

Université de Bordeaux

Faculté de Droit et science politique

Master 1 Droit Public et Science Politique

Année universitaire 2013-2014

Premier semestre

Droit des propriétés publiques

Jean-François Brisson, professeur

Mickaël Baubonne, ATER

Sébastien Ellie, Avocat au barreau de Bordeaux

Travaux dirigés

Séance n°2

La notion de domaine public : l'évolution de la condition d'aménagement

Documents

1. CE 3 oct. 2012, Commune de Port-Vendres
2. Conseil d'Etat du 8 avril 2013, Association ATLALR
3. E. Fatôme, La consistance du domaine public immobilier général sept ans après le CGPPP, AJDA 2013, p.965.

Exercice : Commentaire combiné des arrêts Commune de Port-Vendres et Association ATLALR

Documents :

1. CE 3 oct. 2012, Commune de Port-Vendres

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 7 et 23 novembre 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la commune de Port-Vendres, représentée par son maire ; la commune demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 11MA03025 du 21 octobre 2011 par laquelle le juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté sa requête tendant à l'annulation de l'ordonnance n° 1102824 du 11 juillet 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier a ordonné, sur déferé du préfet des Pyrénées-Orientales, la suspension de l'exécution de la délibération du 2 février 2011 par laquelle son conseil municipal a décidé de ne pas renouveler le bail de location conclu avec l'association départementale des pupilles de l'enseignement public des Pyrénées-Orientales (ADPEP66) ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat le versement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la commune de Port-Vendres a conclu le 16 décembre 2004 un " bail " avec l'association départementale des pupilles de l'enseignement public des Pyrénées-Orientales, d'une durée de six ans à compter du 1er janvier 2006, ayant pour objet l'occupation d'une maison d'habitation, en vue de l'accueil de jeunes gens relevant de la protection judiciaire de la jeunesse dans un centre éducatif renforcé ; que le conseil municipal a décidé, par une délibération du 2 février 2011, de ne pas renouveler ce contrat ; qu'après un recours gracieux, le préfet des Pyrénées-Orientales a déferé cette décision au tribunal administratif de Montpellier et assorti cette requête d'une demande de suspension ; que par l'ordonnance attaquée, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille a confirmé l'ordonnance du 11 juillet 2011 du juge des référés du tribunal administratif de Montpellier qui avait suspendu l'exécution de cette décision ;

2. Considérant, en premier lieu, qu'avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance au domaine public d'un bien était, 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 ; qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui appartenaient antérieurement au domaine public et qui, depuis le 1er juillet 2006, ne rempliraient plus les conditions désormais fixées par son article L. 2111-1 ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'immeuble a été affecté au service public de la protection judiciaire de la jeunesse par une convention du 16 décembre 2004 et qu'il a fait l'objet de travaux en vue d'être spécialement aménagé à cet effet ; qu'ainsi, ces locaux n'étant pas manifestement insusceptibles d'être qualifiés de dépendances du domaine public, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit en ne déclinant pas la compétence du juge administratif des référés ;

4. Considérant, en deuxième lieu, que contrairement à ce que soutient la commune de Port-Vendres, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas estimé que l'immeuble en litige appartenait au domaine public de l'Etat ou que l'Etat détenait l'immeuble en jouissance ; qu'il n'a pu, par suite, commettre la dénaturaison des pièces du dossier et l'erreur de droit qui auraient résulté de telles appréciations ;

5. Considérant, enfin, qu'en estimant que le moyen tiré de ce que le conseil municipal n'avait pas pris en considération la nature des activités qui s'exerçaient dans cet immeuble était propre, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la légalité de la délibération attaquée, le juge des référés n'a pas dénaturé les pièces du dossier ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la commune de Port-Vendres doit être rejeté, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Décide -----

Article 1er : Le pourvoi de la commune de Port-Vendres est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la commune de Port-Vendres et au ministre de l'intérieur.

2. Conseil d'Etat du 8 avril 2013, Association ATLALR

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 6 et 21 novembre 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'association ATLALR, dont le siège est Avenue des amandiers, ancien Intersport, à Villeneuve-les-Béziers (34420) ; elle demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1204081 du 22 octobre 2012 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier, statuant sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative et sur la demande du préfet de l'Hérault, lui a enjoint ainsi qu'à tous occupants de son chef de libérer les biens immeubles situés sur les parcelles cadastrées section B n° 1081, 1480, 1072 et 1069 qu'ils occupent à Villeneuve-les-Béziers dans un délai d'un mois suivant la notification de cette ordonnance et autorisé le préfet, à défaut d'exécution de cette injonction, à recourir à la force publique pour libérer les lieux ;

2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, de rejeter la demande du préfet de l'Hérault ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

1. Considérant qu'avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance d'un bien au domaine public était, 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 le fait de prévoir de façon certaine un tel aménagement du bien concerné impliquait que celui-ci était soumis, dès ce moment, aux principes de la domanialité publique ; qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui, n'ayant encore fait l'objet d'aucun aménagement, appartenaient antérieurement au domaine public en application de la règle énoncée ci-dessus, alors même qu'en l'absence de réalisation de l'aménagement prévu, elles ne rempliraient pas l'une des conditions fixées depuis le 1er juillet 2006 par l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques qui exige, pour qu'un bien affecté au service public constitue une dépendance du domaine public, que ce bien fasse déjà l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ;

2. Considérant que l'association soutient, à l'appui de son pourvoi, que le juge administratif des référés n'était manifestement pas compétent pour statuer sur la demande d'expulsion dont il était saisi, dès lors que celle-ci portait sur des parcelles qui, en l'absence d'aménagement spécial, n'auraient jamais fait partie du domaine public ; que, toutefois, ainsi qu'il ressort des écritures des parties, avant la date à laquelle l'association a été autorisée par l'Etat, par la convention du 15 juin 2005, à occuper les

parcelles cadastrées section B n° 1081, 1480, 1072 et 1069 situées sur le territoire de la commune de Villeneuve-les-Béziers, ces parcelles avaient été acquises par l'Etat en vue de la réalisation des travaux, déclarés d'utilité publique par décret du 30 mars 2000, de raccordement de l'autoroute A75 à l'autoroute A9 aux abords de l'échangeur de Béziers Est ; qu'ainsi, la personne publique avait prévu de manière certaine de réaliser les aménagements nécessaires ; que, par suite, ces parcelles étaient soumises aux principes de la domanialité publique ; que la circonstance qu'elles n'aient finalement pas été utilisées pour la réalisation des infrastructures de transport ainsi envisagées, ainsi qu'il résulte d'une déclaration d'utilité publique modificative du 16 novembre 2007, est sans incidence, en l'absence de décision de déclassement, sur leur appartenance au domaine public ; que, par suite, les emplacements occupés par l'association, alors même qu'ils n'ont fait l'objet ni des aménagements projetés en 2000 ni d'autres travaux d'aménagement ferroviaire, ne sont pas manifestement insusceptibles d'être qualifiés de dépendance du domaine public dont le contentieux relève de la juridiction administrative ; que le moyen tiré de ce que le juge des référés n'aurait manifestement pas été compétent pour statuer sur la demande du préfet de l'Hérault doit donc être écarté ;

3. Considérant, en second lieu, qu'aux termes du premier alinéa de l'article R. 522-4 du code de justice administrative : " Notification de la requête est faite aux défendeurs " ; qu'aux termes de l'article R. 522-7 du même code : " L'affaire est réputée en état d'être jugée dès lors qu'a été accomplie la formalité prévue au premier alinéa de l'article R. 522-4 et que les parties ont été régulièrement convoquées à une audience publique pour y présenter leurs observations " ;

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'une copie de la demande du préfet de l'Hérault, accompagnée de l'avis précisant que l'affaire serait appelée à l'audience publique du 18 octobre 2012 à 14h30, a été adressée à M. Soulié, président de l'association ATLALR, par lettre recommandée du 27 septembre 2012, dont M. Soulié a accusé réception le 28 septembre 2012 ; qu'il suit de là que l'association ATLALR n'est pas fondée à soutenir que l'ordonnance attaquée est intervenue au terme d'une procédure irrégulière faute pour elle d'avoir reçu notification de la demande du préfet et de l'avis d'audience ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non recevoir opposée par la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, que l'association ATLALR n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

D E C I D E :

Article 1er : Le pourvoi de l'association ATLALR est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'association ATLALR et à la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie.

3. Etienne Fatôme, La consistance du domaine public immobilier général sept ans après le CGPPP (1) AJDA 2013 p. 965

Lorsque le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) est entré en vigueur, les commentateurs (dont l'auteur de ces lignes) ainsi que la très grande majorité des tribunaux et cours administratives d'appel (v. par ex., CAA Nancy, 26 nov. 2009, Communauté de communes de la

station des Rousses, req. n° 09NC00188 ; CAA Marseille, 10 avr. 2012, Société TDF, req. n° 09MA04616) ont implicitement considéré que la définition qu'il donne du domaine public immobilier général (2) se substituait à celle fixée antérieurement par la jurisprudence et que, du fait de cette substitution, depuis l'entrée en vigueur du code, le domaine public immobilier général n'était plus composé que des biens qui remplissent les conditions fixées par ses articles L. 2111-1 et L. 2111-2.

Aussi bien aux termes de la jurisprudence antérieure au code (3) qu'aux termes du code lui-même et, notamment de son article L. 2141-1, il ne suffit pas, pour qu'un bien sorte du domaine public, qu'il ne remplisse plus les conditions qui ont entraîné son entrée dans ce domaine, mais il faut qu'il fasse en plus l'objet d'une mesure de déclassement. Par conséquent, cette manière de voir revenait à considérer que, bien que le code ne contienne aucune disposition expresse en ce sens, son entrée en vigueur avait eu pour effet d'entraîner le déclassement du domaine public des dépendances qui ne remplissaient pas les nouvelles conditions d'appartenance à ce domaine public fixées par les articles L. 2111-1 et L. 2111-2. Solution qui pouvait paraître d'autant plus s'imposer qu'elle permettait de faire en sorte que le resserrement du périmètre de la domanialité publique voulu par les auteurs du code se produise automatiquement dès son entrée en vigueur.

Mais, après la cour administrative d'appel de Lyon (CAA Lyon, 29 avr. 2008, Société Boucheries André c/ Réseau ferré de France, req. n° 07LY02216, AJDA 2008. 2338 , note J. Andreani ; RDI 2008. 552, obs. O. Févrot), puis celle de Paris (CAA Paris, 31 juill. 2012, Chambre arbitrale internationale de Paris [CAIP], req. n° 12PA00616, AJDA 2012. 2220 et 2200, note J.-E. Martin-Lavigne), le Conseil d'Etat a considéré (CE 3 oct. 2012, Commune de Port-Vendres, req. n° 353915, Lebon ; AJDA 2013. 471 , note E. Fatôme, M. Raunet et R. Leonetti et 2012. 1882 ; AJCT 2013. 42 , obs. P. Grimaud) que, tel qu'il est rédigé, le code ne permet pas de retenir cette solution. « Considérant, [a en effet jugé le Conseil d'Etat] dans cet arrêt, qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui appartenaient antérieurement au domaine public et qui, depuis le 1er juillet 2006, ne remplissaient plus les conditions désormais fixées par son article L. 2111-1 ». La solution ainsi retenue par le Conseil d'Etat emporte deux conséquences très importantes.

La première est que, du fait de cet arrêt Commune de Port-Vendres, pour savoir si un bien appartient au domaine public immobilier général, il faut avoir recours à une définition du domaine public différente selon que le bien en cause est susceptible d'être entré dans le domaine public immobilier général avant l'entrée en vigueur du code ou, au contraire, après. En effet, dans le premier cas, on doit, pour répondre à la question, appliquer la définition dégagée par la jurisprudence antérieurement au code, alors que, dans le second, on doit appliquer celle fixée par les articles L. 2111-1 et L. 2111-2.

La deuxième conséquence emportée par la solution de l'arrêt Commune de Port-Vendres est que le domaine public immobilier général comprend de très nombreux biens qui ne remplissent pas les conditions d'appartenance à ce domaine fixées par le CGPPP et, dont il est admis désormais qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient soumis au régime de la domanialité publique.

Dès lors, du fait de la solution de cet arrêt, il est nécessaire, pour connaître la consistance actuelle du domaine public immobilier général, de rechercher :

- si, depuis le code et en quelque sorte sous son influence, l'interprétation par le juge des critères d'appartenance au domaine public qu'il avait dégagés avant le code a évolué ;
- si des éléments sont intervenus qui sont venus préciser la manière dont il convient d'interpréter la définition donnée par le code ;

- si, à défaut d'avoir été déclassées par le code, les dépendances du domaine public immobilier général qui ne remplissent pas les nouvelles conditions d'appartenance à ce domaine peuvent l'être par l'autorité administrative.

I - L'interprétation actuelle de la définition jurisprudentielle du domaine public immobilier général

Il convient, aux termes de cette définition, de distinguer deux catégories de conditions : celles qui sont nécessaires pour qu'un bien considéré en lui-même appartienne au domaine public immobilier général et celles qui sont nécessaires pour qu'un bien appartienne à ce domaine public en application de la théorie de l'accessoire.

A. L'interprétation des conditions nécessaires pour qu'un bien considéré en lui-même appartienne au domaine public immobilier général

On sait qu'aux termes de la définition du domaine public fixée par la jurisprudence antérieurement au code, un bien fait partie du domaine public immobilier général dès lors qu'il appartient à une personne publique, qu'il est affecté à l'usage direct du public ou à un service public (ou, si son affectation a pris fin, qu'il n'a pas fait l'objet d'une mesure de déclassement) et qu'il a fait l'objet d'un aménagement spécial.

Aucun arrêt, tout au moins à ma connaissance, ne permet de considérer que l'interprétation des deux premières conditions (de propriété et d'affectation) a évolué depuis l'entrée en vigueur du CGPPP. Or, cette constatation présente une importance particulière en ce qui concerne la condition de propriété.

En effet, aux termes de la définition du CGPPP, les biens des personnes publiques autres que l'Etat, les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics ne sont, depuis le code, susceptibles d'être incorporés au domaine public que si les textes qui régissent ces personnes publiques le prévoient. Or, depuis l'entrée en vigueur du code, aucun arrêt n'a remis en cause la règle dégagée par la jurisprudence antérieurement au code suivant laquelle toute personne publique, y compris par conséquent les personnes publiques sui generis visées par l'article L. 2, est susceptible d'avoir un domaine public - sauf si les dispositions qui la régissent font obstacle à l'application du régime de la domanialité publique (CE, avis, 9 déc. 1999, relatif à la Banque de France, EDCE 2000. 211). Dès lors, force est de décider que, malgré la disposition de l'article L. 2, les personnes visées par cet article pour lesquelles les textes qui les régissent ne prévoient pas expressément la possibilité d'avoir un domaine public continuent à en avoir un si, avant l'entrée en vigueur du code, d'une part, elles étaient propriétaires de biens immobiliers affectés à un service public moyennant des aménagements spéciaux et, d'autre part, les dispositions qui les régissent ne faisaient pas, dès avant l'adoption du code, obstacle à l'application du régime de la domanialité publique.

La réponse à la question de savoir si, depuis l'entrée en vigueur du CGPPP, l'interprétation de la troisième condition (celle relative à l'existence d'un aménagement spécial) a évolué est plus difficile à donner et implique que l'on distingue le champ d'application de cette condition, son contenu, ainsi que le moment où il convient de considérer qu'elle est remplie.

1. Le champ d'application de la condition d'aménagement spécial

On sait qu'au départ, cette condition complémentaire tenant à l'existence d'un aménagement spécial est apparue à propos des biens affectés à un service public (CE 19 oct. 1956, Société « Le Béton » c/ Office national de la navigation, req. n° 20180, Lebon ; D. 1956. 681, concl. M. Long), mais que, par la suite, la jurisprudence y a fait expressément référence pour certains biens affectés à l'usage direct du

public (Y. Gaudemet, Droit administratif des biens, LGDJ, 14e éd., 2011, pp. 123 et s., avec les références). Ce qui a conduit certains auteurs et notamment René Chapus (Droit administratif général, Montchrestien, 15e éd., p. 389) à la conclusion que « l'exigence d'un aménagement spécial des biens immobiliers dont l'existence ou l'état sont les conséquences de l'intervention de l'homme qui les a fait, ce qu'ils sont (et donc qui ne sont pas le résultat de phénomènes naturels) concerne indistinctement ceux qui sont affectés à l'usage direct du public et ceux qui le sont à un service public ».

Or, dans l'arrêt Commune de Port-Vendres, le Conseil d'Etat revient très clairement sur cette extension du champ d'application de la condition d'aménagement spécial à certains biens affectés à l'usage direct du public. En effet, « oubliant » ses arrêts qui faisaient expressément référence à un aménagement spécial pour des biens affectés à l'usage du public, il affirme qu'« avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance au domaine public d'un bien était, 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... ».

Comme, aux termes de la définition du domaine public donnée par le CGPPP, l'existence d'un aménagement (indispensable et non plus spécial) n'est également exigée que pour les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui sont affectés à un service public, cette évolution de l'interprétation de la condition d'aménagement présente bien sûr l'intérêt que, s'agissant des biens affectés à l'usage direct du public, il n'y a pas lieu, pour savoir s'ils appartiennent au domaine public, de se demander s'ils sont susceptibles d'y être entrés avant ou après l'entrée en vigueur du code : dans les deux cas, l'existence d'un aménagement, en plus de l'affectation, n'est pas requise (4).

Mais, l'intérêt de cette unification ne doit pas faire perdre de vue que la solution retenue par le code et, désormais, également par la jurisprudence pour la période antérieure au code, présente l'inconvénient de conférer de l'importance à la distinction entre les biens affectés à l'usage direct du public et les biens affectés à un service public - puisque l'existence d'un aménagement n'est requise qu'en ce qui concerne les seconds. Or, ainsi que de nombreux arrêts l'ont montré (v. not., CE 11 mai 1959, Dauphin, Lebon 314, concl. H. Mayras ; CE 13 juill. 1961, Ville de Toulouse, AJDA 1961. 467, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot ; CE 22 avr. 1977, Michaud, req. n° 95539, Lebon 185 ; AJDA 1977. 411, concl. M. Franc, note A. de Laubadère), « la distinction entre l'affectation à l'usage du public et l'affectation à un service public n'est pas toujours aussi claire qu'il paraît... l'affectation [pouvant] dans certains cas aussi bien être présentée comme faite à l'usage du public ou à un service public » (Y. Gaudemet, Droit administratif des biens, LGDJ, 13e éd., p. 59).

2. Le contenu de la condition relative à l'existence d'un aménagement spécial

Avant l'entrée en vigueur du CGPPP, le juge administratif avait, on le sait, retenu une conception particulièrement large de la condition d'aménagement spécial, conception qui avait pour conséquence - c'est tout au moins ce qui a été considéré par les auteurs du code (v. le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avr. 2006) - d'incorporer dans le domaine public des biens pour lesquels la protection de la domanialité publique n'apparaissait pas réellement nécessaire.

Or, on a pu penser à la lecture de certains arrêts rendus après l'entrée en vigueur du code que, soucieux de tenir compte de la volonté des auteurs du code de réduire le périmètre de la domanialité publique et, donc, de ne soumettre à ce régime exorbitant que les biens pour lesquels cette soumission apparaît réellement nécessaire, le juge tendait à avoir une conception plus stricte de cette condition afin qu'elle redevienne ce pourquoi elle a été conçue, à savoir un critère restrictif de la domanialité publique.

L'arrêt sans doute le plus probant à cet égard est un arrêt du Tribunal des conflits (T. confl. 22 oct. 2007, Mlle Doucedame c/ Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 3625, Lebon ; AJDA 2008. 1145 , note M. Canedo-Paris). Le Tribunal a en effet jugé dans cet arrêt, « que si, toutefois, le département [des Bouches-du-Rhône] a fait réaliser [sur un massif forestier affecté au service public de la protection de l'environnement] des aménagements, sous la forme exclusive de panneaux d'information et de balisage de sentiers de promenade ou de randonnée, leur nature et leur importance ne permettent pas de les considérer comme spécialement adaptés à l'exploitation du service public ; que, par suite, le domaine des Roques [...] ne peut être regardé comme appartenant au domaine public départemental » (v. aussi, CE 28 sept. 2011, Jullian, req. n° 343690, AJDA 2012. 1449 , note A. Fuchs-Cessot ; AJCT 2011. 577, obs. J. Coronat ; CAA Lyon, 7 mars 2011, Syndicat des copropriétaires de la résidence Le rond-point des pistes 1, req. n° 09LY00750 ; G. Eveillard, L'application dans le temps des nouveaux critères de définition du domaine public, Dr. adm. 2010, n° 11, étude 21).

Mais, la lecture des conclusions de Nathalie Escaut sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 mai 2012 (SCP Mercadier et Krantz, req. n° 342107, Lebon ; AJDA 2012. 979) montre que cette conception plus restrictive de la notion d'aménagement spécial ne peut pas être considérée comme acquise. « Le second critère de l'aménagement spécial [d'un bâtiment qui avait accueilli une gendarmerie dont il fallait savoir s'il avait été incorporé au domaine public avant l'entrée en vigueur du code], écrit Nathalie Escaut, nous semble aussi satisfait en l'espèce. Rappelons en effet que votre jurisprudence a une conception très large de la notion d'aménagement spécial, reconnaissant l'existence d'un tel aménagement du fait même de l'affectation du bien au service public... ».

Il faudra donc attendre d'autres décisions pour savoir si l'une de ces tendances l'emporte sur l'autre. Tout au plus peut-on faire valoir qu'eu égard à la volonté du législateur de réduire le périmètre de la domanialité publique, il serait logique que, sans peut-être aller jusqu'à donner de la condition d'aménagement spécial la même interprétation que celle qu'il donne de la condition d'aménagement indispensable, car, cela serait peut-être un peu trop « reconstruire l'histoire », le juge administratif en revienne, comme il l'a fait en ce qui concerne l'affectation à l'usage direct du public, à la conception première de cette notion.

3. Quand la condition de l'aménagement spécial est-elle remplie ?

Jusqu'à un arrêt du Conseil d'Etat du 8 avril 2013, Association ATLALR (req. n° 363738, Lebon ; AJDA 2013. 764), il était admis :

- que la condition constituée par l'existence d'un aménagement spécial n'était remplie que lorsque le ou les aménagements spéciaux étaient réalisés ;
- que, par voie de conséquence, un bien appartenant à une personne publique et affecté à un service public moyennant des aménagements spéciaux n'entrait dans le domaine public qu'une fois que les aménagements spéciaux étaient réalisés et que, ces aménagements étant réalisés, son affectation au service public devenait effective ;
- que, toutefois, bien que n'appartenant pas encore au domaine public, un bien, propriété d'une personne publique, était soumis aux principes de la domanialité publique dès le moment où son affectation à un service public moyennant des aménagements spéciaux était prévue de façon certaine (5).

L'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat du 18 mai 2004 relatif à la Cinémathèque française (EDCE 2005. 185) est d'une parfaite clarté à cet égard. « Ainsi que le rappelle, peut-on lire en effet dans cet avis, un avis du Conseil d'Etat [sections de l'intérieur et des travaux publics réunies] en date du 31 janvier 1995, un immeuble dont une personne publique est propriétaire est incorporé dans son

domaine public dès lors qu'il reçoit une affectation soit à l'usage direct du public, soit à un service public et qu'il est spécialement aménagé à cet effet... Un immeuble appartenant à une personne publique, destiné à être affecté à l'usage direct du public ou à un service public et aménagé spécialement à cet effet, est soumis aux principes de la domanialité publique dès lors que l'une ou l'autre de ces destinations est prévue de façon certaine... Il résulte de ce qui précède que si, à la date du présent avis et en raison des travaux d'aménagement spéciaux en cours, l'immeuble du 51 rue de Bercy n'est pas encore affecté à un service public ni à l'usage direct du public, la première de ces destinations est prévue de manière certaine. Il est donc soumis, dès à présent, aux principes de la domanialité publique et sera incorporé au domaine public de l'Etat à la date de son affectation à la Cinémathèque française » (v., dans le même sens, Ch. Maugué et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA 2006. 1073).

Or, dans son arrêt ATLALR, le Conseil d'Etat revient sur cette solution.

En effet, après avoir rappelé, d'une part, que « avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance d'un bien au domaine public était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonné 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 » et, d'autre part, que « le fait de prévoir de façon certaine un tel aménagement du bien concerné impliquait que celui-ci était soumis, dès ce moment, aux principes de la domanialité publique », le Conseil d'Etat, complétant en quelque sorte sa décision Commune de Port-Vendres, juge « qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui, n'ayant encore fait l'objet d'aucun aménagement, appartenaient antérieurement au domaine public en application de la règle énoncée ci-dessus, alors même qu'en l'absence de réalisation de l'aménagement prévu, elles ne rempliraient pas l'une des conditions fixées depuis le 1er juillet 2006 par l'article L. 2111-1 du CGPPP qui exige, pour qu'un bien affecté au service public constitue une dépendance du domaine public, que ce bien fasse déjà l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service ».

Le considérant est d'une parfaite clarté : un bien, propriété d'une personne publique, dont l'affectation à un service public moyennant des aménagements spéciaux a été prévue de façon certaine avant le 1er juillet 2006, mais qui, pour reprendre les termes de l'avis du Conseil d'Etat du 31 janvier 1995, ne s'est pas « concrétisée » avant cette date parce que les aménagements prévus n'ont pas été réalisés, a été, malgré tout, incorporé au domaine public « par application de la règle » (jurisprudentielle) qui veut que les biens dans cette situation soient soumis aux principes de la domanialité publique.

L'application que le Conseil d'Etat fait de cette solution à la situation qui était en cause dans cet arrêt confirme que c'est bien ainsi qu'il convient de l'interpréter. « Considérant, juge en effet le Conseil d'Etat dans le troisième considérant, que l'association soutient, à l'appui de son pourvoi, que le juge administratif des référés n'était manifestement pas compétent pour statuer sur la demande d'expulsion dont il était saisi, dès lors que celle-ci portait sur des parcelles qui, en l'absence d'aménagement spécial, n'auraient jamais fait partie du domaine public ; que, toutefois, ainsi qu'il ressort des écritures des parties, avant la date à laquelle l'association a été autorisée par l'Etat, par la convention du 15 juin 2005, à occuper les parcelles cadastrées section B nos 1081, 1480, 1072 et 1069 situées sur le territoire de la commune de Villeneuve-les-Béziers, ces parcelles avaient été acquises par l'Etat en vue de la réalisation des travaux, déclarés d'utilité publique par décret du 30 mars 2000, de raccordement de l'autoroute A 75 à l'autoroute A 9 aux abords de l'échangeur de Béziers Est ; qu'ainsi, la personne publique avait prévu de manière certaine de réaliser les aménagements nécessaires ; que, par suite, ces parcelles étaient soumises aux principes de la domanialité publique ; que la circonstance qu'elles n'aient finalement pas été utilisées pour la réalisation des infrastructures de transport ainsi envisagées,

ainsi qu'il résulte d'une déclaration d'utilité publique modificative du 16 novembre 2007, est sans incidence, en l'absence de décision de déclassement, sur leur appartenance au domaine public ».

Cette solution appelle plusieurs observations.

La première est relative au régime juridique des biens des personnes publiques dont le Conseil d'Etat décide désormais qu'ils sont entrés dans le domaine public parce que leur affectation à un service public moyennant des aménagements spéciaux a été prévue de façon certaine avant l'entrée en vigueur du code et que, de ce fait, ils ont été soumis, dès ce moment, aux principes de la domanialité publique.

En effet, puisqu'il est dit dans l'arrêt que ces biens sont soumis aux principes de la domanialité publique, la question qui se pose est celle de savoir si, bien qu'appartenant au domaine public, ces biens ne sont soumis qu'aux principes de la domanialité publique - pour la raison qui serait que leur affectation n'est pas devenue effective en l'absence de réalisation des aménagements prévus - ou si, au contraire, parce qu'ils appartiennent au domaine public, ils sont nécessairement soumis au régime de la domanialité publique dans son intégralité.

L'arrêt ne permet pas de répondre avec certitude à cette question.

Toutefois, puisque c'est parce que ces biens doivent être soumis aux principes de la domanialité publique qu'ils appartiennent au domaine public et non l'inverse, peut-être est-il plus logique de considérer que bien qu'appartenant au domaine public ils ne sont soumis qu'aux principes de la domanialité publique !

La deuxième observation concerne la domanialité publique virtuelle ou par anticipation.

En effet, aux termes de cette théorie, un bien dont l'affectation à un service public moyennant des aménagements spéciaux est prévue de façon certaine est soumis dès ce moment aux principes de la domanialité publique, mais n'entre dans le domaine public qu'une fois que, ces aménagements étant réalisés, son affectation au service public devient effective.

Or, en décidant que les biens qui, avant l'entrée en vigueur du code, étaient soumis aux principes de la domanialité publique parce que leur affectation à un service public moyennant des aménagements spéciaux était prévue de façon certaine, appartenaient au domaine public dès lors qu'ils n'avaient pas fait l'objet d'une décision de déclassement, le Conseil d'Etat abandonne clairement cette théorie (6).

La troisième observation concerne les conséquences pratiques de ce revirement de jurisprudence.

La première est que, pour savoir si un bien est entré dans le domaine public avant l'entrée en vigueur du code, il ne suffit pas de rechercher si ce bien a été effectivement affecté avant cette date à un service public moyennant des aménagements spéciaux, mais il faut, au cas où cette première recherche se révèle négative, rechercher si, bien qu'elle ne soit pas « concrétisée », l'affectation de ce bien à un service public moyennant des aménagements spéciaux n'a pas été prévue de façon certaine. Ce qui, puisqu'elle doit être prévue de façon certaine, ne peut être le cas que si, comme dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt ATLALR, cette affectation résulte d'une décision expresse.

La deuxième conséquence est que - puisque, ainsi que le rappelle l'arrêt ATLALR, « l'entrée en vigueur du code n'a pas, par elle-même, pu avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui appartenaient antérieurement au domaine public... » - pour être régulières les cessions des biens dont l'affectation à un service public moyennant des aménagements spéciaux a été prévue de façon certaine avant l'entrée en vigueur du code ainsi que les constitutions de droits réels civils sur ces biens doivent avoir été précédées d'une décision expresse de déclassement bien que leur affectation n'ait jamais été effective.

Or, il y a tout lieu de craindre que tel n'ait pas été le cas pour les opérations de ce type effectuées avant que cet arrêt ne soit rendu pour la raison très simple qu'avant cet arrêt ces biens étaient considérés comme n'étant pas entrés dans le domaine public. C'est pourquoi, on peut se demander si, dès lors qu'il estimait ne pas pouvoir revenir purement et simplement sur sa jurisprudence Eurolat (7) pour la période antérieure au code et que, par voie de conséquence, il lui fallait dire comment un bien dont l'affectation ne s'était pas concrétisée pouvait cesser d'être soumis aux principes de la domanialité publique et notamment au principe d'inaliénabilité, il n'aurait pas été préférable que le Conseil d'Etat retienne une solution plus souple. Celle-ci aurait pu consister à décider qu'un bien dont l'affectation à un service public moyennant des aménagements spéciaux a été prévue de façon certaine cesse d'être soumis aux principes de la domanialité publique - et, donc, au principe d'inaliénabilité - dès lors que son affectation ne s'est pas concrétisée dans un délai raisonnable après qu'elle ait été décidée et qu'elle peut donc être considérée comme ayant été de facto abandonnée.

B. L'interprétation de la théorie jurisprudentielle de l'accessoire

En vertu de la théorie de l'accessoire, avant l'entrée en vigueur du CGPPP un bien immobilier, propriété d'une personne publique, entrait dans le domaine public immobilier lorsque soit « il contribuait à la bonne utilisation par le public de la dépendance principale ou au bon fonctionnement du service public affectataire de cette dépendance, [soit il était] indissociable de la dépendance principale » (R. Chapus, préc., nos 478 et s.).

Si le principe était clair, sa mise en oeuvre n'était pas toujours chose aisée en raison, pour reprendre les termes du rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 21 avril 2006, « de la formulation variable par le juge » de ces critères d'indissociabilité physique et de liens fonctionnels. Formulation variable qui affectait notamment le critère d'indissociabilité dont on ne savait pas s'il convenait de considérer qu'il était toujours satisfait dès lors qu'un bien faisait physiquement corps avec une dépendance du domaine public ou si, au contraire, il pouvait ne pas l'être même lorsqu'une telle contiguïté physique existait.

Or, depuis l'entrée en vigueur du code, le Conseil d'Etat s'est à plusieurs reprises prononcé en faveur de la seconde solution. Il l'a fait notamment dans un important arrêt de section (CE, sect., 28 déc. 2009, Société Brasserie du Théâtre, req. n° 290937, Lebon 528 ; AJDA 2010. 841 , note O. Févrot ; BJCP 2010. 125, concl. L. Olléon).

En effet, dans cet arrêt, après avoir relevé que « l'accès aux locaux mis à la disposition de la SARL Brasserie du Théâtre s'effectue par une entrée située directement sur la rue et distincte de celle du théâtre municipal de Reims », le Conseil d'Etat a jugé « 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 » (v. également, dans le même sens, CE 11 déc. 2008, Mme Perreau-Polier, req. n° 309260, Lebon ; AJDA 2009. 828 , note O. Févrot et 2008. 2426 ; CE 24 févr. 2011, Maison de retraite de Neuilly-sur-Seine, req. n° 342621).

Cet arrêt fait clairement apparaître que, pour le Conseil d'Etat, l'existence d'accès distincts, rendant autonome une partie d'un immeuble dépendant du domaine public, a pour conséquence de rompre « juridiquement » le lien d'indissociabilité qui peut être présumé du fait de la contiguïté physique d'une partie d'un immeuble avec une autre partie qui, elle, appartient au domaine public. Autrement dit, la présomption d'indissociabilité, qui par définition existe s'agissant de parties d'un même immeuble, peut être renversée juridiquement lorsqu'existent des conditions permettant à chacune de ces parties du même immeuble de fonctionner de façon autonome.

Dès lors, il ne fait aucun doute que, pour qu'un bien puisse être considéré comme étant entré dans le domaine public avant l'entrée en vigueur du code en application de la théorie de l'accessoire parce qu'il remplissait la condition d'indissociabilité, il ne suffit pas que ce bien ait un lien physique avec une dépendance du domaine public, mais il faut en plus qu'il ne bénéficie d'aucune autonomie (notamment fonctionnelle) par rapport à cette dépendance.

Dans la mesure où la consécration de cette interprétation restrictive du critère d'indissociabilité va dans le sens du resserrement du périmètre de la domanialité publique, on peut penser qu'elle est révélatrice du souci du Conseil d'Etat de tenir compte, dans son interprétation de la définition du domaine public qu'il avait dégagée avant le code, de la volonté des auteurs du code de procéder à un tel resserrement. Mais, ce qui apparaît également au vu de ce qui précède c'est que l'influence du code n'a pas été jusqu'à conduire le juge, ainsi que certains auteurs l'avaient envisagé (v., G. Eveillard, art. préc.), à retenir une interprétation des critères jurisprudentiels « coïncidant avec les nouveaux critères posés par le code », tels, tout au moins, que le juge a commencé à les interpréter.

II - L'interprétation de la définition du domaine public immobilier général donnée par le code

Les éléments relatifs à cette interprétation concernent fondamentalement, d'une part, la condition d'aménagement indispensable désormais nécessaire pour qu'un bien affecté à un service public après l'entrée en vigueur du code appartienne au domaine public immobilier général et, d'autre part, la théorie de l'accessoire.

A. L'interprétation de la condition d'aménagement indispensable

Le Conseil d'Etat a précisé la manière dont il convient d'interpréter la condition d'aménagement indispensable dans un arrêt d'assemblée Commune de Douai (CE, ass., 21 déc. 2012, req. n° 342788, Lebon ; AJDA 2013. 457 , chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013. 252, obs. D. Capitant ; AJCT 2013. 91 , obs. O. Didriche ; RFDA 2013. 25, concl. B. Dacosta ; BJCP 2013, n° 87, concl. B. Dacosta et obs. C. M. ; Contrats Marchés publ. 2013, n° 2, F. Llorens et P. Soler-Couteaux et n° 41, note G. Eckert ; Dr. adm. 2013, n° 20, note G. Eveillard ; E. Fatôme et P. Terneyre, Le statut des biens des délégations de service public, AJDA 2013. 724).

En effet, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a jugé que « lorsque des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, et ainsi constitutifs d'aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service, sont établis sur la propriété d'une personne publique, ils relèvent de ce fait du régime de la domanialité publique... ».

Par conséquent, il est clair que, pour le Conseil d'Etat, par bien affecté à un service public faisant l'objet d'un aménagement indispensable, il faut entendre un bien nécessaire au fonctionnement du service public auquel il est affecté. Ce qui, ainsi que j'ai déjà eu l'occasion de l'écrire avec Philippe Terneyre (art. préc.), revient à admettre que la tentative des auteurs du code de resserrer le périmètre de la domanialité publique en retenant pour l'affectation des biens au service public le critère de l'aménagement indispensable est, du fait de l'imprécision de ce critère, un relatif échec et que ce qui doit commander la soumission d'un bien affecté à un service public au régime de la domanialité publique, c'est le fait que, sans ce bien, le service public ne pourrait pas fonctionner de façon satisfaisante. « Nous pensons, écrivait en ce sens Damien Botteghi dans ses conclusions sur un arrêt du 24 février 2011, Maison de retraite de Neuilly-sur-Seine [req. n° 342621], qu'il faut opter pour une approche finaliste et déterminer les biens qui nécessitent, eu égard à leur mission, la protection exorbitante du régime de la domanialité publique ... La boussole à suivre - et il aurait peut-être mieux

valu la reprendre dans le texte - c'est d'intégrer au domaine public les seuls biens qui sont nécessaires au bon fonctionnement des services auxquels ils sont affectés ».

C'est pourquoi, sauf à admettre que le terrain sur lequel est établi un ouvrage nécessaire au fonctionnement d'un service public n'est pas lui-même nécessaire au fonctionnement de ce service, force est de considérer, même si l'arrêt Commune de Douai ne le dit pas expressément, qu'il fait l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service. Et, donc, que, dès lors qu'il appartient à une personne publique mentionnée à l'article L. 1, il remplit les conditions d'appartenance au domaine public édictées par l'article L. 2111-1 du CGPPP.

Mais, encore faut-il savoir à partir de quel moment il les remplit. Autrement dit, et de façon plus précise, encore faut-il savoir à partir de quel moment on doit considérer qu'un bien immobilier est nécessaire au fonctionnement d'un service public, que, de ce fait, il remplit la condition d'aménagement indispensable édicté par l'article L. 2111-1 du CGPPP et que, remplissant cette condition, il entre dans le domaine public.

La réponse à cette question est donnée par l'article L. 2111-1.

Cet article prévoit en effet que « le domaine public d'une personne 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 ». Par conséquent, puisqu'aux termes de cet article, il faut, pour qu'un bien d'une personne publique affecté à un service public appartienne au domaine public, non pas qu'il ait fait l'objet, mais qu'il fasse l'objet d'un aménagement indispensable, il est clair qu'il n'est pas nécessaire que l'aménagement indispensable ait été réalisé, mais il suffit que sa réalisation soit en cours, qu'elle ait commencé. Le rapport au président de la République est très clair à cet égard puisqu'il y est dit que « c'est désormais la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable qui déterminera l'application du régime de la domanialité publique... ». « La rédaction retenue [de l'art. L. 2111-1], écrivaient également Christine Maugué et Gilles Bachelier dans leur article précité consacré à la Genèse et à la présentation du code général de la propriété des personnes publiques (AJDA 2006. 1073), ne rend pas nécessaire un achèvement des aménagements, il suffit qu'ils soient en cours ». Enfin, l'arrêt ATLALR confirme que c'est bien ainsi qu'il convient d'interpréter cette disposition. En effet, il y est dit que « l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques [...] exige, pour qu'un bien affecté au service public constitue une dépendance du domaine public, que ce bien fasse déjà l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ». Or, l'utilisation de l'adverbe « déjà » ne peut s'expliquer, me semble-t-il, que par la volonté du Conseil d'Etat de bien marquer que ce qui est nécessaire, pour que la condition soit remplie et, donc, pour qu'un terrain affecté à un service public entre dans le domaine public, c'est que la réalisation de l'aménagement ait commencé.

Ce point pouvant être considéré comme acquis, force est de décider que comme, à la différence de ce qu'il en était avant l'entrée en vigueur du CGPPP, désormais un terrain affecté à un service public moyennant des aménagements indispensables n'entre dans le domaine public qu'une fois que la réalisation des aménagements est en cours, il existe nécessairement un laps de temps durant lequel l'affectation d'un terrain à un service public moyennant des aménagements indispensables est prévue de façon certaine et où, ainsi qu'il est dit dans l'arrêt, « en l'absence de réalisation de l'aménagement prévu », le bien n'appartient pas encore au domaine public.

Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir si, durant cette période intermédiaire, le bien est soumis aux principes de la domanialité publique comme l'étaient, avant l'entrée en vigueur du code, les biens des personnes publiques dont l'affectation à un service public moyennant des aménagements spéciaux n'était pas encore effective, mais était prévue de façon certaine.

L'arrêt ATLALR ne laisse aucun doute sur le fait qu'il n'en est rien.

En effet, dans cet arrêt, nous l'avons vu, le Conseil d'Etat, revenant sur sa jurisprudence Eurolat, décide qu'un bien qui est soumis aux principes de la domanialité publique est un bien qui appartient au domaine public. Or, puisque, dans ce même arrêt, le Conseil décide que depuis l'entrée en vigueur du CGPPP un bien d'une personne publique affecté à un service public moyennant des aménagements indispensables n'entre dans le domaine public qu'une fois que la réalisation de ces aménagements a commencé, c'est donc que, pour lui, entre le moment où l'affectation d'un bien, propriété d'une personne publique, à un service public moyennant des aménagements indispensables est prévue de façon certaine et celui où la réalisation de ces aménagements commencent, ce bien n'est pas soumis aux principes de la domanialité publique.

Dès lors, une autre question se pose qui est celle de savoir quelles sont les règles applicables à un bien de ce type pendant cette période intermédiaire. Est-ce que, puisqu'il n'appartient pas (encore) au domaine public et que, contrairement à ce qu'il en était avant l'entrée en vigueur du code, les principes de la domanialité publique ne lui sont pas applicables par anticipation, son régime juridique est celui des biens du domaine privé auquel il continue d'appartenir ? Ce qui, si tel était le cas, signifierait que les personnes publiques peuvent désormais faire ce que l'arrêt Eurolat leur interdisait de faire, à savoir conclure sur des biens de ce type des baux emphytéotiques ou des baux à construction de droit privé.

L'arrêt Commune de Douai me paraît répondre par la négative à cette question dans la mesure où, s'il admet que des droits réels peuvent être constitués sur des terrains dont l'affectation à un service public moyennant des aménagements indispensables est prévue de façon certaine, il subordonne la constitution de tels droits à la condition que le contrat qui les attribue comporte « des garanties propres à assurer la continuité du service et notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession des droits obtenus par la personne à laquelle ils ont été attribués ». Ce qui signifie que ces droits réels ne peuvent pas être les droits réels conférés par des baux emphytéotiques ou des baux à construction puisqu'aux termes des textes qui les régissent ces baux doivent être librement cessibles.

Si cette analyse est exacte, cela signifie que le Conseil d'Etat a également abandonné la théorie de la domanialité virtuelle pour les biens des personnes publiques dont l'affectation à un service public moyennant des aménagements indispensables a été prévue de façon certaine après l'entrée en vigueur du code et qu'il lui a substitué une règle plus souple qui consiste à interdire aux personnes publiques d'attribuer pendant cette période intermédiaire des droits sur ces biens susceptibles de porter atteinte à la continuité des services publics auxquels ils sont destinés. Solution qui confirme, si besoin en était, que la domanialité publique ne constitue plus aujourd'hui l'alpha et l'oméga de la protection des biens présentant une utilité publique et que ce qui compte en définitive, aux termes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (v., not., décis. n° 2005-513 DC du 14 avr. 2005, Loi relative aux aéroports, E.

Fatôme, Le régime juridique des biens affectés au service public, AJDA 2006. 178) et désormais, également, de celle du Conseil d'Etat, c'est que les exigences constitutionnelles de continuité du service public ou encore d'exercice des libertés publiques auxquelles certains biens des personnes publiques sont affectés soient garanties.

B. L'interprétation des conditions nécessaires pour qu'un bien soit inclus dans le domaine public par application de la règle de l'accessoire

La différence entre la définition de l'accessoire fixée par la jurisprudence et celle fixée par le CGPPP ne concerne pas, on le sait, les conditions nécessaires pour qu'un bien d'une personne publique appartienne au domaine public en application de cette théorie - conditions qui restent des conditions d'indissociabilité et de liens fonctionnels - ; mais elle concerne la manière dont ces conditions jouent puisqu'alors que dans le cadre de la définition jurisprudentielle, il suffisait que l'une des deux conditions soit remplie, dans le cadre de la définition donnée par le code, il faut que les deux existent cumulativement (8).

Dès lors, on peut penser que l'interprétation que le Conseil d'Etat a donnée de chacune de ces conditions dans le cadre de l'application de la définition jurisprudentielle et, notamment, l'interprétation restrictive qu'il a donnée de la condition d'indissociabilité dans son arrêt Société Brasserie du Théâtre (v., supra) est toujours celle qu'il convient de donner de ces conditions depuis qu'elles sont prévues par le code. Or, si tel est bien le cas cela signifie que, du fait de l'addition de l'interprétation restrictive de la condition d'indissociabilité et du caractère cumulatif des deux conditions, on va nécessairement assister à la multiplication des hypothèses dans lesquelles il convient « d'appliquer distinctement les régimes de domanialité au sein d'un même immeuble » (E. de Fenoyl et A. Maurer, BJCP année ???, n° 76, p. 163). Multiplication de ce type d'hypothèses qui conduit à poser le problème du champ d'application de la domanialité publique globale.

En effet, cette théorie consiste, ainsi que l'écrit Y. Gaudemet (préc., p. 121), « dans le cas où les services en cause [c'est-à-dire les services auxquels les dépendances du domaine public sont affectés] sont exercés sur une emprise foncière déterminée à ranger sous un même régime de domanialité publique l'ensemble des biens inclus dans cette emprise foncière, y compris ceux qui ne sont pas ou pas encore affectés au service public » (v., sur cette théorie, F. Melleray, De quelques incertitudes relatives à « la théorie » de la domanialité publique globale, Mélanges E. Fatôme, Dalloz, 2011, p. 321).

Or, on peut se demander si, eu égard à l'interprétation que le Conseil d'Etat donne de la condition d'indissociabilité dans le cadre de la théorie de l'accessoire, il ne conviendrait pas de décider que seuls sont incorporés au domaine public en application de la théorie de la domanialité publique globale les biens situés à l'intérieur d'un périmètre affecté à un service public qui ne sont pas utilisés par ce service dès lors qu'ils sont physiquement et fonctionnellement indissociables des autres biens situés à l'intérieur de ce périmètre. On peut être d'autant plus enclin à retenir cette solution que le législateur est allé encore plus loin dans la remise en cause de la théorie de la domanialité publique globale dans le cas particulier des gares de la Société du Grand Paris. En effet, l'article 12 de la loi du 3 juin 2010 relative au Grand Paris dispose que : « Les espaces appartenant à l'établissement public Société du Grand Paris situés dans les gares qui sont à usage de parkings, de commerces ou de locaux d'activité, s'ils ne sont pas affectés au service public utransport, font partie du domaine privé de l'établissement ».

On peut également invoquer dans le même sens la disposition de l'article L. 1414-16 du CGCT relative au contrat de partenariat qui prévoit que « si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat, cette dernière procède à une délimitation des biens appartenant au domaine public ».

Reste, pour connaître la consistance du domaine public immobilier général depuis l'entrée en vigueur du CGPPP, une dernière question qui est celle de savoir si l'autorité administrative peut procéder au déclassement des dépendances du domaine public immobilier qui ne remplissent plus les conditions d'appartenance à ce domaine telles qu'elles sont désormais fixées par les articles L. 2111-1 et L. 2111-2 du CGPPP.

III - L'autorité administrative peut-elle déclasser les dépendances du domaine qui ne remplissent plus les conditions fixées par le CGPPP ?

Ces dépendances sont celles qui soit appartiennent à une personne publique qui, en vertu des articles L. 1 et L. 2, n'est pas soumise aux dispositions du CGPPP (et notamment, à celles des art. L. 2111-1 et L. 2111-2), soit ne remplissent pas la condition d'aménagement indispensable telle que la jurisprudence a interprété cette condition dans l'arrêt Commune de Douai, soit ne remplissent pas l'une des deux conditions désormais nécessaires pour qu'un bien appartienne au domaine public en application de la théorie de l'accessoire soit, enfin, en vertu de l'arrêt ATLALR, qui, après que leur affectation à un service public moyennant des aménagements spéciaux avait été prévue de façon certaine, n'ont fait l'objet d'aucun aménagement.

A la lecture de l'article L. 2141-1 du CGPPP qui dispose qu'« un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement », on peut, à première vue, penser que seuls les biens qui ne sont plus affectés à un service public ou à l'usage direct du public peuvent être déclassés.

Mais, tel n'est pas ce que le Conseil d'Etat a décidé dans l'arrêt ATLALR.

En effet, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a jugé qu'un bien qui, avant l'entrée en vigueur du code, était entré dans le domaine public parce que son affectation à un service ou à l'usage direct du public (l'arrêt ne le précise pas) moyennant des aménagements spéciaux qui avaient été prévus de façon certaine, devait, bien que son affectation ne se soit jamais concrétisée du fait de l'absence de réalisation des aménagements prévus, faire l'objet d'une mesure de déclassement pour cesser d'appartenir au domaine public. Or, en statuant ainsi, le Conseil d'Etat admet qu'il convient d'avoir une conception large de la fonction du déclassement ; fonction qui ne se limite pas, comme pourrait le laisser croire la lettre de l'article L. 2141-1, à constater que l'affectation d'un bien à un service public ou à l'usage du public a pris fin, mais qui consiste à permettre à un immeuble qui ne remplit plus les critères de la domanialité publique, tels qu'ils résultent désormais du code général de la propriété des personnes publiques, de sortir du domaine public.

C'est d'ailleurs cette conception large de la fonction du déclassement que Bertrand Dacosta retient dans ses conclusions sur l'arrêt Commune de Port-Vendres. En effet, envisageant la question de savoir si une personne publique est en droit de déclasser un bien dont l'affectation à un service public serait maintenue, mais qui ne remplirait pas la condition d'aménagement indispensable alors qu'il remplissait celle d'aménagement spécial, Bertrand Dacosta écrit : « La personne publique concernée, si elle estime que la condition de l'aménagement indispensable n'est pas remplie, peut, pour l'avenir, procéder à un déclassement. Nous n'ignorons pas - ajoute-t-il - que l'article L. 2141-1 du code ne mentionne le déclassement que dans le cas où le bien ne serait plus affecté au service public ou à l'usage direct du public. Mais nous ne voyons pas d'obstacle insurmontable à ce que, par la voie prétorienne, vous permettiez un déclassement du bien lorsque l'autre condition fixée par la loi [celle de l'aménagement indispensable] n'est pas remplie ».

Enfin, on peut bien sûr faire valoir que cette conception large de la fonction du déclassement s'impose d'autant plus que l'un des objectifs poursuivi par les auteurs du code était, on le sait, de resserrer le périmètre de la domanialité publique et qu'il serait donc non conforme à cet objectif d'obliger les personnes publiques à maintenir dans leur domaine public des immeubles qui, pour une raison ou une autre, ne satisfont plus aux conditions d'appartenance à ce domaine telles qu'elles résultent désormais du code.

Sept ans après l'entrée en vigueur du CGPPP, le bilan de la réforme des règles qui régissent la consistance du domaine public immobilier apparaît donc pour le moins mitigé.

En effet, en procédant à cette réforme, le code poursuivait notamment deux objectifs : améliorer l'accessibilité et la lisibilité de ces règles et réduire le périmètre de la domanialité publique pour faire en sorte que seuls y soient soumis les biens pour lesquels cette soumission apparaît réellement nécessaire.

Or, il ne paraît pas exagéré de dire qu'aussi longtemps que coexisteront deux définitions de ce domaine, celle fixée par la jurisprudence avant le code - dont, d'une façon quelque peu paradoxale, l'arrêt ATLALR élargit le champ d'application - et celle fixée par le code, ni l'un ni l'autre de ces objectifs ne sera complètement atteint.

Mots clés :

DOMAINE * Domaine public * Domaine public immobilier * Consistance

(1) L'AJDA, dans son n° 17/2013, a publié un dossier intitulé « Le CGPPP, sept ans après », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Gilles Bachelier, Spécial, indispensable, global, virtuel : trop d'adjectifs pour le domaine public immobilier ?, p. 960 ;
- Philippe Yolka, Autour de l'article L. 2112-1 du CGPPP, p. 974 ;
- Caroline Chamard-Heim, Le projet de code de la propriété publique en Polynésie française, p. 979 ;
- Rozen Noguellou, Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents, p. 986 ;
- Fabrice Melleray, L'utilisation privative du domaine public, p. 992 .

(2) Par cette expression, nous entendons la définition du domaine public qui s'applique, ainsi que le précise l'article L. 2111-1, « sous réserve de dispositions législatives spéciales », c'est-à-dire de dispositions qui prévoient des définitions propres à certains domaines spéciaux (maritime, fluvial, aéronautique, ferroviaire) dont la détermination de la consistance n'est pas sans posée également un certain nombre de problèmes (notamment du fait de l'absence de référence à la notion d'aménagement indispensable) qu'il conviendrait d'étudier.

(3) CE 9 mai 1958, Delort, AJDA 1958. II. 331, concl. M. Long ; CE 19 nov. 1986, Commune du Port, req. n° 32063, Dr. adm. 1986, n° 619 ; CE 6 juin 1986, Mme Roger Siméon, Dr. adm. 1986, n° 399 ; CE 18 mars 1988, Marron, Dr. adm. 1988, n° 241 ; CE 2 oct. 1987, SA « Le Sully d'Auteuil », req. n° 54020, Lebon ; CE 15 juin 1998, M. Y., req. n° 171328 ; v, également, CE 31 janv. 1995, avis des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies, req. n° 356960, EDCE 1995. 407 ; RDI 1996. 554, obs. J.-B. Auby et C. Maugué .

(4) Mais existera la plupart du temps ainsi que le montre bien l'arrêt ATLALR du 8 avril 2013 (req. n° 363738, Lebon ; AJDA 2013. 764), arrêt qui est d'ailleurs assez ambigu en ce qui concerne les relations entre les notions d'affectation à l'usage direct du public et d'aménagement spécial.

(5) V. en ce qui concerne les arguments que l'on peut invoquer en faveur de ces solutions, Ph. Yolka, Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ?, JCP Adm. 2010, n° 2073.

(6) Sauf, peut-être sur un point, si, bien qu'appartenant au domaine public, ces biens ne sont soumis qu'aux principes de la domanialité publique et non à l'intégralité de son régime.

(7) Tout au moins telle qu'elle a été interprétée car, ainsi que nous l'avions souligné avec Jacques Moreau dans une note sur cet arrêt (AJDA 1985, page ???), il était également possible d'interpréter l'arrêt Eurolat comme signifiant que ce qui entraîne l'incorporation d'un bien dans le domaine public ce n'est pas le fait que son affectation devienne effective, mais c'est le fait qu'elle soit décidée.

(8) Tout au moins en est-il ainsi si le bien en cause n'est pas un bien à usage de bureaux puisqu'aux termes de l'article L. 2211-1, les biens immobiliers à usage de bureaux appartiennent au domaine

public « lorsqu'ils forment un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public ». Si bien que s'agissant de ce type particulier de biens, un lien de nature physique suffit.