

D. Riccardi, *Les sanctions contractuelles*, Th. Paris-Saclay, 2017, F. Rolin [dir.], Dalloz, à paraître, p. 192 et s.). Comme ont en effet pu le relever Gaston Jèze (*Les contrats administratifs, de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, LGDJ, T. 4, 1936, p. 99) puis Georges Péquignot (*Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Th. Pedone, 1945, p. 340), tel est notamment le cas de la responsabilité contractuelle des cocontractants privés, lorsque l'exécution défectueuse de leurs obligations contractuelles entraîne une interruption du service public ou un amoindrissement de sa qualité. En pareille circonstance, il n'existe pas de préjudice réparable. Pourtant, l'administration peut être indemnisée, généralement sur un mode forfaitaire qui n'est pas sans faire songer à une pénalité (CE 31 mai 1907, *Deplanque*, D. 1907. 3. 81 ; RD publ. 1907. 68, note G. Jèze ; S. 1907. 3. 113, note M. Hauriou). L'on peut ainsi voir dans les dommages-intérêts prononcés dans un tel contexte particulier, une forme de punition destinée à garantir la force obligatoire du contrat et le respect de la parole donnée.

Dans un contexte où après avoir longtemps fonctionné en ordre dispersé, les sanctions contractuelles semblent pouvoir progressivement se réunir au sein d'une même catégorie régie par des règles communes (D. Riccardi, *Les sanctions contractuelles*, préc.), il serait souhaitable que la responsabilité contractuelle prenne part à cet édifice propice à une plus grande sécurité juridique. Or, là encore, la décision commentée n'y contribue pas. D'abord parce que, comme cela a été démontré, la solution qu'elle adopte reste en retrait des logiques habituelles de la responsabilité contractuelle. Ensuite parce qu'elle lui dénie toute fonction rétributive alors que les circonstances de l'espèce y étaient particulièrement propices. En effet, le rapporteur public a estimé « qu'en l'absence de faute de nature à justifier la résiliation litigieuse, celle-ci doit être indemnisée dans les mêmes conditions qu'une résiliation pour motif d'intérêt général ». Mais cela est aussi très discutable puisque l'utilisation irrégulière de son pouvoir de sanction par l'administration constitue une faute de sa part que tout oppose à un motif d'intérêt général. Aussi, là où la responsabilité peut difficilement être conçue comme une sanction dans ce dernier cas, en l'absence d'inexécution fautive de l'administration, il en va différemment dans le premier cas où l'engagement de la responsabilité contractuelle de l'administration répond bien à un manquement de sa part. Enfin, la solution adoptée participe de la dispersion du droit des sanctions en ce qu'elle crée un régime particulier pour le cas des marchés à bons de commande conclus avec minimum, alors que rien ne les distingue fondamentalement, du point de vue des droits du cocontractant irrégulièrement évincé, de tous les autres contrats.

Au total, la solution adoptée présente bien un avantage : celui de simplifier et de rendre réellement accessible le régime de l'indemnisation des titulaires de tels marchés. Mais le sacrifice est de taille puisque, ce faisant, le nécessaire effort de conceptualisation du droit de la responsabilité et des sanctions contractuelles en droit administratif paye un lourd tribut, là où la sécurité juridique et les droits des parties appellent une mise en cohérence croissante.

David Riccardi

Docteur en droit public,
chargé d'enseignement à l'université Paris-Saclay

DOMAINE

Pas de bail commercial sur le domaine public

La Cour de cassation a conclu à la nullité d'un bail commercial dès lors qu'il était conclu sur le domaine public maritime. La Cour intervient dans un domaine où l'on ne l'attendait guère, celui de la domanialité publique. Cet arrêt est rendu dans un contexte dans lequel le droit de la domanialité publique se heurte désormais aux dispositifs relatifs à la valorisation économique du domaine, et permet d'en mesurer la portée.

Cour de cassation, 3^e civ., 13 septembre 2018,
n° 16-19.187

DOMAINE - Domaine public - Gestion du domaine public - Bail commercial

ARRÊT

[...]

Sur le moyen unique, ci-après annexé :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 12 mai 2016), qu'en 1998, la société X. a renouvelé un bail commercial consenti à la société Guy X. Service, devenue la société Grand Chantier des Prés salés, et portant sur divers locaux et terrains à usage de chantier naval ; que, l'Etat lui ayant fait connaître que les terrains, objets du bail commercial, étaient situés sur l'emprise du domaine public, celle-ci a cessé de régler les loyers ; que la société bailleusesse contestant la domanialité publique de ces terrains, a assigné la société locataire en résiliation de bail et paiement de loyers ;

Attendu que la société X. fait grief à l'arrêt de prononcer la nullité du bail commercial ;

Mais attendu qu'ayant exactement retenu qu'un arrêt du 4 juillet 1978, opposant d'autres parties, n'avait pas, à l'égard de la société X., l'autorité de chose jugée, et ayant relevé que d'autres juridictions judiciaires et administratives avaient considéré que les terrains litigieux appartenaient au domaine public maritime et que cette situation était connue de la société X. qui le rappelait dans le bail commercial, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit que le bail commercial conclu sur des terrains relevant du domaine public était nul ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur l'autre grief qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

Condamne la société X. aux dépens ;

NOTE

Par un arrêt de sa 3^e chambre civile du 13 septembre 2018, la Cour de cassation est intervenue sur un terrain où l'on ne l'attendait guère, celui du droit de la domanialité publique.

La société X. avait conclu avec la société Guy X. Service, devenue société Grand Chantier des Prés salés, un bail commercial sur des locaux et terrains de titre éponyme, situés à la Teste-de-Buch, à usage de chantier naval. Ce bail précisait que ces terrains relevaient du domaine public. La société X. a assigné la société Grand Chantier des Prés salés pour le résilier et exiger le paiement des loyers non acquittés. La cour d'appel (CA) de Bordeaux, le 12 mai 2016, en a prononcé la nullité et a ainsi infirmé le jugement rendu le 6 mars 2014 par le tribunal de grande instance de Bordeaux. La société X. s'est pourvue en cassation en faisant grief à l'arrêt d'avoir déclaré la nullité du bail. Pour apprécier si cette nullité est fondée en droit, la Cour de cassation est conduite à vérifier que les parcelles, objet du bail commercial, sont bien situées sur le domaine public maritime, lequel, soumis au principe d'inaliénabilité, s'oppose à la conclusion de telles conventions.

Après avoir jugé que les parcelles en cause relèvent bien du domaine public maritime, la Cour de cassation confirme la nullité du bail commercial. A cet égard, l'arrêt rendu paraît présenter un double intérêt. D'une part, sa portée mérite d'être analysée s'agissant précisément de l'originalité de la compétence du juge judiciaire en matière de domanialité publique. D'autre part, sur le fond, la solution retenue par l'arrêt manifeste une pérennité qui doit être soulignée à l'heure où le droit de la domanialité publique se heurte à certaines règles relatives à la valorisation économique de cette dernière.

I - La reconnaissance de la domanialité publique par le juge judiciaire

Ainsi que le rappelle le professeur Christian Lavalie, « dans la tradition juridique française issue de la Révolution, le juge judiciaire a été érigé en gardien de la propriété » (Le juge administratif et l'exception de propriété, RFDA 2004. 497). Néanmoins, la frontière entre le droit de propriété et le droit de la domanialité publique s'avère parfois aléatoire, conduisant à s'interroger sur la frontière entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif. L'apparente clarté du partage de compétence masque une réalité, plus complexe que ne l'exprime l'arrêt de la Cour de cassation.

A. L'apparente clarté du partage jurisprudentiel

La Cour de cassation, à l'instar de la CA de Bordeaux, juge que le bail commercial a été conclu « sur des terrains relevant du domaine public ». Les moyens avancés par la société requérante ont ainsi été jugés inopérants. Deux arguments essentiels avaient été avancés par celle-ci devant les juges du fond, éclairant conjointement la saisine du juge judiciaire. Elle faisait valoir, d'abord, un arrêt de la CA de Bordeaux du 4 juillet 1978 aux termes duquel était reconnue la propriété privée des parcelles et, ensuite, elle invoquait les actes d'acquisition de ces parcelles en date des 16 août 1960 et 20 octobre 1961.

S'agissant de l'arrêt de 1978, la Cour de cassation valide le raisonnement retenu par la CA dans la mesure où si cet arrêt est devenu définitif, il opposait d'autres parties et « n'avait pas, à l'égard de la société X. [...], l'autorité de la chose jugée ». De surcroît, la Cour de cassation, reprenant également les arguments dégagés par la cour d'appel, met en lumière les solutions ultérieures des juridictions administratives et judiciaires considérant, à l'inverse, que « les terrains litigieux appartenaient au domaine public maritime ». La haute juridiction judiciaire ajoute que cette situation était connue des parties, puisqu'elle était mentionnée dans le bail, et que par conséquent, la CA « n'était pas tenue

de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante ». En d'autres termes, la Cour de cassation rejette l'argument selon lequel la CA aurait privé sa décision de base légale en ne recherchant pas si la société X. était propriétaire des parcelles antérieurement à l'édit de Moulins de 1566.

Plus précisément, l'argument avancé par le bailleur s'appuie sur la délimitation du domaine public maritime qui s'opère sous réserve de certains droits de propriété que sont les concessions d'engagement régulièrement accordées sur le fondement de la loi du 16 septembre 1807 et les « droits fondés sur titre ». C'est cette seconde argumentation qu'a fait valoir ensuite la société requérante. Cependant, comme le rappellent Christine Maugué et Rémy Schwartz, à propos de la décision du Tribunal des conflits, *Couach* du 24 février 1992, « les aliénations régulières ayant eu lieu antérieurement à la consécration de l'inaliénabilité du domaine public par l'édit de Moulins de 1566 ou à l'occasion des biens nationaux sous la Révolution déclarés irrévocables font obstacle à l'incorporation des terrains dans le domaine public naturel » (Ch. Maugué et R. Schwartz, *Contentieux de la délimitation et de la protection du domaine public maritime*, AJDA 1992. 327). Les solutions juridictionnelles postérieures à 1978, confirmant la domanialité publique des parcelles, rendent *a contrario* inopérant l'argument selon lequel la société X. aurait pu se prévaloir des droits fondés sur titre alors même qu'une telle hypothèse ne suffirait pas à exclure la compétence du juge administratif, lequel « est considéré comme un véritable "gardien du domaine public" » (Ph. Yolka, *Droit des biens publics*, LGD), coll. LexisNexis, 2018, p. 89). La compétence du juge administratif est *a fortiori* justifiée, s'agissant d'un titre fondé sur un acte de puissance publique. Il en est ainsi lorsque sont allégués des titres antérieurs à l'édit de Moulins (Ch. Lavalie, JCP 1993. 21984). Selon une jurisprudence constante, les lettres patentes ou actes divers « émanant de l'autorité souveraine dans l'exercice de son pouvoir administratif » (CE 17 déc. 1847, *de Gallifet*; CE 10 juill. 1970, n° 74606, *Société civile du Domaine de Suroit*, Lebon; CE 26 mars 1982, n° 96352, *SA « Marine Côte d'Argent »*, Lebon) relèvent de la compétence exclusive de ce dernier. Le professeur Philippe Yolka souligne en ce sens que la compétence du juge administratif « s'explique fondamentalement parce que la répartition sur le territoire des propriétés est une opération qui relève en dernier ressort, hier comme aujourd'hui, du pouvoir de l'Etat sur cet espace » (préc.).

Cet arrêt invite alors à questionner le rôle résiduel du juge judiciaire en matière de domanialité. Celui-ci bénéficie d'une compétence de principe lorsqu'est en cause un titre de propriété. Il lui appartient donc de statuer sur l'existence d'un tel droit. « Littéralement, cela signifie que le juge administratif ne peut statuer sur une question où est en cause l'existence de ce droit ou de son transfert » (Ch. Lavalie, *Le juge administratif et l'exception de propriété*, préc., p. 497) et permet corrélativement d'expliquer que « dans un certain nombre d'hypothèses, une dépendance domaniale peut être revendiquée devant le juge judiciaire par une personne privée qui veut faire reconnaître son droit de propriété » (Ch. Lavalie, *La compétence des juridictions judiciaires dans la détermination de la domanialité publique*, in *Mélanges M. Cluseau*, Presses IEP Toulouse, 1985, p. 361). Il n'est cependant pas inutile de rappeler que cette exception de propriété connaît elle-même des limites (v. not., Ch. Lavalie, *Le juge administratif et l'exception de propriété*, préc., p. 497). Parmi celles-ci figure l'hypothèse de la délimitation domaniale qui constitue « une opération classique de puissance publique dont le contentieux est administratif alors même qu'elle affecte le droit de propriété des riverains » (préc., p. 498). Présente sous l'Ancien Régime, elle est réaffirmée à la Révolution par la loi du 22 décembre 1789. L'apparente clarté de cette répartition des compétences juridictionnelles ne doit cependant pas occulter une réalité plus contrastée.

B. Un partage juridictionnel plus complexe

Par-delà le cadre du partage juridictionnel précité, le professeur Philippe Yolka souligne que « le juge judiciaire peut se prononcer sur la qualification domaniale lorsqu'elle ne donne pas lieu à pareille contestation » (Ph. Yolka, *Droit des biens publics*, préc., p. 90). Or en l'espèce, c'est bien la qualification des parcelles qui est en cause et qui conditionne la solution du litige. S'agissant de la fixation des limites du domaine public, « parce qu'elle conduit à dire la propriété et amène aussi souvent des modifications de propriété, elle confère au juge administratif une fonction importante en matière d'identification des titulaires du droit de propriété sur les parcelles riveraines de ce domaine » (Ch. Laviaille, *Le juge administratif et l'exception de propriété*, préc., p. 499). Ainsi, le juge administratif qui est « juge de la domanialité publique, [...] est aussi juge de la propriété publique afférente à cette délimitation et, le cas échéant, de la disparition corrélative de la propriété privée » (préc.).

Cependant, cette compétence du juge administratif peut donner lieu à discussion dans certaines hypothèses. A cet égard, le professeur Norbert Foulquier a mis en lumière que, si la compétence de la juridiction administrative apparaît logique s'agissant du domaine public artificiel dès lors qu'il suppose une décision administrative, il en va différemment pour le domaine public maritime ici en cause, lequel « existe directement et immédiatement en vertu de la loi », indépendamment donc de tout acte administratif de délimitation. Il ne paraît, certes, guère contestable que « le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires fonde l'incompétence du juge judiciaire pour se prononcer sur la domanialité publique d'un bien lorsque celle-ci repose sur une affectation résultant d'un acte administratif » (N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, coll. Manuel, 4^e éd., 2018, p. 37). En revanche, la récusation de la compétence du juge judiciaire correspond, s'agissant du domaine public maritime, à « une conception extensive de la prohibition faite au juge judiciaire de s'immiscer dans l'action administrative liée à l'idée selon laquelle le domaine public maritime constitue une des affaires régaliennes dont le Conseil d'Etat a l'habitude de revendiquer le contentieux et, accessoirement, un souci de simplification de la répartition des compétences juridictionnelles, qui expliquent cet abandon de compétence du juge judiciaire » (préc.).

La frontière entre la compétence du juge judiciaire et celle du juge administratif peut, plus largement, s'avérer poreuse. Il est possible de retenir « en se plaçant dans la perspective de la propriété privée et non du domaine public que le juge judiciaire soit compétent » (Ph. Yolka, *Droit des biens publics*, préc., p. 90). La compétence du juge judiciaire traduit alors la prévalence de la propriété sur la domanialité publique, comme en témoigne l'arrêt commenté, mais par ailleurs, le juge judiciaire peut aussi, en l'absence de difficulté sérieuse, constater la domanialité publique d'un bien (Civ 1^{re}, 22 janv. 1968 ; v. not. CGPPP, art. L. 2111-2 annoté et commenté, Dalloz, 7^e éd., 2017, p. 120). Tel est le cas lorsque le législateur ou le juge ont préalablement identifié l'appartenance au domaine public du bien en cause. Cette compétence subsidiaire du juge judiciaire trouve ici application dans la mesure où l'appartenance des Prés salés avait déjà été tranchée. S'agissant de la désormais célèbre affaire *Couach*, Franck Bouscau soulignait déjà qu'il « résulte clairement des arrêts du Conseil d'Etat des 27 novembre 1985 et 11 novembre 1986 que la domanialité de l'ensemble des Prés salés a désormais triomphé » (F. Bouscau, *Les prés salés de la Teste-de-Buch en Aquitaine, contribution à l'histoire du domaine maritime du Moyen-Age à nos jours*, thèse Paris-II, 1988, p. 505).

De manière classique, la reconnaissance de la domanialité publique des parcelles en cause a pour conséquence de reconnaître conjointement leur inaliénabilité, en l'occurrence indépendamment de leur affectation. C'est, comme l'a souligné le professeur Norbert Foulquier, avec l'article 52 du code du domaine de l'Etat que « le législateur a proclamé de façon générale le principe de l'inaliénabilité du domaine public » (préc., p. 196). L'arrêt de la Cour de cassation retient à cet égard une conséquence logique inhérente à la domanialité publique. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'en préciser les contours en estimant que ce principe a « pour conséquence d'interdire de se défaire d'un bien du domaine public, de manière volontaire ou non, à titre onéreux ou gratuit » et que dès lors « aucun droit de propriété sur bien appartenant au domaine public ne peut être valablement constitué au profit d'un tiers » (Cons. const. 26 oct. 2018, n° 2018-743 QPC, *Société Brimo de Laroussilhe*, AJDA 2018. 2103 ; D. 2018. 2094). Il a, par ailleurs, également précisé les contours du principe d'imprescriptibilité. Cette inaliénabilité du domaine public maritime « est indépendante de l'affectation » (Ch. Laviaille, JCP 1993. 21984, préc.). L'arrêt de la Cour de cassation s'inscrit ainsi dans la continuité des solutions déjà consacrées en ce domaine. Plus largement, la relation inaliénabilité – affectation peut apparaître distendue dans certaines décisions ; le Conseil d'Etat a, par exemple, jugé que la condition d'affectation à un service public était remplie alors même que le service public en cause est géré par une autre personne publique (CE 19 déc. 2007, n° 288017, *Commune de Mercy-le-Bas*, Lebon T. ; AJDA 2008. 14 ; RDI 2008. 100, obs. N. Foulquier). La portée de cette solution de pérennité quant à la nullité d'un bail commercial conclu sur le domaine public mérite cependant d'être analysée.

II - La nullité pérenne du bail commercial sur le domaine public

Si la nullité du bail commercial paraissait s'imposer au regard du droit de la domanialité publique, les évolutions contemporaines relatives à la valorisation du domaine étaient néanmoins de nature à justifier que l'on s'interroge sur la pérennité de cette solution. Cette dernière était cependant confortée par le fait que le bail en cause ait été conclu sur le domaine public maritime.

A. La pérennité d'une solution classique dans un contexte évolutif

Contrairement à un bail commercial permettant au preneur d'obtenir son renouvellement ou, à défaut, une indemnité d'éviction, les occupations domaniales se caractérisent par leur caractère précaire et donc révoquant à tout moment et sans indemnité (les titres d'occupation peuvent cependant comporter des clauses prévoyant une telle indemnité). La solution retenue par la Cour de cassation s'inscrit ainsi dans une continuité jurisprudentielle. Le Conseil d'Etat avait conclu en 1985, dans son célèbre arrêt *Euro-lat*, à la nullité des clauses d'un contrat conférant des droits réels sur le domaine public car « incompatibles avec les principes de la domanialité publique », et plus particulièrement avec le principe d'inaliénabilité. La solution de la Cour de cassation fait également écho à la décision du Conseil d'Etat rendue quelques années plus tôt selon laquelle « en raison du caractère précaire et personnel des titres d'occupation du domaine public et des droits qui sont garantis au titulaire d'un bail commercial, un tel bail ne saurait être conclu sur le domaine public » (CE 24 nov. 2014, n° 352402, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, Lebon ; AJDA 2014. 2279 ; D. 2015. 1615, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; AJDI 2015. 361, obs. C. Otero ; AJCT 2015. 93, obs. M.-C. Rouault ; AJCA 2014. 392,

obs. J.-D. Dreyfus). Cette continuité jurisprudentielle concerne les différents ordres de juridictions (v., not., T. confl. 12 déc. 1942, *Société méditerranéenne de combustibles c/ Chambre de commerce d'Alger*; CE 28 janv. 1970, n° 76557, *Consorts Philip-Bissinger*, Lebon). La Cour de cassation avait elle-même, jugé dans le même sens (Civ. 3^e, 24 janv. 1996, *Géroutet*, D. 1996. 46; Civ. 3^e, 20 déc. 2000, n° 99-10.896, D. 2001. 480, obs. Y. Rouquet; et 3520, obs. L. Rozès; Civ. 3^e, 19 déc. 2012, n° 11-10.372, AJDI 2014. 132, obs. F. Planckeel). Cependant, il convient de souligner que telle n'a pas toujours été la position de la Cour de cassation. Marcel Waline soulignait ainsi que « la jurisprudence antérieure au décret-loi du 17 juin 1938 admettait l'existence de véritables baux de droit privé sur le domaine public maritime, dont le contentieux ressortait naturellement aux tribunaux judiciaires » (M. Waline, note sous T. confl. 12 déc. 1942, *Société méditerranéenne de combustibles c/ Chambre de commerce d'Alger*, D. 1944. 18). Si cet auteur contestait une telle jurisprudence au regard du principe de précarité des occupations du domaine public, il rappelait que trois arguments étaient avancés au soutien de l'interprétation de la Cour de cassation : les dispositions textuelles (lois 20 déc. 1872 et du 5 avr. 1884), la pratique administrative et la doctrine. Plus précisément sur ce dernier point, Achille Mestre relevait que la position de la Cour de cassation s'expliquait par la théorie des contrats civils d'occupation « d'après laquelle les contrats comportant occupation du domaine public ne seraient pas nécessairement administratifs » (A. Mestre, note sous T. confl. 12 déc. 1942, *Société méditerranéenne de combustibles c/ Chambre de commerce d'Alger*, S. 1943. III. 29). La décision du Tribunal des conflits du 12 décembre 1942 a permis de mettre un terme à cette solution jurisprudentielle aléatoire.

Si la solution commentée paraît donc classique, elle n'en demeure pas moins bienvenue au regard des interrogations suscitées par les évolutions contemporaines. Il a pu en effet être souligné que « depuis plusieurs années, le principe d'inaliénabilité est particulièrement malmené » (Ph. Juen, La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels, RDI 2000. 121), le droit de propriété prenant de plus en plus le pas sur celui de la domanialité publique. Les atténuations apportées au principe d'inaliénabilité trouvent notamment leur justification au regard de l'objectif de valorisation économique du domaine public ; celui-ci est « conçu non plus seulement comme un objet de conservation mais comme une source de richesse » (F. Melleray, L'échelle de la domanialité, in *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, p. 306). Philippe Juen observait alors une mutation dans l'acception du principe d'inaliénabilité : « alors que l'inaliénabilité du domaine de la Couronne avait essentiellement pour but de préserver l'intégrité du patrimoine royal, source de revenu, l'inaliénabilité du domaine public aurait aujourd'hui une tout autre finalité » (Ph. Juen, préc., p. 121).

Le Conseil constitutionnel admet que le législateur puisse lui apporter un certain nombre de limites dès lors qu'elles n'altèrent pas l'affectation du bien. Ainsi, le législateur a-t-il progressivement pu permettre la constitution de droits réels administratifs au profit des occupants privatifs du domaine public. La loi du 5 janvier 1988 en a constitué une première étape. Elle reconnaît la possibilité de conclure des baux emphytéotiques administratifs, dont la loi du 25 juillet 1994 a élargi les possibilités en permettant des autorisations d'occupation privative du domaine constitutives de droits réels. Plus nettement encore, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, adoptée, comme le souligne le professeur Norbert Foulquier, « sous l'influence de la politique dite de valorisation des biens publics et du lobbying des commerçants » (N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, préc., p. 202), a reconnu la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public, mettant

un terme à l'ambiguïté jurisprudentielle sur ce point (O. de David Beauregard-Berthier, Fonds de commerce et domaine public, AJDA 2002. 790). Il convient cependant de préciser que ces dispositions ne sont applicables qu'aux fonds de commerce dont les exploitants occupent le domaine public en vertu de titres délivrés à compter de l'entrée en vigueur de la loi (CE 24 nov. 2014, n° 352402 *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, préc.).

La portée de cette nouvelle configuration législative ne doit pas être sous-estimée. Selon les professeurs Caroline Chamard-Heim, et Philippe Yolka, « un vieux tabou est brisé, la “banalisation”, voire la “commercialisation” ou la “marchandisation”, de la domanialité publique franchissant une étape décisive » (C. Chamard-Heim et Ph. Yolka, La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public, AJDA 2014. 1641). Elle paraît d'autant plus décisive que, comme le souligne le sénateur Jean-Louis Masson, dans une question au gouvernement, la loi « ne dit rien des conditions contractuelles dans lesquelles ce fonds peut être exploité ni des modalités éventuelles de cession d'un tel fonds de commerce » (question écrite n° 20418 de J.-L. Masson, JO Sénat, 3 mars 2016, p. 829). Il interrogeait alors le gouvernement sur le point de savoir s'il était possible de consentir au concessionnaire un bail commercial. Bien que la réponse apportée ait été négative (JO Sénat, 8 déc. 2016, p. 5325), il reste possible de se « demander si la loi du 18 juin 2014 n'aboutira pas à admettre demain, par une sorte d'effet d'entraînement, la légalité des baux commerciaux sur le domaine public » (C. Chamard-Heim et Ph. Yolka, préc., p. 1650). Une telle interrogation est d'autant plus légitime que la jurisprudence tend elle-même à davantage de souplesse. Le professeur Norbert Foulquier a pu ainsi mettre en lumière que « dans son arrêt *Commune de Port-Vendres 2*, le Conseil d'Etat a facilité le maintien des titulaires d'occupation du domaine public en leur accordant un quasi-droit au renouvellement [...] et] depuis l'arrêt *Société Prest'Air* de 2015, les titres domaniaux même ordinaires sont cessibles » (N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, préc., p. 201). A tel point que la conclusion d'un bail commercial sur le domaine public paraît se heurter essentiellement à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui exige « une durée maximale des titres constitutifs de droits réels et en interdit la reconduction » (préc.). A cet égard, la conclusion d'un bail commercial sur le domaine public s'avère davantage attentatoire au droit de la domanialité publique que la simple constitution d'un fonds de commerce sur celui-ci. Dans ce contexte d'évolution, la solution de la Cour de cassation ne saurait être négligée. Il est intéressant de relever que la pérennité des principes de la domanialité publique est réaffirmée par la haute juridiction judiciaire elle-même.

La portée de cet arrêt doit cependant être elle-même relativisée dès lors qu'elle concerne, en l'état, le cas spécifique du domaine public maritime.

B. Le cas spécifique du domaine public maritime

La disposition précitée, selon laquelle « un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre » (CGPPP, art. L. 2124-32-1), introduite par la loi du 18 juin 2014 pourrait paraître concerner globalement le domaine public, sans *a contrario* en exclure expressément le domaine public maritime. Une disposition subséquente précise cependant que « la présente section n'est pas applicable au domaine public naturel » (CGPPP, art. L. 2124-35). La solution rendue par la Cour de cassation est alors d'autant plus logique que le bail commercial a été conclu sur le domaine public maritime.

Si le principe d'inaliénabilité a connu des aménagements s'agissant du domaine public artificiel, il en va différemment pour le domaine public maritime, « immunisé contre les titres

attributifs de droit réel » (C. Chamard-Heim et Ph. Yolka, préc., p. 1645) et, plus largement, pour le domaine public naturel, qui pourrait se trouver immunisé contre les occupations constitutives de droits réels (CGPPP, art. L. 2122-5).

Cette exclusion se justifie essentiellement par la préservation de l'environnement, bien que de nouveaux enjeux auraient pu « conduire à réexaminer la valorisation des dépendances naturelles à la lumière du « développement durable » » (Ph. Yolka, *Le domaine public naturel*, AJDA 2009. 2325). La contagion de la commercialité n'a pour l'instant pas affecté le domaine public naturel qui peut être perçu comme un (ultime?) « rempart » à cette contagion. Cette exclusion réactive, corrélativement, la thèse d'une échelle de la domanialité publique.

L'évolution du droit de la domanialité publique paraît ainsi pouvoir offrir une nouvelle résonance à la thèse du doyen Duguit (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, De Boccard, 3^e éd., t. 3, 1930, p. 360), s'agissant d'une telle échelle de la domanialité, et selon laquelle la dichotomie domaine public-domaine privé devrait être réexaminée afin de rendre compte d'une réalité plus complexe. Cette thèse correspond néanmoins plus exactement à une échelle de la domanialité publique dans la mesure où l'auteur établit six catégories de dépendances du domaine public, mais « sans vraiment chercher à démontrer que celles du domaine privé obéissent à des règles différentes de celles du droit privé des biens » (F. Melleray, *L'échelle de la domanialité*, in *Mélanges F. Moderne*, préc., p. 300).

Le doyen bordelais met en lumière que le régime juridique des biens publics varie « suivant la nature de la chose, la catégorie du service, le mode d'affectation ou d'emploi » (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, préc., p. 349-350 cité par F. Melleray, préc., p. 289), mais que le service public en constitue un principe directeur. Dès 1958, le doyen Jean-Marie Auby, s'interrogeant lui-même sur la valeur de la distinction domaine public-domaine privé, mettait en lumière l'intérêt de la conception précitée qui permet « d'interpréter la thèse domaniale dans un sens relativiste ». Il se proposait de la compléter dès lors que les biens publics « sont soumis, non pas à deux types de régime juridique mais à un plus grand nombre de régimes » (J.-M. Auby, Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration, EDCE 1958. 57). Par la suite, le professeur Fabrice Melleray a mis en exergue, sur la base des mêmes constats, « qu'une analyse en termes d'échelle de la domanialité s'impose davantage à chaque texte législatif relatif au domaine » (F. Melleray, *La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique*, AJDA 2004. 490). Il récuse l'idée, défendue par certains auteurs, selon laquelle la proposition du doyen Duguit serait de « l'ordre du songe » (Ph. Yolka, préface au J.-Cl. Propriétés publiques, 2002). Il démontre, à l'inverse, qu'il s'agit d'une « réalité positive » (F. Melleray, *L'échelle de la domanialité*, préc., p. 300) dans la mesure où, d'une part, le régime du domaine public n'est pas unitaire et, d'autre part, le régime du domaine privé comporte des éléments exorbitants du droit commun.

Le cas du domaine public maritime est, à cet égard, particulièrement topique. Alors que le législateur peut porter atteinte à la substance même du principe d'inaliénabilité, s'agissant du domaine public artificiel, le domaine public maritime, ici en cause, manifeste une forme de résistance à l'égard des évolutions en cours, conformément au principe selon lequel l'inaliénabilité qui le caractérise est émancipée de toute problématique d'affectation.

Cécile Regourd

Docteur en droit public à l'université Paris-I-Panthéon-Sorbonne

ÉTRANGER

Comment motiver la décision de transfert d'un demandeur d'asile ?

Est suffisamment motivée la décision transférant un ressortissant de pays tiers ou un apatride dont l'examen de la demande d'asile relève d'un autre Etat membre qui mentionne le règlement Dublin III et qui permet d'identifier le critère du règlement dont il est fait application. Dans l'hypothèse d'une reprise en charge, les critères de détermination de l'Etat à destination duquel un demandeur d'asile est transféré ne correspondent pas à ceux permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen de la demande de protection.

ÉTRANGER - Asile - Demande d'asile - État responsable de la demande - Motivation

CONCLUSIONS de Sophie Roussel, rapporteur public

La cour administrative d'appel (CAA) de Versailles vous saisit d'une demande d'avis relative à la motivation des décisions de transfert des demandeurs d'asile vers l'Etat qui, en application des critères établis par le règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, dit « Dublin III », est responsable de l'examen de cette demande.

Son interrogation porte sur la question de savoir si une décision de transfert doit, sous peine d'être annulée par le juge de l'excès de pouvoir pour défaut de motivation, expressément mentionner le critère utilisé pour déterminer l'Etat responsable de la demande d'asile ainsi que les éléments de fait ayant conduit à l'application de ce critère et s'il y a lieu d'adopter une solution différente selon que le transfert intervient dans le cadre d'une demande de première prise en charge ou fait suite à l'acceptation d'une demande de reprise en charge par un Etat dans lequel le ressortissant étranger a déjà demandé l'asile. L'examen, dans la foulée de l'avis, du pourvoi du ministre de l'intérieur contre une ordonnance du 23 octobre 2017 de la CAA de Lyon, qui justement confirme l'annulation d'une décision de transfert en raison de son insuffisante motivation, vous permettra d'illustrer de façon très concrète la portée exacte de vos préconisations.

Commençons par la demande d'avis.

Celle-ci intervient alors que cours et tribunaux administratifs (TA) s'affrontent sur le degré de motivation requis par l'article L. 742-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), en vertu duquel « toute décision de transfert fait l'objet d'une décision écrite motivée prise par l'autorité administrative ». Il va sans dire que, dans ce contexte de division à propos d'un sujet sur lequel vous n'avez, bien que le règlement du 26 juin 2013 soit entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014, jamais pris parti, la question est nouvelle au sens de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, présente une difficulté sérieuse et