

Christine Maugué, Conseiller d'Etat, présidente de chambre au Conseil d'Etat

Gilles Bachelier, Conseiller d'Etat, président de la CAA de Nantes

Le CGPPP : bilan d'étape avant de nouvelles évolutions, AJDA 2016 p.1785

Extraits

C. Une restriction du périmètre de la domanialité publique

Les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques reposent sur une codification fondée à maints égards sur la reprise des règles antérieures à droit constant. Mais le code comporte aussi de nombreuses innovations compte tenu des objectifs poursuivis par les auteurs du code au nombre desquels, et ce n'est pas le moindre, se trouvait celui affiché de permettre une restriction du périmètre de la domanialité publique par une définition renouvelée du domaine public immobilier. Au terme de ces dix ans d'application du code, le moment est venu de procéder à un premier bilan afin de vérifier si cet objectif a été en tout ou partie atteint.

La restriction souhaitée n'a pas été recherchée du côté de l'identification des personnes publiques dont les biens seraient susceptibles de relever du régime de la domanialité publique. Il n'est pas nécessaire d'insister davantage sur le fait que, pour appartenir au domaine public, un bien doit toujours et nécessairement être la propriété d'une personne publique. Cette règle organique, d'origine jurisprudentielle (not., CE 29 nov. 2004, n° 234129, Société des Autoroutes du Sud de la France, Lebon ; AJDA 2005. 1182, note M. Ubaud-Bergeron), est expressément consacrée par la loi (CGPPP, art. L. 2111-1 art. L. 2111-1). Sous l'angle organique, les personnes publiques concernées, énumérées à l'article L. 1 du code, demeurent l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements (EPCI), ainsi que tous les établissements publics, qu'ils dépendent de l'Etat ou des collectivités territoriales, qu'il s'agisse d'un établissement public administratif ou industriel et commercial (CE 21 mars 1984, n° 24944, Mansuy, Lebon 616 ; CE 23 juin 1986, n° 59878, Thomas, Lebon 167), sauf lorsque des dispositions législatives applicables à cet établissement et à ses biens y font obstacle (pour les biens d'Electricité de France, CE 23 oct. 1998, n° 160246, Electricité de France, Lebon 364 ; AJDA 1998. 1017, concl. J. Arrighi de Casanova ; D. 1999. 484, note J.-P. Amadei ; RDI 1999. 75, obs. C. Lavalie ; RFDA 1999. 578, note C. Lavalie). Il s'y ajoute les autres personnes publiques dotées de la personnalité morale en vertu de l'article L. 2 du CGPPP (Banque de France ; autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale ; groupements d'intérêt public...) mais il est renvoyé dans ce cas pour l'application du code aux textes qui les régissent.

Cette condition de l'appartenance à une personne publique a donné lieu à plusieurs décisions, d'une application sans doute restreinte, relatives au régime applicable en cas de mise sous séquestre de biens appartenant à l'ennemi à propos d'avoir, allemands aliénés (T. confl. 12 déc. 2011, n° 3816, Mme Libis c/ SNCF, Lebon 701 ; AJDA 2012. 510) ou d'archives détenues par une personne privée et revendiquées par l'Etat à raison de leur caractère d'archives publiques (T. confl. 9 juill. 2012, n° 3857, Ministre de la défense c/ Murat de Chasseloup-Laubat, Lebon 514 ; AJDA 2012. 1372 ; AJDA 2013. 1525, note N. Ach ; AJDI 2016. 101, étude S. Gilbert).

Cette restriction n'a pas été recherchée non plus sous un angle strictement matériel. Bien au contraire puisque le CGPPP contient des règles sur le domaine public mobilier (CGPPP, art. L. 2112-1) faisant entrer dans ce régime des biens pour lesquels aucune règle n'avait été fixée antérieurement. Pour autant, compte tenu du champ d'application du code précisé par l'article L. 1, force est de constater que celui-ci ne traite pas du régime domanial applicable au patrimoine immatériel des personnes publiques (v., sur ce point J.-M. Sauvé, intervention au colloque de l'ENA du 16 mars 2012 sur le patrimoine immatériel des personnes publiques, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-patrimoine-immateriel-des-personnes-publiques>). C'est en tout cas la position retenue par la CAA de Nantes (16 déc. 2015, n° 12NT01190, Etablissement public du domaine national de Chambord, AJDA 2016. 435, note N. Foulquier, v. infra). Selon le juge d'appel, l'image d'un bien appartenant à une personne publique ne se confond pas avec ce bien, que celui-ci relève de son domaine privé ou de son domaine public et une telle image, laquelle n'est pas par elle-même régie par les dispositions du code de la propriété intellectuelle, n'est pas au nombre des biens et droits visés par les dispositions précitées de l'article L. 1 du CGPPP déterminant le champ d'application de ce code. Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

La restriction du champ de la domanialité publique a été limitée au domaine public immobilier et elle ne joue que dans une certaine mesure. En outre, cette restriction ne s'applique qu'aux biens dont la question de l'entrée dans le domaine public est postérieure à l'entrée en vigueur le 1er juillet 2006 du CGPPP.

### 1. Une restriction réservée au domaine public immobilier

La restriction voulue par le législateur a porté exclusivement sur le domaine public immobilier. Elle joue à deux titres : la définition du domaine public immobilier et le champ de la théorie de l'accessoire. En revanche, le législateur n'a nullement entendu faire échec à l'application de la théorie de la domanialité publique globale.

#### Un resserrement de la définition législative

L'article L. 2111-1 du CGPPP a donné une définition législative du domaine public immobilier destinée à resserrer le périmètre de cette domanialité : « 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 ».

Pour le régime applicable aux immeubles affectés à l'usage direct du public, l'état du droit n'a pas été modifié. La jurisprudence a précisé à propos d'une parcelle communale que l'affectation à l'usage direct du public nécessitait une intention de la personne publique d'y procéder (CE 2 nov. 2015, n° 373896, Commune de Neuves-Maisons, Lebon T. ; AJDA 2016. 204, note E. Fatôme et concl. J. Lessi ;

AJDI 2016. 376, obs. J.-P. Borel ; RDI 2016. 286, obs. N. Foulquier ; AJCT 2016. 224, obs. G. Kergoat). Elle ne saurait donc se réaliser à son insu. L'affectation n'est donc pas une situation de pur fait. Certes, elle n'exige pas sa matérialisation par un acte juridique mais elle doit au moins résulter d'une volonté avérée de la personne publique.

L'évolution attendue est plus prégnante pour les biens affectés à un service public puisque la condition d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public se veut plus restrictive que celle d'aménagement spécial prévue, antérieurement à l'entrée en vigueur du code, par la jurisprudence (CE, sect., 19 oct. 1956, n° 20180, Société « Le Béton » c/ Office national de la Navigation, Lebon 375 ; AJDA 1956. 472, concl. M. Long).

Il aura fallu attendre dix ans pour que la portée du critère nouveau ainsi retenu par la loi soit précisée. L'existence d'un simple aménagement spécial n'est plus suffisante. La domanialité publique des biens affectés au service public dépendra du caractère indispensable des aménagements en cause à l'exécution des missions de ce service. L'aménagement requis doit présenter un caractère consubstantiel au service en ce sens que son absence ne permet pas au service public de fonctionner. Et ce critère est décisif puisqu'il conditionne l'entrée du bien dans le domaine public.

Ce critère a été mis en oeuvre à propos d'une piste de ski alpin. Il est ainsi jugé qu'une piste qui n'a pu être ouverte qu'en vertu de l'autorisation d'aménagement prévue à l'article L. 473-1 du code de l'urbanisme a fait l'objet d'un aménagement indispensable à son affectation au service public de l'exploitation des pistes de ski et fait partie, en application de l'article L. 2111-1 du CGPPP, dès lors qu'elle appartient à une collectivité publique, du domaine public de cette collectivité (CE, sect., 28 avr. 2014, n° 349420, Commune de Val-d'Isère, Lebon 107 avec les concl. A. Lallet ; AJDA 2014. 1258, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; RDI 2014. 571, obs. N. Foulquier ; AJCT 2014. 507, obs. N. Josselin). Mais cette décision n'avait pas fourni le mode d'emploi du critère ainsi fixé par la loi.

C'est chose faite depuis la décision Commune de Baillargues (CE 13 avr. 2016, n° 391431, Lebon ; AJDA 2016. 1171, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; RDI 2016. 475, obs. N. Foulquier). Le Conseil d'Etat juge que quand, postérieurement à l'entrée en vigueur du CGPPP, une personne publique a pris la décision d'affecter un bien qui lui appartient à un service public et que 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, ce bien doit être regardé comme une dépendance du domaine public.

Cette décision concerne donc le moment de l'entrée d'un terrain dans le domaine public. Elle signifie que le moment où un bien d'une personne publique qui a fait l'objet, après l'entrée en vigueur du code, d'une décision d'affectation à un service public, moyennant des aménagements indispensables, entre dans le domaine public, n'est ni celui où la décision d'affectation a été prise, ni celui où les aménagements rendus nécessaires par son affectation sont achevés : c'est celui où ces aménagements peuvent être regardés comme entrepris de façon certaine.

Des commentateurs autorisés de cette décision ont montré la différence qu'il y a entre la décision de principe de réaliser un aménagement et son entreprise (AJDA 2016. 1171, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet) : il ne s'agit pas d'avoir la certitude que l'aménagement doit être réalisé, mais de pouvoir le regarder comme étant déjà « entrepris ». Il n'est nullement nécessaire que cet aménagement soit achevé.

Cette décision illustre remarquablement le fait que la zone grise caractérisée par la théorie de la domanialité publique virtuelle a certes été restreinte mais qu'elle n'a pas complètement disparu : l'aménagement doit être « entrepris de façon certaine », et non plus seulement « prévu de façon certaine » mais il peut s'agir simplement d'actes juridiques, et pas nécessairement de la réalisation effective des travaux. De ce point de vue, l'objectif affiché par les auteurs du code explicité par les termes du rapport au Président de la République n'a pas été totalement atteint. Mais il pouvait difficilement en aller autrement, sauf à s'écarter du nécessaire réalisme qui doit guider la matière.

Cette théorie, dégagée par la doctrine (AJDA 1985. 620, note E. Fatôme et J. Moreau) à partir de la décision du Conseil d'Etat Association Eurolat Crédit Foncier de France (CE 6 mai 1985, n° 41589, Lebon 141 ; RFDA 1986. 21, concl. B. Genevois), avait pour conséquence de soumettre un bien aux principes de la domanialité publique (inaliénabilité, imprescriptibilité) bien qu'il ne relevât pas encore du domaine public, au seul motif que la personne publique prévoyait de façon certaine une affectation à un service public moyennant des aménagements et alors même que ceux-ci n'étaient pas encore réalisés. Elle avait pris un relief particulier avec l'avis du 31 janvier 1995 des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies (EDCE 1997, n° 47, p. 407 ; AJDA 1997. 126, note E. Fatôme et Ph. Terneyre) et l'avis du 18 mai 2004 de la section de l'intérieur (EDCE 2004, n° 56, p. 185).

Il est rappelé que cette théorie demeure applicable aux faits qui ont eu lieu avant l'entrée en vigueur du CGPPP, le 1er juillet 2006 (s'agissant de biens entrés dans le domaine public avant l'entrée en vigueur de ce code, CE 8 avr. 2013, n° 363738, Association ATLALR, Lebon 58 ; AJDA 2013. 764 ; RDI 2013. 434, obs. N. Foulquier ; AJCT 2013. 347, obs. S. Defix). Cette décision a également pour portée de gommer toute distinction entre la soumission aux principes de la domanialité publique et l'appartenance au domaine public. La circonstance qu'aucun des aménagements envisagés n'ait été réalisé ne fait pas pour autant sortir la dépendance du domaine public, en l'absence de toute décision de déclassement. L'appartenance d'un bien au domaine public est alors constituée dès la décision prévoyant, de façon certaine, un aménagement du bien concerné.

La restriction de l'incorporation au domaine public de l'accessoire d'une dépendance domaniale

Un bien non directement affecté à un usage public ou à un service public ne relève du domaine public, s'il constitue l'accessoire d'une dépendance domaniale, que du fait à la fois d'un lien fonctionnel de nécessité et d'un lien physique entre la dépendance domaniale et l'accessoire qui lui est rattaché.

Le CGPPP a en effet entendu limiter l'incorporation dans le domaine public aux seuls biens remplissant une double condition désormais cumulative de rapport fonctionnel et de solidarité physique (art. L. 2111-2), alors que la jurisprudence antérieure mettait en oeuvre le critère de l'accessoire soit en cas de lien physique (voûte qui surplombe un égout communal : CE 28 janv. 1970, n° 76557, Consorts Philip-Bissinger, Lebon 58), soit en cas de lien fonctionnel (murs de soutènement d'une voie publique : CE, sect., 16 nov. 1960, n° 44537, Commune du Bugue, Lebon 627).

Il a été fait application de ces nouvelles dispositions à propos du sous-sol d'une piste de ski alpin. Il est jugé qu'en vertu de l'article L. 2111-2 du CGPPP le sous-sol des terrains d'assiette d'une telle piste de ski fait partie du domaine public de la personne publique s'il comporte lui-même des aménagements ou des ouvrages qui, concourant à l'utilisation de la piste, en font un accessoire indissociable de celle-ci (CE, sect., 28 avr. 2014, Commune de Val-d'Isère, préc.). En l'espèce, il a été jugé que tel n'était pas le cas.

En sens inverse, en l'absence de titre en attribuant la propriété aux propriétaires des parcelles en bordure desquelles il est édifié ou à des tiers, un mur situé à l'aplomb d'une voie publique et dont la présence évite la chute de matériaux qui pourraient provenir des fonds qui la surplombent doit être regardé comme un accessoire de la voie publique, même s'il a aussi pour fonction de maintenir les terres des parcelles qui la bordent (CE 15 avr. 2015, n° 369339, Lebon T ; AJDA 2015. 1369, note N. Foulquier ; RDI 2015. 307, obs. N. Foulquier ; AJCT 2015. 404, obs. V. Touchard ; CE 27 juill. 2016, n° 389771, M. Jean).

#### La pérennisation de la domanialité publique globale

La nouvelle définition resserrée de la domanialité publique immobilière n'a pas entendu modifier 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.

Le domaine d'élection de cette théorie se rapporte à la domanialité horizontale qui soulève sous cet angle une question différente de celle de l'indissociabilité mentionnée à l'article L. 2111-2 du CGPPP précisant la règle de l'accessoire ou de l'indivisibilité des différents éléments verticaux composant un immeuble prévue à l'article L. 2211-1 du CGPPP (par ex., terrain dans l'enceinte d'un port, comme l'illustre la décision Société le Béton préc., d'un aéroport ou d'une gare). Cette conception de la domanialité publique globale a également été retenue à propos du domaine national de Chambord par l'avis du 19 juillet 2012 de l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

Naturellement cette théorie jurisprudentielle n'est pas mise en oeuvre lorsque la loi détermine la composition du domaine public et elle cède dans le cas où le législateur retient une solution

différente. Ainsi, en vertu de l'article 12 III de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, 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 du transport, font partie du domaine privé de cet établissement.

2. Une restriction ne concernant que le domaine public immobilier constitué postérieurement au 1er juillet 2006

Compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur de réduire le périmètre de la domanialité publique, dans la mesure où il a substitué à la notion d'aménagement spécial celle de l'aménagement indispensable lorsque le bien est affecté au service public et où il a renforcé les conditions requises pour la qualification du caractère accessoire d'un bien, la question s'est posée de l'incidence de l'entrée en vigueur de ce code le 1er juillet 2006 sur le régime applicable aux biens qui sous l'empire de l'ancienne définition relevaient du domaine public mais qui n'en feraient plus partie compte tenu de la nouvelle définition.

L'état du droit a été assez rapidement fixé et peut schématiquement se résumer par les quatre observations suivantes.

En premier lieu, pour les décisions administratives prises antérieurement à l'entrée en vigueur du CGPPP, le juge, statuant après l'entrée en vigueur du code, fait application de l'ancienne définition du domaine public immobilier (CE, sect., 28 déc. 2009, n° 290937, Société Brasserie du Théâtre, Lebon 528 ; AJDA 2010. 841, note O. Févrot).

En deuxième lieu, pour les décisions administratives prises postérieurement à l'entrée en vigueur du CGPPP, la nouvelle définition est sans incidence sur le régime applicable aux biens qui relevaient antérieurement du domaine public selon l'ancienne définition (CE 3 oct. 2012, n° 353915, Commune de Port-Vendres, Lebon ; AJDA 2013. 471, note E. Fatôme, M. Raunet et R. Leonetti ; AJCT 2013. 42, obs. P. Grimaud). En l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur du CGPPP 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.

Un double régime domanial des immeubles appartenant à une personne publique est ainsi pérennisé. Cette solution était inévitable et de fortes considérations de sécurité juridique la commandent. Le Conseil d'Etat ne pouvait en effet faire l'effort d'interpréter le silence de l'ordonnance comme impliquant un déclassement implicite des dépendances n'entrant pas dans la nouvelle définition du domaine public. Cet effort aurait été la source d'un désordre inutile dans la mesure où il aurait conduit notamment à remettre en cause rétroactivement le régime des occupations privatives du domaine public en estimant que celles-ci sont devenues, par la novation

qui aurait été apportée par l'ordonnance entrée en vigueur le 1er juillet 2006, une occupation privative du domaine privé avec la revendication sous-jacente de la propriété commerciale.

La réserve de l'absence de toute disposition législative fait écho au fait que le changement du régime domanial de certains biens existant en stock peut résulter du choix opéré par le législateur.

En troisième lieu, la règle retenue par la jurisprudence Commune de Port-Vendres vaut aussi, comme il a déjà été indiqué, pour l'application dans le temps de la théorie de la domanialité publique virtuelle. Il est en effet jugé qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur du CGPPP 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 cette théorie, 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 (CE 8 avr. 2013, n° 363738, Association ATLALR, préc.).

Enfin à propos d'une servitude conventionnelle de droit privé constituée avant l'entrée en vigueur du CGPPP, il est jugé qu'il résulte des principes de la domanialité publique qu'une telle servitude peut être maintenue sur une parcelle appartenant au domaine public à la double condition d'avoir été consentie antérieurement à l'incorporation de cette parcelle dans le domaine public, lorsque cette incorporation est elle aussi antérieure à l'entrée en vigueur du code, et d'être compatible avec son affectation (CE 26 févr. 2016, n° 383935, Syndicat des copropriétaires de l'immeuble « Le Mercure », Lebon T. ; AJDA 2016. 1413, note J.-C. Car ; RDI 2016. 284, obs. N. Foulquier).