

## La clarification de notions fondamentales

L'effort de clarification concerne notamment la définition du domaine public immobilier et du domaine public mobilier. Il se manifeste également par l'inscription dans la loi de la théorie des mutations domaniales.

### Une définition renouvelée du domaine public immobilier

Le constat, effectué dès 1986 par le rapport du Conseil d'Etat sur l'avenir du droit des propriétés publiques, d'un domaine public hypertrophié dont la protection, certes nécessaire, avait toutefois des conséquences déraisonnables pour le gestionnaire compte tenu de la rigidité des règles qui lui sont propres, a conduit les auteurs du code à définir par la loi le domaine public immobilier afin d'en contenir l'étendue. Selon l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, sous réserve de dispositions législatives spéciales le domaine public d'une personne publique est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. Cette définition appelle plusieurs observations d'inégale importance.

En premier lieu, le législateur a pris la main pour préciser par la loi les critères qui devront être mis en oeuvre pour définir le domaine public immobilier. Certes les articles 538, 540 et 541 du code civil mentionnent certains biens comme étant des dépendances du domaine public mais à l'origine était visé le domaine national, notion qui ne recouvre pas celle du domaine public, et la distinction entre domaine public et domaine privé était alors ignorée. De même les articles L. 1 et L. 2 du code du domaine de l'Etat, désormais abrogé, avaient donné une définition du domaine public applicable à cette personne publique mais la jurisprudence n'en tirait aucune conséquence dans la mesure où cette définition renvoyait à une notion (biens non susceptibles de propriété privée) dégagée au XIX<sup>e</sup> siècle par Ducrocq qui se référait en fait à une domanialité naturelle (par exemple les fleuves) pour caractériser les biens à l'usage de tous.

En deuxième lieu, le critère de l'aménagement indispensable retenu pour l'affectation des biens au service public conduit à un resserrement du périmètre de la domanialité publique et à un réexamen de la jurisprudence.

Le juge administratif, s'inspirant des travaux de la commission de réforme du code civil qui, dans sa séance du 6 novembre 1947, avait proposé une définition du domaine public, a retenu le critère de l'aménagement spécial afin de cerner au plus près la réalité de l'affectation d'une dépendance domaniale à un service public ou à l'usage du public. Il s'agissait à l'origine d'un critère réducteur mais son utilisation a en pratique abouti à un résultat opposé. Dès lors que le juge décelait le moindre aménagement, il a eu tendance à en déduire de façon quasi mécanique l'application du régime de la domanialité publique. En témoigne une jurisprudence abondante, à propos d'abord des dépendances affectées aux services publics (CE Ass. 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, Lebon p. 375, concl. M. Long ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, n° 80, à propos de certains terrains situés dans l'enceinte d'un port ; CE Ass. 11 mai 1959, *Dauphin*, Lebon p. 294, à propos de l'allée des Alyscamps à Arles ; CE Sect. 5 février 1965, *Société Lyonnaise des transports*, Lebon p. 76), mais également des biens affectés à l'usage du public (en matière de promenades publiques, CE Ass. 22 avril 1960, *Berthier*, Lebon p. 264, et pour le bois de Vincennes, CE 14 juin 1972, *Eidel*, AJDA 1973, p. 495 ; ou le bois de Boulogne, CE 23 février 1979, *Gourdain*, Lebon p. 78), qui retenait parfois une conception très souple de cet aménagement (CE Sect. 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, Lebon p. 325 : une plage publique ne faisant pas partie du domaine public maritime et appartenant à une commune a été regardée comme faisant partie du domaine public communal au motif que cette plage « est affectée à l'usage du public et fait l'objet d'un entretien dans des conditions telles qu'elle doit être regardée comme bénéficiant d'un aménagement spécial »).


La définition retenue par le législateur est centrée sur la notion déterminante d'affectation, étant observé que la condition d'appartenance du bien à la personne publique demeure. Il doit s'agir d'une propriété pleine et entière et non d'une propriété démembrée. La jurisprudence excluant l'application du régime de la domanialité publique en cas de copropriété (CE Sect. 11 février 1994, *Compagnie d'assurances Préservatrice foncière*, Lebon p. 65 ; AJDA 1994, p. 548, note J. Dufau ; RFDA 1994, p. 501, concl. H. Toutée) n'est donc nullement remise en cause. Mais le changement de terminologie n'est pas anodin.

Pour les biens qui sont affectés à l'usage direct du public toute référence explicite à l'aménagement disparaît (CE 28 juin 1935, *Marécar*, Lebon p. 734). Pour autant il n'en résulte pas de modification fondamentale dans la mesure où le critère posé dans le code est celui d'une affectation à l'usage direct du public et où une ouverture au public ne saurait se confondre avec une telle affectation. Ainsi le seul fait d'ouvrir une plage au public ne signifie pas par lui-même que la dépendance domaniale soit affectée à l'usage direct du public. De même si, pour les forêts, la jurisprudence s'est fondée sur l'absence d'aménagements spéciaux suffisants pour en déduire la domanialité privée alors même que l'Office national des forêts avait pris des mesures pour ouvrir la forêt au public par la réalisation de certains aménagements (CE 28 novembre 1975, *ONF c/ Abamonte*, Lebon p. 602), la suppression de toute référence à un critère d'aménagement n'implique nullement que les forêts soumises au régime forestier relèveront demain du domaine public. En tout état de cause, une disposition a été insérée dans le code et prévoit que, par détermination de la loi, ces forêts relèveront du domaine privé (art. L. 2212-1).

Pour les biens affectés au service public, leur domanialité publique dépendra du caractère indispensable des

aménagement en cause à l'exécution des missions de ce service. A titre d'exemples, on peut citer l'aménagement impliqué par la nécessité de disposer de salles d'audience dans une juridiction ou celui qui requiert la célébration du mariage dans une mairie. En revanche, un immeuble de bureaux possédé par une commune pour y loger ses services en face du bâtiment de l'Hôtel de ville ne caractérise pas un aménagement qui serait indispensable à l'exécution des missions du service public communal.

Cette nouvelle définition réductrice ne modifie pas en tant que tel le champ d'application de la théorie de la domanialité publique globale qui conduit à ranger sous le même régime de domanialité publique l'ensemble des biens inclus dans une emprise foncière déterminée où le service public s'exerce alors même que le bien en cause n'aurait pas fait l'objet d'aménagements et ne serait pas utilisé par le service public (terrain dans l'enceinte d'un port ou d'un aéroport par exemple). Il s'agit en quelque sorte d'une domanialité horizontale qui soulève sous cet angle une question différente de celle de l'indissociabilité mentionnée à l'article L. 2111-2 précisant la règle de l'accessoire ou de l'indivisibilité des différents éléments verticaux composant un immeuble. On pense ainsi aux immeubles abritant un service public mais contenant aussi des dépendances étrangères à celui-ci. Le code précise dans un cas le régime applicable. L'article L. 2211-1 du code général de la propriété des personnes publiques prévoit qu'en dehors du cas où des bureaux des administrations forment un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public, ce qui les fait alors relever de ce domaine, tous les immeubles de bureaux, quelle que soit la personne publique propriétaire, relèvent du domaine privé de cette personne. Mais si un immeuble abrite au rez-de-chaussée l'antenne d'un commissariat de police et dans les étages supérieurs de simples logements, il n'y a ni indivisibilité au sens de l'article L. 2211-1 par construction ni indissociabilité au sens de l'article L. 2111-2.

En troisième et dernier lieu, en exigeant que les biens fassent l'objet d'un aménagement indispensable, les auteurs du code ont entendu donner une sécurité juridique aux personnes publiques et aux tiers. Cette définition substitue une appréciation objective, fondée sur le fait que l'affectation au service est certaine, à l'appréciation subjective résultant de l'application de la théorie de la domanialité publique virtuelle. En vertu de cette théorie, dégagée par la doctrine à la lecture de la décision *Association Eurolat Crédit Foncier de France* (CE 6 mai 1985, Lebon p. 141, concl. B. Genevois) et consacrée par deux avis des formations administratives du Conseil d'Etat (CE avis 31 janvier 1995 des sections de l'intérieur et des travaux publics et avis du 18 mai 2004 de la section de l'intérieur relatif aux locaux destinés à abriter la Cinémathèque), le fait de prévoir de façon certaine une affectation à l'usage direct du public ou à un service public moyennant des aménagements spéciaux implique cependant que le terrain est soumis dès ce moment aux principes de la domanialité publique. Il semblait ainsi exister un régime intermédiaire où sont applicables les principes de la domanialité publique (notamment l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité) bien que le bien ne relève pas encore du domaine public. Mais cette distinction entre le moment de l'incorporation au domaine public et l'application des principes de la domanialité publique soulevait dans son application de grandes difficultés en raison du degré d'incertitude qui affecte sa mise en oeuvre ; elle était, qui plus est, incompréhensible pour les praticiens et source de contentieux (pour une application récente, CE 1<sup>er</sup> juin 2005, *Gayant*, AJDA 2005, p. 1747 ). La nouvelle définition du domaine public, dont le rapport au président de la République indique qu'elle prive d'effet la théorie de la domanialité publique virtuelle, implique le retour à une règle simple fondée sur un régime binaire : un bien est ou n'est pas dans le domaine public. Il n'en fait pas partie tant que l'affectation ne peut objectivement être constatée (T. confl. 15 janvier 1979, *Payan*, Lebon tables p. 665). La rédaction retenue ne rend pas nécessaire un achèvement des aménagements : il suffit qu'ils soient en cours (CE 1<sup>er</sup> octobre 1958, *Hild*, Lebon p. 463).