

Leçon 2.

La dualité domaniale : domaine public et domaine privé

A l'instar d'autres systèmes étrangers les biens publics en droit français sont gouvernés par la distinction du domaine public et privé.

- C'est la doctrine qui dans le courant du XIXe siècle a conçu et systématisé la distinction des domaines public et privé à partir de distinctions tirées du Code civil . Et ce n'est que progressivement que la jurisprudence et la loi vont l'inscrire dans le droit positif.
 - La distinction des domaines privé et public de l'administration n'est pas seulement l'application aux biens du principe traditionnel de séparation des autorités administratives et judiciaire comme il existe par ailleurs des contrats ou des personnels de l'administration de droit privé.
 - La dualité domaniale trouve dans l'inertie inhérente aux biens des raisons spécifiques : en tant que choses, les biens ont vocation à être dans le commerce juridique c'est à dire à changer de propriétaires ou plus simplement de destination.

Concrètement tous les biens de l'administration n'ont pas une affectation publique et lorsqu'ils l'ont, cette affectation n'est pas définitive : selon les périodes, les circonstances, les besoins des services publics, un même bien peut connaître plusieurs états successifs et donc être soumis à des régimes juridiques différents.

La distinction entre le domaine public et le domaine privé a ainsi pour objet soit de garantir la destination d'un bien soit au contraire d'en permettre la circulation

Classique, la distinction des domaines est critiquée par la doctrine.

- Certains auteurs à l'image de Léon Duguit ont proposé de lui substituer une échelle de domanialité pour tenir compte de la diversité des biens domaniaux qui va jusqu'à inclure le domaine privé (soumis à un minimum de règles de droit privé)
- D'autres ont suggéré de supprimer le domaine privé (M-A Latournerie, Pour un nouveau concept de domaine public, RJE 2005, p. 47) ou encore la domanialité publique (J. Caillosse, Faut-il en finir avec la domanialité publique, Etudes foncières 2002, n°100, p.7)

La réforme introduite par le Code général de la propriété des personnes publiques a au contraire conforté la distinction des domaines en proposant une définition rénovée du domaine public apurée des scories qui au fil des évolutions de la jurisprudence lui avait fait perdre son caractère fonctionnel.

Chapitre 1

La justification de l'existence d'un domaine public distinct du domaine privé.

Aux fondements de la distinction, il y a l'idée que les biens indispensables à l'exécution des missions de l'administration et plus largement à l'usage collectif sont et doivent faire l'objet d'une protection juridique les mettant à l'abri de toute possibilité d'appropriation privée

- Protection et conservation
 - Protéger l'administration contre les particuliers qui voudraient capter ou utiliser à leur profit les biens nécessaires à tous
 - Plusieurs règles renvoient à cette idée de protection (imprescriptibilité, précarité, contravention de grande voirie)
 - Ou encore la notion de domaine public naturel qui veut que le littoral maritime ou les fleuves soient insusceptibles d'appropriation privée
 - Ce qui que le domaine public a pu à sa manière contribuer à la protection de l'environnement
 - Protection des biens publics contre l'administration elle-même
 - A défaut une administration inconséquente ou dispendieuse (en proie notamment à des difficultés budgétaires..) voire même corrompue pourrait se dépouiller progressivement et se trouver bientôt paralysée : car privée des moyens matériels nécessaires à l'exécution des services public.
 - C'est l'argument principal du Conseil Constitutionnel quand il oppose aux réformes le principe de continuité des services publics (voir le chapitre précédent)
 - En ce sens, voir aussi la politique immobilière de l'Etat qui dans le cadre de la RGPP (révision générale des politiques publiques) sous le quinquennat de Nicolas Sarkozy a consisté à multiplier les cessions immobilières pour affecter le produit des ventes au remboursement de la dette
 - Ph. Yolka, Les ventes immobilières de l'Etat, RDP 2009, p. 1049

La légitimité de pareilles préoccupation apparaît alors incontestable, irréfutable voire même irrécusable pour ne pas dire inattaquable.

La distinction apparaît pourtant assez tard. Elle est le résultat d'un double mouvement de décantation

Section 1. La décantation historique de la notion de domaine public dans les textes

Sous l'Ancien régime s'est certes développé un ensemble de règles applicables au domaine de la couronne.

- Mais ce régime est unique : ce sont l'ensemble des biens de la Couronne à l'origine patrimoine privé du Roi qui sont soumis tant à LA RÈGLE DE L'INALIÉNABILITÉ —Loi fondamentale du Royaume réaffirmée à la demande des Etats généraux par l'édit de Moulins de 1566— qu'à LA RÈGLE DE L'IMPRESCRIPTIBILITÉ.
- Le domaine royal a surtout de distinguer ce qui appartenait au Roi en tant que souverain et au Roi en tant personne. C'est la théorie des corps du ROI.

Sous la Révolution, le décret des 22 novembre-1er décembre 1790 transfère à la Nation le domaine de la Couronne devenu dès lors le domaine national.

- La Constituante réaffirme à cette occasion la règle de l'inaliénabilité sous réserve pour les représentants de la Nation —donc par le vote d'une LOI— d'en décider autrement.
- Mais le domaine national obéit à un régime paradoxal puisqu'il englobe au titre des biens nationaux des possessions de l'Église ainsi que des propriétés appartenant à la noblesse qui furent confisqués durant la Révolution française, en vertu du décret du 2 novembre 1789 puis vendus via un processus d'aliénation, décidé par la loi du 9 juillet 1790, pour résoudre la crise financière qui a causé la Révolution.

Ensuite, c'est le Code civil qui le premier fait référence à la notion de Domaine public.

- Il disposait depuis 1804 que les biens non susceptibles d'appropriation privée dont il dresse la liste (anciens articles 537 et 538, abrogés en 2006) constituent des dépendances du domaine public.
 - « Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.
 - Ce qui correspond aux voies de circulation et au domaine public naturel
 - Article 537 : Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières.
 - Ces articles ont été abrogés à l'occasion de l'adoption du CGPPP
- Toutefois, les rédacteurs du code ne font aucune distinction avec la notion de domaine privé : le terme de domaine public étant alors synonyme de celui de domaine national.
 - C'est cependant à partir du Code civil qu'il est apparu à la doctrine qu'il n'est pas de bonne administration que l'ensemble des biens domaniaux soient soumis à un régime uniforme.

Section 2 L'émergence de la notion de domaine public en doctrine

L'enjeu du débat doctrinal consistait à l'époque à limiter autant que possible le champ d'application de la règle de l'inaliénabilité mais toutefois sans s'écarter des dispositions du Code civil.

- Conformément aux principes de l'École de l'exégèse alors dominante.
- Pour cette doctrine exposée notamment par Victor Proudhon dans son *Traité du domaine public* (1833-1834), le domaine public doit être entendu de manière restrictive : il ne doit comprendre que les seuls biens insusceptibles d'appropriation privée énumérés par le Code civil.

Toutefois, la caractéristique de ces biens tient selon Proudhon et plus tard Berthélemy au début du XX^e siècle à leur affectation à l'usage de tous.

- C'est cette affectation qui exclut l'appropriation et qui donc fonde le régime dit d'indisponibilité du domaine public c'est à dire les deux règles fondamentales de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité.
- Cette doctrine allait avoir un grand retentissement :
 - le législateur (loi du 16 juin 1851 sur la propriété foncière en Algérie) y fait référence

- Puis la jurisprudence pour définir les affaires relevant du juge administratif

Cette conception originelle du domaine public va cependant apparaître à la fois inexacte et trop restrictive.

Inexacte parce que les biens non susceptibles par nature d'appropriation privée font figure d'exception (l'eau qui coule, les ondes hertziennes) ;

- qu'en conséquence elle est incapable de justifier le régime de certaines dépendances domaniales
- Ainsi il existe des chemins privés, des ports privés, des canaux privés (le Canal du Midi par exemple jusqu'à son rachat par l'Etat en 1897) et même des voies ferrées privées.
 - De surcroît le domaine public naturel n'a rien de naturel

Trop restrictive dans la mesure où il est vite apparu nécessaire d'étendre le régime protecteur de la domanialité publique à des biens qui sans être affectés à l'usage de tous sont nécessaires à l'accomplissement des missions de l'Administration.

- C'est Léon DUGUIT le premier qui va faire valoir une conception extensive du domaine public. Il voit dans l'affectation au service public le critère de la domanialité publique. : dès lors tous les biens affectés d'une manière ou d'une autre à l'accomplissement d'une mission de service public relèvent du Domaine public.
- Maurice HAURIOU de son côté met à la même époque en avant l'idée d'affectation administrative des choses à l'utilité publique : pour qu'un bien appartienne au domaine public, il suffisait selon HAURIOU que l'administration le désigne comme tel au moyen d'une décision administrative de classement (école de la puissance publique...).

Ces deux conceptions ont à leur tour été contestées.

Elles présentaient il est vrai l'inconvénient d'étendre inconsidérément le champ du domaine public.

- Car si le régime de la domanialité publique est d'abord un régime protecteur, il est aussi pour l'administration un régime contraignant, source de rigidités et de sujétions gênantes également à l'égard des administrés.
- En outre, la thèse d'HAURIOU présentait l'inconvénient supplémentaire de faire dépendre la consistance du domaine public de la seule volonté de l'Administration, ce qui était aussi peu satisfaisant que possible.

Il reste que l'on doit à DUGUIT et à HAURIOU, l'idée moderne du domaine public : celle qui fait de l'affectation à l'utilité publique le critère d'application de ce régime exorbitant qu'est le droit de la domanialité publique

A leur suite, la doctrine moderne sous l'impulsion d'auteurs comme Gaston JEZE ou Marcel WALINE a recherché une définition plus équilibrée du domaine public

C'est à dire une définition ni trop large ni trop réduite, une définition qui fasse la part entre la volonté d'offrir à tous les biens nécessaires à la satisfaction des besoins d'intérêt public une protection adéquate et l'intention réciproque de ne pas alourdir à l'excès les rigidités de la gestion domaniale.

- Il est ainsi apparu à la doctrine qu'il n'était ni nécessaire ni souhaitable que tous les biens affectés à un service public relèvent du domaine public; qu'au contraire cette protection devait être réservée aux seuls biens indispensables à la satisfaction de l'utilité publique.

C'est à dire ne concerner que ceux des biens de l'administration qui jouent un rôle prépondérant dans la satisfaction des besoins publics soit selon le mot de WALINE :

- à raison de leur configuration naturelle
- ou d'un aménagement résultant de travaux réalisés par l'administration.

C'est cette conception qu'à reprise non sans difficulté la jurisprudence

Chapitre 2 L'identification difficile du domaine public dans le droit positif

Longtemps la définition du domaine public a été essentiellement jurisprudentielle. Elle est aujourd'hui depuis l'introduction du CGPPP essentiellement législative. Le législateur dispose de deux types de méthode pour identifier:

- la méthode énumérative qui consiste à dresser une liste des biens domaniaux
- la méthode conceptuelle qui consiste à donner une définition générique à partir de caractéristiques définies de manière abstraite.

Le CGPPP utilise ces deux types de méthodes.

Section 1. La méthode conceptuelle : le recours à la notion d'affectation

Elle figure à l'article L. 2111-1 CGPPP : « sous réserves 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 »

- Le législateur reprend la définition forgée par la jurisprudence qui reste d'un maniement délicat

Elle repose sur un critère matériel –l'affectation à l'utilité publique, assortie par la loi d'une condition exigeant que les dépendances aient fait l'objet d'un aménagement indispensable en vue de leur affectation.

- En outre, la définition générale du domaine public ne fait d'ailleurs pas obstacle à l'existence de constructions jurisprudentielles portant extension du régime domanial à des biens n'en remplissant directement les conditions posés par la loi .

§.1. L'affectation, critère générique

La CG3P continue de distinguer à la suite de la jurisprudence et de la doctrine deux types d'affectation recouvrant deux situations distinctes : l'affectation du bien à l'usage du public et l'affectation du bien au service public.

Or cette définition dédoublée s'est révélée historiquement peu opérante.

A. L'AFFECTION, CRITERE DÉDOUBLÉ

La notion d'affectation à l'usage du public trouve son origine dans l'arrêt Mougamadousadagnetoullah dit Marécar de 1935 où à propos de la situation juridique des cimetières le Conseil d'Etat relève que dans la mesure où : "il est affecté à l'usage du public, il doit être dès lors compris parmi les dépendances du domaine public".

Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement LATOURNERIE avait proposé un critère plus large que le Conseil d'Etat n'avait pas alors retenu.

- Latournerie expliquant que le domaine public doit être constitué de l'ensemble des propriétés domaniales affectées à un service public telles que leur emploi ou leur mise en oeuvre constituent l'objet même du service public à l'exclusion de celles qui sont seulement l'un des moyens par lesquels le service accomplit sa mission.

Ce n'est qu'à partir des années 1950 et notamment 1956 avec l'arrêt Soc. Le béton que le critère d'affectation à un service public est admis par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

- Mais Dans des conditions plus large que celles imaginées par Latournerie en 1930
- Cette solution se situe dans un courant jurisprudentiel tendant à la revalorisation de la notion de service public comme critère d'application du droit administratif (ainsi des arrêts époux Bertin et Grimouard du 20 avril 1956 rendus respectivement en matière de contrat et de travaux publics)

Or la distinction est difficile à mettre en oeuvre et porteuse d'une conception par trop extensive du domaine publics.

B) L'AFFECTION, CRITERE PROBLEMATIQUE

La définition légale issue de la jurisprudence pose autant de problèmes qu'elle n'en résoud.

1) La superposition fréquente des deux types d'affectations

Dans les faits, ces deux types d'affectation se recoupent le plus souvent : un bien affecté à un service public est ouvert à l'usage de tous

- Par exemple, une plage dans une station balnéaire est ouverte à l'usage de tous mais participe aussi du service public du tourisme.
- Par exemple, un passage à niveaux est affecté à la fois à l'usage de tous (voie publique) et à une mission de service public (le transfert ferroviaire)
- Les voies navigables : voies de circulation ouvertes à tous mais aussi affectation au service public de la navigation fluviale

Le CGCP impose de choisir les deux types d'affectation. En effet la loi attache à cette distinction une portée importante : seule l'affectation au service public doit être complétée par la condition d'aménagement indispensable.

- Cette solution a été discutée en doctrine en raison d'arrêts qui ne paraissaient pas retenir cette précision (CE 1960 Berthier à propos des promenades publiques ou CE 1975 Dame Gozzoli à propos d'une plage artificielle gagnée sur la mer).
- Elle a été confirmée a posteriori par l'arrêt CE 2018 Sté Autovar.
- Elle rejoint la présentation doctrinale (Yves Gaudemet) qui explique
 - qu'en matière d'affectation au SP, l'aménagement spécial est une condition nécessaire pour décider de l'incorporation du bien au DP
 - qu'au contraire en cas d'affectation à l'usage, l'aménagement spécial peut exister en pratique mais il est alors du point de droit simplement révélateur de l'affectation.

La tendance du juge est de privilégier l'affectation au service public. Car, il est parfois difficile d'apprécier la réalité de l'affectation à l'usage du public.

- Ainsi le Conseil d'Etat a admis que le Château de Bonaguil (ouvert au public) était incorporé au domaine public en relevant qu'il était affecté à un service public culturel (CE 11 mai 1977)
- Au demeurant en cas de superposition d'affectations, il est parfois délicat de déterminer le régime juridique applicable.
 - Par exemple à la suite d'un accident de la circulation entraînant des dégradations matérielles sur un pont de chemins de fer enjambant une route, quelle affectation privilégiée ? l'affectation au SP ferroviaire ou l'affectation à la circulation publique ? Sachant que le régime de réparation n'est pas le même : celui des contraventions de voirie routière ou celui des contraventions de grande voirie ? Sachant de surcroît que le juge compétent n'est pas le même.

D'ailleurs, une partie de la doctrine a contesté le bien fondé de cette distinction

- Duguit expliquait ainsi que tous les biens domaniaux sont affectés au service public soit comme moyens du service soit comme objet du service public
- D'autres ont plaidé pour un critère englobant d'affectation à l'intérêt général ou à l'utilité publique.
- Ces travaux n'ont pas eu d'incidence sur la définition retenue par le législateur qui en est resté à la présentation binaire issue de la jurisprudence.

2). Une conception par trop extensive

L'arrêt Société Le béton fait prévaloir une approche extensive du domaine public

Il s'agissait en l'espèce de savoir si un terrain propriété de l'Etat situé dans le voisinage du port fluvial de Bonneuil-sur-Marne mais loué par l'office national de la navigation à une cimenterie privée faisait ou non partie du domaine public.

□ Le terrain faisant l'objet d'une occupation privative, le critère d'affectation à l'usage du public était impraticable ; seule la reconnaissance de l'affectation au service public pouvait donc conduire le juge à conclure à l'application du régime de la domanialité publique.

□ Après avoir relevé que l'office national de la navigation était investi par décret d'une mission de service public comportant notamment l'aménagement d'un port industriel à Bonneuil-sur-Marne, il a constaté que la location du terrain à la Soc. Le Béton participait de cette mission de service public d'autant que le terrain loué avait fait l'objet d'installations destinées à le rendre propre à l'usage industriel.

En l'espèce, le raisonnement opéré par le Conseil d'Etat était d'autant plus audacieux que les faits se prêtaient a priori assez mal à l'utilisation du critère du service public :

□ La mission de service public sur laquelle s'appuie le CE consiste ici à permettre l'installation d'un port industriel, siège donc d'activités exclusivement privées, et les terrains loués eux font l'objet d'une utilisation privative du domaine public.

□ Mais la solution n'était cependant pas dépourvue de justifications :

□ Il n'est pas rare qu'un bien affecté à l'exécution d'un SPIC relève du domaine public

- Ainsi des voies ferrées affectées au service public ferroviaire ou des infrastructures affectées à la production et à la distribution du service public du gaz ou de l'électricité.

- Et ce même si l'on peut considérer que les règles de la domanialité publique sont plutôt de nature à contrarier les exigences d'une gestion commerciale propres aux SPIC

□ En outre, l'utilisation privative du fonds n'est pas incompatible avec le domaine public.

- Au contraire, le droit administratif organise très systématiquement les possibilités d'utilisation privative du domaine public

Il n'en reste pas moins que c'est une conception extensive du domaine public que fait prévaloir le Conseil d'Etat .

- D'ailleurs, il n'est pas sûr que le Conseil d'Etat reprendrait aujourd'hui la même solution

- Sans même considérer la définition retenue désormais par la CGCP

- Ainsi dans une affaire plus récente aux circonstances proches (SPIC et occupation privative du domaine), le juge administratif a décliné sa compétence : CE 09 octobre 1991 Sarl Endless

- En l'espèce, une commune ayant loué un immeuble à usage d'usine lui appartenant à une société mise en liquidation et ayant autorisé une autre société à occuper provisoirement ces locaux en vue d'une reprise de l'activité industrielle. Après l'échec des négociations engagées avec cette dernière société, le maire l'a mise en demeure de quitter les lieux.

□ Le CE a jugé qu'il ne résultait pas de l'instruction que les locaux en cause aient fait partie du domaine public de la commune. En autorisant la société à s'installer dans lesdits locaux, la commune ne peut, en l'espèce, être regardée comme ayant assuré l'exécution d'une mission de service public.

Avec la jurisprudence Société Le béton le risque était d'étendre exagérément la notion de domaine public à tous les biens de l'administration utilisés dans le cadre de ses missions.

- Les auteurs y ont vu une remise en cause de la distinction domaniale et l'expression d'un courant jurisprudentiel autour de la notion de service public favorable à l'expansion du droit administratif et avec des rigidités de la gestion publique.

- o Le Conseil d'Etat a été conscient de la difficulté : l'arrêt Soc. Le béton en même temps qu'il consacre le critère du service public lui apporte un correctif.

- o Le juge puis le législateur vont exiger que la dépendance domaniale ait fait l'objet d'un AMÉNAGEMENT en vue de son affectation au service public afin de contenir l'extension du régime de la domanialité publique au strict nécessaire.

§.2 L'adjonction de critères correctifs à l'affectation

Le critère de l'affectation va rapidement s'avérer insuffisant

- Soit parce que d'une manière générale il entraîne le risque d'une définition trop extensive du domaine public

- Soit parce qu'interprété trop strictement il pourrait dans certaines situations être à l'origine d'un enchevêtrement des règles applicables ;

La loi et la jurisprudence ont ainsi posé des critères complémentaires qui jouent dans le sens soit de l'extension soit de la réduction du domaine public

A. LA CONDITION SUPPLEMENTAIRE D'AMENAGEMENT, FACTEUR DE REDUCTION DU DOMAINE PUBLIC

Le législateur ajoute une condition supplémentaire : l'aménagement du bien qui doit en quelque sorte venir prouver l'affectation particulière du bien au service public.

Initialement le CE avait exigé un aménagement spécial mais sa jurisprudence s'est montrée trop accommodante, perdant progressivement de vue ce qu'était l'objectif initial de cette condition supplémentaire. Le législateur a cherché en 2006 à renouer avec l'esprit d'origine de la jurisprudence et a posé un critère a priori plus réducteur celui de l'aménagement indispensable. Toutefois, l'entrée en vigueur du CG3P a posé un problème de droit transitoire (d'application de la loi dans le temps) qui souligne les difficultés à faire prévaloir une conception diminuée du domaine public.

1. L'abandon de la condition de l'aménagement spécial

Déjà, dans l'affaire Soc. Le béton, c'est parce que le terrain loué avait donné lieu à des aménagements de nature industrielle que le Conseil d'Etat avait déduit son affectation au service public et par voie de conséquence son appartenance au domaine public.

L'exigence de cette condition supplémentaire devait être confirmée par l'Assemblée du Conseil d'Etat en 1959 dans l'arrêt Dauphin .

- L'affaire opposait la ville d'Arles à un riverain de l'allée des Alyscamps. Afin de protéger ce site antique, la ville avait posé une chaîne destinée puis des barrières destinées à interdire l'accès aux véhicules. M. Dauphin, riverain, s'était trouvé ainsi empêcher d'accéder en voiture à son domicile par l'allée. Opposant à l'administration l'existence d'une servitude de passage, il réclamait d'être rétabli dans son droit. Saisi, le CE fonde sa compétence sur l'idée que l'allée a été incorporée au domaine public.

□ Pour caractériser l'incorporation de l'allée au domaine public communal, le Conseil d'Etat relève :

- □ d'une part que l'allée (site historique) est affectée à une mission de service public de nature culturelle et touristique ;

- □ d'autre part que l'allée a fait l'objet d'aménagements spéciaux destinées à cet usage tels que la restauration des tombeaux et sarcophages qui la bordent ainsi que la mise en place d'un dispositif (chaîne puis grille) permettant d'en contrôler l'accès et de le réserver aux promeneurs à pied.

- o Quant au fond, le CE rejeter le recours aux motifs que l'allée des Alyscamps n'étant pas classé parmi les voies publiques le requérant n'a aucun droit à l'utiliser en voiture. Tout juste lui a-t'il été reconnu d'être indemnisé de la perte de son droit de passage du fait de l'incorporation du bien au domaine public.

Le sort réservé à l'allée des Alyscamps illustre la portée très limitée de la condition d'aménagement spécial : une chaîne puis une grille suffisant ici à le caractériser et à faire tomber une voie carrossable dans le domaine public.

Toutefois, l'aménagement spécial n'a pas été en mesure de jouer le rôle réducteur que l'on a pu un moment attendre de lui

- o D'abord, l'exigence d'un aménagement spécial est très souvent superflue : parce que l'existence d'un tel aménagement va de soi, parce qu'il ne pourrait en être autrement. Ainsi sont spécialement aménagés en vue de leur affectation les voies publiques, les halles et marchés, les lavoirs publics, les édifices culturels, les parcs de stationnement, les installations sportives ainsi encore que les gares et voies ferrées, les aérodromes et aéroports, les ouvrages militaires.

Surtout les tribunaux ont retenu une interprétation tellement extensive de la condition d'aménagement spécial, que la notion a été progressivement vidée de sa substance.

Ainsi le seul fait que l'ouvrage soit construit à proximité d'un service public suffit à constituer un aménagement spécial. Ainsi le Conseil d'Etat a jugé que le garage souterrain de l'hôtel Terminus de la Gare de Lyon Perrache était incorporé au domaine public dès lors que situé à proximité de la gare (c'est l'aménagement spécial !) les usagers du service public ferroviaire pouvaient l'utiliser comme parc de stationnement CE sect. 5 févr. 1965 Soc. Lyonnaise des transports.

La même légèreté a conduit le Conseil d'Etat à considérer qu'un dépôt d'autobus avait fait l'objet d'un aménagement spécial compte tenu de son emplacement et de ses dimensions CE 6 mars 1963 Ville de Saint-Ouen, Rec. p. 141.

La tendance générale était ainsi à considérer que tout édifice public ouvert au public (groupe scolaire, palais de justice, hôtel de ville) a fait l'objet d'un aménagement spécial (en bureaux, en salle de classe ou d'audience) et constitue une dépendance du domaine public.

- Cette manière de voir pose en particulier la question des immeubles de bureaux utilisés par les services de l'administration.

- A leur égard, la doctrine avait traditionnellement une vue plus restrictive du domaine public.

o Les auteurs distinguent entre les bâtiments qui sont l'objet même du service public (prison, hôpital, bibliothèque, musées) et les bâtiments qui ne constituent qu'un moyen d'accomplissement du service.

□ L'incorporation au domaine public était réservée à la première catégories : aux seuls immeubles qui constituent l'objet même du service. Dans ce cas, en effet, l'aménagement spécial fait en quelque sorte corps avec l'immeuble, parce que l'immeuble a été spécialement conçu en vue de son affectation au service.

□ Pour les autres et pour les bureaux notamment, il était admis que la protection tirée du domaine public était non seulement superflue mais constituait une contrainte de gestion excessive empêchant l'administration de louer, vendre ou transférer ses bureaux autant que de besoin.

Au total, loin d'éviter une conception hypertrophique du domaine public, l'aménagement spécial va contribuer à son extension : son identification servant de prétexte:

Deux arrêts illustrent cette dérive.

D'abord, l'arrêt Berthier de 1960 qui incorpore les promenades publiques font désormais partie du domaine public des collectivités locales. Avant 1960 la jurisprudence traditionnelle refusait d'incorporer les promenades publiques et les jardins publics au domaine public. l'arrêt Berthier de 1960 fonde l'incorporation des promenades publiques dans le domaine public sur l'existence d'un prétendu aménagement spécial caractérisé par la présence de bancs, kiosques, installations de jeux ou plus simplement allées pour piétons, pelouses et massifs de fleurs. Ce critère joue en quelque sorte à l'envers puisque son identification permet de classer dans le domaine public des dépendances affectées à l'usage du public qui jusqu'à présent relevait du domaine privé.

□ C'est ainsi encore que les bois de Vincennes et de Boulogne contribuent désormais à former le domaine public forestier de la ville de Paris

□ Sans bien que l'on comprenne pourquoi le Conseil d'Etat a cependant refusé de comprendre dans le domaine public des ensembles forestiers aussi vaste que la forêt de Fontainebleau alors même qu'elle est ouverte au public et spécialement aménagée à cet usage..

Une affaire Dame Gozzoli du 30 mai 1975 est également significative de l'inanité de la condition d'aménagement spécial.

• Le juge a en effet considéré que la simple obligation contractuelle conclue entre la commune de Six-Fours (Var) et une entreprise de nettoyage d'entretenir la plage de Bonnegrâce constituait en l'espèce un aménagement spécial. On l'aura compris, la condition de l'aménagement spécial tend à s'effacer : ce qui importe c'est que le bien soit affecté à l'usage du public ou à l'usage d'un service public.

Or cette conception est excessive. Critiquée par la doctrine, elle a été condamnée par le législateur qui est revenu à une définition plus restrictive du domaine public avec la condition d'aménagement non pas spécial mais indispensable.

2) L'échec partiel de la nouvelle condition « d'aménagement indispensable »

La loi a substitué une condition plus restrictive visant à réduire le champ du domaine public. Cependant cet objectif est en partie neutralisé par la portée incertaine de la notion qui se distingue mal de l'aménagement spécial et par les principes qui régissent l'application de la loi dans le temps qui conduisent à n'appliquer la nouvelle définition qu'à un nombre limité de bien.

a) la portée incertaine de la nouvelle condition d'aménagement indispensable

Le CGPPP ne vient pas définir ce qu'est un aménagement indispensable.

En conséquence, la définition reste dans les mains du juge.

Certes on notera que l'intention des auteurs du CGPPP était clairement orientée dans le sens d'une réduction du champ du domaine public et que la jurisprudence administrative pourra difficilement ignorer l'intention du législateur.

Le Conseil d'Etat a partiellement répondu à ces interrogations jugeant 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... ».

CE 2012 Commune de Douai

Ainsi ce qui explique 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.

Ce qui ne traduit pas une approche très restrictive

Dans ces conditions, on peut se demander si les solutions historiques ne seraient pas encore d'actualité ?

- Ainsi pour reprendre l'exemple de l'arrêt Gare de Lyon un garage situé à proximité immédiate d'une gare et offrant ainsi des commodités particulières aux voyageurs apparaît bien comme nécessaire au service public ferroviaire
- Par contre pour reprendre l'exemple de l'arrêt Dauphin, la pose d'une chaîne supportée par deux bornes à l'entrée de l'allée des Alyscamps constituerait-elle aujourd'hui un aménagement indispensable à l'exécution du service public culturel et touristique ?
- La question reste entière : le service pourrait-il correctement fonctionner sans ? c'est affaire d'appréciation.

La définition légale est de ce fait un semi échec.

D'autant que la loi elle-même a levé certains verrous posés par la jurisprudence.

Ainsi le critère de l'aménagement spécial était exigé dans les arrêts en cas d'affectation à un service public comme en cas d'affectation à l'usage direct du public.

- Or désormais l'article L. 2111-1 CGPPP indique expressément que l'aménagement indispensable n'est exigé que pour les biens affectés à un service public mais pas pour ceux affectés à l'usage direct du public.

- Dès lors la réduction du CGPPP ne vaut que pour un seul type d'affectation,

La définition du domaine public peut dès lors continuer à prospérer. Ainsi si on revient à l'affaire Dame Gozzoli l'incorporation de la même plage dans le domaine public est désormais confirmée par le législateur dès lors qu'elle se trouve à l'usage direct du public.

La jurisprudence la plus récente ne témoigne pas d'une restriction de la notion d'aménagement spécial.

Elle use de la formule suivante : « l'aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public peut être regardé comme entrepris de façon certaine, eu égard à l'ensemble des circonstances de droit et de fait, telles que, notamment, les actes administratifs intervenus, les contrats conclus, les travaux engagés »

Ainsi

Conseil d'État, 28 avr. 2014, n° 349420, Val-d'Isère (Cne) à propos d'une piste de ski qualifiée de dépendance d'un domaine public.

- En l'espèce ce sont les travaux donnant lieu à autorisation administrative qui correspondent pour le juge à l'aménagement exigé par la loi.

- o La solution est d'autant plus remarquable que 1/ la piste est affectée au service d'exploitation des stations de ski qui est un SPIC 2/ que c'est la première fois que le domaine skiable est qualifié de domaine public.

Ainsi encore Conseil d'État, 8^e et 3^e chambres réunies, 22 Mai 2019, n°423220, Association les familles ABC du Gard

- Par délibération de son conseil municipal, une commune décide de créer un service public de la petite enfance dans les locaux jusqu'alors mis à disposition d'une association qui gère une halte-garderie dans le cadre d'une convention signée avec la Commune. En conséquence, la commune ordonne à l'association d'évacuer les lieux mis à sa disposition ce qu'elle conteste à justice

- La question posée au Conseil d'État est de déterminer la nature juridique des locaux en cause pour déterminer le juge compétent.

- Le CE conclut à l'appartenance au domaine public

- o Car « les locaux utilisés par la halte-garderie disposaient déjà des aménagements indispensables à l'activité de service public que la Commune entend créer.

- o En l'espèce, l'aménagement précède la décision de créer le service...

Toutefois Conseil d'État, 23 janvier 2020, 430192, Turpault et Van Camelbeke et SARL JV immobilier

- En l'espèce, l'ensemble immobilier était composé de salles et de locaux à usages de bureaux, mis à disposition de diverses associations à caractère social, sportif ou culturel afin de recevoir leurs adhérents et les habitants de la commune intéressés par les activités proposées.
- Or, cette seule mise à disposition ne suffit pas à regarder ces locaux comme étant affectés à l'usage direct du public.
- Au surplus, l'aménagement de ces locaux par l'installation d'un point d'accueil et d'orientation ne constitue pas « un aménagement indispensable à l'exécution des missions des services municipaux de nature à retirer leur caractère de biens immobiliers à usage de bureaux exclus du régime de la domanialité publique par l'article L. 2211-1 du code général de la propriété des personnes publique. ».

b) La neutralisation du nouveau critère par le jeu de l'application de la loi dans le temps

Les règles qui régissent les mécanismes d'application de la loi dans le temps font qu'un bien qui était dans le domaine public avant l'entrée en vigueur du Code n'en sort pas automatiquement du fait de la nouvelle définition légale.

C'est la solution de l'arrêt CE 3 octobre 2012 Commune de Port-Vendres

Le CE a jugé qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui appartenaient antérieurement au domaine public (biens directement affectés au service public ou affectés au service public et spécialement aménagés en vue de celui-ci) et qui, depuis le 1er juillet 2006, ne rempliraient plus les conditions désormais fixées par son article L. 2111-1.

- Dans cette affaire où la Commune qui louait une maison d'habitation au service de protection de l'enfance avait refusé de renouveler le bail qui la liait à l'Etat, le Préfet avait obtenu en référé la suspension de cette décision par le TA,
- la Commune contestait devant le Conseil d'Etat la compétence de la juridiction administrative faite pour le local de satisfaire à la condition d'aménagement indispensable posée par la CGPPP et donc de constituer désormais une dépendance du domaine public.
- Le CE rejette l'argument au motif que le local n'avait pas été déclassé

Il faut donc qu'une décision de déclassement vienne prendre acte de la nouvelle définition légale et de la volonté de la personne publique de profiter de ce nouvel état du droit pour assouplir les conditions de gestion de ses propriétés.

C'est la distinction du flux et du stock

Les rédacteurs du code avaient prôné une autre solution (celle de l'application de la nouvelle définition au stock reprise par le Conseil d'Etat dans l'exercice de ses fonctions consultatives. Avis 2012 (section de l'administration) Domaine national de Chambord

Mais cette option soulève des problèmes pratiques considérables à savoir le déclassement automatique de nombreuses dépendances et les revendications concomitantes des occupants de se voir appliqués la législation sur la propriété commerciales

L'arrêt Commune de Port Vendres a été confirmé par CE 8 avril 2013 ATLLALR

Le Conseil d'Etat y précise

1. que le fait pour l'administration d'avoir prévu avant 2006 de façon certaine un tel aménagement impliquait que le bien ci était soumis, dès ce moment, aux principes de la domanialité publique ;
2. qu'en conséquence le bien doit être considéré comme appartenant au domaine public
 - a. 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

Les faits sont éloquents

En l'espèce une association avait été expulsée de parcelles qu'elle avait été autorisée à occuper par l'Etat et contestait que le juge administratif des référés soit compétent pour statuer sur le litige au motif qu'en l'absence d'aménagement spécial, les parcelles n'auraient jamais fait partie du domaine public ;

- L'argument est rejeté par le CE qui relève que 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 :

- o « 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 » ;

- Et le Conseil d'Etat de juger que la circonstance que ces parcelles 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.

Ce qui montre que le Conseil d'Etat est assez peu sensible à l'objectif de réduction du domaine public

B. LES CAS D'INCORPORATION SANS AFFECTATION DIRECTE DU BIEN A L'UTILITE PUBLIQUE, FACTEURS D'EXTENSION DU DOMAINE PUBLIC

Afin de faciliter la délimitation du domaine public, la jurisprudence a dégagé trois théories permettant d'incorporer au domaine public des biens, propriétés d'une personne publique, ne répondant pas aux critères de la domanialité publique.

La conception restrictive qui découle de la nouvelle définition du CGPPP paraît devoir remettre en cause au moins partiellement ces théories auquel on ajoutera la théorie du domaine public virtuel.

- 1) Les biens rattachés au domaine public par le jeu de la théorie de l'accessoire.

Les propriétés publiques peuvent être également incorporés au domaine public par le jeu de la théorie de l'accessoire qui ne doit pas être confondue avec celle de l'accession

a) La théorie de l'accessoire

Cette incorporation concerne les biens de l'administration qui ne répondent pas par eux mêmes aux caractères propres du domaine public mais parce qu'il apparaît au juge comme utile à l'exploitation ou à la protection de la dépendance publique principale.

o Ainsi relèvent du domaine public les différents éléments d'une gare ferroviaires y compris les locaux commerciaux, les murs de soutènement de la voie publique, un pavillon situé sur une promenade publique ou encore les canalisations d'eau ou de gaz passant sous la voie publique.

La théorie de l'accessoire a parfois été poussée jusqu'à l'absurde.

• Ainsi à propos du canal de Champfleury en Avignon reconverti en égout. Ce canal est recouvert d'une voûte sur laquelle une dalle en béton a été coulée. Or sur cette dalle, la commune avait construit un immeuble dont le rez de chaussée est louée à un commerçant qui y a installé un café.

o La question a été de savoir quelle était la nature juridique du contrat ? Le Conseil d'Etat va y voir un contrat d'occupation du domaine public (régé par le décret-loi de 1938) au motif que l'immeuble est indissociable de la dalle, laquelle est elle même indissociable de la voûte, laquelle est l'accessoire du Canal, lequel est incorporé au domaine public.

o CE 1970 X c/ Ville d'Avignon

Cela revient à dire que le café est l'accessoire d'un égout.

Mais la théorie de l'accessoire n'est pas sans limite : la tendance générale est d'exiger un rapport d'utilité entre la dépendance domaniale et l'accessoire.

Ne sont pas ainsi incorporés au domaine public des galeries situés profondément sous la voie publique, ni même les terrains aux abords d'un phare dès lors qu'ils ne sont pas utilisés par le service de la navigation maritime.

o En conséquence, la théorie de l'accessoire ne conduit pas nécessairement à rattacher au domaine public les biens situés au-dessus ou au-dessous de la dépendance domaniale, il s'ensuit une superposition de biens de nature différente (domaine public, domaine privé, propriété privée)

Le CG3P a confirmé qu'elle était un critère de définition du domaine public mais le CE s'attache désormais à lui donner une consistance plus restrictif

Avis CE 19 juillet 2012 Domaine national de Chambord exigeant un lien physique ou fonctionnel non remplis en l'espèce

• à propos d'immeubles à usage commercial jugeant que ni la proximité ni l'accueil des visiteurs ne suffisaient à en faire un accessoire du Domaine public

b) Les différences avec la théorie de l'accession

En effet, la théorie de l'accessoire ne doit pas être confondu avec celle de l'accession de l'article 552 du code civil.

- Article selon lequel la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous entraîne seulement l'extension de la propriété publique, il ne saurait emporter extension de la domanialité publique.

Le juge administratif considère qu'elle est applicable aux personnes publiques (CE, 19 mars 1952, Sieur Toumi : Rec. CE 1952, p. 168 : à propos d'arbres plantés sur la berge d'une rivière),

A ce titre, les constructions réalisées par le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public devenue caduque sont la propriété du maître du domaine par application de la théorie de l'accession

- (CE, ord., 20 janv. 2005, n° 276475, Cne St-Cyprien , tables, p. 1022).

La solution est reprise par le juge judiciaire (Cass. 3e civ., 3 juill. 2013,

- En 1926, la commune de Biarritz avait, en effet, autorisé le propriétaire d'une maison à construire une passerelle reliant celle-ci à une avenue, puis quelques années plus tard à l'appuyer sur le mur de soutènement de cette avenue. Par la suite, la maison avait été vendue à plusieurs propriétaires et la passerelle présentant un danger pour la sécurité, la commune avait enjoint au syndicat de copropriété, au titre de la police des édifices menaçant ruine, d'y réaliser les travaux nécessaires.
 - La validité de cette injonction supposait cependant que le syndicat fût propriétaire de la passerelle. Or, il le contestait et avait saisi le juge judiciaire aux fins qu'il la déclare propriété de la commune.
- La Cour de cassation accueille sa demande sur le double fondement des principes régissant les autorisations d'occupation du domaine public et la théorie de l'accession.
 - D'abord, les autorisations d'occupation du domaine public, personnelles et nominatives, sont incessibles. Celles qui avaient été consenties par la ville de Biarritz au propriétaire initial de l'immeuble n'avaient donc pu être transmises à ses propriétaires successifs.
 - Or, ces autorisations étaient venues à expiration
 - Et, comme le précise la Cour de cassation, « *la simple tolérance par la personne publique de l'occupation postérieure de l'ouvrage construit sur le domaine n'était pas de nature à suppléer l'absence d'autorisation ni ne constituait une autorisation tacite d'occupation* ».
 - Poursuivant son raisonnement, la Cour ajoute « que les autorisations dont se prévalait la commune, aujourd'hui caduques, ne pouvaient s'interpréter comme des titres de propriété constitutifs d'un droit de superficie au profit du syndicat ».
 - Il ne lui restait plus dès lors qu'à en tirer les conséquences, ce qu'elle fait par application de la théorie de l'accession, en considérant que la passerelle litigieuse est désormais la propriété de la commune. De sorte que c'est elle qui devra prendre en charge les travaux que son état rend nécessaires

Accessoire et accession peuvent se combiner....

Pour éviter toutes complications contentieuses, la loi peut prévoir parfois la superposition de volumes et de statuts différents.

- Ainsi à propos de la Gare Montparnasse, l'ordonnance du 4 février 1959 range dans le domaine public certains niveaux de l'ensemble immobilier (ceux occupés par la gare, les lignes de chemins de fer ou de métro, les voies publiques et les parcs de stationnement) tandis que les autres niveaux occupés par des bureaux, commerces ou logements font soit partie du domaine privé soit l'objet d'une appropriation privée.

2) La théorie de la domanialité globale

Elle résulte d'un arrêt du CE de 2005 (CE 25 mai 2005 Société des cinémas Huez Chamrousse, req. n° 274683).

- où le Conseil d'Etat a considéré que les locaux à usage de cinéma situés dans le palais des sports et des congrès de la commune d'Huez-en-Oisans appartenaient au domaine public, dès lors qu'il s'agissait d'un bâtiment unique, dont les différentes parties étaient desservies par des escaliers et ascenseurs communs, affecté dans son ensemble à un service public en vue duquel il avait été spécialement aménagé (

La domanialité publique globale est une construction jurisprudentielle selon laquelle, « lorsqu'une emprise foncière déterminée est, à titre principal ou essentiel, affectée [à un service public, voire à l'usage direct du public] et remplit les conditions pour appartenir au domaine public, la globalité de cette emprise est considérée comme entrant dans ledit domaine », y compris ceux de ses éléments qui, pris isolément, ne remplissent pas les critères de la domanialité publique.

- Cette solution présente, concrètement, l'avantage d'éviter de faire de cette emprise bien identifiée « une mosaïque de parcelles enchevêtrées qui relèveraient les unes du domaine public, les autres du domaine privé, et dont la gestion deviendrait pratiquement impossible » 2).

- Elle a été appliqué
 - pour des terrains compris dans l'enceinte d'un port 3),
 - pour un bar-restaurant établi dans un aéroport 4)
 - , pour des locaux commerciaux situés sous une gare 5),
 - ou encore pour les voies de desserte à l'intérieur de l'enceinte d'un hôpital 6

Cette construction jurisprudentielle n'avait toutefois pas été reprise dans le Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), à l'exception de dispositions spécifiques aux ports maritimes et fluviaux 7) et aux aéroports 8).

- Le silence du Code a provoqué une controverse doctrinale
 - Une partie de la doctrine interprétait le silence du CG3P et de son rapport de présentation comme une remise en cause implicite de la théorie jurisprudentielle 9),
 - Une autre considérait au contraire que le silence du nouveau texte était sans incidence sur cette construction 10).

La jurisprudence a paru dans un premier temps allait dans le sens de la disparition de la domanialité globale. C'est qui a semblé résulté de l'arrêt Société Brasserie du théâtre en date du 28 décembre 2009,

- Le Conseil d'Etat a jugé que les locaux situés dans l'enceinte d'un théâtre municipal et mis à la disposition d'une société privée par un contrat expressément qualifié par les parties de convention d'occupation du domaine public n'appartenaient pas nécessairement au domaine public.

- En l'espèce, le CE reproche à la CAA de ne pas avoir recherché d'abord si ces locaux, qui n'étaient pas directement affectés à l'usage du public, devaient être regardés comme étant eux-mêmes affectés au service public culturel de la commune et spécialement aménagés à cet effet

« que, dès lors, en se fondant, pour juger, par adoption des motifs retenus par le tribunal administratif, que les locaux mis à la disposition de la SARL BRASSERIE DU THEATRE appartenaient au domaine public communal, sur les seules circonstances que ces locaux étaient situés dans l'enceinte du théâtre municipal et qu'en outre, ils avaient été mis à la disposition de cette société par un contrat expressément qualifié par les parties de convention d'occupation du domaine public, sans rechercher si ces locaux, qui n'étaient pas directement affectés à l'usage du public, devaient être regardés comme étant eux-mêmes affectés au service public culturel de la commune de Reims et spécialement aménagés à cet effet, la cour administrative d'appel de Nancy a commis une erreur de droit ;

□ Faute de satisfaire à ces conditions générales, le Conseil d'Etat a conclu que les locaux ressortent du domaine privé de la commune

- Et il a renvoyé comme on le sait au TC pour savoir quel juge est compétent pour statuer sur le refus de renouveler un bail conclu sur le domaine privé

Au vu de cet arrêt, la doctrine a annoncé la fin de cette théorie

L'annonce était peut-être prématurée car le CE a fait une application nouvelle (Avis 2012 Domaine national de Chambord) pour qualifier l'ensemble du domaine de Chambord de public

- Saisies de questions relatives à la possibilité de soumettre l'ensemble des biens composant le domaine de Chambord au régime de la domanialité publique, notamment sur le fondement de la théorie de la domanialité publique globale, les formations administratives du Conseil d'Etat ont estimé que « le domaine national de Chambord est un ensemble immobilier d'un seul tenant (...) [appartenant] dans sa globalité au domaine public de l'Etat ».

- Dans cet avis, le Conseil d'Etat a également réaffirmé la distinction entre la théorie de la domanialité publique globale et celle de la domanialité publique par accessoire.

- o Jugeant les immeubles à usage commercial implantés dans le domaine ne pouvaient être regardés comme relevant de l'article L. 2111-2 du CG3P, c'est-à-dire comme faisant partie du domaine public en tant qu'accessoire indissociable, dans la mesure où « aucune des deux conditions cumulatives prévues par cet article n'est remplie », il les rattache au domaine public par application de la domanialité globale

-

Deux interprétations étaient possibles :

- C'est une solution d'espèce liée au caractère exceptionnel du lieu

- C'est une solution d'ordre général car la DPG présente des avantages évidents en termes de gestion : éviter le mitage de la gestion domaniale

Le doute n'est plus possible avec l'arrêt CE 19 novembre 2014 Régie municipale « Espaces Cauterets », req. n° 366276

- Le Conseil d'Etat confirme, à l'occasion d'un litige opposant le gestionnaire des équipements d'un domaine public skiable avec l'exploitant d'un bar-restaurant implanté à l'intérieur d'une ancienne gare d'arrivée de téléphérique, la pérennité de la théorie de la domanialité publique globale :

; que tous les locaux compris dans l'enceinte de cet ensemble immobilier, éléments d'une organisation d'ensemble contribuant à l'utilité générale de cet équipement, ont été incorporés dans le domaine public dont la régie municipale " Espace Cauterets " est le gestionnaire ; qu'en l'absence de tout acte de déclassement, il en est encore ainsi à la date de la présente décision ».

- o En l'espèce, les locaux exploités pour le bar-restaurant et la cabane de restauration rapide sont situés dans un bâtiment qui avait été spécialement affecté au service public des remontées mécaniques et relevait du domaine public à ce titre.

Faisant application de la théorie de la domanialité publique globale, le Conseil d'Etat intègre ces locaux au domaine public, alors même que, pris isolément, ils ne satisfont ni les critères d'appartenance au domaine public en tant que telle (en l'occurrence, pas d'affectation à un service public ni aménagement spécial à cet effet), ni ceux de l'appartenance au domaine public par accessoire (lien physique et fonctionnel).

En énonçant que « tous les locaux compris dans l'enceinte de cet ensemble immobilier, éléments d'une organisation d'ensemble contribuant à l'utilité générale de cet équipement, ont été incorporés dans le domaine public », le Conseil d'Etat confirme donc que la théorie de la domanialité publique globale est toujours vivace et autonome de la domanialité publique par accessoire.

Par ailleurs, la théorie de la Domanialité globale peut résulter des dispositions même du CG3P

- Ainsi à propos du domaine fluvial CE 25 septembre 2013 Soc. Safran Lyon Port Edouard Herriot, req. n° 348587.

- Le Conseil d'Etat a confirmé au contentieux cette position à propos de terrains implantés dans un port fluvial et concourant au fonctionnement d'ensemble des ports en vertu de L. 2111-10 du CG3P
- Le CE relève que si ces dispositions sur lesquelles s'était fondé la Cour administrative d'appel étaient inapplicables à l'espèce car postérieures à la date d'incorporation de la dépendance en cause dans le domaine public, c'était sans conséquence dès qu'elles reprennent en substance l'état du droit en vigueur lors de cette incorporation ».

3) La théorie du domaine public virtuel

La notion de domaine public virtuel correspond à des hypothèses où une dépendance domaniale va être soumise aux règles du domaine public ou à seulement certaines de ses règles alors que le bien n'est pas encore incorporé au domaine public faute d'être notamment déjà affecté à l'utilité publique.

Cette construction est d'application constante : avant comme après l'adoption du CG3P

a) avant 2006

La jurisprudence antérieure au CG3P avait tendance à entendre très largement la notion d'affectation en considérant que la condition était remplie dès lors que l'affectation était prévue de manière certaine.

- Pour le dire autrement aucuns travaux, aucun aménagement n'a été réalisé mais l'on sait que l'administration a prévu de le faire (parce que le projet est en cours, parce que la décision (une DUP par ex.) a été prise et elle est connue)

Cette position a été défendue par l'arrêt Conseil d'Etat 6 mai 1985 Asso. Eurolat.

o Elle a été reprise par l'avis du 31 janvier 1995 la Section de l'intérieur et des travaux publics du Conseil d'Etat.

o Consultée par le gouvernement, le CE a considéré qu'une dépendance du domaine privé doit être soumise aux principes de la domanialité publique dès que son affectation à l'utilité est considérée comme certaine.

Cette solution est purement fonctionnelle : il s'agit pour le juge de faire obstacle à certains montages juridiques destinés à contourner les contraintes du domaine public et d'appliquer le régime du domaine public malgré la désaffectation

- Ce qui est particulièrement visé ici c'est la pratique des désaffectations provisoires qui consistent le temps des travaux à déclasser bien afin de réaliser un montage juridique complexe permettant par exemple le financement de l'équipement dans des conditions que ne permettrait pas le principe d'inaliénabilité du domaine public (qui interdit notamment le recours aux sûretés bancaires).

De fait, la notion de domanialité virtuelle peut s'avérer extrêmement pénalisante pour les gestionnaires publics en interdisant toute sorte de montage.

- Le recours au crédit-bail comme dans l'arrêt Association Eurolat
- Ou les techniques de promotion immobilières du droit privé (Par exemple : Conseil d'Etat 1er Février 1995 Préfet de la Meuse. LPA 26 janvier 1996 Conclusions Bachelier.
 - En l'espèce, le CG de la Meuse décide de construire sur le site de l'école normale dont il est propriétaire l'Hôtel du département. Les appels d'offres de maîtrise d'oeuvre restant infructueux, le Département décide de recourir à la procédure de déclassement afin d'utiliser la technique de droit privé de la vente à terme.
 - La décision est annulée par le juge administratif aux motifs que le Département ne pouvait déclasser un bien dont il décide de maintenir l'affectation à un service public. En droit, il y avait en l'espèce effectivement un détournement de procédure : il s'agissait d'éviter temporairement l'application du régime de la domanialité publique pour trouver un financement adéquat et un porteur de projet susceptible d'être intéressé.

Cette solution est très insécurisante : le projet peut ne connaître aucun commencement d'exécution et pour autant- être soumis au droit du domaine public par anticipation

b) après 2006

Avec l'adoption du CG3P, les auteurs vont se diviser sur la pérennité de cette jurisprudence.

- La plupart des auteurs s'accordait pour considérer que le CGPPP conduisait à son abandon dès lors que le texte exige désormais un aménagement indispensable et que les auteurs du Code (Rapport au Président de la République) avaient expressément annoncé cet abandon

En fait, la position de la jurisprudence est beaucoup plus nuancée

En ce sens, l'arrêt CE 8 avril 2013 Association ATLARL

- □ Les faits : L'association avait été autorisée par l'Etat, par la convention du 15 juin 2005, à occuper des parcelles 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
- L'Etat avait retiré cette autorisation et le préfet obtenu du juge administratif des référés l'expulsion de l'association occupante
- □ C'est cette mesure qui est contestée devant le CE
- Le CE relève :
 - d'une part que l'Etat avait prévu de manière certaine de réaliser les aménagements nécessaires ; que, par suite, ces parcelles étaient soumises aux principes de la domanialité publique ;
 - d'autre part 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
 - En effet, la DUP ne vaut pas décision de déclassement (qui est une décision constitutive de droit à la différence de la décision de classement, jamais nécessaire, car purement reconnitive). Voir Leçon sur incorporation
 - 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 ;
 - qu'en conséquence le préfet était en droit de saisir le JA d'un référé expulsion

Cependant, en relevant que cette modalité d'incorporation dans le domaine public ne répond plus aux conditions posées par le CG3P, le CE paraît indiquer que la solution ne vaut pas pour les situations constituées après 2006

Cette solution est confirmée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Commune de Baillargues 13 avril 2016.

- à propos de l'aménagement par la Commune d'un plan d'eau artificiel en espace de loisirs et de sport

- que le CE incorpore au domaine public dans la mesure où les travaux d'aménagement ont reçu un début d'exécution ce qui vient attester du caractère certain de l'affectation.

Une telle solution pose autant de problème qu'elle n'en résout.

Première question : à partir de quand doit-on considérer que le projet est suffisamment avancé pour estimer que l'aménagement est certain et que l'intention de l'administration est suffisamment matérialisée ?

Deuxième question : une partie de la doctrine plaide pour un aménagement du régime de ces biens dont l'affectation est certaine mais dont les aménagements n'ont pas encore été réalisés .

o En effet quelles sont les règles à appliquer durant cette période intermédiaire (qui peut être longue/ procédure de lancement des travaux publics.

Ils sont en dehors du DP mais pour autant est-ce leur gestion est libre. Par exemple est-ce que l'administration peut y conclure des baux de droit privé ? alors même que leur incorporation est prévue.

On verra que l'ordonnance d'avril 2017 a tenté de répondre à cette question (voir 2°)

Le TC 14 novembre 2016 Assoc. Vivre à Béziers et son agglomération, tourisme et loisirs confirme cette orientation

Le Tribunal des conflits précise la théorie de la domanialité publique virtuelle en affirmant

« qu'une parcelle étatique faisant l'objet d'une affectation certaine à l'usage direct du public est incluse au domaine public, nonobstant l'absence concrète de l'aménagement nécessaire à celle-ci, dès lors qu'au regard des circonstances de fait et de droit, cet aménagement futur apparaît comme certain ».

o L'affaire est un prolongement contentieux de l'arrêt de 2013 : le recours portant cette fois sur l'annulation du refus de renouveler la convention d'occupation

En l'espèce, l'association ATLALR occupait à Villeneuve-lès-Béziers, en vertu d'une convention du 15 juin 2005 (donc antérieur au CG3P), des parcelles et immeubles appartenant à l'Etat.

o Elle concerne des parcelles et immeubles affectées à l'usage du public (non à un service public)

Le raisonnement du TC est intéressant

- Le TC continue de rechercher la présence d'un aménagement... alors qu'il n'y pas d'idée d'affectation au service public

- Tout en admettant paradoxalement que cet aménagement soit constitué simplement « intellectuellement », et non matériellement.

- En l'espèce, l'affectation future mais certaine est constitué par une déclaration d'utilité publique induisant certainement la construction intellectuelle des aménagements nécessaires à l'utilité publique projetée,

o La position du Tribunal est d'autant plus volontariste ici que les parcelles dont il s'agit n'ont finalement plus été incluses dans le périmètre de la déclaration d'utilité publique modificative...

Conclusion : la jurisprudence la plus récente obéit ainsi à une logique différente de celle initialement retenue par l'arrêt Association Eurolat

- Elle cherche avant tout à s'assurer de la continuité des règles applicables à des biens destinés à être affectés à l'utilité publique (Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, t. 2, LGDJ, 15e éd., 2014, spéc. p. 147 et s.)

- L'arrêt Eurolat cherchait à prémunir les biens en question contre une gestion contraire à leur affectation future.

C'est objectif que poursuit également le législateur (CG3P, article L.2122-1 alinéa 2 et 3) qui est venu autoriser l'octroi de titre d'occupation par anticipation

L'Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques complète en ce sens l'article L. 2122-1 du code de la propriété des personnes publiques (CG3P):

Elle prévoit qu'un titre autorisant l'occupation dans les conditions prévues au CG3P –c'est à dire applicables au domaine public- peut être accordé pour occuper ou utiliser une dépendance du domaine privé par anticipation à l'incorporation de cette dépendance dans le domaine public, lorsque l'occupation ou l'utilisation projetée le justifie.

- Dans ce cas, le code prévoit que le titre d'autorisation fixe le délai dans lequel l'incorporation doit se produire,

- o Ce délai ne peut être supérieur à six mois,

- Le titre d'occupation doit encore préciser le sort de l'autorisation ainsi accordée si l'incorporation ne s'est pas produite au terme de ce délai

La doctrine considère que par cet article l'ordonnance consacre un domaine public virtuel, dans la mesure où il est possible d'accorder un titre qui sera soumis aux règles du domaine public par anticipation à son incorporation dans le domaine public (

- .Jean-Gabriel Sorbara, « La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 », RFDA 2017, p. 705).

- A tout le moins, dans le prolongement de la jurisprudence, le législateur vise ici ces situation provisoires

- o -où le bien n'est déjà plus dans le domaine privé car son affectation est décidée mais où il n'est pas encore vraiment incorporé dans le domaine public, faute que l'affectation soit effective- pour offrir au bien un régime compatible avec son affectation future.

Sous section 2 : La méthode énumérative : l'appartenance au DP par détermination de la loi.

Dans le cadre de la méthode énumérative, c'est la loi qui dresse la liste des biens domaniaux.

§.1 Le domaine public légal

Le CGPPP recourt régulièrement à la méthode énumérative notamment pour dresser la liste des biens relevant

- du domaine public maritime (article L. 2111-4 et 6 CGPPP)
- du domaine public fluvial (article L. 2111-7 a 11 CGPPP)
- du domaine public routier (article L. 2111-14 et L 5331-9)
- du domaine public ferroviaire (art. L 2111-15)
- du domaine public aéronautique (art. L.2111-16)

Mais dans la plupart des cas, l'énumération n'a qu'une portée explétive ou explicative.

- Les biens visés satisfont à la définition générale du domaine public qui figure à l'article L2111-1. L'intervention législative consiste par souci de sécurité juridique à dresser de manière aussi exhaustive que possible la liste de ces biens d'autant qu'ils peuvent faire l'objet de dispositions législatives spéciales quant à leurs régimes.

- o D'un point de vue historique, ces règles légales ont préexisté à la définition jurisprudentielle qui a pu ainsi s'en inspirer par exemple pour construire l'arrêt Marecar.

Au demeurant un bien qui ne répond pas à tous les critères d'un des domaines publics spécifiques peut appartenir au domaine public général par application des critères généraux.

- En ce sens le CE 21 octobre 2015 Cte d'agglomération du Lac du Bourget, n°367020

- o A défaut d'être incorporé dans le domaine public fluvial, en raison de l'absence de la décision de classement exigée par le CG3P un port propriété de la communauté d'agglomération peut relever de son domaine public par application de la définition générale.

Rares sont les hypothèses où la loi vient directement attribuer/ déterminer la qualification domaniale

- o Cela concerne d'abord certains espaces naturels jugés irremplaçables à défaut même d'affectation directe à l'usage du public.

- o On les retrouve dans l'énumération de biens des domaines publics maritime et fluvial

§.2 Le domaine public mobilier

La méthode énumérative concerne surtout le domaine public mobilier. Le législateur ayant renoncé à donner une définition général du domaine public mobilier,

L'article L. 2112-1 précise que «

o Sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, notamment :

- 1° Un exemplaire identifié de chacun des documents dont le dépôt est prescrit aux fins de constitution d'une mémoire nationale par l'article L. 131-2 du code du patrimoine ;
- 2° Les archives publiques au sens de l'article L. 211-4 du code du patrimoine ;
- 3° Les archives issues de fonds privés entrées dans les collections publiques par acquisition à titre onéreux, don, dation ou legs ;
- 4° Les découvertes de caractère mobilier devenues ou demeurées propriété publique en application du chapitre 3 du titre II et du chapitre 1er du titre III du livre V du code du patrimoine ;
- 5° Les biens culturels maritimes de nature mobilière au sens du chapitre 2 du titre III du livre V du code du patrimoine ;
- 6° Les objets mobiliers classés ou inscrits au titre du chapitre 2 du titre II du livre VI du code du patrimoine ou situés dans un immeuble classé ou inscrit et concourant à la présentation au public de parties classées ou inscrites dudit immeuble ;
- 7° Les objets mobiliers autres que ceux mentionnés au 6° ci-dessus, présentant un intérêt historique ou artistique, devenus ou demeurés propriété publique en application de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat ;
- 8° Les collections des musées ;
- 9° Les oeuvres et objets d'art contemporain acquis par le Centre national des arts plastiques ainsi que les collections d'oeuvres et objets d'art inscrites sur les inventaires du Fonds national d'art contemporain dont le centre reçoit la garde ;
- 10° Les collections de documents anciens, rares ou précieux des bibliothèques ;
- 11° Les collections publiques relevant du Mobilier national et de la Manufacture nationale de Sèvres ».

Cela concerne enfin le domaine public hertzien : l'article L. 2111-17 CGPPP dispose que les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'Etat

La notion de domaine public hertzien fait l'objet de vives critiques doctrinales au motif notamment que les ondes ne sauraient faire l'objet d'une quelconque appropriation tant publique que privée. Il existe toutefois un domaine public hertzien par détermination de la loi.

La rédaction du CGPPP traduit un relatif embarras à l'égard de cette notion en classant le domaine public hertzien dans le domaine public immobilier

En fait il s'agit d'une construction juridique purement fonctionnelle dictée par le souci du législateur de soumettre l'utilisation privative des fréquences hertziennes à une autorisation administrative sur le modèle des autorisations domaniales.

□ C'est dans ce cadre que les premiers textes ont fait émerger la notion en qualifiant l'utilisation des ondes d'occupations privatives du domaine public (Loi du 17 janvier 1989)

□ De même que le CC devait qualifier la rémunération perçue par l'Etat de redevances domaniales (CC 28 déc. 2000 loi de finances pour 2001)

Par contre, il n'existe pas de domaine public aérien (ou atmosphérique) même si certains auteurs poussent à ce qu'il en existe un s'agissant notamment des couloirs aériens (R.Chapus, DAG2, n°400).

o □ Aucun texte n'octroie la propriété de l'espace atmosphérique à l'Etat. L'air doit être considéré comme une res nullius.

o L'application de l'article 522 du Code civil selon lequel la propriété du sol emporte celle du dessus est de nature cependant au delà d'une certaine altitude à poser certaines difficultés pour la circulation aérienne notamment.