



HAL
open science

Aux frontières du (domaine public) réel, note sur CE, 22 mai 2019, Assoc. “ Les Familles X du Gard... ”, Dr. de la voirie - La revue des propriétés publiques, juill.-aout 2019, n° 209, p. 153.

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. Aux frontières du (domaine public) réel, note sur CE, 22 mai 2019, Assoc. “ Les Familles X du Gard... ”, Dr. de la voirie - La revue des propriétés publiques, juill.-aout 2019, n° 209, p. 153.. Droit de la voirie et du domaine public, 2019. hal-02456012

HAL Id: hal-02456012

<https://hal.science/hal-02456012v1>

Submitted on 16 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Aux frontières du (domaine public) réel

Publié à la revue *Dr. Voirie*, juill.-août 2019, n° 209, p. 153

Note sur CE, 22 mai 2019, *Assoc. « Les Familles X du Gard... »*

Que le rassure – ou que l'on déçoive – immédiatement le lecteur – connaisseur du genre : il ne sera, dans le présent commentaire, ni question d'extra-terrestres, ni des agents Mulder et Scully, ni même (l'entreprise serait *a minima* divertissante) d'une analyse juridique de la mythique série télévisée *X-Files*. Le Conseil d'État n'a pas eu, de fait, l'occasion de se pencher sur une question (vraiment) paranormale dans l'arrêt du 22 mai dernier, se contentant d'une part, de préciser les frontières la théorie de la « domanialité publique virtuelle » (ou, du « domaine public par anticipation ») et, d'autre part, d'apporter d'utiles précisions sur la condition d'urgence propre au référé-mesures utiles (CJA, art. L. 521-3), ces deux éléments justifiant sans doute la prochaine publication de la décision aux Tables du Lebon.

En l'espèce, était contestée l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nîmes lequel, dans le cadre de l'article L. 521-3 CJA, avait fait droit aux prétentions de la commune de Langlade, enjoignant l'association requérante de quitter un local municipal qu'elle occupait (gratuitement) pour la gestion de la (bien nommée) crèche parentale « *La Farigoulette* ». En pratique, depuis 2012, l'association était liée à la municipalité par une « convention de partenariat » annuelle, laquelle définissait d'une part les modalités de mise à disposition dudit local et, d'autre part, la subvention versée par la collectivité pour assurer son financement ; celle-ci avait été renouvelée en dernier lieu en 2017 pour une échéance fixée au 1^{er} août 2018. Entre temps, par un courrier en date du 27 mars 2018, la collectivité avait toutefois informé son cocontractant de sa volonté de ne pas la renouveler ; quelques jours plus tard (le 5 avril 2018), par délibération, la collectivité actait en premier lieu la création d'un service public communal d'accueil (occasionnel et permanent) de la petite enfance dans les locaux occupés par l'association ; en second lieu, elle décidait d'en externaliser la gestion à un autre opérateur dans le cadre d'une concession. L'association s'étant maintenue dans les lieux, la commune de Langlade avait alors saisi le juge des référés qui, par ordonnance du 27 juillet 2018, soit quatre jours avant l'échéance de la convention, avait enjoint l'association à quitter les lieux, ceci sous astreinte. C'est de celle-ci que, suite à pourvoi de l'association, le Conseil d'État avait à connaître. Pour y répondre, le juge administratif avait à affronter deux difficultés.

La première résidait dans la détermination de la compétence juridictionnelle pour prononcer une telle expulsion. Si, comme on le sait, l'expulsion d'un occupant (bientôt) sans titre d'un bien public peut être obtenue de diverses manières (expulsion d'office, devant le juge de droit commun, en référé), celles-ci divergent d'abord selon que ladite occupation porte sur le domaine public ou privé, le partage de la compétence juridictionnelle se révélant, en la matière, encore plus byzantin qu'ailleurs, ce que l'on doit à un historique jurisprudentiel tourmenté. Si, au sujet de l'occupation irrégulière du domaine public, le juge administratif dispose aujourd'hui d'une compétence de principe (TC, 24 sept. 2001, n° 3221, *Sté BE Diffusion* ; BJCP 2002, p. 61, *concl. Commaret* ; CJEG, 2002, p. 217 et GDDAB, Dalloz, 3^e éd., 2018, n° 89, *note Ph. Yolka*), elle fut longue à se dessiner ; elle continue ensuite de souffrir quelques exceptions, le juge judiciaire demeurant compétent pour connaître des occupations irrégulières du domaine public soumis à contravention de voirie routière ou, encore, s'agissant de certaines sous-occupations domaniales ; enfin, la proposition n'est aucunement réversible puisque, s'agissant du domaine privé, le juge administratif parvient à conserver quelques îlots de compétence (*pour un résumé complet de ces circonvolutions, c. Ph. Yolka, note sur l'arrêt Sté BE Diffusion, GDDAB, préc ; Expulsion du domaine privé et compétence juridictionnelle, JCP A, 2005, n° 1333*). C'est dire combien la qualification de la dépendance domaniale

irrégulièrement occupée est déterminante, l'opération n'étant pas, comme souvent, sans présenter quelques difficultés, d'autant plus si l'on veut bien ajouter que, dans le cadre du référé-mesures utiles (lequel constitue la procédure d'expulsion généralement privilégiée), le juge ne pourra se prononcer que si le litige n'est pas insusceptible de se rattacher à sa compétence. En matière domaniale, le juge devra dès lors, aux termes d'un office assez sommaire (*et non avare d'appréciations douteuses* : v. par ex. CE, 28 avr. 2017, Région Centre-Val-de-Loire, n° 400054 ; CE, 7 mars 2012, Mme Olivry c./ Cne de Breuillet ; JCP A, 2012, n°2204, note H. Pauliat), déterminer si la dépendance « n'est pas insusceptible d'être qualifiée de dépendance du domaine public » (CE, 22 oct. 2010, Pustwo ; AJDA, 2010, p. 562, note P. Caille ; JCP A, 2011, n° 2191, note H. de Gaudemar ; RLCT, déc. 2010, p. 37, n° 1793, note E. Glaser ; JCP A, 2011, n° 2239, note C. Chamard-Heim ; LPA, 24 févr. 2011, p. 10, note L. Bonnefont et S. Defix). Ces précisions opérées, le premier apport de la présente décision prend tout son relief puisque, justifiant l'ordonnance du tribunal nîmois sur cet aspect, le Conseil d'État va considérer la qualification satisfaite, en instrumentalisant, pour les besoins de la cause, la théorie du domaine public par anticipation dont on sait – là, réside seulement l'aspect paranormal – qu'elle possède le particularisme d'avoir vécu... puis d'être déclarée morte... pour finalement ressusciter avec l'arrêt *Commune de Baillargues* (CE, 13 avr. 2016, n° 391431 ; AJDA, 2016, p. 1171, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; BJCL, 2016, p. 348, concl. N. Escaut ; JCP A, 2016, n° 2124, note Ph. Hansen ; JCP N, 2016, n° 1244, étude E. Fatôme et R. Léonetti ; GDDAB, préc., note Ph. Yolka). Outre que, depuis lors, les applications de cette théorie demeurent restreintes, il s'agit, à notre connaissance, de sa première application dans le cadre d'un « référé – mesures utiles » ; au-delà, et plus encore, le Conseil d'État vient en faire une application assez originale, à bien des égards, la domanialité publique virtuelle promue ici maquillant une domanialité publique que d'aucuns pourraient juger (déjà) bien réelle (I). Il appartenait dans un deuxième temps au Conseil d'État de se prononcer sur la régularité de l'ordonnance d'expulsion. De ce point de vue, l'intérêt de l'arrêt est tout aussi manifeste, le juge administratif venant apporter d'utiles précisions quant à la condition d'urgence subordonnant la recevabilité au fond du référé – mesures utiles (II).

I- La mise en œuvre de la théorie du domaine public anticipé : du virtuel au réel.

Sous un prisme domanial *stricto sensu*, c'est l'application de la théorie de la domanialité publique virtuelle / par anticipation qui suscitera l'intérêt. À son sujet, tout ou presque a été dit, à tel point qu'on se contentera de retracer sommairement des évolutions connues. Découverte en 1985 (CE, 6 mai 1985, Assoc. Eurolat-Crédit foncier de France ; AJDA, 1985, p. 620, note E. Fatôme et J. Moreau ; LPA, 23 oct. 1985, p. 4, note Fr. Llorens ; RFDA, 1986, p. 21, concl. B. Genevois ; RTDSS, 1986, p. 296, note E. Alfandari), systématisée et baptisée comme telle par la doctrine, la théorie de la domanialité publique virtuelle a(vait) pour effet de soumettre un bien, compris dans le domaine privé, aux « principes de la domanialité publique » lors même que, à raison de son affectation prochaine à l'utilité publique, il a(vait) vocation à intégrer le domaine public. Critiquée à bien des égards (le risque ultime étant que la virtualité... ne devienne jamais réalité), la doctrine autorisée avait pu annoncer son acte de décès suite à l'adoption du CGPPP, à raison de l'exigence resserrée (?) d'aménagement indispensable portée par le Code, au sujet des biens affectés à un service public. Outre que l'argument ne répondait pas à certaines éventualités (au sujet des biens affectés à l'usage du public), la doctrine eut tôt fait de douter de sa disparition, que ce soit au travers d'une analyse textuelle ou conséquentialiste, sa mise à l'écart générant bien des contrariétés (v. particulièrement, Ph. Yolka, *Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ?*, JCP A, 2010, n° 2073). La théorie, comme on le sait, a finalement renaît de ses cendres : le Conseil d'État devait d'une part la juger « encore » applicable aux biens intégrés dans le domaine public antérieurement au CGPPP (*le stock* : v. notamment CE, 8 avr. 2013, n° 363738, Association ATLALR ; JCP A, 2013, n° 2172, C. Chamard-Heim ; Dr. adm., 2013, comm. 50, note Th. Lelen ; JCP N, 2013, n° 2149, note J.-F. Giacuzzo ; RDI, 2013, p. 434, note N. Foulquier ; RJEP, 2013, comm. 40, note G. Eveillard) ; il devait, par suite, la confirmer dans les hypothèses postérieures à ce dernier (*le flux* : CE, 13 avr. 2016, n° 391431, Cne de Baillargues,

préc.). Le Phénix aurait seulement évolué : d'abord, là où auparavant le juge administratif appliquait seulement les « principes de la domanialité publique » aux biens concernés, il les intègre(r)ait désormais au domaine public, à tel point qu'il vaudrait mieux évoquer aujourd'hui la théorie du « domaine public par anticipation ». Par ailleurs, et quoiqu'il y ait lieu d'en douter, l'intégration anticipée au sein du domaine public s'opèrerait selon des critères plus rigoureux qu'autrefois, le juge, pour y succomber, exigeant que les conditions d'affectation et d'aménagement soient suffisamment certaines, cette (quasi-)certitude étant appréciée au regard de toutes les circonstances de droit et de fait et, plus particulièrement, en fonction des actes administratifs intervenus, des contrats conclus ou des travaux engagés.

Ceci rappelé, on pourra dans une première lecture déceler dans l'arrêt d'espèce une application classique de ces nouvelles lignes directrices, le Conseil d'État retenant que, suite à la délibération municipale créant un service public d'accueil de la petite enfance, les locaux occupés par l'association devaient être regardés, en anticipé, comme ayant intégré le domaine public. En pratique, le caractère « certain » de l'affectation était en effet révélé par un acte administratif ; réévalué, l'indice formel joue de fait en symbiose avec la nouvelle conception « volontariste » du service public, cette dernière n'étant rien d'autre qu'un label que la collectivité a « entendu confier » à la mission de son cocontractant (*CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, APREI ; AJDA, 2007, p. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher ; JCP G, 2007, I, 166, chron. B. Plessix ; JCP A, 2007, n° 2066, concl. C. Vérot, note M.-C. Rouault ; RDSS, 2007, p. 517, note G. Koubi et G. J. Guglielmi ; RFDA, 2007, p. 803, note C. Boiteau*). Sous cet angle, on pourra en conclure que la présence d'une mission de service public suffit à regarder rempli – visiblement de manière suffisamment certaine – le critère de l'affectation domaniale. Enfin, selon une lecture brute, ce serait à raison que le Conseil d'État aurait appliqué la théorie du domaine public anticipé, puisque les locaux d'espèce avaient l'incommensurable mérite... d'être déjà pourvus d'un aménagement indispensable : depuis 2012, ceux-ci étaient déjà « destinés » (et non affectés...) à un service d'accueil à la petite enfance pour lequel, en revanche, le sacrement du service public n'avait pas eu lieu. C'est précisément au regard de ces éléments que la qualification promue par le juge pourra apparaître un brin « virtuelle », la théorie du domaine public par anticipation réussissant ici le tour de force d'entériner l'intégration au domaine public d'un bien... qui en faisait, au moins dans une perspective « objective », peut-être déjà partie. De fait, d'aucuns pourront penser que la mission menée dans les locaux communaux par l'association requérante s'apparentait déjà grandement à une mission de service public : outre l'intérêt général de l'activité – indéniable –, l'arrêt d'évoquer d'une part la gratuité de la mise à disposition du local et, d'autre part, son subventionnement (au moins partiel) par la collectivité publique, ceci autorisant à percevoir la présence d'un « contrôle public ». Partant, et sauf à invalider dans cette hypothèse le lien de cause à effet promu par le Conseil d'État, il aurait fallu considérer que la présence d'une telle mission emportait (déjà) affectation au domaine public dudit local... De tout ceci, il sera loisible de tirer des considérations plus globales : si les indices susceptibles d'emporter l'application de la théorie du domaine public par anticipation sont à la fois matériels (aménagement indispensable, travaux intervenus) et formels (actes et contrats intervenus ou conclus), le poids des seconds est renforcé dans le cadre du critère de l'affectation à un service public. En toile de fond, ceci accrédite l'idée selon laquelle le critère de l'affectation domaniale devient de plus en plus subjectif dès lors qu'il touche au service public, là où il conserve un caractère objectif (et concret) lorsqu'il entend saisir l'usage direct du public.

On s'autorisera enfin deux réflexions conclusives. Taiseux, l'arrêt ne renseigne toujours pas exactement (cela reste un angle mort) sur le « point de départ » de l'intégration anticipée au domaine public, ce qui n'est pas sans poser quelques contrariétés. On pourrait considérer que le local ne deviendra une dépendance du domaine public qu'à compter de la mise en œuvre effective du service public. Tel n'est pas le cas, bien entendu, sauf à ruiner l'économie générale de la théorie : dans cette conjoncture, le bien ferait encore partie du domaine privé au moment du litige et, corrélativement,

cela n'autoriserait pas le juge administratif à connaître du litige. C'est donc admettre entre les lignes que, depuis la délibération communale, le bien est devenu une dépendance du domaine public. Est-on sûr alors, au regard de cette nouvelle qualification, que l'association pouvait occuper les lieux gratuitement au regard de l'article L. 2125-1 CGPPP ? Toutes les clauses de la « convention de partenariat » étaient-elles compatibles avec le régime de la domanialité publique ? L'association n'aurait-elle pas du disposer d'un titre d'occupation conforme à cette (nouvelle) destination ? Ne devait-elle pas, alors, être déjà considérée comme occupante sans titre (valable) ? Derrières ces quelques interrogations émergent en fait un doute quant à la pertinence de la nouvelle formule : n'aurait-il pas fallu continuer, afin d'écartier ces problématiques éventuelles, à appliquer de manière anticipée les (grands) « principes de la domanialité publique » (inaliénabilité, imprescriptibilité... compétence du juge administratif), plutôt que d'évoquer l'intégration pure et simple du bien au domaine public ? La seconde remarque, aussi ouverte que la précédente, emprunte quant à elle un volet domanialo-procédural. Comme rappelé en introduction, le juge des référés ne peut se prononcer que si le litige n'est pas insusceptible de se rattacher à sa compétence, ceci le conduisant à opérer, en théorie, un contrôle « superficiel » de la qualification domaniale, ne serait-ce que, s'il en allait autrement, parce qu'il pourrait empiéter sur la compétence du juge judiciaire s'agissant de la vérification de la condition d'appropriation (*CE, 23 janv. 2012, Dpt. Alpes-Maritimes ; AJDA, 2012, p. 124, obs. R. Grand*). De ce point de vue, les réflexions émises précédemment renforcent l'idée selon laquelle – s'il s'est peut-être trompé de voie – le juge ne s'est pas trompé sur sa compétence. Mais, en tenant pour valide la solution et, ce faisant, en reconstruisant le raisonnement successif du Conseil d'État, l'instrumentalisation de la domanialité publique virtuelle laisse un peu sceptique. Il y a, en fait, deux manières de voir les choses. Soit que l'on juge l'identification domaniale par cette voie sans difficultés particulières et, dans cette hypothèse, il faudrait admettre que le juge du référé est pleinement habilité à la mettre en œuvre (jurisprudence bien établie ?). Soit que, en sens inverse, on perçoive ladite théorie suffisamment complexe pour que le juge des référés se passe d'y recourir, l'opération de qualification devant rester superficielle... Que l'on penche pour l'une ou l'autre alternative, il sera permis de penser, en tout état de cause, qu'une qualification « classique », si elle s'était imposée, aurait eu le mérite de couper court aux spéculations.

II- L'instrumentalisation du référé – mesures utiles : l'urgence domaniale précisée.

Une fois bravée la première, la seconde problématique se déportait sur le contrôle au fond de la régularité de l'ordonnance. De ce point de vue, et malgré son intérêt, la décision suscitera tout à la fois moins d'observations et d'objections, dans la mesure où elle, d'une part, elle paraît conforme à la jurisprudence et à ses inflexions récentes et, d'autre part, elle suscite l'adhésion. C'est finalement sur la base du défaut d'urgence que le Conseil d'État va censurer l'ordonnance du juge nîmois, ce dernier ayant commis une dénaturation des pièces du dossier.

Avant d'y venir, on rappellera que, pour prospérer, le référé - mesures utiles devra satisfaire à plusieurs conditions que l'article L. 521-3 CJA ne révèle, d'ailleurs, qu'imparfaitement (« *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* »). Outre la condition d'urgence, le texte n'évoque, en effet, que la nécessité de ne pas faire obstacle à une décision administrative, ce qui, en pratique, interdit à un administré mécontent, de demander au juge des référés (par le biais de l'article L. 521-3 CJA), qu'il soit ordonné la suspension d'une décision qui lui ferait grief ou qu'il soit prescrit l'interruption de travaux qui lui porteraient préjudice. Cependant, au-delà de cette condition, le juge administratif retient également que, pour être recevable au fond, la « mesure - utile » ne « *se heurte à aucune contestation sérieuse* » (*CE, sect., 16 mai 2003, n° 249880, SARL ICOMATEX ; AJDA, 2003, p. 1157, chron. F. Donnat et D. Casas ; RFD A, 2003, p. 836 et BJCL, 2003, p. 579, concl. G. Bachelier ; CMP, 2003, comm. 155, note G. Eckert ; JCP A, 2003, p. 758, note C. Brolyelle et p. 981, note J. Moreau*), ceci autorisant l'occupant sans titre du domaine

public en passe d'être expulsé à faire valoir, par exemple, l'illégalité du retrait ou du non-renouvellement de son titre ou, encore, l'appartenance du bien concerné au domaine privé – comme c'était le cas en espèce (*pour un exposé exhaustif de la jurisprudence sur ces points, v. Ph. Yolka et M. Le Roux, Domaine public – Protection contre les occupants sans titre, J.-Cl. Propriétés publiques, fasc. 68, 2013, spéc. § 167 et s.*). À cela, et en dernier lieu, il faut ajouter que la mesure prononcée devra tout à la fois être « utile » mais aussi « provisoire », même si, dans l'hypothèse d'une mesure d'expulsion, on pourra gloser longtemps sur le respect de cette dernière caractéristique (*v. sur ce point L. Dutheil et de Lamothe et G. Odinet, Référé mesures utiles : la quadrature du cercle, AJDA, 2016, p. 474*).

Le Conseil d'État n'a pas eu, en l'espèce, à s'épancher sur l'ensemble de ces conditions, le défaut d'urgence constaté suffisant à emporter l'annulation de l'ordonnance. Intrinsèquement, même si des ponts peuvent être jetés entre ces différentes procédures, la condition d'urgence n'est pas appréciée de la manière similaire en matière de référé-suspension, référé-liberté et référés-mesures utiles, ceci d'autant plus que l'usage du dernier possède un caractère subsidiaire par rapport aux deux premiers. Le juge se montre globalement assez souple dans les motifs susceptibles de la caractériser : ainsi, et ces hypothèses auraient pu valablement prospérer en l'espèce, il a déjà admis l'expulsion pour urgence dès lors que l'occupation sans titre compromet la conclusion et la mise en œuvre d'une convention conclue dans l'intérêt du service public (*CE, 1^{er} oct. 2007, n° 299464 à 299473, Agence foncière et technique région parisienne*). Régulièrement, le juge s'en remet, pour la caractériser, au fait que le maintien dans les lieux heurterait le fonctionnement normal du service public (*CE, 3 févr. 2010, n° 330184, Cne Cannes ; CE, 1^{er} mars 2010, n° 318039, Sté Kanô*) ou, encore et plus précisément, sa continuité (*CE, 8 juill. 2002, Cne Cogolin ; BJCL, 2002, n° 7, p. 488, concl. P. Collin ; JCP A, 2002, p. 220, note J. Moreau*). Enfin, l'urgence a même pu être retenue en présence d'une volonté publique d'affecter le local irrégulièrement occupé (*TA Montpellier, 18 févr. 2003, Cne Montdardier ; LPA, 6 avr. 2004, p. 10, note G. Clamour et M. Ubaud-Bergeron*). Cette bienveillance n'est pas sans limites, l'étai juridictionnel s'étant sans doute resserré depuis quelques temps. Sur un aspect formel – mais les considérations de fond remontent alors à la surface –, le juge administratif exige en premier lieu que l'Administration justifie avec suffisamment de précisions l'urgence liée à la demande d'expulsion (*CE, 1^{er} févr. 2012, Padureanu ; AJDA, 2012, p. 1737, note N. Ach ; JCP A, 2012, n° 2325, chron. C. Chamard-Heim*). En second lieu, et au terme d'un contrôle exercé *in concreto*, le juge administratif semble aujourd'hui promouvoir l'exigence d'une urgence caractérisée, ce que traduit, par exemple, la nécessité de prouver un « *danger immédiat* » dans le cadre des travaux publics (*CE, 28 févr. 2019, n° 424005 ; Gaz. Pal., 9 mai 2019, n° 14, p. 14, note A. Minet-Leleu ; AJCT, 2019, p. 301, note Ph. Grimaud*) ou, lorsqu'un administré sollicite le juge pour faire sauvegarder son droit au respect de la vie privée, la gravité de l'atteinte alimentant la reconnaissance de l'urgence (*CE, 5 mars 2018, n° 414859 ; AJDA, 2018, p. 801, concl. A. Bretonneau*).

Au regard de cette grille de lecture un peu plus musclée qu'autrefois, la décision du Conseil d'État apparaîtra logique. En l'espèce, l'expulsion de l'association occupante avait été sollicitée... avant même l'arrivée à échéance de son titre d'occupation (le 1^{er} août) et bien avant que le service public municipal d'accueil de la petite enfance ne démarre son exécution (le 27 août). Au-delà, et comme le Conseil d'État le relaye dans sa motivation, il ressortait des éléments du dossier que l'association n'entendait, ni se maintenir dans les lieux – c'est du moins ce qu'un courrier adressé à la collectivité affirmait –, ni faire obstacle à l'ouverture au public du (nouveau) service public... autant d'éléments démontrant manifestement tant le défaut d'urgence que le défaut d'utilité de la mesure d'expulsion sollicitée.

Christophe Roux
Professeur de droit public
Université Jean Moulin – Lyon 3
IEA – EDPL (EA 666)