

Articles et commentaires 2016, numéro 1

Que reste-t-il de la domanialité publique par anticipation?

Nelly Sudres*

Citer cet article : Nelly SUDRES, « Que reste-t-il de la domanialité publique par anticipation ? », Revue générale du droit (www.revuegeneraledudroit.eu), Articles et commentaires 2016, numéro 1.

*Maître de conférences en droit public à l'Université Montpellier 1.

A quelques jours de la date anniversaire des trois ans de la décision *Association ATLALR*¹, le Conseil d'Etat opère ce qui, au premier abord, peut apparaître comme un changement radical de cap. Après avoir affirmé, le 8 avril 2013, que les biens soumis au Code général de la propriété des personnes publiques doivent, pour appartenir au domaine public, être notamment affectés au service public et avoir « déjà »² fait l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public, les juges du Palais royal renouent, dans leur décision *Commune de Baillargues* du 13 avril 2016³, avec la logique d'anticipation de la domanialité publique.

En l'espèce, se posait la question de savoir si la procédure de bornage⁴ pouvait être utilisée afin de distinguer au sein des parcelles des requérants celles qui restaient leur propriété de celles qui avaient fait l'objet d'une expropriation afin que la commune de Baillargues puisse aménager un plan d'eau artificiel destiné à la pratique des activités sportives et de loisir et pouvant servir de bassin d'écrêtement des crues. La délimitation des propriétés publique et privée ne pouvant faire l'objet d'un bornage que si les dépendances publiques appartiennent au domaine privé⁵, le juge devait, pour déterminer la procédure de délimitation appropriée, apprécier si les parcelles publiques en question, non encore affectées au service public mais destinées à l'être, n'étaient pas, dès à présent, incorporées au domaine public.

Adoptant un considérant de principe qui diffère de la jurisprudence classique en matière de domanialité publique virtuelle, la décision *Commune*

¹ CE, 8 avril 2013, *Association ATLALR*, p. 58 ; *JCP A.* 2013, n° 2172, note C. Chamard-Heim ; *AJCT* 2013, p. 347, obs. S. Defix ; *RJEP* 2013 comm. 40, note G. Eveillard ; *RDI* 2013, p. 404, obs. N. Foulquier ; *AJDA* 2013, p. 764, obs. R. Grand ; *DA* 2013, n° 50, note T. Leleu ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, chron. 6, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

² *Ibid.*

³ CE, 13 avril 2016, *Commune de Baillargues*, n° 391431, sera publié au Lebon ; *AJDA* 2016, p. 1171, note L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *JCP-A.* 2016, comm. n° 2124, comm. P. S. Hansen ; *Construction-Urba.* 2016, repère n° 5, obs. H. Périnet-Marquet ; *JCP-A.* 2016, act. n° 363, obs. M. Touzeil-Divina.

⁴ Art. 646 du Code civil.

⁵ CE, 20 juin 1975, *Leverrier*, *Leb.* p. 382.

de Baillargues affirme que « quand 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 »⁶. Ainsi, le Conseil estime, en l'espèce, que la décision de la commune d'affecter les terrains en cause au service public, couplée à l'engagement de travaux de réalisation du projet, ne pouvaient permettre aux juges du fond de refuser de regarder l'affectation des terrains à l'utilité publique comme entreprise de façon certaine.

La décision du 13 avril 2016 s'inscrit dans le sillon de la théorie de la domanialité publique virtuelle ou par anticipation⁷. Cette « construction jurisprudentielle »⁸ a fait couler beaucoup d'encre, ce qui nécessite que soit pris le temps de définir ce que l'on entend par cette expression. Quelle qu'ait pu être la position du Conseil d'Etat sur les implications de la théorie de la domanialité publique virtuelle - créant un « purgatoire » de la domanialité publique auquel ne s'applique que les principes du domaine public ou intégrant immédiatement les dépendances en question au domaine public⁹-, l'on peut se référer au dernier état de sa jurisprudence avec la décision *Association ATLALR*. Les juges y choisissent d'utiliser indifféremment les notions de « principes de la domanialité publique » et d'« appartenance au domaine public ». Dès lors, comme l'expose clairement C. Chamard-Heim, « la domanialité publique virtuelle doit s'entendre,

⁶ CE, 13 avril 2016, *Commune de Baillargues*, préc.

⁷ Nous préférons cette dernière expression qui permet de mettre en évidence le fait que l'immeuble propriété publique est un bien en voie d'incorporer la domanialité publique (l'adjectif « virtuel » étant plutôt entendu aujourd'hui comme une réalité parallèle que comme une potentialité).

⁸ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens, Traité de droit administratif, Tome 2*, Paris, LGDJ, 15^{ème} éd., 2014, n° 212.

⁹ Comparer notamment : CE, avis, 18 mai 2004, *Cinémathèque française* : « Il est donc soumis, dès à présent, aux principes de la domanialité publique et sera incorporé au domaine public de l'Etat à la date de son affectation à la Cinémathèque française » (nous soulignons) et CE, 8 avril 2013, *Association ATLALR*, préc.

dans l'esprit du Conseil d'Etat, comme une incorporation anticipée dans le domaine public et non comme une application anticipée de certains de ses principes »¹⁰.

L'arrêt *Commune de Baillargues* marque le retour de la logique anticipative pour les biens soumis au Code général de la propriété des personnes publiques. En effet, si les termes choisis dans le considérant de principe de la décision du 8 avril 2013 avaient laissé présager d'un abandon de la théorie pour les biens régis par le Code, il n'en est finalement rien. Car quand bien même le Conseil d'Etat choisit de resserrer la période temporelle d'anticipation de la domanialité publique dans l'arrêt *Commune de Baillargues*, il n'en reste pas moins que les biens y sont incorporés alors qu'ils ne sont pas encore concrètement et matériellement affectés au service public.

L'on ne saurait parler de Lazare juridique car la théorie de la domanialité publique par anticipation n'est pas réhabilitée dans toute son étendue et tous ses excès potentiels observés dans la décision *Association ATLALR*. Les juges du Palais royal procèdent, effectivement, à un cantonnement de la domanialité publique par anticipation qui survit au Code général de la propriété des personnes publiques pour les biens qui y sont soumis. Cantonnement puisque seuls les biens dont l'aménagement est entrepris de façon certaine rentrent dans la définition de la domanialité publique virtuelle, excluant ceux que la certitude de l'affectation à l'utilité publique suffisait antérieurement à faire entrer dans la catégorie. Survivance de la théorie de la domanialité publique par anticipation car, bien que les immeubles faisant l'objet d'un commencement d'aménagement font dès ce moment partie du domaine public, la logique anticipative persiste puisque ces biens ne seront véritablement affectés au service public qu'à partir du moment où leur aménagement sera effectif et opérationnel.

Le Conseil d'Etat a choisi, le 13 avril 2016, de consacrer, pour les biens du flux¹¹, une domanialité publique par anticipation désormais un peu moins anticipée. La rigueur de la jurisprudence *Association ATLALR* qui

¹⁰ C. Chamard-Heim, « La théorie du domaine public virtuel : le chant du cygne », *JCP-A*. 2013, comm. n° 2172.

¹¹ Bachelier G., « Spécial, indispensable, global, virtuel : trop d'adjectifs pour le domaine public immobilier ? », *AJDA* 2013, p. 960.

laissait entendre que toute idée d'anticipation était désormais condamnée pour les biens soumis au Code, fait place à la théorie de la domanialité publique par anticipation qui, si elle est restreinte, retrouve droit de cité. Un tel renouement avec la logique anticipative restreinte (I) ne surprend guère car cette théorie jurisprudentielle permet de satisfaire la volonté de limiter la domanialité publique aux seuls biens nécessitant l'application du régime protecteur de l'affectation à l'utilité publique. Les biens publics régis par le Code général de la propriété des personnes publiques peuvent intégrer, de manière précoce, le domaine public non plus dès que l'affectation à l'intérêt général est certaine, mais à partir du moment où cette certitude est éprouvée par du fait et du droit. Néanmoins, l'encadrement (II) par la variation du curseur temporel de la « certitude de l'affectation » génère des interrogations sur l'effectivité du contrôle recherché. L'interprétation extensive des preuves du « commencement d'aménagement » n'est assurément pas exclue. Aussi doit être posée la question de la nécessité de recourir à la théorie de la domanialité publique par anticipation afin de protéger l'affectation future du bien au service public.

I. Un renouement attendu avec la logique anticipative

Trois ans après la décision *Association ATLALR* qui semblait marquer la fin de la théorie de la domanialité publique par anticipation pour les biens soumis au Code général de la propriété des personnes publiques, le Conseil d'Etat opte pour un considérant de principe qui renoue clairement avec la logique anticipative (C) sans toutefois afficher explicitement le revirement opéré (A). La solution, qui tente d'encadrer temporellement le recours à l'anticipation de la domanialité publique pourrait, de prime abord, apparaître comme entrant en contradiction avec la volonté clairement affirmée par le Code de circonscrire les biens faisant partie de ce domaine. Toutefois, les déclarations des conseillers d'Etat ayant participé à sa rédaction permettent de soutenir que le caractère *contra legem* de la décision n'est qu'apparent (B).

A. Un revirement non assumé

La lecture de la décision *Commune de Baillargues* pourrait donner à penser qu'il ne s'agit que de la suite de l'arrêt *Association ATLALR*, un complément ou plutôt un approfondissement de la position adoptée en 2013. Pourtant, les termes choisis trois ans plus tôt ainsi que le contexte dans lequel la décision avait été prise laissent à penser à une volonté affichée de mettre un terme à la théorie de la domanialité publique par anticipation, générant la sensation d'un revirement non assumé par les juges du Palais royal le 13 avril 2016.

Les « faiseurs de systèmes »¹² se seraient-ils trop avancés en proclamant la mort de la théorie de la domanialité publique par anticipation ? Auraient-ils cru, depuis les tribunes, déceler un « virage » que les juges, au volant du bolide, n'auraient pas envisagé, encore moins voulu ?

Pourtant le considérant de principe de la décision *Association ATLALR* ne laissait que peu de place aux doutes : « *qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui, **n'ayant encore fait l'objet d'aucun aménagement**, appartenaient antérieurement au domaine public en application de la règle énoncée ci-dessus, alors même **qu'en l'absence de réalisation de l'aménagement prévu**, elles ne rempliraient pas l'une des conditions fixées depuis le 1er juillet 2006 par l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques qui exige, pour qu'un bien affecté au service public constitue une dépendance du domaine public, que **ce bien fasse déjà l'objet d'un aménagement indispensable** à l'exécution des missions de ce service public* »¹³. Sans aller jusqu'à parler de champ lexical, la matérialité, l'effectivité, la concrétisation des aménagements y sont affirmées sinon martelées. La réalisation tangible de l'aménagement prévu est affichée comme l'antonyme de la « prévision certaine de l'aménagement », alors anciennement suffisante. Et la position affichée y est d'autant plus forte

¹² Termes employés par le commissaire du gouvernement CHENOT B. dans ses conclusions sur CE, 10 février 1950, *Gicquel*, Rec. p. 100, et repris dans ses écrits ultérieurs, notamment « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *EDCE*, 1950, p. 77.

¹³ Nous soulignons.

que, statuant sur l'expulsion de l'association de parcelles dont la prétendue incorporation avait été réalisée avant le 1^{er} juillet 2006, les juges du Palais Royal n'avaient pas à se positionner sur les conséquences de l'entrée en vigueur du Code. Rien de surprenant alors à ce que la doctrine ait proclamé à l'unisson la mort de la théorie de la domanialité publique par anticipation¹⁴.

L'on ne saurait occulter la fermeté des termes choisis pour s'assurer de la réalité effective de l'aménagement. La rédaction de la décision du 8 avril 2013 ne doit rien au hasard et le choix des mots ne pouvait qu'être précautionneusement pesé dans le contexte d'alors, marqué par le doute, depuis l'avènement du Code, de la permanence ou non de la théorie de la domanialité publique par anticipation. Difficile de ne pas voir dans l'aménagement « *entrepris de façon certaine* » de la décision *Commune de Baillargues* un lien de parenté certes éloigné avec « *le fait de prévoir de façon certaine un tel aménagement* », apparemment proscrit par la décision *Association ATLALR* pour les biens soumis au Code. Le parti d'alors de ne pas reprendre l'adjectif indéfini « certaine » pour l'accoler à l'aménagement, y compris l'aménagement seulement entrepris, semblait pouvoir être interprété comme la volonté de cantonner la recherche d'une certitude d'aménagement aux biens non soumis au Code, l'effectivité ou le caractère opérationnel de l'aménagement prenant le relais pour les biens du flux.

Les certitudes que la lecture de la décision du 8 avril 2013 avait pu générer se trouvent ébranlées par la rédaction du considérant de principe de la décision *Commune de Baillargues*. Aurait-on mal lu l'arrêt *Association ATLALR* ? Les juges du Palais Royal incluait-ils, quoiqu'ils ne l'aient explicitement exprimé, le commencement de réalisation dans la « *réalisation de l'aménagement prévu* » ? Considéraient-ils que le fait d'entreprendre des

¹⁴ V. par ex. C. Chamard-Heim, « La théorie du domaine public virtuel : le chant du cygne », *préc.* ; P. Cossalter, « Les habits neufs de l'Empereur ou la théorie virtuelle de la domanialité publique », *Revue générale du droit on line*, 2013, numéro 7252 ; N. Foulquier, « La métépsychose de la domanialité publique virtuelle », *RDI* 2014, p. 46 ; J.-F. Giacuzzo, « La remise en cause partielle de la domanialité publique « virtuelle » », *JCP-Notariale et immobilière* 2013, comm. n° 1249 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La lente agonie de la théorie de la domanialité publique virtuelle », *Contrats-Marchés pub.* 2013, repère n° 10.

aménagement implique que le bien soit, dès ce stade, considéré comme faisant « déjà l'objet d'un aménagement indispensable » ?

S'ajoutent à cela les questions soulevées par la rédaction du considérant de principe de la décision *Commune de Baillargues*. Il s'agit non d'une reformulation du considérant de principe de la décision *Association ATLALR* mais d'un véritable nouveau considérant. Doit-on alors l'appréhender comme un complément de l'ancien, sa suite, son approfondissement ? Ou plutôt l'expression d'une nuance par rapport à la rigueur choisie en 2013, la manifestation d'un changement de cap impliquant une réécriture ?

S'il est facile de céder à une interprétation conciliante des deux décisions prises à près de trois ans d'intervalle, l'on ne cache pas le malaise à opérer une telle analyse de la décision du 8 avril 2013 sans avoir la sensation de succomber à une relecture *a posteriori* concordante. Il nous semble plutôt que le ton utilisé par les juges du Palais Royal dans l'arrêt *Association ATLALR* laissait bien à comprendre du défunt avenir choisi pour la théorie de la domanialité publique par anticipation appliquée aux biens soumis au Code général de la propriété des personnes publiques. La formulation du considérant de principe de la décision *Commune de Baillargues* et la composition de la formation de jugement en sous-sections réunies ne reflètent pas le changement de cap opéré, un changement de cap certes encadré car le Conseil d'Etat qui a repris, en la limitant temporellement, la théorie anticipative.

Le renversement opéré par l'exhumation réalisée de la théorie de la domanialité publique par anticipation vêtue de nouveaux habits ne surprend guère car il s'inscrit dans la droite ligne des interprétations « authentiques » proposées des dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques.

B. Une décision qu'en apparence *contra legem*

La théorie de la domanialité publique par anticipation pouvait sembler, de prime abord, exclue par l'esprit et la lettre du Code général de la propriété des personnes publiques invitant à qualifier la décision du 13

avril dernier de jurisprudence *contra legem*. Néanmoins, l'acceptation mesurée de cette domanialité, l'encadrement auquel le juge procède n'exclut pas d'envisager l'adéquation de sa décision avec le mouvement de réduction de la domanialité publique entrepris par le Code. A cela s'ajoutent les interprétations données par les rédacteurs du texte, interprétations dans le sens de l'acceptation d'une certaine anticipation de la domanialité publique d'un bien.

D'une possible interprétation *praeter legem* au vu du silence du Code sur le devenir de la théorie, en passant par une probable qualification *contra legem* selon les termes du rapport au président de la République relatif au Code, on aboutit à une lecture *secundum legem* d'après les commentaires des « rédacteurs » du code si tant est que l'on oublie pas que le juge jouit d'une certaine liberté d'interprétation.

A la lecture de l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques¹⁵, la substitution du qualificatif « spécial » par « indispensable » n'implique pas une exclusion de la théorie de la domanialité publique virtuelle, ou alors de façon plus qu'implicite, si l'on veut bien prendre en compte la logique restrictive souhaitée pouvant laisser entendre que la domanialité publique réduite exclut désormais son anticipation. Une rédaction claire des dispositions concernant la question a été manquée. Comme le relève P. Cossalter, « *introduire le terme « effectivement » entre « fassent » et « l'objet » aurait suffi » tout comme « l'on aurait pu aussi plus élégamment écrire « fasse l'objet d'un aménagement effectif et indispensable... »* »¹⁶.

¹⁵ « *Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* ».

¹⁶ P. Cossalter, « Les habits neufs de l'Empereur ou la théorie virtuelle de la domanialité publique », *préc.* pour une lecture différente de l'article mettant en évidence l'opposition entre la conjugaison choisie -« fasse »- et celle délaissée -« ait fait », E. Fatôme, « la consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », *AJDA* 2006, p. 1087 ».

Par ailleurs, l'utilisation du temps présent du subjonctif (« fasse ») implique, selon l'interprétation juridique classique, une obligation laissant à penser que l'aménagement indispensable doit exister.

Quoiqu'il en soit, les dispositions du Code ne sont pas tranchées sur la question, pouvant laisser à penser que la décision *Commune de Baillargues*, qui n'impose qu'un aménagement indispensable entamé et non terminé, adopte une solution *praeter legem*.

Bien que sans valeur juridique, il serait téméraire de refuser de lire le Code à l'aune des informations diffusées dans le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code¹⁷. Il y est expliqué que le parti a été pris de « proposer une définition qui réduit le périmètre de la domanialité publique » de sorte que « c'est désormais la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable pour concrétiser l'affectation d'un immeuble au service public, qui déterminera de façon objective l'application à ce bien du régime de la domanialité publique ». On retrouve ici la rigueur de la décision *Association ATLALR* concernant les biens soumis au Code. Dans la volonté d'instituer une méthode de qualification du domaine public plus objective, les caractères certain et effectif de la réalisation de l'aménagement semblent évincer toute logique d'anticipation de la domanialité publique, ce que confirme la suite du rapport : « cette définition prive d'effet la théorie de la domanialité publique virtuelle ». La décision *Commune de Baillargues* qui réintroduit l'idée de domanialité publique « précoce » semble alors entrer en contradiction avec l'exigence affirmée de concrétisation de l'aménagement. Certes l'entrée du bien dans le domaine public est moins « prématurée » que sous l'empire de l'ancienne théorie de la domanialité publique virtuelle, mais le raisonnement anticipatif reste. Le considérant de principe de la décision du 13 avril 2016 et l'option affichée par le rapport semblent, à ce stade, entrer en contradiction, argument plaidant en faveur de la qualification *contra legem* de la solution adoptée par le Conseil d'Etat.

¹⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JORF n°95 du 22 avril 2006 p. 6016, texte n° 20.

Le caractère *contra legem* de la décision se mue en interprétation *secundum legem* si l'on se réfère tant au guide pratique d'utilisation du Code qu'aux commentaires distillés par les rédacteurs du code.

Pour sa part, le guide pratique d'utilisation du Code général de la propriété des personnes publiques¹⁸ reprend les termes du rapport énonçant que « *la nouvelle définition du domaine public prévue à l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques a pour conséquence de priver d'effet cette théorie de la domanialité publique virtuelle* », pour ensuite préciser, concernant l'aménagement indispensable dont doit faire l'objet le bien affecté à un service public, que « *les travaux relatifs à ces aménagements devront donc être réalisés de façon certaine et effective, sans pour autant être nécessairement achevés* »¹⁹. Le guide introduit l'idée de travaux pour nuancer la lecture littérale des dispositions du code.

Cette interprétation de l'article L. 2111-1 du code est celle affichée par ses rédacteurs. Ainsi, G. Bachelier et C. Maugué expliquent, dans leur article intitulé « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques » en 2006, que « *la rédaction retenue ne rend pas nécessaire un achèvement des aménagements : il suffit qu'ils soient en cours (CE 1^{er} octobre 1958, Hild, Lebon p. 463)* »²⁰. Dans le même sens, G. Bachelier rappelle, en 2013, que « *la constatation matérielle que des aménagements sont en train de se réaliser, (...) seule, doit permettre de définir avec certitude cette affectation* »²¹. Dès lors, il faut comprendre que l'aménagement réalisé de façon certaine et effective n'exclut pas qu'il soit seulement commencé²².

¹⁸ *Guide pratique d'utilisation du code général de la propriété des personnes publiques*, DGCL, 25 avr. 2007.

¹⁹ Nous soulignons.

²⁰ G. Bachelier et C. Maugué, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073.

²¹ G. Bachelier, « Spécial, indispensable, global, virtuel : trop d'adjectifs pour le domaine public immobilier ? », *préc.*

²² Position que le pouvoir exécutif a relayé au travers d'une réponse ministérielle sur la portée de la rédaction de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques et le devenir de la théorie de la domanialité publique virtuelle (Rép. min. n° 74002, *JOAN Q.* 3 août 2010, p. 8551) : « *La théorie de la domanialité publique virtuelle dégagée par la doctrine, à la lecture de la jurisprudence du*

Les conseillers d'Etat rédacteurs du Code délivrent leur interprétation de ses dispositions et ainsi, ceux que l'on qualifie habituellement de commentateurs autorisés prennent les habits d'interprètes authentiques en tant que plumes des dispositions du Code. Si cette méthode a pu être décriée par certains²³, il n'en reste pas moins que le dernier mot revient au juge, et ces mêmes rédacteurs du code ne sont pas sans l'oublier. En témoignent les propos de C. Maugué et G. Bachelier qui, avant que ne soit prise la décision *Association ATLALR*, classent parmi les « *questions importantes encore en suspens* » le problème de l'« *éventuel maintien de la théorie de la domanialité publique virtuelle* »²⁴. De façon plus prégnante, si G. Bachelier affirme que « *comme la doctrine s'interroge sur la pérennité de cette théorie (...), il est préférable d'attendre encore un peu pour être de manière certaine définitivement et totalement éclairé, bien qu'à [son] avis cette question est clairement tranchée par cette décision [Association ATLALR]* », il convient que « *le débat sera totalement clos lorsque sera jugé le régime domanial applicable à un bien pour lequel, après le 1^{er} juillet 2006, il aura été prévu de façon certaine son affectation au service public mais lorsqu'aucun aménagement n'aura été réalisé* »²⁵.

L'interprétation des rédacteurs du Code refusant d'exclure de la domanialité publique les biens affectés de manière certaine à un service public et dont l'aménagement indispensable serait seulement en cours attendait d'être validée par l'interprète authentique que constitue le Conseil d'Etat, cour suprême de l'ordre juridictionnel administratif. Dans cette chaîne normative à plusieurs mains, les juges du Palais royal semblent

*Conseil d'Etat (CE, 6 mai 1985, association Eurolat), et consacrée par deux avis des formations administratives du Conseil d'Etat, signifiait qu'un bien pouvait être soumis aux règles de la domanialité publique dès lors qu'il était prévu, de façon certaine, qu'il serait affecté à un service public ou à l'usage direct du public, moyennant des aménagements spéciaux dont l'exécution n'aurait pas débuté. Il ressort donc de la lettre et de l'esprit de l'article L. 2111-1 précité que cette théorie n'est plus applicable. Il est maintenant exigé une certaine effectivité de l'aménagement **ou, au moins, le début des travaux nécessaires à sa réalisation*** ».

²³ P. Cossalter, « Les habits neufs de l'Empereur ou la théorie virtuelle de la domanialité publique », *préc.*

²⁴ C. Maugué et G. Bachelier, « le CGPPP en 2013 : un long fleuve tranquille ? », *RJEP* 2013, étude 5.

²⁵ G. Bachelier, « Spécial, indispensable, global, virtuel : trop d'adjectifs pour le domaine public immobilier ? », *préc.*

s'être alignés sur cette lecture en considérant, dans la décision *Commune de Baillargues*, 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 ». Alors qu'à la lecture de la décision *Association ATLALR* concernant le régime des biens du flux le doute était permis, par l'arrêt du 13 avril 2016, juges suprêmes et rédacteurs du code se rejoignent sur l'idée que le caractère certain de l'aménagement indispensable ne requiert pas systématiquement son effectivité.

Par suite, l'interprétation initiale donnée par les rédacteurs du code que l'on peut assimiler à une interprétation authentique au sens classique de l'interprétation émanant de l'auteur du texte, s'est muée en une interprétation authentique au sens Kelsennien d'interprétation « à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets »²⁶.

Peu importe le silence des dispositions normatives, le changement de cap renouant avec la logique anticipative opéré dans la décision *Commune de Baillargues* par rapport à la jurisprudence *Association ATLALR* peut s'appuyer sur l'interprétation donnée par les rédacteurs du code.

C. Une logique réellement anticipative

Selon C. Maugué et G. Bachelier, « la rédaction retenue ne rend pas nécessaire un achèvement des aménagements : il suffit qu'ils soient en cours (CE 1^{er} octobre 1958, *Hild, Lebon p. 463*) »²⁷. A lire ainsi les rédacteurs du code, l'entrée dans le domaine public de dépendance dont l'affectation à l'utilité publique est certaine, mais l'aménagement à cet effet seulement entamé sans être terminé, n'est pas surprenante. Ils en veulent pour preuve la décision *Hild*, laissant presque à penser à une jurisprudence classique en la matière. La

²⁶ M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006.

²⁷ C. Maugué et G. Bachelier, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *préc.* ; v. également G. Bachelier, « Spécial, indispensable, global, virtuel : trop d'adjectifs pour le domaine public immobilier ? » *préc.*

référence à l'arrêt du 1^{er} octobre 1958 nous apparaît plutôt comme l'exhumation d'une solution antérieure à la jurisprudence consacrant la domanialité publique par anticipation.

Dans cette affaire, les juges du Palais royal avaient jugé que les terrains occupés « *par le sieur Hild ont été acquis par l'Etat en 1939 à la suite d'une décision du Ministre de l'air, en date du 31 janvier 1939, prise en vertu du décret du 30 octobre 1935 et déclarant d'utilité publique tant l'acquisition de ces terrains que l'exécution des travaux nécessaires à la création sur lesdits terrains de l'aéroport de Gannat-Escuroles ; que les travaux ainsi prévus ont été effectivement entrepris dès la prise de possession des terrains dont s'agit et se sont poursuivis tant en 1939 qu'au début de l'année 1940 ; (...) qu'en égard à leur importance et à leur nature, ces travaux qui avaient pour objet d'aménager les terrains en cause en vue de les adapter au service public pour les besoins duquel ils avaient été acquis par l'Etat, ont eu pour effet, **bien qu'ils n'aient pas été totalement achevés** lorsqu'ils ont dû être interrompus en juin 1940, d'incorporer ces terrains au domaine public* ». Pour reprendre les propos de L. Rapp, l'arrêt *Hild* apparaît comme « *l'une des premières décisions esquissant cette solution* »²⁸ énoncée par l'arrêt *Association Eurolat*. En effet, une fois la théorie de la domanialité publique par anticipation consacrée, le Conseil d'Etat, dans son avis *Cinémaèque française* du 18 mai 2004, placé face à des « *travaux d'aménagements spéciaux **en cours*** »²⁹, inscrit sa solution dans la droite ligne de la décision *Association Eurolat*. Le cas de « *l'immeuble (...) géré par la direction générale de l'administration du ministère de la culture et fai[sant], sous maîtrise d'ouvrage de ce ministère, depuis mars 2002, l'objet de travaux destinés à le rendre propre à sa destination* » lui permet d'énoncer la règle selon laquelle « *un immeuble affecté à l'usage direct du public ou au service public moyennant des aménagements spéciaux relève des règles de la domanialité publique **avant même la fin des aménagements*** »³⁰. Ainsi, le commencement de travaux relève bien d'une logique anticipative. Dans le même sens, dans l'arrêt du 20 novembre 2009, *Florette A.*, les juges du Palais royal s'appuient, d'une part, sur une délibération municipale de la ville de Nouméa qui a décidé

²⁸ L. Rapp, « Le code général de la propriété des personnes publiques », *RFDA* 2006, p. 916.

²⁹ CE, avis, 18 mai 2004, *Cinémaèque française*, *EDCE* 2005, p. 185 ; *BJDCP* 2005. 213, obs Ch. M. ; *AC-ACCP* déc. 2005, p. 67, note D. Moreau et S. Coton.

³⁰ *Ibid.*

d'affecter une parcelle à la réalisation d'un espace public aménagé en aire de promenade et de loisirs, décision suivie de l'élaboration d'un plan d'aménagement correspondant, et d'autre part sur un courrier du maire informant la requérante « *que des travaux d'aménagement avaient commencé à proximité de la parcelle qu'elle occupait* », pour conclure que « *par suite, en jugeant, après avoir relevé, sans dénaturer les pièces du dossier et les faits, que la commune avait entrepris des travaux en vue d'aménager les terrains en cause, de sorte qu'ainsi affectés à l'usage du public, ces terrains devaient être regardés comme une dépendance du domaine public communal, la cour n'a pas commis d'erreur de droit* »³¹. Si la formulation est moins assertive que dans l'avis de 2004, l'anticipation se décèle par le recours à l'expression « *devaient être regardés* ».

Ainsi, le choix des juges du Palais royal de faire entrer dans le domaine public une dépendance qui a fait l'objet d'une décision certaine d'affectation au service public sans être encore complètement et concrètement aménagée de façon indispensable relève clairement d'une logique anticipative.

Le renouement ainsi choisi avec cette logique anticipative ne constitue par pour autant un retour à l'identique à la théorie de la domanialité publique virtuelle. Les juges ont souhaité limiter temporellement l'anticipation en posant des critères pour tenter de s'assurer de la certitude de l'affectation et de l'aménagement de la dépendance publique.

II. Un encadrement limité de la logique anticipative

Le Conseil d'Etat a posé, par sa décision *Commune de Baillargues*, la nouvelle application de la théorie de la domanialité publique par anticipation aux dépendances publiques soumises au Code général de la propriété des personnes publiques. Pour pédagogique qu'elle puisse être, recherchant une certaine maîtrise de la logique anticipative à dessein d'éviter les excès de l'ancienne théorie (A), la rédaction du considérant de principe n'évite pas qu'existent des silences gênants quant à son application pratique (B). Plus loin, le choix du Conseil d'Etat de renouer

³¹ CE, 28 nov. 2009, *Florette A.*, n° 307523.

avec la logique anticipative alors que d'aucuns avaient pu estimer qu'elle était bel et bien enterrée depuis l'entrée en vigueur du Code - ce que semblait confirmer la décision *Association ATLALR* - impose de s'interroger sur la possibilité d'obtenir une protection similaire des biens en passe d'être affectés à l'utilité publique sans recourir à la théorie de la domanialité publique par anticipation (C).

A. Une maîtrise recherchée

A la lecture du considérant de principe de la décision *Commune de Baillargues*, deux conditions sont requises pour qu'un bien soit regardé comme une dépendance du domaine public suivant la logique anticipative. Il faut d'une part que la personne publique ait « pris la décision d'affecter un bien qui lui appartient à un service public » cumulée d'autre part, à l'existence d'un aménagement indispensable qui puisse « être regardé comme entrepris de façon certaine ». Ainsi, la certitude d'une volonté d'affectation à l'utilité publique doit être, selon la décision du 13 avril 2016, appuyée par la démonstration d'un aménagement indispensable engagé avec certitude.

La première condition constitue un préalable nécessaire bien que non suffisant. En effet, comme le soulignaient les avis du Conseil d'Etat du 31 janvier 1995 et du 18 mai 2004, ce qui compte est l'expression par la personne publique de son choix de destiner la dépendance à telle ou telle utilité publique. La « détermination du but assigné à un bien »³², la définition de son usage, son affectation est nécessairement le fruit de la volonté de la personne publique comme l'a rappelé encore récemment le Conseil d'Etat dans sa décision *Commune de Neuves-Maisons* du 2 novembre 2015³³ où la seule ouverture au public s'est avérée insuffisante en l'absence de volonté d'affectation aux besoins de la circulation terrestre. Le critère central, premier de la domanialité publique artificielle, est bien celui de l'affectation au sens de destination donnée par la personne publique au bien. L'aménagement indispensable ne constitue qu'un critère permettant

³² R. Latournerie, concl. sur CE, 28 juin 1935, *Marécar*, S.1937, III, 43.

³³ CE, 2 nov. 2015, *Commune de Neuves-Maisons*, *Leb.* ; *AJDA* 2016, p. 204, note E. Fatôme ; *RDI* 2016, p. 286, N. Foulquier.

de s'assurer, de confirmer matériellement l'affectation concrète du bien au service public, son effectivité. La volonté d'affecter une dépendance publique au service public peut s'exprimer par une affectation formelle³⁴, c'est à dire par un acte de classement ou d'incorporation dont l'unique fonction est d'affirmer cette intention (par ex. la délibération d'un conseil municipal : CE, 25 janv. 2006, *Commune de la Souche*³⁵, CE, 1^{er} février 1995, *Préfet de la Meuse*³⁶) ou par une affectation non formalisée, c'est-à-dire être déduite soit d'un acte juridique ayant un autre objet (par ex. : la délibération d'un conseil municipal autorisant le maire à signer un contrat visant la construction d'une résidence pour personnes âgées sur un terrain communal : CE, 1^{er} oct. 2013, *Société Espace Habitat construction*³⁷ ; conclusion de conventions ayant pour objet la création et la gestion d'un foyer-logement pour personnes âgées valides et handicapées : CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit Foncier de France*³⁸ ; délibération approuvant la délégation de service public du traitement des déchets ménagers et assimilés et conclusion d'un bail à construction : CAA Marseille, 12 mars 2015, *Communauté urbaine Marseille Provence Métropole*³⁹ ; actes pris dans le cadre d'une expropriation d'utilité publique : CE, 8 avril 2013, *Association ATLALR* ; CE, 1^{er} juin 2005, *Commune de Sarlat-la-Canéda*⁴⁰ ; conclusion d'un contrat de plan Etat-région etc...), soit d'un fait matériel (par ex. l'engagement de travaux destinés à rendre la dépendance propre à son affectation : CE, Avis, 18 mai 2004, *Cinémathèque*

³⁴ V. en ce sens, concl. M. Long sur CE, Sect., 19 oct. 1956, *Société Le Béton*, RDP 1957, p. 315-316.

³⁵ CE, 25 janv. 2006, *Commune de la Souche* ; BJCL 2006, p. 412, obs. B. Poujade.

³⁶ CE, 1^{er} fév. 1995, *Préfet de la Meuse*, Leb. T. p. 787 ; LPA 26 janv. 1996, p. 4, concl. G. Bachelier.

³⁷ CE, 1^{er} oct. 2013, *Société Espace Habitat construction*, n° 349099 ; *Contrats-Marchés pub.* 2013, comm. n° 322, note P. Devilliers ; RDI 2014, p. 46, note N. Foulquier ; AJDA 2013, p. 2275, note J.-F. Giacuzzo.

³⁸ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit Foncier de France*, Leb. p. 141 ; AJDA 1985, p. 620, note E. Fatôme et J. Moreau ; RFD 1986, concl. B. Genevois ; LPA 23 oct. 1985, note F. Llorens ; RDSS 1986, p. 296, note Alfandari.

³⁹ CAA Marseille, 12 mars 2015, *Communauté urbaine Marseille Provence Métropole*, n° 14MA03803.

⁴⁰ CE, 1^{er} juin 2005, *Commune de Sarlat-la-Canéda*, n° 277092.

française). Qu'il s'agisse d'une décision d'incorporation ou non, le choix de prévoir l'affectation du bien à tel ou tel service public devra être exprimé de façon certaine et sans équivoque⁴¹.

La recherche de la volonté d'affecter le bien au service public constitue une condition faisant la part belle à des considérations subjectives, promouvant une « *dimension volontariste du domaine public* »⁴² à contre-courant du désir, énoncé par le rapport au Président relatif au Code général de la propriété des personnes publiques, de promouvoir la détermination de façon objective de la domanialité publique, de circonscrire la part de discrétion laissée au propriétaire public⁴³.

A la preuve de l'existence de cet élément intentionnel, le Conseil d'Etat ajoute la nécessité de démontrer qu'un élément matériel, l'aménagement indispensable, vient appuyer cette intention de destiner le bien à un service public. Il n'est pas sûr que l'exigence d'un aménagement indispensable « *entrepris de façon certaine* » soit également vidée de toutes appréciations subjectives.

La deuxième condition relative à l'aménagement indispensable est d'appréhension plus délicate. Dans la poursuite d'une logique anticipative,

⁴¹ V. en ce sens, CE, 29 novembre 2004, *ASF* ; *AJDA* 2005, p. 1182, note M. Ubaud-Bergeron ; TC, 15 janv. 1979, *Payan c. Sô des autoroutes du sud de la France*, *Leb.* 793 ; *JCP* 1980 II, n° 19453, note Brard ; *D.* 1979, IR. 262, note P. Delvolvé.

⁴² N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, Paris, Lexis Nexis, 3^{ème} éd., 2015, n° 107.

⁴³ Concernant la dépendance qui fait l'objet de la décision d'affectation, il faut noter que la rédaction du considérant de la décision *Commune de Baillargues* traite de la personne publique qui a « *pris la décision d'affecter un bien qui lui appartient à un service public* ». Dans la rédaction antérieure, le Conseil d'Etat utilisait une expression plus large : « *un immeuble dont une personne publique est propriétaire* » (CE, avis, 18 mai 2004, *préc.* ; dans le même sens CE, avis, 31 janvier 1995, *préc.* : « *terrain nu qui est la propriété d'une personne publique* »). Si le changement rédactionnel a été voulu, cela signifierait que, dans le cadre d'une domanialité publique par anticipation, seule la personne propriétaire - à l'exclusion donc du gestionnaire s'il est distinct du propriétaire - peut prévoir l'affectation du bien (dans le prolongement de l'hypothèse de l'arrêt CE, 19 déc. 2007, *Commune de Mercy-le-Bas*, n° 288017).

il n'est pas question de s'assurer que la dépendance est concrètement, actuellement, adaptée à son affectation à l'utilité publique mais de rechercher, par une technique du faisceau d'indices, si la personne publique s'est engagée, de façon certaine, dans la voie de l'équipement de la dépendance en question. Là encore, mesurer la certitude c'est-à-dire le degré d'entreprise de l'adaptation indispensable au service public s'avère délicat.

Le Conseil d'Etat délivre les indices permettant de s'assurer de ce que l'aménagement indispensable est « *entrepris de façon certaine* ». Doivent être pris en compte « *l'ensemble des circonstances de droit et de fait* » ce qui serait resté quelque peu hermétique sans l'énoncé qui le suit d'exemples de telles circonstances : « *les actes administratifs intervenus, les contrats conclus, les travaux engagés* ».

Concernant les « *actes administratifs intervenus* » et « *les contrats conclus* », il ne saurait, bien évidemment, être question d'actes ne faisant qu'affirmer la volonté d'affectation mais bien d'actes cherchant à matérialiser cette affectation en adaptant le bien au service public concerné. Ainsi, la décision du Conseil d'Etat du 1^{er} février 1995, *Préfet de la Meuse*⁴⁴ constitue un exemple topique puisque le juge se fonde sur le permis de construire délivré ainsi que la conclusion de contrats après appels d'offre pour la supervision des travaux afin de considérer que le conseil général de la Meuse « *avait engagé les opérations destinées à maintenir l'affectation dudit immeuble à un service public* ». L'acte d'achat d'un terrain peut constituer un mode d'expression de l'entreprise d'un aménagement indispensable. En ce sens, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 26 mars 2013, *Syndicat des avocats de France*⁴⁵, les requérants contestaient une décision de signer le contrat d'acquisition de deux immeubles ayant pour finalité d'y permettre l'installation d'un tribunal d'instance, d'un tribunal de commerce et d'un conseil des prud'hommes⁴⁶.

⁴⁴ CE, 1^{er} février 1995, *Préfet de la Meuse*, préc.

⁴⁵ CAA Marseille, 26 mars 2013, *Syndicat des avocats de France (SAF)* n° 10MA02857 et n° 10MA02856 ; JCP-A. 2013, n° 2136, concl. S. Déliancourt.

⁴⁶ L'article 1^{er} de cette décision prévoit qu' « *est autorisée l'acquisition à l'amiable par l'Etat et pour les besoins de la direction des services judiciaires des parcelles bâties sises à Montpellier 52, boulevard de la Méditerranée, cadastrées section HL n° 168 et 169 d'une*

L'on peut également se poser la question de savoir si le fait que la personne publique fasse usage du droit de préemption urbain peut constituer un acte juridique, circonstance de droit participant à la démonstration d'un commencement d'aménagement. Selon l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme, le titulaire du droit de préemption peut l'exercer s'il démontre agir à des fins d'« actions ou opérations répondant aux objets définis à l'article [L. 300-1](#), à l'exception de ceux visant à sauvegarder ou à mettre en valeur les espaces naturels, ou pour constituer des réserves foncières en vue de permettre la réalisation desdites actions ou opérations d'aménagement ». Ainsi que le note H. Périnet-Marquet, « le Conseil d'Etat paraît (...), au fil du temps, un peu plus exigeant pour reconnaître l'affectation alors que, paradoxalement, il l'est moins pour constater la réalité d'une opération d'urbanisme ou d'aménagement permettant la mise en œuvre de l'un des droits de préemption »⁴⁷. En effet, si le projet doit être antérieur à la décision de préemption comme le rappelle la décision *Commune de Lé vignac-sur-Save* du 4 février 1994⁴⁸, le Conseil d'Etat accepte de considérer comme respectée la condition fixée au 3^{ème} alinéa de l'article L. 210-1⁴⁹ du code de l'urbanisme lorsque le titulaire du droit de préemption justifie, à la date à laquelle il l'exerce, de la réalité d'un projet d'action ou d'opération d'aménagement alors même que les caractéristiques précises de ce projet n'ont pas été définies à cette date⁵⁰. Il semble, dès lors, que la seule décision

contenance d'environ 1 594 m2 », cité par S. Déliancourt, « Qui peut contester la décision autorisant l'acquisition par l'Etat d'immeubles destinés à abriter un palais de justice » *JCP-A*. 2013, n° 2136.

⁴⁷ H. Périnet-Marquet, « le retour réel de la domanialité publique virtuelle », *Construction-urba.* mai 2016, repère 5.

⁴⁸ CE, 4 fév. 1994, *Commune de Lé vignac-sur-Save*, n° 135314 : « Considérant que, par des délibérations (...), le conseil municipal de Lé vignac-sur-Save a décidé d'exercer le droit de préemption au profit de la commune sur un terrain que M. André Y... envisageait d'aliéner à titre onéreux, en vue de la constitution d'une réserve foncière "destinée à recevoir un bâtiment public" ; que, si la commune allègue avoir l'intention d'utiliser ce terrain pour la construction d'une salle polyvalente et l'aménagement de l'entrée de l'agglomération, elle ne justifie pas avoir établi, à la date des délibérations attaquées, un projet de réalisation d'équipements collectifs ». Pour un exemple de contrôle plus souple du juge administratif : CAA Marseille, 20 oct. 2011, *de Ricard c. Commune Saint-Félix-de-Lodez*, n° 09MA04794.

⁴⁹ « Toute décision de préemption doit mentionner l'objet pour lequel ce droit est exercé ».

⁵⁰ CE, 7 mars 2008, *Commune de Meung-sur-Loire*, *Leb.* p. 97 ; *BJDU* 2008. 57, concl. L. Derepas, obs. J.-C. B. ; *JCP A*. 2008. 2088, note Ph. Billet ; *ibid.* 2141,

de préemption ne pourra suffire à démontrer la réalité de « l'entreprise certaine de l'aménagement indispensable », elle devra nécessairement être appuyée par d'autres circonstances de droit et de fait. En ce sens, la cour administrative d'appel de Marseille, dans un arrêt du 29 octobre 2009⁵¹, juge que le bien immobilier acquis par voie de préemption par une commune dans l'intention d'y installer tant des commerces et bureaux pour des entreprises que des services de la mairie ne peut, même partiellement, être entrée dans le domaine public de la ville quand bien même la commune produit un devis de création d'une salle de conseil et de mariage ou encore un devis de couverture.

Concernant la question de ce que recouvre l'expression « *travaux engagés* », si l'on comprend bien qu'un premier « coup de pelle » ne suffira pas, jusqu'où doivent avoir été entrepris les travaux pour s'assurer qu'ils sont « *engagés* » ? Tout dépendra de l'aménagement indispensable nécessaire à l'affectation du bien au service public concerné. Le degré d'importance du commencement de travaux sera d'autant plus élevé que l'aménagement doit désormais être « indispensable » et non plus seulement « spécial ». Dans l'affaire *Hild* concernant un projet d'aéroport, le Conseil d'Etat avait considéré comme des travaux « *effectivement entrepris (...) bien qu'ils n'aient pas été totalement achevés* », le fait « *qu'il a été, notamment, procédé au nivellement et à l'empierrage du sol ainsi qu'à l'établissement de pistes cimentées d'atterrissage* »⁵².

Prudent, le juge utilise l'adverbe « *notamment* » afin de proposer une liste non limitative. Aussi, pourrait-on envisager d'ajouter aux « *actes administratifs intervenus* », « *contrats conclus* », et « *travaux engagés* » d'autres actions menées par le propriétaire comme par exemple l'engagement d'une procédure d'expulsion des occupants sans droit ni titre afin de poursuivre les travaux nécessaires⁵³ ou encore le seul lancement d'un appel

note L. Benoit ; *AJDA* 2008. 1449, note Y. Struillou; *Defrénois* 2008. 2317, note J.-P. Meng; *BJCL* 2008. 482, obs. M. G. ; *RDI* 2008. 358, obs. P. S.-C.

⁵¹ CAA Versailles, 29 oct. 2009, *Commune de Saint-Cyr-sous-Ourdan*, n° 08VE02560 ; [JCP-A. 2010, n°2086](#), chron. C. Chamard-Heim.

⁵² CE, 1^{er} oct. 1958, *Hild*, *préc.*

⁵³ CE, 25 janv. 2006, *Commune de la souche*, *Leb. T.* p. 743.

d'offres sans en attendre les résultats (avec le risque toutefois que l'appel d'offres se révèle infructueux⁵⁴).

Si le considérant de principe de la décision *Commune de Baillargues* se veut pédagogique en précisant le cantonnement recherché de la logique anticipative par le recours à deux conditions cumulatives dont l'une fait appel à la méthode du faisceau d'indices, la rédaction du considérant n'exclut pas la formulation d'interrogations.

B. Des silences gênants

Le cantonnement de la théorie de la domanialité publique par anticipation opéré par l'arrêt *Commune de Baillargues* laisse des interrogations en souffrance sur son application aux biens publics affectés à l'usage de tous, tout comme il génère des critiques sur le choix de la méthode du faisceau d'indices pour encadrer le champ d'application temporel de la théorie.

Dans la décision *Commune de Baillargues*, le Conseil d'Etat choisit, concernant l'encadrement de la théorie de la domanialité publique par anticipation, de focaliser son considérant de principe sur les dépendances publiques susceptibles d'intégrer le domaine public par l'affectation à un service public. La jurisprudence antérieure a parfois préféré un considérant englobant les deux modes d'affectation à l'utilité publique, dès lors, comment apprécier le choix opéré de la focalisation sur un seul ?

Il pourrait être soutenu que les juges du Palais Royal n'avaient pas à statuer sur l'entrée anticipée dans la domanialité publique de biens que le propriétaire aurait souhaité affecter à l'usage direct du public, puisque l'affaire dont il était saisi concernait des terrains que la commune de Baillargues avait pris la décision d'affecter au service public touristique et

⁵⁴ En ce sens, concl. G. Bachelier sur CE, 1^{er} février 1995, *Préfet de la Meuse, LPA* 26 janv. 1996, p. 4.

de loisirs⁵⁵. En ce sens, la décision *Préfet de la Meuse* du 1^{er} février 1995⁵⁶ se place uniquement sur le terrain de la continuité de l'affectation à un service public sans adopter de considérant de principe tout comme l'arrêt du 1^{er} octobre 2013, *Société Espace Habitat Construction*⁵⁷. Il faut souligner que la décision *Association ATLALR* opte pour la rédaction d'un considérant de principe limité à la domanialité public par anticipation pour des dépendances destinées à être aménagées en vue du service public.

Pourtant, dans des avis et décisions, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à adopter une formulation de principe plus large que les faits portés à son attention. Ainsi, dans son avis du 31 janvier 1995, le Conseil d'Etat choisit une énonciation qui embrasse les deux affectations⁵⁸ alors que la question qui lui était posée concernait un terrain nu appartenant à l'Etat que le Ministère de l'intérieur, affectataire, envisageait d'utiliser notamment pour y installer des services administratifs, plus précisément un commissariat de police. Pareillement, dans l'avis *Cinémathèque française*⁵⁹, la réponse donnée déborde la demande concernant l'application de la théorie de la domanialité publique par anticipation à des locaux acquis par l'Etat pour

⁵⁵ V. en ce sens : CE, 16 mars 2010, *Syndicat intercommunal d'aménagement touristique du Lac de Gurson*, (n° 328961 ; JCP-A. 2010, n°2262, chron. Chamard-Heim) concernant l'aménagement « sur le plan d'eau du château de Gurson [d']une base de loisirs comprenant un parcours de santé dans un espace boisé, un plan d'eau de baignade, un lac de pêche, un village de gîtes, des espaces de restauration et divers équipements sanitaires et de sécurité » ; et implicitement, CAA Marseille, 1^{er} oct. 2012, *Commune de Villeneuve-de-la-Rabo* (n° 09MA01954) : concernant l'aménagement d'un « ouvrage hydraulique destiné pour une partie à l'irrigation agricole et à l'approvisionnement en eau des canadais en cas d'incendie et pour une autre partie, à un plan d'eau d'une superficie de 16 hectares (...) aux fins d'activités nautiques, sportives et touristiques ».

⁵⁶ CE, 1^{er} fév. 1995, *Préfet de la Meuse*, préc.

⁵⁷ CE, 1^{er} oct. 2013, *Société Espace Habitat construction*, préc. ; V. également, CE, 17 mai 2013, *SCI Gutenberg Aresy*, n° 361492 ; D.A. 2013, n° 72, note J.-F. Giacuzzo.

⁵⁸ « l'appartenance d'un terrain nu qui est la propriété d'une personne publique au domaine public ne se concrétise que dans la mesure où ce terrain reçoit une affectation à l'usage direct du public ou à un service public moyennant des aménagements spéciaux. **Le fait de prévoir de façon certaine l'une ou l'autre de ces destinations implique cependant que le terrain est soumis dès ce moment aux principes de la domanialité publique** », (nous soulignons), CE, avis, 31 janv. 1995, préc.

⁵⁹ CE, Avis, 18 mai 2004, *Cinémathèque française*, préc.

les mettre à la disposition de l'association et faisant l'objet de commencement de travaux destinés à les rendre propre à leur destination. Il en va de même dans la décision *Société Magenta développement* du 24 juin 2011 qui reprend le considérant de principe selon lequel « *le fait de prévoir de façon certaine l'affectation d'un terrain à l'usage direct du public ou à un service public moyennant des aménagements spéciaux implique que ce terrain est soumis dès ce moment aux principes de la domanialité publique* »⁶⁰.

L'interprétation de l'option de rédaction de la décision *Commune de Baillargues* s'avère, dès lors, délicate. Doit-on considérer que le silence gardé équivaut à une exclusion de l'applicabilité de la logique anticipative aux dépendances affectées à l'usage direct du public ? Ou bien envisager que les conseillers d'Etat ont choisi de ne se fermer aucune porte en se réservant, le cas échéant pour plus tard, la faculté de déterminer l'encadrement de la théorie de la domanialité par anticipation pour ces dépendances ?

Eu égard à la volonté de resserrement temporel de la logique anticipative pour éviter les excès de la jurisprudence antérieure, il paraît délicat que la théorie de la domanialité publique par anticipation puisse s'appliquer avec pour seule condition la certitude de l'affectation du bien à l'usage direct du public. Ainsi que l'affirmait E. Fatôme au lendemain de l'entrée en vigueur du Code général de la propriété des personnes publiques, « *s'agissant des biens affectés à l'usage du public (...), il paraît logique de continuer à considérer qu'ils n'entrent dans le domaine public qu'une fois qu'ils sont effectivement mis à la disposition du public et, donc, qu'une fois que leur affectation est effective, et, que, n'entrant dans le domaine public qu'à partir de ce moment, ils sont, lorsque leur affectation implique la réalisation de travaux d'aménagement, soumis au régime de la domanialité publique virtuelle durant la période qui sépare le moment où leur affectation à l'usage direct du public moyennant des aménagements peut être considérée comme prévue de façon certaine et celui où ces aménagements étant réalisés leur affectation devient effective* »⁶¹. Néanmoins, sans faire renaître la jurisprudence qui a imposé pendant un temps que l'affectation à l'usage direct du public soit assortie d'un

⁶⁰ CE, 24 juin 2011, *Société Magenta développement*, préc.

⁶¹ E. Fâtome, « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », *AJDA* 2006, p. 1087.

aménagement spécial⁶², il n'apparaîtrait pas surprenant que soit appliquée la logique anticipative à des dépendances qui ont fait l'objet d'une volonté d'affectation à l'usage direct du public exprimée de manière certaine suivie de travaux d'aménagement pour la rendre propre à leur destination quand bien même ces derniers ne seraient pas encore achevés. Car si certaines dépendances affectées à l'usage du public ne nécessitent aucun aménagement, d'autres impliquent un minimum d'adaptation rendant possible cet usage comme par exemple les parcs de stationnement, la voirie ou encore les cimetières.

Au-delà de ces interrogations en souffrance, la formulation de l'arrêt *Commune de Baillargues* génère certaines critiques concernant le choix rédactionnel privilégiant le faisceau d'indices à l'exposé de conditions cumulatives.

Le considérant de principe de la décision *Commune de Baillargues* et son recours à la méthode du faisceau d'indices, pour didactique qu'il soit, n'en pose pas moins des interrogations sur la combinaison de ces indices avec la volonté de cantonner temporellement la logique anticipative. En effet, la formulation de « *circonstances de droit et de fait* » ne permet pas de conclure à la nécessité de critères cumulatifs. Car c'est bien de simples indices dont il s'agit. Toutefois, le contexte dans lequel s'inscrit la décision – trois ans après la jurisprudence *Association ATLALR*- et la volonté prégnante d'encadrement de la logique anticipative amènent à se questionner sur la préférence de la méthode du faisceau d'indices à l'énoncé de conditions cumulatives.

Même si l'on a, pour autant, pas à faire à des critères alternatifs, la question se pose de savoir si l'intervention d'un acte administratif ou la conclusion d'un contrat pourra suffire à démontrer qu'un aménagement indispensable est entrepris de façon certaine. Ne s'expose-t-on pas, dans ces conditions, à renouer avec les excès de l'ancienne jurisprudence sur la théorie de la domanialité publique par anticipation ? Plus loin, le risque n'est-il pas d'aboutir à un retour de la politique antérieure où étaient assimilés l'acte

⁶² V. en ce sens, par ex. CE, 22 avril 1960, *Berthier*, RDP 1960, p. 1223, concl. Henry ; CE, 13 juill. 1961, *Dame Lauriau*, Leb. p. 486 ou encore CE, 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, AJDA 1975, p. 348, chron. Franc et Boyon.

juridique prévoyant la destination future du bien et son affectation effective ?

Il apparaît plus conforme à l'esprit de la décision *Commune de Baillargues* d'analyser la « *circonstance de fait* » constituée par « *les travaux engagés* » comme étant un indice indispensable sinon une condition impérative. Le risque serait ainsi évité que ne se reproduisent les excès de la jurisprudence antérieure qui a permis qu'entrent dans le domaine public des parcelles acquises par l'Etat en vue de la réalisation de travaux déclarés d'utilité publique de raccordement d'autoroutes quand bien même les parcelles n'ont « *finalement pas été utilisées pour la réalisation des infrastructures de transports ainsi envisagées, ainsi qu'il résulte d'une déclaration d'utilité publique modificative* »⁶³ ou encore des parcelles exondées suite à une concession d'endiguage consentie par l'Etat à une ville afin de créer sur une partie du terrain d'assiette une voie de dégagement et d'aménager un parc d'agrément, alors que les équipements publics prévus sur ces parcelles n'ont, en définitive, pas été réalisés⁶⁴.

L'on comprend bien que si les juges du Palais royal ont opté pour l'énoncé de faisceau d'indices, c'est à dessein. La souplesse permise par cette méthode procure une marge de manœuvre appréciable pour construire une jurisprudence mesurée de la théorie de la domanialité publique par anticipation. Reste au Conseil d'Etat à s'assurer de l'existence d'une incorporation suffisamment avancée pour que seuls des biens réellement en voie d'adaptation au service public concerné soient protégés, avant même leur affectation effective, par les règles de la domanialité publique.

Il conviendra de suivre comment le juge administratif joue avec l'adaptabilité de la méthode du faisceau d'indices dans la recherche d'un encadrement de la théorie, d'autant plus que, s'inscrivant dans une logique anticipative, cette jurisprudence ne peut éviter que des biens, entrés dans le domaine public par cette voie, voient leur aménagement finalement jamais achevé.

⁶³ CE, 8 avril 2013, *Association ATLALR*, *préc.*

⁶⁴ CE, 24 juin 2011, *Société Magenta développement*, *préc.*

En effet, bien que cette nouvelle approche tente de limiter les inconvénients de la jurisprudence *Association ATLALR* concernant les biens dont la supposée incorporation est intervenue avant l'entrée en vigueur du Code, elle n'évite pas le risque, consubstantiel au recours à l'anticipation, de faire entrer un bien dont l'aménagement entrepris de façon certaine n'est ultérieurement pas terminé. Si la nécessité que des travaux soient entrepris autorise à penser que ce risque restera limité, elle n'interdit pas qu'il se réalise. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Commune de Sarlat-la-Canéda*, la ville avait acquis un immeuble par voie d'expropriation en 1952 en vue d'y accueillir un musée, immeuble dont le rez-de-chaussée avait été, en 1982, donné « *en location à usage de commerce* ». Alors même que le musée est encore à l'état de « projet » et que la location a été accordée « *dans l'attente de la réalisation complète de l'opération* », le Conseil d'Etat déduit de cette prévision d'affectation et du fait que la commune « *y a réalisé à cet effet d'importants travaux de restauration et aménagements spéciaux, ainsi qu'il ressort des termes d'une délibération du conseil municipal du 5 janvier 1978* »⁶⁵ que les dépendances en cause appartiennent au domaine public⁶⁶. L'on pourrait soutenir que les inconvénients s'avèrent limités puisque l'entrée dans le domaine public d'un bien n'est pas définitive, un acte expresse de déclassement pourra venir défaire ce que l'application de la théorie aura permis.

Néanmoins, il n'est pas exclu d'envisager une autre solution permettant d'éviter la pesanteur d'une procédure de déclassement pour le propriétaire public. En effet, n'aurait-il pas été plus avisé que le Conseil d'Etat limite également temporellement la période de réalisation des adaptations, en imposant qu'un délai raisonnable soit respecté entre l'entreprise certaine de l'aménagement et son achèvement ? Pour séduisant que soit cet encadrement, il paraît inapplicable car imposer ce critère reviendrait à conditionner l'incorporation au domaine public à l'intervention d'un

⁶⁵ CE, 1^{er} juin 2005, *Commune de Sarlat-la-Canéda*, préc.

⁶⁶ À noter que le musée en question n'est toujours pas ouvert, cf. <http://www.l-echo.info/article/sarlat-caneda/2016-02-25/et-reparle-musee-plamon-39878.html>.

évènement futur, l'achèvement de l'aménagement. Ainsi, des situations juridiques qui seraient réalisées en appliquant le régime de la domanialité publique pourraient être remise en cause ultérieurement si d'aventure, dans le délai raisonnable, les travaux n'étaient pas achevés.

En sens inverse, l'on peut déplorer l'existence d'un vide juridique entre la décision certaine d'affecter le bien et les premiers travaux entamant l'aménagement. En effet, pour restreindre le champ d'application temporel de la domanialité publique par anticipation et éviter certains des excès potentiels de son application, sont laissés sans protection des biens dont l'affectation aujourd'hui décidée et assurée ne sera effective que demain, par la réalisation de commencement d'aménagements. Là encore, les inconvénients d'une logique trop anticipative doivent être conciliés avec ceux d'une protection plus tardive de l'affectation à l'utilité publique des dépendances des personnes publiques. Le Conseil d'Etat semble avoir trouvé un juste milieu, un équilibre raisonnable entre application anticipée des principes de la domanialité publique et défense trop tardive des dépendances destinées à l'intérêt général.

Au final, ce que l'on peut regretter de la rédaction du considérant de principe de la décision *Commune de Baillargues* qui fixe la nouvelle application de la théorie de la domanialité publique par anticipation pour les biens soumis au code général de la propriété des personnes publiques est le silence gardé sur les dépendances affectées à l'usage de tous. L'absence de protection des dépendances destinées de manière certaine à un service public avant que ne soient entrepris des aménagements, tout comme le choix de la méthode du faisceau d'indices plutôt que de conditions cumulatives, étaient nécessaires pour trouver un juste équilibre et laisser une certaine marge d'action à une jurisprudence en construction. Toutefois, il apparaît, au-delà, nécessaire de dépasser l'analyse des implications de la nouvelle règle d'anticipation du domaine public pour s'interroger sur la nécessité de recourir à la logique anticipative afin de protéger les dépendances des personnes publiques qui vont être affectées à l'utilité publique.

C. Une logique indépassable ?

La nouvelle application de la théorie de la domanialité publique par anticipation proposée par le Conseil d'Etat dans la décision *Commune de Baillargues* impose de s'interroger sur la nécessité de recourir à cette théorie pour remplir la fonction qui lui est assignée. Car il s'agit bien d'une notion fonctionnelle⁶⁷, « *notion qui remplit, dans un contexte donné, une fonction* »⁶⁸. La logique anticipative de la domanialité publique a pour dessein l'application de son régime protecteur pour des biens qui, s'ils ne remplissent pas encore tous les critères pour en faire partie, sont destinés à terme, à les respecter. La théorie permet d'éviter le contournement des règles protectrices de l'affectation à l'utilité publique d'un bien, de prévenir toute soustraction volontaire ou non aux conséquences que l'on fait classiquement découler des règles de l'inaliénabilité telles que l'incessibilité ou l'interdiction de constituer des droits réels non autorisés. Les faits de l'arrêt *Association ATLALR* ont toutefois démontré avec force les extrêmes auxquels cette théorie peut amener. En effet, la décision a abouti, comme le note P. Cossalter, à ce qu'« *entrée « virtuellement » dans le domaine public du fait de la certitude d'un aménagement futur, les parcelles n'en sortent pas même par la certitude de l'absence d'aménagement* »⁶⁹.

Sous prétexte que la théorie de la domanialité publique par anticipation a montré, par le passé, ses limites en permettant certains excès⁷⁰ en contrariété avec la volonté de circonscrire le domaine public, faut-il mettre un terme au recours à cette théorie ? À poursuivre ce chemin, ne risque-t-on pas de « *jeter le bébé avec l'eau du bain* » comme l'a fait remarquer P.

⁶⁷ G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I. 851.

⁶⁸ G. Tusseau, « Critique d'une métonymie fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641.

⁶⁹ P. Cossalter, « Les habits neufs de l'Empereur ou la théorie virtuelle de la domanialité publique », *préc.*

⁷⁰ C'est-à-dire éviter que des « *anticipés probables* » deviennent des « *anticipés abandonnés* » incorporés dans le domaine public avec obligation de déclassement formel pour en sortir, cf. pour la distinction « *anticipé abandonné* » / « *anticipé réalisé* » / « *anticipé probable* », C. Chamard-Heim, « La théorie du domaine public virtuel : le chant du cygne », *préc.*

Yolka⁷¹ ? Aussi, pour sortir de cette impasse ne pourrait-on pas envisager une troisième voie, considérer un moyen différent d'obtenir un résultat similaire de protection des biens en passe d'accéder à la domanialité publique ?

Avant de rechercher une autre méthode de protection de l'affectation des dépendances à l'utilité publique, il convient d'analyser la raison invoquée par P. Yolka pour promouvoir la continuité de la théorie de la domanialité publique par anticipation⁷².

Comme le note cet auteur, « *l'ensemble du dispositif de valorisation du domaine public postule, de manière paradoxale, l'application anticipée de la domanialité publique* »⁷³. En effet, hors le cas du bail emphytéotique administratif, les procédés d'autorisation d'occupation du domaine public constitutifs de droits réels sur les dépendances nationales ([art. L. 2122-6 et s.](#) du CGPPP) ou locales ([art. L. 1311-5 et s.](#) du CGCT) impliquent qu'elles soient déjà incorporées au domaine public « *or, ces autorisations sont souvent délivrées afin de réaliser des constructions sur des terrains qui, à « l'instant T », ne remplissent nullement les critères du domaine public* »⁷⁴. Des montages contractuels complexes étaient ainsi « *employés par les personnes publiques pour (avant tout) faire réaliser des ouvrages publics sous maîtrise d'ouvrage privée, c'est-à-dire, sous financement et direction technique des actions de construction privés, en marge des contraintes issues du code des marchés publics et de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP)* »⁷⁵. Deux problèmes se présentent alors. D'une part, lorsque le propriétaire public souhaitait faire construire un équipement public sur le domaine privé en utilisant un montage contractuel dit « aller-retour » tel que, par exemple, l'autorisation d'occupation du domaine assortie d'une location avec option d'achat au profit de la personne publique⁷⁶ ou assortie

⁷¹ Yolka P., « Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ? », *JCP-A*. 2010, n° 2073.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ N. Symchowicz, « L'apport de l'ordonnance du 21 avril 2006 au droit des montages contractuels complexes », *Contrats publics* juill.-août 2006, p. 74.

⁷⁶ CE, sect. intérieur et TP réunies, avis, 31 janv. 1995, n° 356960 : *EDCE*, n° 47, p. 407 ; *AJDA* 1997, p. 126, étude E. Fatôme et P. Terneyre ; *GACE*, n° 26,

d'une convention de mise à disposition⁷⁷, seule la logique anticipatrice de la domanialité publique permettait d'encadrer les droits réels générés par de tels contrats sur une dépendance qui entrerait, seulement par la suite, dans le domaine public. D'autre part, quand bien même le bien sur lequel est construit l'équipement public appartient au domaine public par anticipation ou par application des critères classiques, pourrait se poser la question de la domanialité publique des biens construits par l'occupant en considérant la règle de la dissociation des droits sur le sol⁷⁸ qui permet une distinction entre propriété immobilière du terrain et propriété immobilière superficielle⁷⁹. Si l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales encadrant le bail emphytéotique administratif règle la première de ces questions en ne différenciant pas selon le domaine sur lequel un tel contrat peut être conclu, les normes relatives aux autorisations d'occupation constitutives de droits réels ne s'appliquent qu'aux autorisations délivrées sur le domaine public. C'est pour cela que P. Yolka s'inquiète de ce qu' « avant de jeter la « domanialité publique virtuelle » aux orties, il serait (...) bon d'y regarder à deux fois » car « tous ces montages impliquent ainsi une anticipation, les terrains étant tenus pour des dépendances du domaine public parce qu'ils ont vocation à en remplir les critères a posteriori »⁸⁰. Quant à la deuxième interrogation, si l'on accepte de considérer la dépendance comme étant du domaine public en recourant ou non à la théorie de la domanialité publique par anticipation, l'arrêt *Société Sagifa*⁸¹ énonce que l'occupant est propriétaire des constructions qu'il édifie sauf si l'autorisation d'occupation a été « accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel

note E. Fatôme et P. Terneyre ; *GDDAB*, n° 62, comm. F. Melleray ; *RDI* 1996. 554, obs. J.-B. Auby et C. Maugué.

⁷⁷ V. sur l'ensemble de ce type de contrats : Symchowicz N., *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Paris, Le Moniteur, 3^{ème} éd., 2012.

⁷⁸ V. en ce sens, Y. Gaudemet, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public », *RDI* 2009, p. 8.

⁷⁹ Le Conseil d'Etat qualifie de « propriétaire » le permissionnaire qui a construit des installations sur le domaine public : CE, Sect., 3 juill. 1959, *M. des Travaux publics*, *leb.* p. 423 ; CE, 1^{er} juill. 1960, *Ets Soulat*, *leb.* p. 442 ; CE, 4 mars 1991, *Palanque*, *leb.* p. 976 ; CE, 27 fév. 1995, *Torré*, *leb.* p. 109.

⁸⁰ P. Yolka, « Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ? », *préc.*

⁸¹ CE, 21 avril 1997, *Sté Sagifa*, n° 147602.

le domaine est affecté », dans une logique similaire à celle retenue pour certains des biens de retour par la décision *Commune de Douai*⁸². La théorie de l'accession qui disparaît par application de la logique de la dissociation des droits sur le sol retrouve à s'appliquer lorsque les biens construits sont nécessaires au fonctionnement du service public auquel est affectée la dépendance⁸³.

Plutôt que de vouloir conserver la théorie de la domanialité publique par anticipation afin de pouvoir utiliser les potentialités de valorisation du domaine organisées par les autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels (AOT), ne serait-il pas plus logique de repenser la rédaction des articles traitant des AOT afin de la rapprocher des dispositions prévues pour le bail emphytéotique administratif ?

La question n'a peut-être plus lieu d'être, au vu de la réforme du droit de commande publique qui tend à proscrire ce genre de montages contractuels domaniaux pour contourner le droit de la commande publique. En effet, déjà susceptible de requalification⁸⁴, les ordonnances

⁸² CE, Ass., 21 déc. 2012, *Commune de Douai, Leb.* p. 477, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2013, p. 7 ; *ibid.* 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *ibid.* 724, étude E. Fatôme et P. Terneyre ; D. 2013. 252, obs. D. Capitant ; *AJCT* 2013, p. 91, obs. O. Didriche ; *RFDA* 2013, p. 513, étude L. Janicot et J.-F. Lafaix ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 41, note G. Eckert ; *DA.* 2013, comm. 20, note G. Eveillard ; CE, 26 févr. 2016, *Syndicat mixte de chauffage urbain de la défense*, n° 384424.

⁸³ N. Symchowicz s'interroge sur les conséquences de la fin de la théorie de la domanialité publique virtuelle pour les dépendances soumises au code général de la propriété des personnes publiques : il met en doute la « *licéité d'une forme de droit privé, en principe incompatible avec la domanialité publique (bail à construction ou crédit-bail immobilier) pour la réalisation d'un bien qui, une fois achevé, répondra bien aux critères de la domanialité publique (propriété publique et affectation à l'utilité publique), sauf à considérer que cet équipement n'intégrera en réalité le domaine public qu'au moment de son retour dans le patrimoine public, c'est-à-dire en fin de contrat* », « L'apport de l'ordonnance du 21 avril 2006 au droit des montages contractuels complexes », *préc.*

⁸⁴ Pour un ex. récent : CAA Bordeaux, 7 mai 2015, *Commune de Rivedoux-Plage*, n° 13BX02005 : concernant une convention passée pour l'exploitation d'un camping municipal : « *que si l'article L. 1311-5 permet à la collectivité de délivrer sur son domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour son compte, d'une mission de service public, la convention passée*

du 23 juillet 2015⁸⁵ et du 29 janvier 2016⁸⁶ viennent interdire « *aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à un BEA ou à une AOT constitutive de droits réels aux fins de faire réaliser des travaux répondant à leurs besoins ou de confier à un tiers l'exploitation d'une mission de service public* »⁸⁷. Si la réforme adopte un ton ferme, il n'est pas sûr que la distinction entre les contrats domaniaux désormais exclus et ceux toujours permis soit aisée à réaliser. Ainsi que s'interroge de manière rhétorique G. Clamour, « *en pratique, ne peindra-t-on pas à faire nettement le départ entre la « réalisation d'une opération d'intérêt général » relevant de la compétence d'une collectivité territoriale, champ d'application rationne materiae des BEA et AOT locaux, et la réponse à un besoin en matière de travaux, de fournitures ou de services ?* »⁸⁸. Quoiqu'il en soit, l'attractivité pour ce genre de montage se trouvera limitée⁸⁹, et par là-même également la raison invoquée par P. Yolka pour ne pas abandonner la théorie de la domanialité publique par anticipation. S'il n'y a plus de raisons de vouloir conserver la logique anticipative parce qu'elle ne s'avère plus nécessaire à la conclusion de contrats encadrant la constitution de droits réels sur le domaine public, il apparaît envisageable de rechercher si l'on peut conserver la protection de l'affectation des dépendances à l'utilité publique sans recourir à la théorie de la domanialité publique par anticipation adoptée par le Conseil d'Etat dans ses décisions *Association ATLALR* et *Commune de Baillargues* pour les biens soumis ou non au Code général de la propriété des personnes publiques.

par la commune de Rivedoux-Plage confère au preneur une stabilité juridique incompatible avec le caractère précaire que doit revêtir une occupation du domaine public, contient des clauses qui excèdent la détermination de la durée de la convention, des droits réels reconnus à l'occupant et de la redevance domaniale, et font participer le cocontractant à l'exécution d'un service public ; qu'elle ne saurait par suite être regardée comme une convention d'occupation domaniale ».

⁸⁵ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JO n° 0169 du 24 juill. 2015, texte n° 38.

⁸⁶ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, JO n° 0025 du 30 janv. 2016, texte n° 66.

⁸⁷ S. Braconnier, « Les nouveaux marchés publics globaux et marchés de partenariat », *AJDA* 2015, p. 1795.

⁸⁸ G. Clamour, « Le sort des contrats domaniaux », *RFDA* 2016, p. 270.

⁸⁹ À noter l'exception pour les contrats domaniaux conclus avec une entité en relation de quasi-régie (art. 17, I, ordo. n° 2015-899, *préc.* et art. 16, I, ordo. n° 2016-65, *préc.*).

Pour ce faire, il convient dans un premier temps de définir les situations qui doivent faire l'objet d'une sanction. En effet, de manière téléologique, il est nécessaire de restreindre l'application du régime protecteur tenant à l'incessibilité ou à l'interdiction de constituer des droits réels aux seuls cas qui le nécessitent réellement.

Tout d'abord, lorsque la dépendance publique a fait l'objet d'une décision certaine d'affectation au service public suivie d'un commencement d'aménagement indispensable mais que, par la suite, le propriétaire est revenu sur sa décision de destiner le bien à l'utilité publique, il n'y a pas lieu de protéger la dépendance en question⁹⁰. Ainsi qu'on l'a vu précédemment, le critère de l'affectation à l'utilité publique, la décision prise par le propriétaire de destiner le bien à tel ou tel service public tout comme sa volonté d'y mettre fin, doit être respectée si elle correspond à la réalité de l'affectation ou de la désaffectation. Comme l'énonçait M. Hauriou, « toute la domanialité publique repose sur l'idée de l'affectation des choses à l'utilité publique »⁹¹, ce critère déterminant procède en premier lieu de la décision prise par la personne publique. Deux conséquences découlent de cette situation. D'une part, la personne publique qui souhaiterait faire jouer les règles de la domanialité publique afin de contourner le droit de l'occupant à demander, par exemple, un renouvellement de son bail, ne

⁹⁰ Excepté le cas où l'affectataire, distinct du propriétaire, décide d'installer un service public sur la dépendance (ex. récent : CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n° 390118 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. n° 184, P. Devillers). Il apparaîtrait alors, que la destination certaine du bien au service de l'intérêt général doive être protégée, quand bien même le propriétaire souhaiterait désaffecter le bien. Un parallèle pourrait être fait ici avec la jurisprudence qui impose au propriétaire, avant de prendre une décision de désaffectation du bien (affecté au service public de l'enseignement maternel et élémentaire), de recueillir l'avis de l'affectataire (CE, Ass., 2 déc. 1994, *Commune de Pulversheim*, n°, 133726, *Leb.*, p. 583 ; *AJDA* 1995, p. 40, concl. R. Schwartz ; *RFDA* 1995, p. 655, note C. Lavialle) ou encore la jurisprudence reconnaissant, pour des considérations de continuité du service public, que La poste, gestionnaire du service public, ne peut être assimilée à un simple occupant du domaine public (TA Orléans, 9 mai 2007, *La poste*, n° 0500146 ; *AJDA* 2007, p. 1405, note J.-D. Dreyfus).

⁹¹ Hauriou M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, L. Larose, 1900.

pourrait invoquer les règles que l'on fait découler du principe d'inaliénabilité du domaine public. À partir du moment où les actes et décisions pris par le propriétaire démontrent qu'il est revenu, de manière certaine, sur sa décision première d'affectation au service public du bien, il n'est pas acceptable qu'il puisse « jouer sur les deux tableaux » en se référant aux règles de la domanialité publique pour refuser à l'occupant ce à quoi il a droit en tant qu'occupant du domaine privé. D'autre part, l'on ne pourrait contraindre inutilement le propriétaire public à passer par l'acte formel de déclassement pour procéder notamment à la vente d'un bien qu'il ne souhaite plus destiner à l'utilité publique ou encore lui interdire de recourir à des formules contractuelles de droit privé.

Par contre, il apparaît nécessaire de protéger la destination certaine et future du bien à l'intérêt général quand l'occupant veut, par exemple, se servir de la qualification de domaine privé pour obtenir un renouvellement de son occupation qui gênera l'affectation concrète à venir. Lorsque les aménagements prennent un temps certain à être achevés mais que la personne publique persiste à vouloir destiner le bien au service public, il convient de garantir la vocation d'utilité publique de la dépendance. Par conséquent, l'occupant avec ou sans titre ne doit pas pouvoir gêner l'aménagement du bien. De même, il convient de s'assurer que la personne publique ne contournera pas temporairement la qualification réelle du bien afin de recourir à des montages contractuels lui étant interdit pour une dépendance du domaine public car générateurs de droits réels non autorisés.

Les règles protectrices de la domanialité publique doivent trouver à s'appliquer seulement à ces cas. Deux propositions peuvent être avancées en ce sens.

La première hypothèse envisageable serait de renouer avec l'application des principes de la domanialité publique à des dépendances du domaine privé qui vont de manière certaine intégrer le domaine public, autrement dit renouer avec la théorie de la domanialité publique virtuelle dont on pourrait douter, à lire le considérant de principe de la décision *Association ATLALR*, qu'elle ait existé ailleurs que dans l'esprit de certains

des plus éminents « faiseurs de système »⁹². Cette façon d'appréhender la logique anticipative présente l'intérêt d'appliquer le régime de protection du domaine public à des biens sans qu'ils incorporent cette domanialité avant que les aménagements indispensables n'affectent concrètement et matériellement le bien au service public en jeu. Ainsi, comme l'explique C. Chamard-Heim concernant la jurisprudence *Eurolat*, « *il fallait donc manifestement distinguer deux temps : la simple prévision de réalisation d'aménagements spéciaux entraînait seulement l'application anticipée des « principes de la domanialité publique », alors que la réalisation effective de ces opérations permettant de matérialiser l'affectation intégrait réellement le bien dans le domaine public* »⁹³. L'approche promue par la domanialité publique virtuelle, pour complexe qu'elle puisse être, a le mérite de protéger les biens susceptibles d'être incorporés au domaine public en ne les y intégrant que si l'affectation devient effective par la concrétisation des aménagements. Cette logique d'une protection graduée et adaptée présente l'avantage d'éviter une approche excessive dans ses effets. Si d'aucuns ont pu critiquer le fait que cette théorie génère une domanialité tripartite en créant un domaine hybride à cheval entre les deux et connaissant un régime propre, la logique d'une échelle de domanialité⁹⁴ n'est pas nouvelle. L'autre critique qui a fait florès concernait l'incertitude sur le moment à partir duquel les principes de la domanialité publique devaient s'appliquer, constituant ainsi « *une épée de Damoclès menaçant certaines opérations immobilières sur le domaine public* »⁹⁵.

Cette théorie ne peut satisfaire le désir de cantonner la sanction du contournement des règles de la domanialité publique pour des biens qui vont, de manière certaine, remplir les conditions pour en faire partie, que si l'on accepte de s'assurer qu'une décision ou un acte ultérieur du propriétaire ne permet pas de penser qu'il est revenu sur sa volonté d'affecter le bien à l'utilité publique.

⁹² V. en ce sens E. Fatôme et J. Moreau, *AJDA* 1985, p. 620 ; N. Foulquier, *Droit administratif des biens, préc.*, n° 103 et s.

⁹³ C. Chamard-Heim, « La théorie du domaine public virtuel : le chant du cygne », *préc.*

⁹⁴ Cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, de Boccard, 1930, p. 344 et s.

⁹⁵ P. Yolka, « Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ? », *préc.*

Il paraît intéressant de rechercher si une deuxième hypothèse permettrait, sans faire appel à la logique anticipative, de sanctionner toute velléité de contournement des règles protectrices de l'affectation à l'utilité publique des dépendances appartenant à des personnes publiques.

Lorsque la personne publique dispose d'un terrain nu ou d'une dépendance sur laquelle se tient un bâtiment en train de tomber en ruine appartenant à son domaine privé et qu'elle souhaite y faire construire un équipement public sous maîtrise d'ouvrage privée et/ou financement privé, le propriétaire public peut être tenté de recourir à des formules empruntées au droit privé telles que le bail à construction⁹⁶, le bail emphytéotique du Code rural⁹⁷, le crédit-bail immobilier⁹⁸, le bail avec option d'achat ou encore la cession de terrains contre locaux à construire⁹⁹ et la vente en l'état futur d'achèvement¹⁰⁰. De tels contrats s'opposent pour les uns à l'interdiction de la constitution de droits réels de droit privé et pour les autres au principe d'inaliénabilité du domaine public, principes qui doivent s'appliquer à partir du moment où la dépendance qui appartient initialement à la domanialité privée entrera, suite à l'achèvement de ces constructions et leur affectation à l'utilité publique, dans le domaine public. Dans ce cadre, est-il possible que la vente d'un tel bien ou la conclusion d'un contrat générateur de droits réels interdits puissent être sanctionnées par le juge sans faire appel à la logique anticipative ?

⁹⁶ Sur l'impossibilité de conclure un bail à construction sur le domaine public, v. notamment, CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, préc.

⁹⁷ Pour un rappel des distinctions entre le BE et le BEA, v. notamment, M-H. Pero Augereau-Hue et B. Delorme, « Le bail emphytéotique des personnes publiques : clauses et conséquences », *JCP-A*, 2013, 2173.

⁹⁸ Sur les limites du crédit-bail concernant des constructions sur le domaine public, v. notamment, X. Mouriesse, « Crédit-bail », *JCl. Administratif*, fasc. n° 682.

⁹⁹ V. notamment, S. Braconnier, « Les ventes de locaux à construire consenties à des personnes publiques », *JCP-A*, 2011, Etude n° 2360.

¹⁰⁰ Vente à un promoteur privé d'un terrain du domaine privé afin qu'il y construise un ouvrage affecté au service public ; v. notamment, X. Mouriesse, « Vente en l'état futur d'achèvement », *JCl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. 614.

En ce qui concerne la conclusion de contrats constitutifs de droits réels, on pourrait envisager que le juge procède à une requalification, lorsque celle-ci est possible. En ce sens, dans l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 11 octobre 2007, *Association Aubette Demain*¹⁰¹, concernant un recours en annulation d'une délibération municipale approuvant un projet de restructuration de l'îlot de l'Aubette par un groupe immobilier et sa mise à disposition par bail emphytéotique, M.-H. Pero Augereau-Hue et B. Delorme estiment qu'« *il peut être déduit de cette rédaction [du considérant], qui reprend les termes même de la définition du bail emphytéotique administratif (CGCT, art. L. 1311-2), qu'un bail emphytéotique de droit privé pourrait être requalifié en bail emphytéotique administratif dans l'hypothèse où la collectivité conclurait ce bail en vue de la construction d'un bien affecté à l'usage du public ou à un service public* » et d'ajouter, « *la question de la disparition de la domanialité publique virtuelle n'étant pas définitivement tranchée, on peut s'interroger sur le moment à partir duquel on encourt ce risque de requalification* »¹⁰². Ainsi, les auteurs estiment que la requalification susceptible d'être opérée par le juge ne peut intervenir que si l'on fait application de la logique anticipative en considérant que le contrat conclu ne peut être qu'un bail emphytéotique administratif et non un bail de droit privé puisque la dépendance sera affectée de manière certaine, du fait même de la conclusion du contrat, à l'utilité publique. La requalification implique, en effet, que le bien en jeu soit, dès le stade de la conclusion du contrat, qualifiable de domaine public par application des critères classiques ou par le jeu de la théorie de la domanialité publique par anticipation.

Si la requalification est impossible sans faire application de la théorie anticipative, le juge pourrait-il plus simplement, mais aussi de manière plus radicale, obtenir l'annulation du contrat générant des droits réels ultérieurement illégaux. En ce sens, l'on pouvait envisager, sous l'empire

¹⁰¹ CAA Nancy, 11 oct. 2007, *Association Aubette Demain*, n°06NC00733 ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 19, note G. Eckert.

¹⁰² M.-H. Pero Augereau-Hue et B. Delorme, « Le bail emphytéotique des personnes publiques : clauses et conséquences », *préc.*

de la jurisprudence *Martin*¹⁰³ concernant les actes détachables du contrat¹⁰⁴, que le juge de l'excès de pouvoir saisi de conclusion à fin d'annulation de la délibération autorisant la signature du contrat puisse utiliser le moyen de légalité interne tiré du détournement de pouvoir qui « *consiste à détourner un pouvoir légal du but pour lequel il a été institué, à le faire servir à des fins auxquelles il n'est pas destiné* »¹⁰⁵. Il aurait alors fallu s'assurer que constitue bien une utilisation par l'administration de ses pouvoirs à des fins étrangères à l'intérêt général, la conclusion de contrats interdits sur le domaine public pour une dépendance qui appartient, au moment de la conclusion, à la domanialité privée, mais qui entrera ultérieurement dans le domaine public du fait des aménagements réalisés suivant les stipulations contractuelles. Il se serait avéré, en fait, délicat d'affirmer que le mobile d'intérêt général est complètement absent de la décision de conclure un contrat qui, certes, génère des droits ultérieurement incompatibles avec la nature de la dépendance, mais qui a pour but de voir édifier des équipements publics.

Dans une perspective similaire, Y. Gaudemet estime, à propos de la décision *Préfet de la Meuse*, concernant la continuité de la domanialité publique, que l'« *on pouvait considérer cet arrêt comme une manifestation de la censure qu'appelle toute espèce de fraude à la loi (ou à la jurisprudence), sans mobiliser la construction théorique et hypothétique de la domanialité publique virtuelle* »¹⁰⁶. Si cette proposition s'applique aisément au cas où une dépendance appartenant au domaine public ne perd que pour un temps ses caractères, il n'apparaît pas possible de l'appliquer à un bien du domaine privé qui a vocation, à terme, à entrer dans le domaine public. En effet, sauf à en

¹⁰³ CE, 4 août 1905, *Martin*, *Leb.* p. 749.

¹⁰⁴ Sauf à considérer le contrat comme de droit privé, les tiers au contrat ne bénéficient plus de la possibilité de former un REP contre le contrat générant notamment des droits réels interdits sur une dépendance qui devrait entrer, de manière certaine, dans le domaine public (CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *Leb.* p. 70 ; *BJCP* 2014. 204, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2014, p. 1035, chron. J. Bretonneau-Lessi ; *RJEP* juill. 2014, n° 31, note Lafaix ; *DA* juin 2014, n° 36, note F. Brenet).

¹⁰⁵ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, LGDJ, 1896, p. 521 et s.

¹⁰⁶ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens, Traité de droit administratif, Tome 2, préc.*, n° 209.

revenir à la logique anticipative, au moment où la vente du bien ou la conclusion de contrat générant des droits privés sont réalisés, le bien appartient encore au domaine privé de telle sorte que ces actes ne sont, à ce stade, pas contraires au droit applicable, que celui-ci soit législatif, réglementaire, de la nature d'un principe général du droit ou encore jurisprudentiel. Sur le terrain du recours en excès de pouvoir, quand bien même le juge aurait accepté de prendre en compte des faits postérieurs pour apprécier la légalité de l'acte administratif¹⁰⁷ qu'est la délibération autorisant la vente ou la signature du contrat constitutif de droits réels, la violation directe de la loi ou l'erreur de droit n'auraient été constituées que si, à la date à laquelle l'acte avait été pris, ce dernier était contraire aux normes qui lui sont supérieures. De même, devant le juge du contrat, l'annulation du contrat n'a vocation à être prononcée qu'en cas de vices graves présents au moment de la conclusion tenant à l'illicéité du contenu du contrat, aux vices du consentement ou aux vices d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office¹⁰⁸. Tout comme la résiliation juridictionnelle du contrat ne peut intervenir qu'après que le juge ait mis en balance la gravité de l'irrégularité présente au moment de la conclusion du contrat et les conséquences sur l'intérêt général. Tant la volonté de limiter les cas d'annulation ou de résiliation juridictionnelles du contrat pour privilégier la stabilité et l'exigence de loyauté des relations contractuelles que la séparation des normes relatives à « *la dimension sociale ou publique du contrat* » qui concernent principalement les règles de publicité et de mise en concurrence de celles de « *dimension personnelle* » qui « *ont trait au consentement de l'une et l'autre partie* »¹⁰⁹ viennent « *ôte[r] ainsi au juge du contrat les habits du juge vétilleux de la légalité objective dont le raisonnement était enfermé dans une alternative (légalité ou nullité) caractérisant davantage l'office classique du juge de l'excès de pouvoir que celui du juge de plein contentieux* »¹¹⁰. Aussi, sans

¹⁰⁷ Les faits postérieurs peuvent éclairer le juge (v. par ex., CE, Ass., 13 juill. 1962, *Bréart de Boisanger*, *Leb.* p. 484).

¹⁰⁸ CE, Ass., 28 déc. 2009, *Commune de Béziers (dit Béziers 1)*, *Leb.* p. 509 ; RFDA 2010, p. 511, *concl. E. Glaser* ; CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *préc.*

¹⁰⁹ N. Boulouis, conclusions sur CE, 12 janv. 2011, *Manoukian*, *BJCP* 2011, 121.

¹¹⁰ S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Le contrat public aurait-il (enfin) trouvé son juge ? », *AJDA* 2010, p. 142.

avoir recours à la logique anticipative, la sanction par le juge du contrat de la passation d'une convention générant des droits réels concernant une dépendance qui ne fait pas encore partie du domaine public ne semble trouver aucun fondement dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat. Si, dans la décision *Société Espace Habitat Construction c. Commune d'Ozoir-la-Ferrière*¹¹¹, le juge, saisi d'un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation du contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles, refuse d'y faire droit après notamment avoir reconnu le caractère illicite de l'objet de l'ensemble contractuel par lequel la commune avait concédé à la société un droit réel sur la dépendance, c'est parce qu'il a, au préalable, qualifié de domaine public le terrain sur lequel devait être édifiée la résidence litigieuse pour personnes âgées, et ce, en appliquant la théorie de la domanialité publique par anticipation.

Par conséquent, il apparaît difficile de sortir de la logique d'anticipation de la domanialité publique afin de protéger les dépendances publiques qui sont destinées à être affectées à un service public. La nécessité de protéger cette destination future du bien implique d'accepter ce que la rigueur juridique refuserait. Plus loin, la théorie de la domanialité publique virtuelle qui prévoit la soumission aux principes de la domanialité publique des biens du domaine privé affectés de manière certaine à l'intérêt général permettrait de concilier au mieux sécurité juridique et protection de l'affectation du bien à l'utilité publique.

Davantage que le mort qui ne veut pas mourir¹¹², la domanialité publique par anticipation apparaît comme le mort qui ne peut pas mourir.

¹¹¹ CE, 1^{er} oct. 2013, *Société Espace Habitat Construction*, préc.

¹¹² Par référence à la note de J.-M. Auby sur TC, 4 juill. 1983, *Gambini*, RDP 1983, p. 1481, concernant la notion de service public social.