 2004, p. 19).
- (86) Les critères de la domanialité publique, CJEG, numéro hors-série 1991, p. 17. Cette réticence était déjà celle de certains membres du Conseil d'Etat dans l'immédiat après seconde guerre mondiale comme le rapportait avec un certain embarras Roger Latournerie, quant à lui favorable à la codification d'une définition conceptuelle (Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1946-1947, précité, p. 822-825).
- (87) Lors d'un colloque organisé à Paris en janvier 2004 dont les actes ont été publiés sous le titre La réforme du droit des propriétés publiques, LPA 23 juill. 2004 (ce groupe de travail était présidé par Dieudonné Mandelkern et ses rapporteurs étaient Yves Gaudemet et Laurent Deruy). On relèvera que la position de l'Institut de la gestion déléguée a varié sur cette question. En effet, dans un précédent rapport rendu public en avril 2001 et intitulé *La gestion patrimoniale du domaine public*, il suggérait d'imposer une décision expresse de classement pour le domaine public artificiel affecté aux services publics (p. 14 et p. 67). Yves Gaudemet, membre de ce groupe de travail, suggérait même que cette obligation de classement soit étendue aux dépendances du domaine public mobilier (p. 60).
- (88) La réforme du droit des propriétés publiques, précité p. 55-56.

- (89) Article L. 2111-2 du code général de la propriété des personnes publiques.
- (90) V. sur ces critères R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 2, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 478-482. V. également E. Fatôme, *La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ?*, précité, p. 1092.
- (91) V. en ce sens C. Maugüé et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, précité, p. 1078.
- (92) Progrès qui ne sont évidemment pas sans lien avec la réforme de la loi organique relative aux lois de finances (J.-P. Duprat, *L'évolution des logiques de gestion du domaine de l'Etat*, AJDA 2005, p. 578) .
- (93) V. les chiffres fournis en mars 2006 par le rapport d'information de la Commission des finances sur la gestion et la cession du patrimoine immobilier de l'Etat, Doc. AN, n° 2926.
- (94) M. Waline, *Les mutations domaniales. Etudes des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, précité, p. 29.
- (95) V. pour les établissements publics de l'Etat l'article L. 3211-13 du code général de la propriété des personnes publiques.
- (96) P. Yolka, *Un Etat sans domaine ?*, AJDA 2003, p. 1017 .
- (97) V. ainsi en particulier, outre l'arrêt *Eurolat* précité, CE, 1^{er} févr. 1995, *Préfet de la Meuse*, Lebon, tables, p. 674  ; LPA 26 janv. 1996, p. 4, concl. G. Bachelier.
- (98) CE, Sect., avis, 31 janv. 1995, EDCE 1995, n° 47, p. 407 ; AJDA 1997, p. 126, étude E. Fatôme et P. Terneyre  ; CE, Sect., avis, 18 mai 2004, EDCE, n° 56, 2005, p. 185.
- (99) Pour une présentation critique récente V. par exemple E. Fatôme, *A propos de l'incorporation au domaine public*, AJDA 2006, p. 292-293 .
- (100) Rapport précité, p. 6017.
- (101) *Contra* Etienne Fatôme qui considère qu'« à s'en tenir au sens des mots, on peut douter que l'objectif poursuivi soit atteint dans la mesure où il paraît logique de considérer qu'un aménagement indispensable à l'exécution des missions d'un service public (...) peut ne pas constituer un aménagement spécial (...) alors qu'en revanche tout aménagement spécial (...) est (...) indispensable pour l'exécution de ce service » (*La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ?*, précité, p. 1089).
- (102) Christine Maugüé et Gilles Bachelier évoquent « à titre d'exemples (...) l'aménagement impliqué par la nécessité de disposer de salles d'audience dans une juridiction ou celui que requiert la célébration d'un mariage dans une mairie » (*Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, précité, p. 1078).
- (103) Le lecteur aura reconnu les faits de l'arrêt *Dauphin* précité.
- (104) CE, 25 janv. 2006, *Commune de La Souche*, à paraître aux tables . Le juge conclut en l'espèce à l'appartenance du gîte au domaine public sans évoquer la question de l'aménagement spécial.
- (105) CE, Sect., 5 févr. 1965, *Société Lyonnaise de transports*, Lebon p. 76 ; RD publ. 1965, p. 493, concl. Y. Galmot.
- (106) V. notamment les références citées par R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 2, précité, n° 461.
- (107) CE, Sect., 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, Lebon p. 325 ; AJDA 1975, p. 348, chron. M. Franc et M. Boyon.
- (108) Et « le seul fait d'ouvrir une plage au public ne signifie pas par lui-même que la dépendance domaniale soit affectée à l'usage direct du public » (C. Maugüé et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, précité, p. 1078).
- (109) V. en ce sens E. Fatôme, *La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ?*, précité, p. 1090.
- (110) Rapport de présentation précité, p. 6018.
- (111) B. ainsi les références citées *supra* note 46.
- (112) Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1946-1947, précité, spéc. p. 817 et p. 866-868.
- (113) Même s'il en existe assurément de très « précieux » !
- (114) Christine Maugüé et Gilles Bachelier évoquent l'« exemple de la collection de papillons du Muséum d'Histoire naturelle » (*Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, précité, p. 1079).
- (115) V. en ce sens C. Maugüé et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, précité, p. 1079.
- (116) Conclusions précitées sur CE, 28 mai 2004, *Aéroports de Paris*, p. 632.
- (117) *Ibid.* p.869. V dans le même sens P. Duez et G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, p. 768.
- (118) *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, précité, p. 1078.
- (119) *La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ?*, précité, p. 1093. Nous n'adhérons toutefois pas à cette analyse qui repose sur une prémisse qui nous paraît discutable suivant laquelle toutes les théories jurisprudentielles relatives à des questions traitées par le code et non codifiées par ce dernier devraient disparaître.

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par contrat en date du 17 mai 1991, la commune de Reims a, pour une durée de neuf ans venant à expiration le 30 juin 2000, mis à la disposition de la SARL BRASSERIE DU THEATRE des locaux situés dans le même immeuble que le théâtre municipal et dans lesquels cette société exploite un café et un restaurant ; que la société a, le 18 avril 2000, fait signifier à la commune par voie d'huissier une demande de renouvellement de son bail commercial pour une nouvelle période de neuf ans ; que, par lettre du 3 mai 2000, le maire de Reims a rejeté cette demande au motif que la société n'était pas titulaire d'un bail commercial mais d'une convention d'occupation du domaine public communal ; que la SARL BRASSERIE DU THEATRE se pourvoit en cassation contre l'article 4 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 22 décembre 2005, en tant qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du jugement en date du 12 mars 2002 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, en tant que ce jugement avait rejeté sa demande tendant à l'annulation du refus ainsi opposé par le maire de Reims ;

Considérant qu'indépendamment de la qualification donnée par les parties à une convention par laquelle une personne publique confère à une personne privée le droit d'occuper un bien dont elle est propriétaire, l'appartenance au domaine public d'un tel bien était, avant la date d'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné ; que, dès lors, en se fondant, pour juger, par adoption des motifs retenus par le tribunal administratif, que les locaux mis à la disposition de la SARL BRASSERIE DU THEATRE appartenaient au domaine public communal, sur les seules circonstances que ces locaux étaient situés dans l'enceinte du théâtre municipal et qu'en outre, ils avaient été mis à la disposition de cette société par un contrat expressément qualifié par les parties de convention d'occupation du domaine public, sans rechercher si ces locaux, qui n'étaient pas directement affectés à l'usage du public, devaient être regardés comme étant eux-mêmes affectés au service public culturel de la commune de Reims et spécialement aménagés à cet effet, la cour administrative d'appel de Nancy a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la SARL BRASSERIE DU THEATRE est fondée à demander, dans la mesure précitée, l'annulation de l'article 4 de l'arrêt attaqué ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler, dans cette mesure, l'affaire au fond, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'accès aux locaux mis à la disposition de la SARL BRASSERIE DU THEATRE s'effectue par une entrée située directement sur la rue et distincte de celle du théâtre municipal de Reims ; que si, en vertu de la convention conclue le 17 mai 1991 avec la commune de Reims, cette société bénéficie du droit exclusif de vendre pendant les représentations théâtrales des rafraîchissements et des produits comestibles au buffet du premier étage du théâtre ainsi qu'à la buvette des deuxièmes galeries, aucune stipulation de cette convention ne lui fait obligation d'assurer ces prestations ; que la convention ne contient pas davantage de stipulations lui imposant pour les jours ou les horaires d'ouverture de ses locaux des sujétions liées aux spectacles donnés dans le théâtre ; que si ces locaux sont situés dans le même immeuble que le théâtre municipal et si la société dispose de communications internes permettant de fournir les prestations qu'elle décide d'assurer au buffet ou à la buvette du théâtre, ces seules circonstances ne permettent pas de les regarder comme l'un des éléments de l'organisation d'ensemble du théâtre et par suite comme étant affectés au service public culturel de la commune de Reims ou comme un accessoire du domaine public communal ; que, dès lors, la SARL BRASSERIE DU THEATRE est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a jugé que la convention conclue le 17 mai 1991 avait la nature d'une convention d'occupation du domaine public ;

Considérant qu'aux termes de l'article 35 ajouté au décret susvisé du 26 octobre 1849 par l'article 6 du décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution : Lorsque le Conseil d'Etat statuant au contentieux, la Cour de cassation ou toute autre juridiction statuant souverainement et échappant ainsi au contrôle tant du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation, est saisi d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires, la juridiction saisie peut, par décision ou arrêt motivé qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence ;

Considérant que la décision du maire de Reims rejetant la demande de la SARL BRASSERIE DU THEATRE tendant au renouvellement du bail résultant de la convention en date du 17 mai 1991 constitue une décision relative à la gestion du domaine privé de la commune ; que la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître des conclusions tendant à l'annulation d'une telle décision, qu'elle prenne la forme d'une délibération de l'organe délibérant de la commune ou, comme en l'espèce, d'un acte du maire, soulève une difficulté sérieuse de nature à justifier le recours à la procédure prévue par l'article 35 précité du décret du 26 octobre 1849 ; que, par suite, il y a lieu de renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et de surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal ;