

RFDA

RFDA 2020 p.580

Jean-Marie Auby et les classifications en droit administratif des biens

Loïc Demeester, Doctorant à l'Université Toulouse I-Capitole, Institut d'Études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'environnement, (équipe d'accueil 1919)

« *Il est impossible de grouper l'ensemble des biens publics dans une catégorie juridique unique soumise à un même régime juridique, sans ménager entre ces biens aucune distinction* » (1).

Présenter la pensée de Jean-Marie Auby est un exercice difficile tant ses écrits sont riches, subtils et toujours très techniques. Cet article se limitera aux textes relatifs au droit administratif des biens. Outre son manuel, cet auteur a offert de très belles études sur le domaine privé(2), sur les immeubles affectés aux services publics(3), sur l'action domaniale(4) ainsi que sur les forêts domaniales(5).

Cet ensemble propose une réflexion globale sur la classification des biens publics et plus particulièrement sur la distinction entre le domaine public et le domaine privé.

Cette distinction est ancienne et connue de tous, il est donc inutile d'en présenter la genèse. Cependant, il faut signaler que même si elle est parfaitement établie, elle a été très tôt nuancée, notamment par Léon Duguit qui revient sur l'unicité du domaine public pour proposer sa désormais célèbre « échelle de domanialité publique » (6). Cette théorie répartit les biens du domaine public en six catégories selon leur degré de soumission au droit public.

La pensée de Jean-Marie Auby s'inscrit dans une perspective originale. Ses démonstrations ne nient pas l'existence de cette distinction traditionnelle(7) mais elles permettent d'insister sur la relativité des distinctions et des classifications en matière de droit domanial. Cette relativité guide les écrits de l'auteur(8). Même si le doyen Auby s'inscrit dans la ligne de pensée du doyen Duguit, il n'est pas un « duguiste » convaincu(9), et il va rapidement amender cette théorie de l'échelle. En effet, Jean-Marie Auby se montre critique sur deux principaux points. Même s'il relativise l'unité du domaine public, le doyen Duguit maintient la distinction entre les domaines et l'opposition traditionnelle entre la fonction d'intérêt général remplie par l'un et la fonction patrimoniale remplie par l'autre. Jean-Marie Auby s'oppose à ce critère de distinction puisqu'il n'aurait plus la signification que lui assignait la doctrine au début du XX^e siècle(10).

De plus, l'échelle de domanialité de Léon Duguit tente d'établir sa classification avec un nombre limité de catégories, et Jean-Marie Auby lui reproche de simplifier arbitrairement la réalité. Selon lui, « le régime domanial comporte une diversité extrême »(11) de catégories.

Cette diversité de régime à laquelle sont soumis les biens publics amène l'auteur à faire preuve d'une grande précaution face à toutes ces classifications. La distinction entre le domaine privé et le domaine public a certes le mérite de la clarté et possède un intérêt pédagogique certain(12), mais l'auteur refuse toute classification artificielle. Ainsi, Jean-Marie Auby entreprend dans ses écrits une étude d'une grande finesse, notamment par son approche du domaine privé. Ses études se construisent sur une analyse précise des fonctions, des régimes juridiques et contentieux des différents biens appartenant aux personnes publiques. À partir de cette équation, et grâce à deux exemples récurrents dans ses développements, le doyen Auby insiste sur le caractère superficiel de la distinction classique entre les deux domaines.

L'auteur prend l'exemple évocateur des forêts. Bien que présentant toutes les caractéristiques du domaine public, ce bien est une dépendance qui a été placée dans le domaine privé. Ensuite, les immeubles affectés au service public sont des biens qui se retrouvent tantôt dans le domaine public, tantôt le domaine privé et dont le critère de répartition est discutable.

Bon nombre d'auteurs ont établi des classifications relatives aux biens publics selon différents critères, des plus classiques aux plus élaborés. L'originalité du doyen Auby apparaît encore ici puisqu'il se garde bien de proposer

toute autre classification, et il adopte une position très nuancée sur cette distinction domaniale.

Cette lucidité l'amène également à relativiser sa propre position. Bien que l'échelle de domanialité soit une idée séduisante, il admet qu'elle n'est pas confirmée par les textes et par la jurisprudence. Toutefois, les évolutions de ces quinze dernières années amènent à redécouvrir sa théorie. L'adoption du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) a relancé les discussions sur une telle distinction. En effet, l'intitulé même du code semble revenir sur la dualité des domaines pour retenir une propriété publique. La distinction est assouplie et elle n'est maintenue que lorsqu'elle est utile à une bonne gestion et lorsqu'elle est nécessaire à l'accomplissement des finalités du bien. De plus, au fil des années le domaine public s'est hypertrophié et les régimes spéciaux se sont multipliés sans grand souci de cohérence.

Ainsi Jean-Marie Auby peut être considéré comme l'un des grands penseurs du droit administratif des biens. Il a enrichi la théorie de la domanialité et sa réflexion peut aider à trouver une cohérence d'ensemble aux évolutions contemporaines du droit des biens.

La relativité des critères de distinction entre les différents domaines est très rapidement mise en lumière par Jean-Marie Auby, et ce refus d'une distinction bipartite entre les biens des personnes publiques est le point de départ de la construction de sa définition fonctionnelle de la domanialité publique. Cette définition trouve aujourd'hui une résonance particulière.

La relativisation de la distinction entre les domaines

La distinction entre les domaines repose sur une équation assez simple fondée sur la fonction du bien et le régime auquel il est soumis.

Ainsi, en reprenant le raisonnement de Jean-Marie Auby, il est possible d'affirmer, d'une part, que la distinction selon la fonction n'est plus actuelle ; d'autre part, cette relativité concerne également le régime juridique et contentieux.

La relativité des fonctions assignées aux domaines

« Il ne s'agit plus dorénavant de distinguer les biens publics d'après leurs fonctions d'intérêt général ou patrimonial, puisque les biens dont le caractère d'intérêt général est certain figurent dans l'un ou l'autre des domaines »(13).

Traditionnellement, sont opposés aux biens du domaine public remplissant une fonction d'intérêt général, les biens du domaine privé qui rempliraient eux une fonction patrimoniale.

Les développements récents du droit montrent une confusion de plus en plus croissante des fonctions assignées aux domaines. Ainsi, d'abord, le domaine public remplit de plus en plus une fonction patrimoniale ; ensuite, on ne peut nier que certains biens du domaine privé remplissent également une fonction d'intérêt général.

La fonction patrimoniale du domaine public

Dès 1958, Jean-Marie Auby met en évidence la fonction patrimoniale du domaine public. Il relève qu'il existe « un nombre croissant d'hypothèse où le domaine public remplit également cette fonction patrimoniale »(14), notamment parce que ce domaine est une source de revenus(15). Selon le doyen Auby, les profits économiques effectués sur le domaine public ne sont pas fortuits, et sa gestion n'est pas totalement étrangère aux motifs économiques et aux considérations d'exploitation financière. Une fois ce constat établi, l'auteur s'empresse d'ajouter « qu'il ne faut pas exagérer la portée »(16) de cette idée. Cependant, s'il faut souligner la prudence de l'auteur, l'évolution contemporaine du régime du domaine public et plus généralement du droit administratif invite à revenir sur le constat de Jean-Marie Auby de la fonction patrimoniale du domaine public.

À la fin des années 80, l'administration doit affronter la nécessité de procéder à de nouveaux investissements, et elle insère la logique managériale dans la conduite de ses affaires(17). Cette logique économique a imprégné le droit(18), notamment le droit administratif(19), et particulièrement la gestion du domaine public(20).

Au fil des années, la perception de ce domaine a évolué. Dans sa conception classique, il est le support des

activités d'utilité publique par le biais de son affectation. Les règles applicables à ce domaine sont donc conçues pour le protéger, d'une part, vis-à-vis des particuliers, et d'autre part, vis-à-vis des largesses de l'administration. Toutefois, cette protection accordée au domaine public a rapidement converti ses dépendances en richesse contingentée. En effet, les opérateurs économiques ont su voir les potentialités économiques offertes par les dépendances du domaine public. Ces biens supports de l'utilité publique se sont alors doublés d'une fonction patrimoniale due à leur qualité de support essentiel pour l'épanouissement des activités économiques(21). La possibilité de constituer des droits réels sur le domaine public artificiel sans aucun critère d'intérêt général à remplir est une illustration éclatante. Cette recherche de valorisation semble avoir également plaidé en faveur de l'incorporation des ondes hertziennes au sein du domaine public légal. Cette solution tranche avec l'ancienne conception immobilière du domaine public. Elle a suscité la controverse avant d'être validée par le Conseil constitutionnel(22). Cette incorporation des ondes dans le domaine public semble avoir été un « moyen élégant et politiquement défendable »(23) pour s'approprier de tels biens immatériels et ainsi en retirer des profits.

L'adoption du CGPPP prend acte de ce dédoublement de la fonction du domaine public et les règles qui lui sont applicables oscillent entre la protection de l'affectation et leur valorisation économique(24). De plus, l'ordonnance du 19 avril 2017 renforce ce phénomène puisqu'en soumettant la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public aux exigences de mise en concurrence et aux règles de transparence, elle met en lumière l'attractivité économique des dépendances du domaine public.

Il ne faut pas s'attarder sur la valorisation du domaine public, qui est aujourd'hui très étudiée. Cependant, ces évolutions permettent d'apprécier l'actualité de la pensée de Jean-Marie Auby. Malgré la prudence qui caractérise ses écrits, il met en avant dès 1958, la dualité de fonctions qui existe dans la gestion du domaine public. L'auteur n'est pas l'unique défenseur de la dualité de fonctions du domaine public. Sa pensée s'inscrit dans un courant plus large regroupant de grands auteurs comme Marcel Waline(25) et André de Laubadère, qui n'hésitent pas à reconnaître que la gestion du domaine public est de plus en plus sensible à l'idée d'exploitation (26).

Ces deux finalités ne s'opposent pas ; elles coexistent dans des proportions variables selon les biens. Si la fonction d'intérêt général du domaine public est imprégnée d'une recherche patrimoniale, la réciproque semble également vraie.

La fonction d'intérêt général du domaine privé

L'une des originalités des écrits du doyen Auby concerne son intérêt pour le domaine privé, souvent délaissé par la doctrine tant publiciste que privatiste. Contrairement à une grande partie de la doctrine de l'époque, le professeur bordelais affirme que le domaine privé et sa gestion répondent à des considérations d'intérêt général. Grâce aux exemples choisis et à une démonstration minutieuse, la pensée de Jean-Marie Auby ne peut qu'emporter l'adhésion.

Un premier exemple doit être brièvement évoqué : la politique de circulation des biens du domaine privé est mise au service de l'intérêt général. Selon l'auteur, la politique d'achats immobiliers des personnes publiques peut servir à éviter toute spéculation et elle peut être mise au service d'une politique sociale pour faciliter l'accès à la propriété des particuliers(27). Dans le même ordre d'idées, il est possible de constater que les ventes d'immeubles du domaine privé sont bien souvent commandées par des nécessités budgétaires, ce qui imprime à ces opérations un caractère d'intérêt général(28). Ainsi la rationalisation de la gestion du domaine privé dans un but d'économie budgétaire a pu être reconnue comme relevant de l'intérêt général(29).

Le second exemple a particulièrement retenu l'attention du doyen Auby : la forêt.

Comme pour le doyen Duguit(30), le classement de ce bien si particulier parmi les dépendances du domaine privé a interrogé l'auteur. Selon lui, « les perspectives purement financières s'effacent derrière l'intérêt que présente l'implantation forestière pour la situation climatique ou hydraulique »(31). Il est possible de faire ressortir trois fonctions de la forêt(32). Ce bien remplit à la fois une fonction de loisir, une fonction de maintien des équilibres naturels, et une fonction de destination à l'intérêt général plus large qui peut être rattachée à la promotion d'une certaine qualité de vie. Devant l'urgence climatique et la multiplication de phénomènes météorologiques extrêmes, les propos tenus par Jean-Marie Auby trouvent une résonance particulière. Nul ne pourrait nier la fonction de conservation des sols, de protection des terres arables et de maintien de la salubrité de l'air que remplissent les forêts. Les services écosystémiques rendus par la forêt ne peuvent pas être seulement retenus dans une optique patrimoniale. À partir de cet exemple, le doyen Auby relève l'incohérence

théorique mais également pratique qui est réservée aux forêts.

Dans sa célèbre note sous la décision *Abamonte* (33) et à partir du constat de la fonction d'intérêt général que remplit ce bien, l'auteur s'étonne du refus du Conseil d'État de reconnaître l'appartenance au domaine public d'une forêt aménagée. Ce refus est d'autant plus surprenant que le Conseil reconnaît cette appartenance à des biens semblables(34). En guise de justification, Jean-Marie Auby avance l'idée qu'un changement de jurisprudence si établie conduirait pour le Conseil d'État à une reconnaissance de l'artificialité de la distinction.

Il faut ajouter que les fruits civils et les produits financiers issus de la gestion du domaine privé reçoivent la qualification de deniers publics, ce qui implique des règles de comptabilité spéciales et une destination de ces deniers à l'intérêt général. Il est surprenant qu'il ait été préféré de retenir le résultat immédiat de la gestion de la forêt plutôt que de privilégier, outre la fonction écologique et de loisirs, la destination finale des produits de cette exploitation.

La présence d'un intérêt général dans la gestion du domaine privé a été confortée à la possibilité offerte aux collectivités territoriales(35) de conclure des baux emphytéotiques administratifs, à condition que ces baux soient conclus dans un but d'intérêt général et ce même pour les dépendances du domaine privé.

Le dédoublement de l'État, agissant tantôt comme un propriétaire public tantôt comme un propriétaire privé, avec deux stratégies différentes de gestion relève de la pure fiction(36).

La relativité des éléments du régime des domaines

Cette relativité de la distinction ne semble pas concerner uniquement la fonction attribuée aux domaines. Cette relativité touche également aux régimes. En étudiant les différents régimes des biens, Jean-Marie Auby démontre d'abord que le régime du domaine public n'est pas unitaire ni uniquement soumis au droit public. Ensuite, la mixité du régime du domaine privé démontre que celui-ci n'est pas uniquement soumis au droit privé.

La diversité du régime du domaine public

L'idée d'échelle dans la pensée de Jean-Marie Auby se caractérise dans un premier temps par la relativité du droit applicable au domaine public. En effet, l'auteur démontre que toutes les dépendances de ce domaine ne sont pas soumises au même régime. De plus, ce régime ne comporte pas uniquement des éléments de droit public.

Dans son article sur la domanialité des immeubles affectés aux services publics, le doyen Auby s'appuie sur les écrits du doyen Bonnard et de Maurice Duverger pour établir qu'à l'intérieur d'une même catégorie, en l'occurrence le domaine public, il existe des différences de régimes concernant d'une part les biens affectés à l'usage de tous et d'autre part les biens affectés aux services publics. Ainsi, les premiers bénéficieraient d'une domanialité publique « pleine » et les seconds bénéficieraient d'une domanialité « restreinte ». Jean-Marie Auby illustre son propos grâce à la police de la conservation. Elle ne s'applique pas de manière uniforme à l'ensemble des biens publics mais seulement aux biens qui paraissent appeler ce régime. Par exemple, la protection pénale des immeubles affectés appartenant au domaine public est très limitée, contrairement à d'autres dépendances. Plus généralement, la protection répressive du domaine public est une protection polymorphe(37), qui va d'une grande spécificité de droit public à des régimes de protection supplémentaires oscillant entre spécificité et droit commun.

L'exclusion du domaine public naturel de la possibilité de constituer des droits réels sur le domaine public est une illustration supplémentaire de la différenciation qui peut exister entre les biens du domaine public.

Même si cette classification entre deux types de domanialité a le mérite de mettre en lumière la diversité des régimes du domaine public, elle n'est pas totalement satisfaisante(38). En effet, pour l'auteur, la diversité du régime des biens n'est pas réductible à deux catégories ni même à six comme le proposait le doyen Duguit.

À ce manque d'unité, le régime du domaine public est également marqué par le droit privé et la présence du juge judiciaire.

Dans sa réflexion sur la pertinence de la distinction entre le domaine public et le domaine privé, l'auteur relève la

présence d'éléments de droit privé pour le domaine public. La détermination de l'assiette des biens lui appartenant est un exemple de la graduation des règles exorbitantes applicables au domaine public. Elle répond généralement à des règles plus ou moins exorbitantes du droit privé. Cependant, pour certaines dépendances, Jean-Marie Auby émet l'idée que l'application de ces règles peut être écartée et que l'administration peut avoir recours aux bornages effectués en termes de droit privé(39). De plus, l'auteur relève que la jurisprudence a tendance à appliquer les charges légales inhérentes aux voisinages, lorsque « l'intérêt public ne commande pas »(40) de les écarter. De plus, le juge judiciaire peut intervenir pour la protection du domaine public. Il en va ainsi pour la protection du domaine routier, au sujet de laquelle le juge judiciaire est compétent. De plus, l'administration peut avoir recours au juge judiciaire pour l'action en réparation de l'atteinte portée au domaine routier(41). La protection de certains biens recourt également au juge judiciaire. C'est le cas avec l'article 322-3-1 du code pénal, qui accorde une protection supplémentaire aux biens mobiliers du domaine public.

Il est évident que le lien entre le droit privé et le domaine public, même s'il reste minime, mais le doyen Auby n'hésite pas à le qualifier de mixte. Il établit le même constat pour le domaine privé et le droit public.

La mixité du régime du domaine privé

L'un des défauts majeurs du domaine privé est son absence de définition, ou plus précisément sa définition négative par opposition au domaine public. Ce défaut a souvent conduit à définir la notion de domaine privé par rapport à son régime(42). Cependant, Jean-Marie Auby s'oppose à l'assimilation du domaine privé au droit privé. Selon lui, s'il est vrai que le droit privé occupe une place privilégiée dans le régime du domaine privé, ce régime est également marqué par le droit public. Cette liaison entre le domaine privé et le droit public est démontrable grâce au lien que le domaine privé entretient avec le service public, puis par l'exorbitance de certains éléments de son régime, et enfin par la présence du juge administratif dans le contentieux du domaine privé.

- Depuis longtemps, il est admis que le domaine privé peut être le siège d'activités de service public. La jurisprudence a reconnu que les activités qui visent la lutte contre les incendies sont un service public ayant pour siège le domaine privé(43). Il en va de même pour les activités de reboisement(44). Ainsi, pour reprendre l'exemple de la forêt, celle-ci a été reconnue comme pouvant être le siège d'un service public administratif(45).

Cependant, Jean-Marie Auby va plus loin dans la liaison entre le domaine privé et le service public. L'une des idées fortes de l'auteur est que la gestion du domaine privé est elle-même un service public. Le domaine privé n'en est plus seulement le siège mais sa gestion devient l'objet même du service public.

- Le service public se définit comme une activité gérée par ou pour une personne publique pour l'accomplissement d'une mission d'intérêt général et dont le régime comporte un certain degré d'exorbitance. À partir d'un raisonnement mathématique sous forme d'équation « fonction du bien, régime juridique exorbitant, compétence juridictionnelle », le doyen Auby entreprend donc sa démonstration. Les dépendances du domaine privé sont des biens qui appartiennent à l'administration et dont la gestion est réalisée directement par la personne publique (France domaine devenu la Direction de l'immobilier de l'État) ou pour son compte (Office national des forêts par exemple). De plus, l'auteur refuse l'attribution d'une simple fonction patrimoniale au domaine privé et sa gestion se fait selon des considérations d'intérêt général. Enfin, il effectue un examen minutieux du régime juridique du domaine privé. Ce régime est marqué par le droit public et l'exorbitance.

D'une part, l'exorbitance se retrouve tant au niveau de la constitution du domaine privé qu'au niveau de sa gestion.

La constitution de ce domaine est marquée par l'exorbitance pour l'acquisition des biens et pour leur aliénation. L'administration peut bien évidemment avoir recours aux procédés de droit privé mais elle peut également avoir recours à des procédés exorbitants comme l'acquisition forcée ou encore comme la succession en déshérence. Le caractère exorbitant de la succession en déshérence peut être discuté. Cependant, il est possible de le considérer comme la suite du droit de l'État souverain sur les biens vacants et sans maître. Dans ce mécanisme, l'État n'est pas un héritier comme un autre puisqu'il n'est pas possible de le déshériter. De plus, en cas de succession d'un ressortissant étranger, l'État héritier est celui dans lequel se trouvent les biens et non l'État d'origine du légataire.

L'aliénation du domaine privé n'échappe pas à l'exorbitance du régime. Il existe des principes communs aux dépendances du domaine public et du domaine privé. Toutes les dépendances publiques ne peuvent pas faire l'objet d'aliénation à titre gratuit, et elles sont également toutes soumises au principe d'insaisissabilité.

L'insaisissabilité et l'impossibilité de les aliéner en dessous de leur valeur sont des principes communs aux propriétés publiques(46).

L'application des principes d'inaliénabilité générale et d'imprescriptibilité n'est pas reconnue pour le domaine privé. Cependant, certains biens peuvent profiter de cette protection exorbitante. Il s'agit notamment des forêts dont l'aliénation est interdite sauf autorisation législative. De plus, les immeubles classés monuments historiques appartenant à l'administration sont imprescriptibles pour les protéger de l'acquisition des tiers.

D'autre part, la gestion du domaine privé n'est pas étrangère à une certaine publicisation. Quantitativement, la gestion du domaine privé est marquée par le droit privé. Toutefois les hypothèses d'exorbitance de ce régime ne sont pas sans importance. Le domaine privé est soumis tant à l'exorbitance positive que négative.

Il profite de certains privilèges inhérents aux personnes publiques comme la prescription quadriennale des dettes administratives ou la faculté d'user du pouvoir réglementaire en matière administrative. Cette faculté d'user du pouvoir réglementaire sur le domaine privé est une preuve de « l'irréductible puissance publique qui préside à la gestion de leur domaine privé par les personnes publiques »(47).

Le domaine privé est également soumis à une exorbitance négative, par exemple dans le régime juridique des produits financiers issus de cette gestion. De plus, il existait des interrogations quant à la relation entre le domaine privé et son utilisation par les tiers. L'utilisation par une autre personne publique ou par un agent public ne soulève pas de difficulté particulière : elle sera régie par le droit public(48). La difficulté réside dans l'utilisation du domaine privé par un particulier. Le doyen Auby s'interroge sur la nature privée du contrat portant occupation du domaine privé. Le caractère de droit privé d'un contrat portant sur l'utilisation du domaine privé est-il un principe général ou traduit-il simplement l'intention de l'administration de se soumettre dans des cas particuliers à un régime juridique privé ? L'auteur considère que la soumission au droit privé de ces contrats d'occupation n'est pas déduite de l'objet du contrat, c'est-à-dire le domaine privé, mais elle est déduite du contenu même du contrat, c'est-à-dire l'absence d'association de l'utilisateur à l'exécution d'un service public ou l'absence de clause exorbitante suffisante pour qualifier l'acte de contrat de droit public(49). Cette hypothèse aurait pu rester anecdotique car l'interprétation extensive de l'aménagement spécial entraînait le classement de cette dépendance dans le domaine public. Or aujourd'hui, l'exigence d'un aménagement indispensable devrait contribuer à une multiplication de ces cas de figure et ainsi confirmer l'hypothèse du doyen Auby(50).

- Jean-Marie Auby tire la même conclusion pour la répartition de la compétence juridictionnelle. Selon lui, il faut « écarter l'idée selon laquelle le domaine privé donne lieu à un bloc de compétence au profit de l'autorité judiciaire »(51). Il prend notamment l'exemple du régime de responsabilité du fonctionnaire du fait d'un acte de gestion domaniale. Le juge judiciaire ne connaît de cette responsabilité que si le dommage résulte d'une faute personnelle. En cas de faute de service, le juge administratif est naturellement compétent.

La compétence du juge administratif se retrouve dans les mécanismes de protection de droit public du domaine privé. Il s'agit ici de la possibilité pour l'administration d'expulser d'office les occupants du domaine privé, sous conditions établies par la jurisprudence, ou encore pour les expulsions prononcées par le juge administratif lui-même(52).

Cette compétence administrative relevée très tôt par Jean-Marie Auby est croissante. Au vu de l'évolution de la notion de service public, et de la place qu'ont prise les personnes privées dans la gestion des services publics, rien ne s'oppose à ce que l'État, si l'on considère qu'il agit en tant que propriétaire privé dans la gestion de son domaine privé, gère un service public. Selon l'équation du doyen Auby, cette hypothèse aboutirait à la compétence du juge administratif sans un grand bouleversement(53).

De plus, la jurisprudence retient une conception de plus en plus extensive des actes détachables dans la gestion domaniale. L'extension de la théorie de l'acte détachable aux actes non réglementaires lorsqu'ils sont liés à un contrat permet au juge administratif d'être de plus en plus présent dans le contentieux du domaine privé.

Traditionnellement, ces actes ne sont pas considérés comme détachables puisqu'ils ne mettent pas en oeuvre des prérogatives de puissance publique. *A contrario*, si les actes non réglementaires mettent en oeuvre des prérogatives de puissance publique, alors le juge administratif sera compétent pour connaître de ces actes de gestion du domaine privé(54). Ce caractère détachable se déduit par exemple grâce à la présence de clauses exorbitantes suffisantes pour les considérer comme l'expression de prérogatives de puissance publique.

Il existe donc un éclatement juridictionnel du contentieux qui concerne le domaine privé(55), où le juge administratif n'est pas totalement absent.

Ainsi à partir de l'équation « fonction, régime et compétence juridictionnelle », le doyen Auby déduit que la gestion du domaine privé est un service public à gestion privée, à l'image du service public industriel et commercial, et que cette gestion est soumise à un régime juridique mixte.

Même si certains auteurs ont souligné les bienfaits de la théorie de la gestion du domaine privé comme service public, cette solution n'a jamais été suivie par la jurisprudence et elle a pu être critiquée par la doctrine(56).

Cependant, que l'on adhère à la démonstration du doyen Auby ou non, cette vision a le mérite de mettre en évidence la relativité de la distinction entre le domaine public et le domaine privé. De plus, ces écrits permettent d'enrichir la réflexion sur l'échelle de domanialité et ses potentielles évolutions.

La définition fonctionnelle de la domanialité publique

À partir de cette démonstration qui semble s'être confortée avec le temps, le doyen Auby établit sa propre théorie de l'échelle de domanialité. D'une part, celle-ci est étendue à l'ensemble des biens publics pour une application distributive de la domanialité ; d'autre part, cette même échelle pourrait être étendue à un ensemble de biens plus vaste.

L'application distributive du régime de domanialité publique aux biens publics

« Il s'agit de placer à part et de soumettre à un régime spécial les biens dont la conservation et l'utilisation sont indispensables à l'administration et qui, du fait de leur adaptation particulière, ne peuvent aisément être remplacés »(57).

La distributivité est une règle mathématique qui permet de simplifier l'écriture d'une équation en regroupant une somme d'éléments autour de leur facteur commun. Cette règle inspire la pensée de Jean-Marie Auby.

D'abord, l'auteur semble dissocier les notions de domaine public et de domanialité publique, afin d'appliquer ensuite les règles les plus pertinentes selon les besoins du bien.

La dissociation entre le domaine public et la domanialité publique

« Ce que l'on appelle le régime de domanialité publique - on devrait dire plutôt le régime exorbitant applicable aux biens publics - ne constitue en aucune matière un ensemble applicable en bloc à une catégorie de biens, mais une série de règles qui peuvent jouer indépendamment les unes des autres, chaque catégorie étant soumise à un nombre variable de ces règles »(58).

Deux grandes idées se dégagent de cette citation : d'abord, il est possible de dissocier le domaine public de la domanialité publique, puis cette échelle de domanialité est à géométrie variable.

Après la distinction entre les fonctions assignées aux différents domaines, cette dissociation du domaine public et de la domanialité publique est le deuxième point de désaccord entre Jean-Marie Auby et Léon Duguit.

Pour Léon Duguit, l'échelle de domanialité s'établit entre les biens du domaine public qu'il répartit entre six catégories allant de la plus exorbitante à la moins publicisée. Certes, ce constat est repris par le doyen Auby lorsqu'il étudie la diversité du régime applicable aux biens du domaine public mais l'auteur se montre plus innovant par rapport à son prédécesseur bordelais.

En effet, la mixité du régime du domaine privé le conduit à dépasser la liaison traditionnelle entre le domaine public et la domanialité. Ainsi, l'échelle duguiste doit être complétée et elle doit s'appliquer à l'ensemble de la propriété publique.

Les notions de domaine public et de domanialité publique ne seraient donc pas synonymes. Elles se recoupent, voire elles se superposent souvent, mais elles ne se confondent pas totalement. Pour Jean-Marie Auby, la domanialité doit être entendue comme « le régime exorbitant » qui s'applique à l'ensemble des « biens publics » indépendamment de la catégorie à laquelle ils appartiennent. Il prend l'exemple de l'article 537 du code civil, qui

ne prend pas en compte la distinction entre le domaine public et le domaine privé ; cet article dispose que des règles particulières s'appliquent pour l'ensemble de ces biens. Selon l'auteur, si ce n'est l'unité du domaine(59), le code civil maintenait au moins un certain degré d'exorbitance pour l'ensemble des dépendances publiques. Cependant, il ne souscrit pas à l'absorption du domaine privé par le domaine public qui a pu être proposée(60). Le doyen Auby différencie le domaine public qui est une catégorie de bien et la domanialité qui est un régime. La domanialité est entendue ici comme, non pas un régime de propriété, mais comme un régime fonctionnel (61).

Cette domanialité n'est pas un bloc applicable à une catégorie de biens. L'échelle proposée par l'auteur est à géométrie variable. Comme à son habitude, Jean-Marie Auby rejette l'idée de bloc(62) dans l'application des règles de la domanialité. Ce régime exorbitant est présenté comme « une série de règles qui peuvent jouer indépendamment les unes des autres ». À partir de ce constat, une répartition à partir de l'exorbitance du régime est alors impossible, puisque celle-ci est de degrés différents selon l'angle d'analyse envisagé : le régime juridique, la protection pénale ou le régime contentieux. Ainsi, toute classification d'un bien ne s'opèrerait plus sur la base de sa fonction ou de sa nature mais en fonction de la règle exorbitante envisagée : par exemple, une classification entre les biens compatibles avec la constitution de droit réels qui inclurait une majorité de biens publics et qui exclurait le domaine public naturel, ou bien une classification selon la protection pénale accordée au bien.

Ainsi, selon la pensée de l'auteur, une systématisation en deux ou même en plusieurs catégories semble alors très difficile, voire impossible.

Néanmoins, cette distributivité s'opère selon une logique bien précise : la clef de répartition des règles de la domanialité s'applique selon Jean-Marie Auby selon les besoins du bien(63).

La répartition des règles de domanialité selon les besoins du bien

« Cette application distributive des règles domaniales est commandée dans les grandes lignes par le principe suivant. Le législateur ou la jurisprudence, pour chaque catégorie de biens publics, font appel aux règles exorbitantes qui leur paraissent nécessaires pour assurer la protection de ces biens »(64).

La domanialité publique, comme régime exorbitant, permet donc de protéger le bien selon ses besoins. Ces besoins sont multiples mais ils se regroupent autour de la notion de valeur. Il est possible de retenir trois types de valeurs : la valeur économique, la valeur-utilité et la valeur-rareté. La valeur économique du bien peut être protégée par les règles de la domanialité, comme en témoigne la règle de l'inaliénabilité qui le protège contre la convoitise des opérateurs économiques. Toutefois, ce sont la valeur-utilité et la valeur-rareté qui doivent retenir l'attention.

La valeur-utilité renvoie à l'idée que les biens publics remplissent une fonction d'intérêt général et que cette fonction doit être protégée. Cette idée est classique pour le domaine public : la domanialité publique s'applique car les biens sont affectés à l'usage du public ou aux services publics. Deux réflexions doivent être faites sur ce point.

Premièrement, comme le démontre le doyen Auby, l'affectation ne concerne pas uniquement les biens du domaine public. Les immeubles affectés du domaine privé bénéficient également de cette protection. L'étude du régime juridique de ces immeubles montre que leur sont appliquées des règles exorbitantes très proches de celles utilisées pour les immeubles du domaine public. Selon le doyen Auby, « l'affectation donnée dans l'intérêt général à un immeuble interdit l'aliénation de cet immeuble tant que l'affectation subsiste »(65).

La centralité de l'affectation dans la protection exorbitante du droit commun a été confirmée par le droit positif. En 2001, le législateur procède au déclassement(66) des biens du service public industriel et commercial La Poste. Ces biens intègrent le domaine privé. Cependant, ce déclassement s'est accompagné de la création d'un régime exorbitant très proche de celui des biens du domaine public pour protéger leur affectation(67).

Deuxièmement, l'utilité d'un bien ne se résume pas à son affectation. Elle n'est qu'une partie de l'utilité. Les critères de l'affectation à l'usage de tous ou au service public sont des critères vieillissants(68). L'utilité doit se concevoir dans une perspective plus large. L'application de la domanialité doit protéger les biens publics pour leur permettre d'être le support de libertés et de droits fondamentaux(69). Cette perspective permettrait de redonner un peu de cohérence à l'application des règles de domanialité, notamment pour les forêts. Ces biens

doivent profiter des règles de domanialité publique car ils permettent l'exercice de libertés comme la liberté d'aller et venir. La forêt permet également la garantie de droits fondamentaux comme le droit de vivre dans un environnement sain et équilibré grâce aux services écosystémiques qu'elle rend à la communauté.

Cependant, la protection de la valeur-utilité des biens publics ne doit pas conduire à appliquer les règles de domanialité à l'ensemble des biens publics. La domanialité doit également protéger une autre valeur.

À ces éléments s'ajoute la valeur-rareté. Les biens publics doivent bénéficier du régime exorbitant de la domanialité publique quand ils ne sont pas aisément remplaçables. Cette protection de la valeur-rareté est une idée intéressante concernant la nature de l'aménagement du bien affecté au service public. Après 2006, l'aménagement exigé n'est plus spécial mais il est indispensable. Ce changement a souvent été analysé comme une volonté du législateur délégué de réduire l'hypertrophie du domaine public qui résultait d'une interprétation laxiste de la part de la jurisprudence de la nature spéciale de l'aménagement. Le caractère indispensable de l'aménagement peut être également envisagé dans une lecture compatible avec la pensée de Jean-Marie Auby. Le bien bénéficie de la domanialité publique car il possède une valeur-utilité mais aussi car il serait difficilement remplaçable pour le bon fonctionnement du service public.

Cette protection de la valeur-rareté justifie également la différence de traitement entre les biens artificiels et les biens naturels face à la constitution de droits réels.

De plus, grâce à la théorie aubyiste de la domanialité publique, la valeur-rareté du bien aurait pu servir pour résoudre le problème des biens mobiliers. Il y eu de longues hésitations concernant l'incorporation de certains biens mobiliers au domaine public. Cette incorporation tranche avec la conception traditionnelle du domaine public comme un ensemble de biens immobiliers. Même s'ils ne sont pas étrangers à l'idée d'affectation, ces biens mobiliers ne sont pas nécessairement affectés à l'usage de tous ni même aménagés pour le service public. Ils ne répondaient donc pas aux critères du domaine public administratif. Or, selon l'échelle de domanialité revisitée par Jean-Marie Auby, les règles exorbitantes doivent s'appliquer à ces biens indépendamment de leur rattachement au domaine public puisque ces biens présentent une utilité culturelle indéniable mais ils sont aussi irremplaçables du fait de leurs caractéristiques.

Enfin, l'imprescriptibilité des immeubles classés monuments historiques qui appartiennent au domaine privé tend à appuyer cette position. Il leur est appliqué un mécanisme de protection contre l'occupation des tiers, qui est traditionnellement l'apanage du domaine public. Dans ce cas précis, ce n'est pas son affectation à l'usage de tous ou même son lien avec le service public que l'on va venir protéger, mais bien son utilité culturelle et sa rareté. Ainsi seuls les biens utiles à l'intérêt général et non duplicables rapidement et à un coût raisonnable doivent faire l'objet d'une protection particulière.

Malgré son enrichissement de la théorie de l'échelle et la pertinence de celle-ci, l'apport de la vision aubyiste de l'échelle de domanialité a été parfois qualifiée d'insuffisante voire de dépassée puisqu'elle ne concernerait que les biens publics⁽⁷⁰⁾. Toutefois, ces critiques ne semblent pas être totalement fondées.

La possible extension du régime de domanialité publique à l'ensemble des biens

Entendue comme un régime fonctionnel, Jean-Marie Auby évoque à deux reprises la possibilité d'étendre la domanialité publique aux biens privés. D'abord, le droit positif a confirmé les intuitions du doyen Auby ; ensuite, sa pensée peut être interprétée pour relancer la réflexion sur la dissociation des notions de propriété publique et de domanialité publique.

L'application de la domanialité publique aux biens des personnes privées

« Il est certain, en effet, qu'un bien appartenant à une personne privée ne peut, en l'état actuel du droit français, relever de la domanialité publique »⁽⁷¹⁾.

Il existe des régimes applicables aux biens des personnes privées qui se caractérisent par une quasi-domanialité.

Il est possible de citer un exemple cher à Jean-Marie Auby : les forêts. En effet, les propriétaires privés

n'échappent pas à l'application d'un régime exorbitant lorsqu'ils possèdent une forêt ou un bois. À cet exemple classique que le doyen Auby n'a pas manqué de relever, l'évolution du droit administratif français en a ajouté bien d'autres.

Tout d'abord, il y a eu la multiplication des régimes sur-mesure après la mutation de certaines personnes publiques en personnes privées. La loi du 26 juillet 1996 relative à France Télécom(72) a transformé cette entité, entreprise nationale, en personne privée. Cette transformation s'est accompagnée d'un déclassement des biens qui lui appartenaient. Cette loi a permis d'alléger les règles qui pesaient sur France Télécom quant à la gestion de ses propriétés(73). Cependant, le déclassement s'est également accompagné d'une limitation dans la gestion des biens de cette personne privée. Le régime a été aménagé pour garantir le respect du « cahier des charges » (74) par l'entreprise, c'est-à-dire pour garantir l'affectation des biens afin d'assurer la continuité du service public. Dans la décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996(75), le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité de la loi sous réserve qu'elle aménage un régime qui permette de « veiller strictement au respect par l'entreprise France Télécom des principes constitutionnels régissant le service public, notamment dans la gestion des biens transférés »(76). Ainsi, ce propriétaire est limité dans la gestion de ses biens par le principe de continuité des services publics et par un régime exorbitant du droit commun. Cet exemple concerne un cas bien particulier d'une mutation d'un propriétaire public en un propriétaire privé.

Par ailleurs, dans son avis de 1989 *TGV Sud-Est* (77), le Conseil d'État admet la validité du financement par crédit-bail de certaines infrastructures seulement si cette possibilité est assortie « des précautions propres à garantir la pérennité de l'affectation des biens en cause »(78). D'ailleurs, il est possible d'élargir cette solution qui concerne les biens affectés au service public à l'ensemble des biens lorsqu'ils sont le support de l'exercice d'une liberté publique(79).

Ainsi, l'émergence de ces régimes sur-mesure a souvent été dénoncée pour son manque de cohérence. Cette cohérence peut être trouvée dans la réflexion de Jean-Marie Auby. Cette domanialité, ou quasi-domanialité, est distincte du domaine public et elle ne constitue pas un bloc. Ces règles se distribuent en fonction de la valeur-utilité et de la valeur-rareté du bien comme dans les cas étudiés ou comme en témoigne la règle de l'insaisissabilité des oeuvres d'art des personnes privées dans les collections muséales. Comme le relève Etienne Fatôme, l'étude des bases constitutionnelles du droit du domaine public conduit à l'affirmation d'une échelle de domanialité(80), celle-ci est dans la continuité de la pensée du doyen Auby et elle semble pouvoir s'appliquer dans une certaine mesure aux biens privés. Cette possibilité soulève des questions nouvelles comme en témoignent les questionnements autour du domaine public transparent(81).

Ainsi la pensée de l'auteur permet de relancer les réflexions sur une éventuelle disparition du triptyque : propriété publique, domaine public, domanialité publique.

La réflexion autour d'une dissociation entre propriété publique et domanialité publique

« Plus logique aurait été la solution suggérée par Duguit d'une "échelle de domanialité" dans laquelle les règles domaniales exorbitantes seraient appliquées selon les besoins aux biens publics (voire aux biens privés) »(82).

Même si l'application de la domanialité publique aux biens des personnes privées n'est pas clairement développée par le doyen Auby, l'auteur ne semble pas totalement réfractaire à cette idée.

Avec une dissociation entre la domanialité et la propriété publiques, plus qu'une échelle de domanialité, il s'agirait d'une échelle d'exorbitance à degrés variables pour protéger certains biens appelant une modulation de leur régime.

Son interprétation de l'échelle peut être alors reprise non pas dans la théorie du droit des propriétés des personnes publiques mais bien dans une théorie du droit administratif des biens. Ce droit serait donc un droit exorbitant du droit privé applicable à l'ensemble des biens, publics ou privés, pour assurer la protection de leur utilité et de leur rareté. Ces besoins ou ces valeurs du bien seront à même de déclencher l'application de règles exorbitantes pour le protéger.

En effet, la combinaison de la thèse de Jean-Marie Auby et de l'analyse de René Capitant dans sa note sous l'arrêt *Commune de Barran* (83), permettrait un redéploiement des bienfaits de la domanialité publique sans pour autant alourdir la gestion des biens qui ne nécessitent pas un tel régime.

De plus, cette vision ouvre des perspectives de réflexions sur le rôle que peut remplir une application distributive dans la réception en droit français de la notion de bien commun. Une thématique qui aurait certainement retenu l'attention du doyen Auby.

Toutefois, une telle dissociation entre propriété publique et domanialité publique pose la question de son utilité. L'application d'un régime exorbitant aux biens privés est-elle l'unique solution pour protéger leur utilité et leur rareté ? Grâce à ses pouvoirs de police et de contrôle du secteur privé, l'administration pourrait se passer d'une telle domanialité publique sur les biens privés⁽⁸⁴⁾. La réflexion reste ouverte et les réponses à apporter sont toujours en élaboration.

Plus d'un demi-siècle après les premiers écrits de Jean-Marie Auby concernant la classification des biens dans l'un ou l'autre des domaines, sa pensée reste d'actualité et illustre parfaitement la complexité et les difficultés du droit administratif des biens.

Que ses intuitions se soient confirmées ou infirmées, elles nous invitent à adopter la même démarche que lui face à la question de la distinction du domaine privé et du domaine public : la prudence et l'analyse critique face aux constructions doctrinales.

Mots clés :

THEORIE DU DROIT * Jean-Marie Auby

(1) J.-M. Auby, « Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public », *in Mélanges Laborde-Lacoste*, Bordeaux, Bière, 1963, p. 11.

(2) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », EDCE, 1958, p. 35.

(3) J.-M. Auby, « Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public », *loc. cit.*, p. 11.

(4) J.-M. Auby, « L'action domaniale », AJDA 1983. 507.

(5) CE, 28 nov. 1975, n° 90772, *Office national des forêts c/ Abamonte c/ CPAM de la Haute-Saône*, Lebon p. 602 ; D. 1976. 355, note J.-M. Auby.

(6) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, de Boccard, T. III, 2^e éd., 1923, p. 351.

(7) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *loc. cit.*, p. 56.

(8) Les contributions sur le domaine privé et l'article sur les immeubles se terminent toutes les deux par les mots « relatif » et « relativité ».

(9) F. Melleray, « L'échelle de domanialité », *in Mélanges Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 291.

(10) J.-M. Auby, « Le problème des immeubles affectés au service public », *loc. cit.*, p. 27.

(11) *Ibid.*, p. 28.

(12) J. Morand-Deville, « Les performances de la domanialité publique : critères, consistance, utilisations », in Association française pour la recherche en droit administratif, *Performance et droit administration*, Paris, Litec, 2010, p. 211.

(13) J.-M. Auby, « Le problème des immeubles affectés au service public », *loc. cit.*, p. 18.

(14) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *loc. cit.*, p. 36.

(15) M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1950, p. 479.

(16) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *loc. cit.*, p. 39.

(17) J. Morand-Deville, « La valorisation du patrimoine public », in *Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 273-292.

(18) Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

(19) AFDA, *La performance et le droit administratif*, Paris, Litec, 2010.

(20) J. Morand-Deville, « Les performances de la domanialité publique : critères, consistance, utilisations », *loc. cit.*, p. 212-217.

(21) S. Nickinsi, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », in *Mélanges J. Morand-Deville*, Paris, LGDJ, 2007, p. 666.

(22) Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*.

(23) N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, Paris, LexisNexis, 3^e éd., 2015, p. 90.

(24) S. Nickinsi, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », *loc. cit.*, p. 659.

(25) M. Waline, *op. cit.*, p. 479 : L'auteur est moins tranché sur la fonction patrimoniale du domaine public. Cependant, l'auteur admet que le domaine public possède une valeur vénale incontestable et que cette valeur est latente.

(26) A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1970, p. 117-118 : L'auteur reconnaît que la distinction entre les deux domaines repose sur des critères qui peuvent être discutés. Par exemple, l'auteur parle de « dégradé » de règles exorbitantes applicables aux biens des personnes publiques. De plus, selon lui, le domaine public qui était conçu comme hors du commerce tend de plus en plus à « être davantage aperçu sous l'angle d'une richesse collective où l'idée d'affectation laisse, à côté d'elle, une place à celle d'exploitation ». Cet auteur fait d'ailleurs expressément référence aux écrits de J.-M. Auby.

- (27) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *loc. cit.*, p. 41.
- (28) M. Deguerque, « Domanialité privée et compétence administrative. Retour sur un contentieux tourmenté », in *Mélanges Boivin*, Paris, La mémoire du droit, 2012, p. 480.
- (29) CAA Nantes, 27 mars 2007, n° 05NT00521, *Jolivet*, Lebon T. p. 705-859 ; AJDA 2007. 1457, chron. D. Artus ; *ibid.* 2103.
- (30) Léon Duguit, *op. cit.*, p. 363.
- (31) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *loc. cit.*, p. 41.
- (32) J. Lamarque, *Droit et protection de la nature et de l'environnement*, Paris, LGDJ, 1973, p. 431 s., cité par J.-M. Auby.
- (33) CE, 28 nov. 1975, n° 90772, *Office national des forêts c/ Abamonte c/ CPAM de la Haute-Saône*, Lebon p. 602 ; D. 1976. 355, note J.-M. Auby.
- (34) CE, 14 juin 1972, n° 84967, *Dauphin*, Lebon p. 442.
- (35) Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation.
- (36) M. Deguerque, « Domanialité privée et compétence administrative. Retour sur un contentieux tourmentée », *loc. cit.*, p. 471.
- (37) N. Foulquier, *op. cit.*, p. 265.
- (38) Par ex., la protection pénale pour les édifices du culte est écartée, bien qu'ils soient affectés à l'usage de tous.
- (39) J.-M. Auby, « Le problème des immeubles affectés au service public », *loc. cit.*, p. 21.
- (40) *Ibid.*, p. 22.
- (41) Ordonnance n° 58-1351 du 29 déc. 1958 citée par J.-M. Auby, « L'action domaniale », AJDA 1983. 513.
- (42) M. Deguerque, « Domanialité privée et compétence administrative. Retour sur un contentieux tourmenté », *loc. cit.*, p. 471.
- (43) CE, 3 nov. 1950, *Giudicelli*, Lebon p. 534.

(44) CE, 20 avr. 1956, n° 33961, *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*, Lebon p. 168.

(45) CE, 28 sept. 1988, n° 45165, *Office national des forêts c/ M^{lle} Dupouy*, Lebon p. 317 ; D. 1990. 32, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; AJDA 1989. 47, note J.-M. Auby.

(46) P. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997.

(47) M. Deguegue, « Domanialité privée et compétence administrative. Retour sur un contentieux tourmenté », *loc. cit.*, p. 482 : « La jurisprudence sur la détachabilité des règlements de police pris sur le domaine privé est justifiée, non pas par la nature de l'acte, mais par son objet et par la volonté du juge de prendre en compte l'irréductible puissance publique qui préside à la gestion de leur domaine privé par les personnes publiques ».

(48) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *loc. cit.*, p. 54.

(49) *Ibidem*, p. 53.

(50) N. Foulquier, *op. cit.*, p. 134 ; v. égal., CE, 19 nov. 2010, n° 331837, *Office national des forêts c/ Girard-Mille*, Lebon p. 448 ; AJDA 2011. 281, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 2010. 2242 ; AJCT 2011. 141, obs. G. Clamour ; T. confl., 22 nov. 2010, n° 3764, *Société Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, Lebon p. 590 ; AJDA 2010. 2288 ; *ibid.* 2423, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; JA 2011, n° 433, p. 12, obs. C. Biget ; RDI 2011. 450, obs. P. Caille.

(51) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration », *loc. cit.*, p. 54.

(52) N. Foulquier, *op. cit.*, p. 177-178.

(53) M. Deguegue, « Domanialité privée et compétence administrative. Retour sur un contentieux tourmenté », *loc. cit.*, p. 481.

(54) *Ibid.*, p. 483 à propos de l'arrêt T. confl., 24 oct. 1994, n° 2922, *Duperray et SCI « Les Rochettes »*, Lebon p. 606 ; RDI 1995. 93, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé.

(55) M. Deguegue, « Domanialité privée et compétence administrative. Retour sur un contentieux tourmenté », *loc. cit.*, p. 469.

(56) C. Lavialle, « L'acte de gestion domaniale », *in Mélanges Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 270.

(57) J.-M. Auby, « Le problème des immeubles affectés au service public », *loc. cit.*, p. 18.

(58) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *loc. cit.*, p. 57.

(59) J.-M. Auby, « Le problème des immeubles affectés au service public », *loc. cit.*, p. 11.

(60) Pour un exemple récent : M.-A. Latournerie, *Point de vue sur le domaine public*, Paris, Montchrétien, 2004, p. 89.

(61) Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif des biens*, 15^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 39.

(62) V. ses développements sur l'idée de bloc de compétence du juge judiciaire dans J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *loc. cit.*, p. 48 notamment.

(63) CE, 28 nov. 1975, n° 90772, *Office national des forêts c/ Abamonte c/ CPAM de la Haute-Saône*, Lebon p. 602 ; D. 1976. 356, note J.-M. Auby.

(64) J.-M. Auby, « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *loc. cit.*, p. 57.

(65) J.-M. Auby, « Le problème des immeubles affectés au service public », *loc. cit.*, p. 26.

(66) Loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

(67) F. Melleray, « L'échelle de domanialité », *loc. cit.*, p. 298.

(68) J. Morand-Deville, « Les performances de la domanialité publique : critères, consistance, utilisations », *loc. cit.*, p. 219.

(69) *Ibid.*

(70) S. Nickinsi, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », *loc. cit.*, p. 659.

(71) J.-M. Auby, « Le problème des immeubles affectés au service public », *loc. cit.*, p. 15.

(72) Loi n° 96-660 du 26 juill. 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom.

(73) F. Melleray, « L'échelle de domanialité », *loc. cit.*, p. 299 : ce déclassement a notamment permis à l'entreprise nationale de procéder à des ventes importantes afin de réduire son endettement.

(74) L'art. 23-I dans la loi n° 90-568 du 2 juill. 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications issu de l'art. 4 de la loi de 1996 a été abrogé par la loi n° 2003-1365.

(75) Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, AJDA 1996. 694, note O. Schrameck ; D. 1998. 151, obs. F. Mélin-Soucramanien ; RFDA 1996. 909, étude J. Chevallier ; *ibid.* 1124, note C. Lavalie.

(76) Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom préc.*, consid.

6.

(77) CE, avis, 30 mars 1989, n° 345332, *TGV Sud-Est*.

(78) La même solution a été retenue dans la décision Cons. const., 22 août 2002, n° 2002-460 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, AJDA 2002. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau ; D. 2003. 1125, obs. D. Ribes.

(79) Y. Gaudemet, « Libertés publiques et domaine public », in *Mélanges Robert*, Paris, LDGJ 1998. 125 ; Étienne Fatôme, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », AJDA 2003. 1192, spéc. 1196.

(80) É. Fatôme, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *loc. cit.*, p. 1200.

(81) N. Foulquier, « Le domaine public transparent », in *Mélanges Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011, p. 141.

(82) CE, 28 nov. 1975, *Office nationale des forêts c/ Abamonte*, préc., D. 1976. 355, note J.-M. Auby.

(83) CE, 17 févr. 1932, *Commune de Barran*, D. 1933. 49, note R. Capitant.

(84) S. Nickinsi, « Le domaine public : de la crise à la reconstruction », in *Mélanges J. Morand-Deville*, Paris, LGDJ, 2007, p. 661.

Copyright 2020 - Dalloz – Tous droits réservés