

## AJDA 2023 p.109

**Mise en concurrence des titres privatifs et asymétrie domaniale**

Retour gagnant au (palais du) Luxembourg ; Mêlée fermée à l'hôtel (du palais) de Biarritz

Christophe Roux, Professeur de droit public, directeur de l'EDPL, Université Jean-Moulin - Lyon 3

**L'essentiel**













Par deux décisions du 2 décembre 2022 puisant pourtant aux mêmes sources européennes, le Conseil d'Etat s'est positionné de manière asymétrique au sujet de l'exigence de sélection transparente préalable à la dévolution des titres privatifs du domaine public et du domaine privé. S'agissant des premiers, la méconnaissance de cette obligation est jugée de nature - y compris pour ceux octroyés avant l'ordonnance du 19 avril 2017 - à entraîner leur résiliation (ou abrogation) immédiate. Les seconds, en revanche, resteront à ce stade au seuil de la maison de verre administrative, là où une tendance lourde inclinait en sens contraire. D'aucuns y verront la résurrection de la jurisprudence Jean Bouin, dont le spectre aurait sans nul doute mérité d'être chassé.

Qu'y a-t-il de commun entre l'utilisation privative de six courts de tennis (relevant du domaine public) lovés au sein du jardin du Luxembourg à Paris, d'une part ; celle du prestigieux hôtel du Palais (relevant du domaine privé) à Biarritz, d'autre part ? Sauf à s'armer de mauvais esprit et à suggérer que leurs clientèles respectives partagent quelques similitudes... probablement rien. Et, à la lecture - à peine amortie - des deux arrêts du 2 décembre 2022, il faudra peut-être se satisfaire de cette unique explication pour tenter de défendre la double solution, différenciée pour ne pas dire autre chose, que vient de livrer le Conseil d'Etat au sujet de l'exigence de publicité et de mise en concurrence préalable à la dévolution des titres d'occupation domaniale (v. s'agissant de l'affaire de *l'hôtel de Biarritz*, n° 460100 ; sur l'affaire *Société Paris Tennis*, n° 455033). De fait, alors que ceux relevant du domaine public semblent toujours mieux quadrillés, au-delà même peut-être des couloirs tracés par le droit de l'Union européenne (la sur-transposition confinant au sport national...), ceux relevant du domaine privé, sans subir la moindre transformation, resteront à l'arrière-ban, le Conseil d'Etat venant raviver les mèches - que l'on croyait éteintes - de la décriée jurisprudence *Jean Bouin*, dont la douzième commémoration aura ainsi été célébrée avec vingt-quatre heures d'avance (CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272<sup>1</sup>, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, Lebon* avec les concl. <sup>2</sup> ; AJDA 2011. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser <sup>3</sup> ; RDI 2011. 162, obs. S. Braconnier et R. Noguellou <sup>4</sup> ; AJCT 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus <sup>5</sup> ; JT 2011, n° 127, p. 12, obs. A.-S. Juilles <sup>6</sup> ; RTD eur. 2011. 496, obs. J.-P. Kovar <sup>7</sup> ; Rev. CMP 2011, comm. 25, obs. G. Eckert ; Dr. adm. 2011, comm. 17, obs. F. Brenet et F. Melleray ; BJCP 2011. 36, concl. N. Escaut ; RLC 2011, n° 1737, obs. G. Clamour ; JCP Adm. 2011, n° 2043, obs. C. Devès). Dans une formule tout juste ridée par les années, le Conseil d'Etat vient, en effet, retenir à leur sujet qu'il ne résulte ni de la directive Services (Dir. 2006/123/CE du 12 déc. 2006, JOCE L 376, 27 déc. 2006, p. 36), ni de la jurisprudence de la Cour de justice, ni même du droit primaire de l'Union européenne une quelconque obligation de faire précéder leur dévolution d'une procédure de sélection transparente (déjà dans ces colonnes, F. Melleray, Retour à Biarritz, AJDA 2022. 2369 <sup>8</sup>).

Attendue, cette double solution l'était, du moins si l'on veut bien entendre le terme au sens commun. Sur le premier volet, à savoir l'affaire *Société Paris Tennis* (les montées au filet juridictionnel de la requérante ne datant pas d'hier, cette dernière étant déjà aux premières loges dans l'affaire *Jean Bouin*...), il appartenait à la haute juridiction administrative de clôturer un rallye de fond de court, la société ayant contesté, dès 2016, la validité d'une convention domaniale - portant sur l'exploitation de six terrains de tennis - attribuée (par le Sénat au profit de la Fédération française de tennis) sans publicité et mise en concurrence. La cause était certes entendue. Nul n'ignore en effet que, sur les braises encore brûlantes de la jurisprudence *Promoimpresa* (CJUE 14 juill. 2016, aff. C-458/14<sup>9</sup>, *Promoimpresa Srl, Mario Melis c/ Consorzio dei comuni della sponda bresciana del lago di Garda e del lago di Idro, Regione Lombardia, Comune di Iori porto San Paolo et Provincia di Olbia Tempio*, AJDA 2016. 2176 <sup>10</sup>, note R. Noguellou <sup>11</sup> ; AJCT 2017. 109, obs. O. Didriche <sup>12</sup> et 2022. 569, étude F. Matha et D. Blondel <sup>13</sup> ; RTD com. 2017. 51, obs. F. Lombard <sup>14</sup> ; RTD eur. 2017. 843, obs. A. Zians <sup>15</sup> ; Rev. UE 2017. 231, chron. L. Lévi et S. Rodrigues <sup>16</sup> ; BJCP 2017. 36, obs. Ph. Terneyre ; *GDDAB*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2022, n° 56, p. 560), le législateur délégué avait enfin laissé échapper la fumée blanche, l'ordonnance du 19 avril 2017 (CGPPP, art. L. 2122-1-1 <sup>17</sup> s.) subordonnant

depuis lors la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public « en vue d'une exploitation économique » à une procédure transparente (v. AJDA 2017. 1606, étude Ph. Terneyre et Ch. Maugüé [📄](#) ; Dr. adm. 2017. Etude 10, étude Ch. Roux ; Rev. CMP 2017, comm. 114, étude G. Clamour ; JCP Adm. 2017, n° 2122, étude Ph. Hansen ; Constitutions 2017. 421, étude J.-F. Giacuzzo [📄](#) ; RFDA 2017. 705, étude J.-G. Sorbara [📄](#) ; JCP 2017. 1169, étude M. Raunet et R. Léonetti ; AJDI 2020. 828, étude J.-P. Borel ; Dr. voirie 2017. 118, étude M. Douence ; AJCT 2017. 480, étude F. Lombard [📄](#). Pour un bilan, Noces de cire : les [quatre] premiers feux de la mise en concurrence des titres domaniaux, Rev. CMP 2021. Etude 2). Surtout, dans le cadre de la présente affaire, le Conseil d'Etat devait tirer les marrons du feu, après les avoir pourtant (bien trop) longuement laissés au chaud face à la menace européenne. Apportant sur le volet temporel des précisions déterminantes, il reconnaissait que les titres octroyés antérieurement à l'ordonnance de 2017 n'en restent pas moins comptables du respect de la directive Services depuis l'expiration de son délai de transposition, le 28 décembre 2009 (CE 10 juill. 2020, n° 434582 [📄](#), *Société Paris Tennis*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2020. 1452 [📄](#) ; RDI 2020. 538, chron. N. Foulquier [📄](#) ; AJCT 2020. 587, obs. G. Durand [📄](#) ; AJ contrat 2020. 499, obs. J.-D. Dreyfus [📄](#) ; RTD eur. 2021. 491, obs. L. de Fournoux [📄](#) ; Rev. CMP 2020, comm. 266, obs. G. Eckert ; JCP Adm. 2020, n° 2322, obs. J.-B. Vila ; BJCP 2020. 414, concl. K. Ciavaldini). Partant, ces derniers auraient - également - dû être devancés d'une procédure de mise en concurrence dès lors, au moins, que les dépendances en cause présentent un caractère de rareté. Il restait toutefois à en déterminer les conséquences sur le plan contractuel, le Conseil d'Etat venant ici se placer dans les pas de sa jurisprudence antérieure (CE 9 juin 2021, n° 438047, *Conseil national des barreaux*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2021. 1238 [📄](#) et 2346 [📄](#), note S. Douteaud [📄](#) ; RDI 2022. 164, obs. R. Noguellou [📄](#) ; *Procédures* 2021, comm. 240, obs. N. Chiffot ; Rev. CMP 2021, comm. 256, obs. J. Diethoefer ; JCP Adm. 2021, n° 2231, obs. S. Hul ; BJCP 2021. 398, concl. M. Le Corre). Prenant le contrepied de la cour à laquelle l'affaire avait été renvoyée (CAA Paris, 27 mai 2021, n° 20PA02414 [📄](#), *Société Paris Tennis*, Rev. CMP 2021, comm. 254, obs. E. Muller), il retient que cette méconnaissance est au nombre des vices qui, s'ils ne justifient pas l'annulation de la convention, font obstacle à sa poursuite, sa résiliation étant donc prononcée. Le coup asséné ne devra pas être sous-estimé, loin s'en faut, la sécurité juridique de toutes les conventions domaniales passées (entre 2009 et 2017) sans procédure concurrentielle venant d'être clairement entaillée. Par analogie, les titres unilatéraux - dont la délivrance n'aurait pas été accompagnée d'une procédure de sélection transparente - pourraient demain connaître le même sort ; jugés non créateurs de droit à raison de leur précarité (CE 10 mai 1989, n° 73146, *Munoz*, Lebon T. [📄](#) ; RD publ. 1989. 805 ; Dr. adm. 1989, comm. 336 ; *GDDAB*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2015, n° 56, obs. C. Chamard-Heim), l'administration est en principe tenue de les abroger dès lors qu'ils sont devenus illégaux (CRPA, art. L. 243-2 [📄](#)), l'effectivité du droit de l'Union européenne, au surplus, suffisant en principe à écarter les règles internes (CRPA, art. L. 241-1 [📄](#)). « Balles neuves » donc, demain, sur la terre battue du Luxembourg mais aussi, peut-être, partout ailleurs...

Attendue, la solution l'était sans doute encore davantage s'agissant du deuxième volet relatif à *l'hôtel de Biarritz*, la question de droit visant, dans son plus simple appareil, à déterminer si l'impératif de transparence doit également irradier les titres privatifs du domaine privé. La question cultive la controverse dès lors que, pour pimenter le débat (Espelette n'est qu'à quelques encablures...), une telle exigence reviendrait probablement à désosser le régime (d'ordre public) des baux commerciaux ou ruraux, ces derniers ne pouvant plus faire (exigence de remise en concurrence périodique oblige) l'objet d'un « droit à renouvellement », la perspective consistant à verser des indemnités d'éviction aux preneurs n'étant, à titre supplétif, pas de nature à réjouir les gestionnaires locaux. Pour broser le tableau à grands traits, à un courant minoritaire défendant le *statu quo* (C. Emery, *Domaine privé et mise en concurrence : quand le ministre se trompe*, JCP Adm. 2019, n° 2081 ; C. Rollin, *Mise en concurrence des titres d'occupation du domaine privé des personnes publiques : gare à la transposition !*, Dr. voirie 2019, n° 209, p. 150 ; La conclusion des baux sur le domaine privé des personnes publiques, *Mon. CP* 2022, n° 228 ; V. Goachet, *Mise en concurrence des titres d'occupation du domaine privé : quand le flou perdure*, *Le Moniteur* 2019, n° 6044, p. 34) s'oppose depuis quelques temps un fleuve doctrinal plaidant en faveur d'un *aggiornamento*, qu'on entende (alternativement ou de concert) l'abreuver par la directive Services, le droit primaire de l'Union européenne ou, parce qu'elle en constitue le trait d'union, la jurisprudence *Promoimpresa* elle-même (v. P.-M. Murgue-Varoquier, *Les baux renouvelables sur le domaine privé : des incertitudes*, RFDA 2021. 9 [📄](#) ; B. Schmaltz, *Mise en concurrence et propriétés publiques : quel champ d'application ?*, *Droit et ville* 2019, n° 87, p. 5 ; N. Sudres, *Occupation du domaine privé, ordonnance du 19 avril 2017 et mise en concurrence*, AJDA 2017. 2110 [📄](#)). Sollicitée à plusieurs reprises, la doctrine administrative avait itérativement incliné en ce sens (Rép. min. n° 12868, JOAN 29 janv. 2019, p. 861 ; Rev. CMP 2019, comm. 108, obs. B. Koebel ; Dr. adm. 2019, comm. 21, obs. M. Boul ; JCP Adm. 2019, n° 2081, obs. C. Emery ; Dr. voirie 2019. 150, obs. C. Rollin ; Dr. rural 2019, comm. 50, obs. Ph. Yolka ; Rép. min. n° 13180, JO Sénat 30 janv. 2020, p. 537 ; Rev. CMP 2020, comm. 135, obs. Koebel ; Rép. min. n° 16130, JO Sénat 10 sept. 2020, p. 4096 ; JCP Adm. 2020. Actu. 564, obs. Ph. Yolka ; Rép. min. sur QE n° 41751, JOAN 5 avr. 2022, p. 2257). Le tribunal judiciaire du Mans, quant à lui, avait eu l'audace de franchir le Rubicon au travers d'un jugement remarqué (19 août 2021, n° 20/00813, AJCT 2022. 321, étude J.-D. Dreyfus [📄](#) et 569, étude F. Matha et D. Blondel [📄](#) ; Rev. prat. rec. 2022. 35, chron. E. Morgantini et P. Rubellin [📄](#) ; JCP Adm. 2021, n° 2311, obs. P.-M. Murgue-Varoquier), auquel on prêtera une destinée semblable à d'autres (TA Nîmes, 24 janv. 2008, n° 0620809 [📄](#), *Société*

*des trains touristiques* G. Eisenreich, AJDA 2008. 2172  , note J.-D. Dreyfus  ; RLC 2008, n° 1145, obs. G. Clamour ; Dr. adm. 2009, comm. 6, obs. L. Battoue). Les juridictions administratives du fond s'étaient, en sens contraire, montrées généralement timorées, sinon rétives (CAA Lyon, 22 oct. 2020, n° 18LY04739 , AJCT 2022. 321, étude J.-D. Dreyfus  ; Rev. CMP 2021, comm. 24, obs. P. Soler-Couteaux ; JCP Adm. 2021, n° 2015, obs. P.-M. Murgue-Varochier ; CAA Marseille, 14 juin 2021, n° 20MA02803 , Dr. voirie 2021. 177, obs. Ph. Yolka ; CAA Nancy, 21 oct. 2021, n° 20NC00365 , Rev. CMP 2022, comm. 26, obs. E. Muller), là où, en formation consultative, le Palais-Royal avait laissé perler davantage d'espoirs (avis de la section des travaux, 17 oct. 2017, n° 393422, Rev. CMP 2018. Repère 7, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux). Dans l'affaire en cause, la cour administrative d'appel de Bordeaux s'était positionnée au milieu du gué pour connaître de la légalité d'un bail accordé par la ville de Biarritz à une société d'économie mixte (SEM ; dont la collectivité est l'actionnaire majoritaire) en vue d'assurer l'exploitation de l'hôtel du Palais (2 nov. 2021, n° 19BX03590, AJDA 2022. 84 , chron. I. Le Bris  ; RDI 2022. 171, obs. N. Foulquier  ; AJCT 2022. 321, étude J.-D. Dreyfus  et 569, étude F. Matha et D. Blondel  ; JT 2021, n° 247, p. 12, obs. C. Devès  ; JCP Adm. 2022, n° 2014, obs. Ch. Roux et n° 2057, obs. P.-M. Murgue-Varochier ; Rev. CMP 2022, comm. 21, obs. G. Eckert ; BJCP 2022. 96, obs. S. Nicinski). Admettant *in abstracto* l'applicabilité de la directive Services (la requalification en contrat d'occupation du domaine public ou en contrat de la commande publique ayant échoué), elle devait la juger toutefois inopposable, *in concreto*. En premier lieu, et à rebours de l'approche retenue par le législateur délégué au sujet des titres du domaine public, la cour d'estimer que la conclusion d'un tel bail ne conditionnait pas l'exercice d'une activité hôtelière. Autrement dit, il est possible de l'exercer ailleurs que sur le domaine, la passation du bail ne constituant donc pas un « régime d'autorisation » au sens de l'article 4 de la directive. En second lieu et à titre surabondant, elle devait retenir que la dépendance ne présente pas un caractère de « rareté », celle-ci étant appréciée - aux termes de l'article 12 de la directive - au regard des « ressources naturelles » et des « capacités techniques utilisables » en présence. Interprétation qu'on pourra juger un brin lunaire, l'hôtel du Palais (construit en 1854 par Napoléon III pour l'impératrice Eugénie) constituant l'emblème de la cité basque...









Les faits, la procédure et les enjeux rappelés, les attentes seront déçues par cette seconde décision, sauf à admettre que, bâtie sur un raisonnement « conséquentialiste » que trahissent les conclusions de la rapporteure publique (C. Raquin, concl. disponibles sur arianeweb : « Nous ajoutons qu'une telle solution mettrait un terme aux craintes de bouleversement du droit applicable aux baux privés [...] »), elle contentera les preneurs de baux sur le domaine privé autant que, peut-être, le dessein de valorisation, le « droit de la mise en concurrence » s'étant révélé une pelote ovale aux rebonds trop capricieux pour le satisfaire pleinement (F. Allaire, Le droit des opérations publiques ou l'émergence d'un droit général de la mise en concurrence, Rev. CMP 2018. Etude 7). Car pour le reste, ce ballon d'essai juridictionnel - au terme duquel rien ne se perd, rien ne se crée... et rien ne se transforme - aura manqué l'en-but ; par peur, sans doute, de commettre un en-avant fatal, le Conseil d'Etat vient se placer (même) en deçà du raisonnement de la cour bordelaise en retenant (seulement) *in abstracto* que la directive Services autant que la jurisprudence de la Cour de justice n'impliquent nullement une publicité et une mise en concurrence préalables. Au diapason, c'est laconiquement que l'opposabilité de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) relatif au droit d'établissement est, sans autre forme de procès, écartée de l'équation. Au-delà du sens des solutions rendues, c'est plus largement leur cohérence interne qui ne convainc guère, les raisonnements mobilisés dans l'une et l'autre frôlant, une fois mis en parallèle, la contradiction. Illuminé ou obombré par des conclusions partiellement suivies, le dualisme des solutions promues semble *in fine* s'être échafaudé de manière taiseuse autour d'une *summa divisio* domaine public - domaine privé dont les impasses conceptuelles s'accordent mal avec les clés européennes.

## I - Jeu(x) : l'applicabilité à géométrie variable de la directive Services

Pour mieux s'attarder sur l'applicabilité de la directive 2006/123/CE, on s'autorisera la brièveté au sujet de l'argument selon lequel, dans l'affaire de l'hôtel biarrot, la jurisprudence *Promoimpresa* n'engagerait aucune extension de l'exigence de transparence aux titres du domaine privé (v., en ce sens, C. Emery, art. préc.). Sans doute car, pour s'en emparer, il faut également s'en tenir à une analyse étroitement littérale, laquelle, au demeurant, mériterait d'être linguistiquement prise avec des pincettes (l'avocat général usant dans l'affaire en question d'un vocabulaire plus « propriétaire » que « domanial » ; v. B. Schmaltz, art. préc., spéc. p. 16). Certes - ce serait difficile à nier -, l'arrêt n'évoque jamais le domaine privé ; on relèvera cependant, quitte à effleurer le truisme, que l'arrêt ne fait allusion qu'au domaine public... italien, ce qui n'a pourtant jamais altéré la faculté intellectuelle de transposer le raisonnement au cas français. Sans doute encore, parce qu'en 2016 tel était l'objet factuel et juridique de la question posée à la Cour de justice par la voie préjudicielle. On aura dès lors quelque mal à tirer du silence de la Cour (au sujet des biens du domaine privé) une dénégation quant au fait que l'exigence de transparence puisse outrepasser les frontières du domaine public, la comète juridictionnelle ne s'étant jamais construite (même un jour de fête nationale) sur les plans de la *summa divisio* hexagonale... Et pas davantage au regard des « catégories d'actes » (n° 460100, pt 6) issues du droit interne : ainsi dénommés en droit italien, la présence de « baux commerciaux » (les mêmes que

l'on trouve sur « notre » domaine privé ?) ou « concessions » dans l'affaire *Promoimpresa* n'a pas ému la Cour de justice, ces derniers étant assimilés à des autorisations conditionnant la libre prestation de services (v. concl. M. Spuznar sur cette affaire, pt 52).

Ceci exposé, le cas de la directive Services s'avérait plus épineux, la question cruciale consistant à déterminer si la dévolution des titres du domaine privé constitue, selon ses termes, un « régime d'autorisation » (Art. 4, § 6 : « toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice ») puis, dans l'affirmative, si la dépendance en cause doit être considérée comme « rare », ces deux obstacles devant être franchis pour entériner l'exigence de sélection transparente (Art. 12). On notera en premier lieu que c'est en effet au regard de ces seules dispositions que le Conseil d'Etat vient se prononcer pour rejeter, *in fine*, l'applicabilité de la directive Services (n° 460100, pt 6) ; on pointera en second lieu que le rejet s'opère ici *in abstracto*, la généralité de la formule laissant à entendre que la cause est entendue pour « tous » les titres privatifs d'utilisation du domaine privé. Double précision d'importance lors même que, d'une part, la rapporteure publique invitait la section du contentieux à emprunter un raisonnement *in concreto*, laissant entrebâillée la possibilité que, dans certaines hypothèses, la directive soit applicable à la dévolution des titres du domaine privé. D'autre part, et surtout, celle-ci - sans être suivie - entendait pour résoudre le litige déplacer le raisonnement un étage plus haut, en considérant que les gestionnaires du domaine privé ne constituent pas des « autorités compétentes » au sens de la directive (à savoir, en vertu de l'article 4, § 9, « tout organe ou toute instance ayant, dans un Etat membre, un rôle de contrôle ou de réglementation des activités de services, notamment les autorités administratives [...] »), motif pris, en schématisant le propos, que ces derniers agiraient à l'instar d'authentiques « propriétaires privés », ceci sans faire usage de prérogatives de puissance publique. En réservant à ce stade les appréciations sur l'argument, la formulation de l'arrêt *Hôtel de Biarritz* est sans la moindre équivoque quant à sa mise à l'écart (n° 460100, pt 6) ; cela l'est d'autant moins qu'au sein de l'arrêt *Société Paris Tennis* cette condition est, au contraire et paradoxalement, visée et entérinée de pair (n° 455033, pt 15). C'est donc, en définitive, uniquement au regard de la définition du « régime d'autorisation » que les juges du Palais-Royal ont repoussé l'applicabilité de la directive, un titre du domaine privé ne constituant pas, selon eux, « une autorisation pour l'accès à une activité de service ou à son exercice au sens du 6) de l'article 4 de cette même directive ». Un peu moins à l'Ouest et un peu plus au Nord que Biarritz, un célèbre gascon aurait certainement laissé échapper : « c'est un peu court »... Car si l'impériale brièveté de nos arrêts - autant que la distinction des domaines - (dé)frise le génie français, elle masque mal l'existence de trous dans la raquette argumentative. L'on peine en effet à valider la solidité des cordes du raisonnement, comme la cohérence de leurs entrelacs.

Certes - et sans que l'idée ne soit reprise dans l'arrêt *Hôtel de Biarritz* -, l'on pourrait s'appuyer sur une conception restrictive du « régime d'autorisation ». Dans cette approche, sa présence serait de mise uniquement si le titre domanial conditionne *stricto sensu* l'exercice d'une activité économique, le domaine étant le seul espace susceptible de l'accueillir. On ne serait alors guère éloigné de la *ratio legis* de la décision *RATP*, l'idée selon laquelle les gestionnaires domaniaux ne portent jamais (il faut le dire vite tout de même...) atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie en refusant la délivrance d'un titre étant fondée sur les mêmes prémisses (CE 23 mai 2012, n° 348909, *Régie autonome des transports parisiens [RATP]*, Lebon  ; AJDA 2012. 1037  ; 1129, tribune S. Braconnier  et 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser  ; RDI 2012. 566, obs. N. Foulquier  ; AJCT 2012. 445, obs. A.-S. Juilles  ; RFDA 2012. 1181, note S. Nicinski  ; Rev. CMP 2012, comm. 258, obs. S. Ziani ; Dr. adm. 2012, comm. 89, obs. F. Brenet ; JCP Adm. 2013, n° 2012, obs. H. Pauliat ; RJEP 2012, comm. 49, obs. M. Ubaud-Bergeron ; BJCP 2012. 291, concl. N. Boulouis). En le relisant de près, il n'est pas interdit de penser que l'arrêt *Promoimpresa* se range à cette conception et qu'on l'a peut-être interprété (et par suite instrumentalisé) de manière trop extensive. Il est en effet exact que, en Italie comme en France, compte tenu de l'appropriation publique automatique des espaces maritimes et lacustres (celle-ci n'étant que la résultante de phénomènes naturels ; CGPPP, art. L. 2111-4 ), il n'existe d'autres moyens que la sollicitation d'une autorisation domaniale pour exercer certaines activités (conchylicole, halieutique, touristique). La puissance de l'argument (et on ne saura réellement en éprouver la pertinence puisque la formation de jugement n'en dit rien) n'en demeure pas moins obérée par des limites dirimantes.

En premier lieu, en imaginant pour les besoins de la cause une décision *Promoimpresa* délocalisée dans un Etat de l'Union ne connaissant pas la distinction des domaines mais pratiquant, en revanche, la même appropriation publique obligatoire des espaces maritimes et lacustres... on n'éprouve aucun mal à penser que la solution aurait été semblable en tous points. Autant dire que la convocation des notions de « domaine public », « domaine privé » ou de toute autre privilégiée à l'étranger, ne change rien à l'affaire. En deuxième lieu, la distinction entre, d'un côté, les autorisations conditionnant l'accès à une activité économique et, de l'autre, celles qui n'en forment que le véhicule matériel favorisant leur exercice, n'a pas été reprise par le législateur délégué au sujet des titres d'occupation du domaine public. C'est seulement au regard de l'objet - et non des effets - du titre (celui-ci étant délivré « en vue









d'une exploitation économique », CGPPP, art. L. 2122-1-1<sup>1</sup>) que le départ est en effet opéré (par ex., CAA Nantes, 27 janv. 2022, n° 20NT03565<sup>2</sup>, *Association Les Amis du collectif pour un festival Hellfest respectueux de tous*). Certes, et en dernier lieu, l'analogie possède des limites puisque, toute - prétendue - différence de situation pouvant légitimer une différence de traitement, il serait loisible d'opter, au sujet des titres du domaine privé, en faveur d'une approche plus draconienne. Mais, à la lumière de la directive 2006/123/CE, la ligne de fuite paraît hautement improbable, celle-ci ayant pris du plomb dans l'aile depuis que - en délaissant sa politique des petits pas (d'ajustement) - le juge administratif a promu expressément le contraire. Confirmant sa décision antérieure (CE 10 juill. 2020, *Société Paris Tennis*, préc.), le Conseil d'Etat vient réaffirmer que la passation de la convention domaniale d'espèce aurait dû être précédée d'une procédure de sélection transparente au regard de la directive Services. Or ce titre ne conditionnait aucunement l'exercice d'une activité économique visant à initier enfants ou adultes au maniement de la petite balle jaune, celle-ci pouvant être entreprise ailleurs, sur des terrains publics comme privés (comme en témoigne la circonscription du marché pertinent dans les conclusions et l'arrêt). Comment imaginer, dès lors, qu'on puisse relayer explicitement l'acception inverse au sujet des biens du domaine privé ?



















Sauf à entériner l'argument d'autorité tiré de la *summa divisio* domaniale, il reste donc à tenter de discerner ce qui pourrait, ailleurs, justifier l'applicabilité asymétrique de la directive de 2006. Pour l'exposer franchement, les conclusions de la rapporteure publique forment un plaidoyer pour s'en tenir... à l'injustifiable. Pour convaincre de l'applicabilité de la directive Services dans l'affaire *Société Paris Tennis*, celle-ci rappelait d'abord que l'arrêt *Promoimpresa* vise, par le terme « autorisation », des « actes formels, quelle que soit leur qualification en droit national, devant être obtenus afin de pouvoir exercer une activité économique ». Or l'on admettra que les titres d'utilisation du domaine privé sont, autant que ceux du domaine public, des « actes formels » dont la qualification (actes unilatéraux ou contrats de droit privé...) est en plus jugée sans incidence. Ensuite, la rapporteure publique d'insister sur le fait qu'on est bel et bien en présence d'un régime d'autorisation, car nul ne peut arpenter le domaine public sans disposer d'un titre (CGPPP, art. L. 2122-1<sup>1</sup>), ce dernier devant être considéré comme « la condition de l'activité économique » projetée. Or il en va évidemment de même pour les biens du domaine privé. Quoique l'idée soit tue par le code général de la propriété des personnes publiques, l'exigence de disposer d'un titre privatif n'est pas sortie de doute ; elle se vérifie au moins par son envers, à savoir le déploiement d'un régime (répressif) lié à l'utilisation sans titre du domaine privé (pour un aperçu complet, P. Yolka et M. Le Roux, *Domaine privé - Protection contre les occupants irréguliers*, J.-Cl. *Propriétés publiques* 2021, fasc. 69).













L'inapplicabilité de principe de la directive Services aura eu enfin, en guise de victime collatérale, pour conséquence de rendre sans objet la seconde interrogation, tenant à la rareté ou non de la dépendance en cause, le Conseil d'Etat estimant (à raison) que c'est uniquement à titre surabondant que la cour bordelaise l'a rejetée. Pour lot de consolation, il faudra se déporter, d'une part, vers les conclusions, lesquelles ne font pas mystère de l'inanité de cette appréciation. Mériteront le coup d'oeil, d'autre part, les indications contenues dans l'arrêt *Société Paris Tennis* (pt 16) sur ce même aspect, les terrains en cause étant jugés « faiblement substituables » et donc rares au sens de la directive. C'est à une analyse concurrentielle « objective » (au regard de la dépendance en présence) que le Conseil d'Etat s'est ici rangé, en mettant en exergue tout à la fois les spécificités de leur localisation, leur « notoriété » et la pénurie d'installations comparables à Paris. Nulle raison de l'en blâmer si l'on veut bien rappeler, toutefois, que s'agissant des titres délivrés postérieurement à l'ordonnance du 19 avril 2017, l'analyse doit se doubler d'un versant « subjectif », tenant à l'affluence des candidats à l'occupation domaniale, celle-ci étant mise en parallèle avec la quantité d'autorisations susceptible d'être attribuées (CGPPP, art. L. 2122-1-1<sup>1</sup>, faisant mention du « nombre d'autorisations [limitées ou non] disponibles »). On déplorera que les juridictions du fond s'en détournent trop régulièrement (CAA Lyon, 22 oct. 2020, n°18LY04739, préc.).

## II - Set(s) : l'opposabilité hors cadre du droit primaire de l'Union européenne

Ces premiers espoirs déçus, il restait à jouer la carte de l'opposabilité de l'article 49 du TFUE relatif au droit d'établissement, lequel est régulièrement mis en relation avec l'article 56 du TFUE, lui-même relatif à la libre prestation de services... dont la directive 2006/123/CE entend précisément assurer l'effectivité. Le moyen avait été balayé (sans ménagement...) par la cour administrative d'appel de Bordeaux (préc.), celle-ci s'étant contentée, en guise de motivation, d'estimer que le bail délivré ne portait « que sur une opération purement patrimoniale et non sur une activité économique ». L'appréciation aurait, selon nous, suffi à justifier la censure, lors même qu'on ne voit pas bien, d'abord, en quoi une opération « patrimoniale » et une opération « économique » s'opposent. D'aucuns y verront la difficulté récurrente du droit français à admettre que la gestion domaniale (dans son ensemble) revêt les caractères d'une activité économique (v. I. Hasquenoph, *Contrats publics et concurrence*, Dalloz, NBT, vol. 206, 2021, spéc. § 701 s. ; Ch. Roux, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, BDP, t. 290, 2015, spéc. § 517 s.), la jurisprudence européenne ayant pourtant levé les hypothèques sur cette prétendue antinomie (par ex., Trib. UE 20 sept. 2019, aff. T-696/17<sup>3</sup>, RTD eur. 2020. 253, obs. A. Maitrot de la Motte<sup>4</sup> ; Rev. UE 2021. Chron. 36, obs. L. Ayache ; TPICE 17 déc. 2008, aff. T-196/04<sup>5</sup>, *Ryanair*, RTD eur. 2010. 195, chron. L. Grard<sup>6</sup> ; *Europe*

2009, comm. 91, obs. L. Idot ; CJCE 24 oct. 2002, aff. C-82/01 , *Aéroports de Paris*, AJDA 2003. 436 , note J.-Y. Chérot  ; RTD com. 2003. 392, obs. S. Poillot-Peruzzetto  ; RTD eur. 2003. 287, chron. L. Idot  ; et 699, chron. J.-B. Blaise  ; *Europe* 2002, comm. 419, obs. L. Idot ; CCC 2003, comm. 11, obs. S. Poillot-Peruzzetto). En outre, l'appréciation paraît déconnectée des implications inhérentes au droit d'établissement, l'accès aux biens immobiliers et aux moyens de production étant l'une de ses composantes (par ex., CJCE 3 oct. 2006, aff. C-452/04, RSC 2007. 143, chron. L. Idot  ; RTD eur. 2007. 75, chron. C. Prieto ), surtout lorsque ce dernier est, comme en l'espèce, en prise avec des considérations locales peut-être singulièrement orientées (le bail étant attribué à la SEM dont la ville de Biarritz est l'actionnaire majoritaire). Le Conseil d'Etat n'a pourtant rien trouvé à y redire et s'est finalement borné (n° 460100, pt 8) à retenir que la cour « n'avait pas commis d'erreur de droit » en écartant son opposabilité. Il y avait pourtant, là encore, matière à douter.

Le moyen ne trouve pas, en effet, sa source dans l'imagination débordante des plaideurs, mais trouve son fondement dans la jurisprudence *Promoimpresa* elle-même, étendant le bénéfice de l'article 49 du TFUE aux autorisations qui n'entrent pas dans le champ de la directive Services, pour autant qu'un « intérêt transfrontalier certain » soit en cause (la condition n'étant pas exigible dans le cadre de la directive Services, CJUE 30 janv. 2018, aff. C-360/15, AJDA 2018. 1026, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser  ; JDI 2019. 571, obs. C. Nourissat ; JCP Adm. 2018, n° 2192, obs. Talau ; Ph. Yolka, Occupation du domaine privé et mise en concurrence : et un[e], et deux, et trois !, JCP Adm. 2020. Actu. 564). En l'espèce, l'on observera que la conjoncture est admise par la rapporteure publique et qu'il serait délicat d'en contester le bien-fondé eu égard, d'une part, à la nature même des dépendances en cause et, d'autre part, à leur localisation géographique, le premier poste-frontière espagnol se situant à une trentaine de kilomètres des lieux. La parenthèse refermée, c'est dire que l'arrêt *Promoimpresa* est venu « telaartrialiser » l'attribution des titres domaniaux (Ph. Terneyre, obs. sur l'arrêt *Promoimpresa*, préc.), en imposant que, même pour ceux placés hors champ de la directive Services, leur dévolution respecte « les règles fondamentales du traité », ceci impliquant de se doter d'une procédure présentant « un degré de publicité adéquat permettant une ouverture [...] de la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité [...] » des décideurs publics (CJCE 7 déc. 2000, aff. C-324/98 , *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, AJDA 2001. 106 ), note L. Richer  et 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey  ; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier  ; Rev. CMP 2001, comm. 50, obs. F. Llorens ; Dr. adm. 2001, comm. 85, obs. Benjamin ; BJCP 2001. 133, concl. N. Fenelly ; *Europe* 2001, comm. 61, obs. F. Kauff-Gazin). On pouvait donc légitimement en déduire que les titres du domaine privé subissent le même sort, ce que, du reste, une jurisprudence - certes ancienne, isolée... mais basque - semblait déjà admettre au regard du principe d'égalité et de non-discrimination (CJCE 18 juin 1985, aff. 197/84, *Steinhauser c/ Ville Biarritz*). Prenant appui sur le droit primaire depuis l'origine (CJCE 18 nov. 1999, aff. C-275/98 , *Unitron Scandinavia A/S c/ Ministeriet for Fodevarer, Landbrug og Fiskeri*, D. 1999. 275  ; CJCE 13 oct. 2005, aff. C-458/03 , *Parking Brixen*, AJDA 2005. 1983  et 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert  ; D. 2005. 2823  ; RDI 2005. 446, obs. J.-D. Dreyfus ), l'impératif de transparence dériverait aujourd'hui, au surplus, du droit d'établissement et de la libre prestation de services (CJUE 13 avr. 2010, aff. C-91/08 , *Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs- und Service [FES] GmbH*, AJDA 2010. 760  et 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat  ; RDI 2010. 385, obs. R. Noguellou  ; RFDA 2011. 98, note H. Hoepffner ).

Fréquemment mobilisé autrefois par la doctrine (rarement aussi compacte qu'alors) contestant l'arrêt *Jean Bouin*, l'argument n'a, on le sait, jamais porté au Palais-Royal, peut-être car ses membres (telle est encore l'interprétation promue par la rapporteure publique dans ses conclusions) l'ont toujours réduit aux seules concessions de service public. Vingt ans plus tard l'on reste, avouons-le, un brin confondu par cette lecture. En premier lieu car la haute juridiction administrative s'y est déjà ralliée pour étendre certaines obligations à des contrats qui, à l'époque, n'étaient pas compris dans le champ des directives ; que l'on songe aux marchés passés selon la procédure adaptée (CE, sect., 30 janv. 2009, n° 290236 , *Agence nationale pour l'emploi*, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2009. 183  et 602 , note J.-D. Dreyfus  ; RDI 2009. 242, obs. S. Braconnier  ; Rev. CMP 2009, comm. 121, note W. Zimmer) ou aux délégations de service public (CE 23 déc. 2009, n° 328827 , *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, Lebon  ; AJDA 2010. 11  et 500 , note J.-D. Dreyfus  ; RTD eur. 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar  ; Rev. CMP 2010 comm. 83, note Ph. Rees ; Dr. adm. 2010, comm. 36, note G. Eckert ; BJCP 2010. 103, note B. Dacosta). En bref, si l'effort consistant à étendre la jurisprudence *Telaustria* à d'autres contrats de la commande publique a pu être surmonté, il ne nous semble pas plus aventureux de le reproduire au profit des actes « d'offre publique », la distinction offre/commande publiques étant, au demeurant, des plus fragiles (P. Yolka, L'offre et la commande, JCP Adm. 2012. Actu. 892), certainement car « la qualité qui déclenche un mécanisme de mise en concurrence n'est pas la position de l'administration sur le marché mais le fait qu'elle accorde un avantage économique à un opérateur et que cet avantage est susceptible d'être convoité » (S. Nicinski, Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ?, in Mélanges Etienne Fatôme, Dalloz, 2011, p. 373). La Cour de justice, plus encore, ne se prive pas d'opérer de telles analogies puisque, pour mieux asseoir l'opposabilité de l'article 49 du TFUE, elle

n'a nullement hésité dans l'arrêt *Promoimpresa* (préc., § 65) à s'entourer de précédents ayant trait au droit de la commande publique (CJCE 17 juill. 2008, aff. C-347/06<sup>1</sup>, RTD eur. 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez<sup>2</sup> ; *Europe* 2008, comm. 293, obs. F. Kauff-Gazin), preuve d'une indifférence portée aux catégories contractuelles. Ça l'est d'autant moins que, en deuxième lieu, la jurisprudence *Telaustria* s'est exportée à l'octroi d'agréments économiques ou aux cessions de droits exclusifs (v. respectivement, CJUE 3 juin 2010, aff. C-203/08<sup>3</sup>, *The Sporting Exchange Ltd*, Rev. CMP 2010. Repère 11, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; RTD eur. 2011. 427, étude A.-L. Durviaux ; CJUE 14 nov. 2013, aff. C-221/12, RTD eur. 2014. 493, obs. A. L. Durviaux<sup>4</sup> ; Rev. UE 2014. 641, chron. C. Bernard-Glanz, L. Levi et S. Rodrigues<sup>5</sup> ; RTD eur. 2014. 482, obs.<sup>6</sup> A.-L. Durviaux ; *Europe* 2014, comm. 13, obs. L. Idot), en exigeant que leur dévolution soit marquée du sceau de la transparence et de l'impartialité. Ça l'est encore moins, depuis que l'ordonnance du 19 avril 2017 y fait des références appuyées, comme en témoigne l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques au sujet de la procédure à mettre en oeuvre, laquelle se doit de « présenter toutes les garanties d'impartialité et de transparence », la formule n'étant que le décalque de l'article 12 de la directive Services... elle-même irriguée par la jurisprudence *Telaustria*. Ça l'est toujours moins enfin si, en mettant de côté ces confluences, on consent à rappeler que l'exigence de transparence puise sa source dans le droit primaire de l'Union européenne, lequel, évidemment, n'a cure de la distinction franco-française des domaines (P. Cassia, Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement, RTD eur. 2002. 413<sup>7</sup> ; C. Bardon et Y. Simonnet, *Telaustria* : quel périmètre ?, Dr. adm. 2009. Etude 2 ; H. Hoepffner, Les 20 ans de l'arrêt *Telaustria*. Le champ d'application des principes : des principes transversaux ?, RLC 2022, n° 118, p. 18).

Pour l'ensemble de ces explications, la mise à l'écart de l'article 49 du TFUE (après celle de la directive Services) et de ses implications destinées à assurer son effet utile n'emportera pas les faveurs, sauf à concevoir, comme on l'écrivait déjà sous l'empire de « l'ancien droit », que le silence et l'immobilisme valent toujours mieux qu'une mauvaise solution (Ch. Roux, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, préc., § 777). En ramassant le propos, il aurait été de notre point de vue plus fécond - et sans doute plus habile - de se glisser dans les marges de manoeuvre offertes par le droit de l'Union européenne (distinction entre les titres conditionnant ou favorisant l'accès à une activité économique ; absence de rareté ; absence d'intérêt transfrontalier certain), au lieu de se murer dans l'obstruction systém(at)ique. Une manière de démontrer le contraire aurait sans doute consisté, mais la pratique inverse n'étonnera guère (v. C. Vocanson, *Le Conseil d'Etat français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de la justice de l'Union européenne*, Dalloz, NBT, vol. 140, 2014 ; *contra*, S. Roussel et G. Odinet, Renvoi préjudiciel : le dialogue des juges décomplexé, AJDA 2017. 740<sup>8</sup>), à activer d'office un renvoi préjudiciel auprès de la Cour de justice, les éléments énoncés précédemment suffisant, à notre sens, à caractériser l'existence d'une difficulté sérieuse (v. déjà, F. Melleray, Retour à Biarritz, préc.<sup>9</sup>)...

### III - Et match : l'instrumentalisation hexagonale de la *summa divisio*

En l'absence d'états motivationnels soulageant le mât directionnel, le dualisme des solutions semble s'être, en définitive, arrimé au ponton (instable) de la distinction des domaines public et privé. Telle est la seule explication plausible (sauf à considérer, on l'a dit, que la solution s'est construite au regard des conséquences que le Conseil d'Etat souhaitait éviter, à savoir le chavirage du régime des baux prenant support sur le domaine privé) : comme si la distinction s'auto-justifiait de manière circulaire, la dévolution des titres du domaine public et privé se devrait d'être réglée par des régimes distincts, plus exactement ceux de l'être (domaine public) et du néant (domaine privé) au sujet de l'exigence de transparence. Si la décision *Hôtel de Biarritz* n'en dit mot, l'impression est corroborée par les propos de la rapporteure publique, la *summa divisio* formant la pierre angulaire de ses conclusions. Telle était déjà l'inclinaison perceptible, lorsqu'il était proposé de dénouer le litige à la lueur de la notion « d'autorité compétente », celle-ci devant être écartée dès lors que l'administration (« mais [...] l'administration agissant en tant que telle ») « se comporte comme un opérateur ou bailleur privé, gérant son domaine privé sans prérogative particulière ». Plus loin, la rapporteure publique de faire écho aux « opérations purement patrimoniales » des personnes publiques, lesquelles agiraient ce faisant « comme le ferait n'importe quel propriétaire privé » ; convoquant Romieu, enfin, il conviendrait de se demander « si la personne publique agit comme une personne privée, comme un propriétaire ordinaire dans les conditions de droit commun » (concl. sur CE 6 févr. 1903, n° 07496, *Terrier*, Lebon<sup>10</sup> ; *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2015, t. 1, p. 220), la circonstance acquise suffisant, par un lien de cause à effet (?), à en inférer la mise à l'écart des exigences de transparence européennes. En bref, est ici resservie une antienne aussi connue que contestable, selon laquelle le domaine privé formerait... la propriété privée des personnes publiques (sur le sujet, J.-P. Amadei, Sur la nature du droit de propriété du domaine privé, RD publ. 1998. 501 ; G. Quiot, Considérations sur une curiosité juridique : l'existence en droit français d'un domaine privé des personnes publiques, in *Mélanges Jean-Marie Rainaud*, L'Harmattan, 2009, p. 340 ; L. Maldent, *Propriété et domanialité privée des personnes publiques. Pour une réécriture du droit domanial*, thèse Aix-en-Provence, 2014 ; M. Chouquet, *Le domaine privé des personnes publiques*, LGDJ, 2017). A supposer que la formation de jugement ait souhaité faire sienne l'idée, l'on en contestera le bien-fondé tant au regard du droit interne que du droit de l'Union

européenne.

Au sujet du premier, en voulant bien nous pardonner d'éluder l'immense littérature s'étant chargée, d'une part, de déterrer les racines originellement viciées (J.-B. V. Proudhon, *Traité du domaine public*, Lagier, 1<sup>re</sup> éd., 1833) et, d'autre part, d'élaguer les branches mortes (l'assimilation du droit de propriété « public » au droit de propriété « privé » ; v. not., J.-F. Giacuzzo et B. Schmaltz, *La propriété des personnes publiques*, in *AFDA, Les controverses en droit administratif*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2017, p. 105 s.) de ce marronnier doctrinal, on rappellera que la personnalité publique ne s'auto-finalise pas ; elle n'existe que par rapport au public (E. Picard, *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?*, AJDA 1998. 651<sup>1</sup>). En somme les actes patrimoniaux (domaines public et privé confondus) des personnes publiques possèdent la singularité d'être toujours finalisés en vue de la satisfaction de l'intérêt général, doctrine universitaire et organique se rejoignant (v. respectivement, J.-F. Giacuzzo, *Le particularisme de la propriété publique*, in *Les propriétés*, PU Poitiers et LGDJ, 2015, p. 101 ; H. Savoie, concl. sur CE 10 mars 1995, n° 108753<sup>2</sup>, *Commune de Digne*, RFDA 1996. 429<sup>3</sup>). Il est donc (heureusement) inexact de penser que, même lorsqu'elles gèrent leur domaine privé, les personnes publiques poursuivent leur propre intérêt, n'en déplaise à la ville de Biarritz contractant avec « sa » SEM. En deuxième lieu, si le « mystère des origines » (P. Yolka, *Distinction du domaine public et du domaine privé*, J.-Cl. *Propriétés publiques*, 2020, fasc. 10, § 3) de la distinction domaniale n'a jamais été totalement percé (v. toutefois, en dernier lieu, A. Falgas, *Le dualisme juridictionnel en matière de propriété publique*, PU Toulouse, 2019 ; du même auteur, *Les origines du contentieux domaniale*, La Mémoire du droit, 2022), celle-ci s'est essentiellement ancrée dans les affres du dualisme juridictionnel, le dualisme juridique s'étant, quant à lui, singulièrement affaissé ; que l'on songe aux privilèges inhérents à la personnalité publique (insaisissabilité et incessibilité à vil prix), aux biens du domaine privé affectés à une utilité publique ou, plus largement, à l'article 537 du code civil faisant état d'une gestion « libre » des biens du domaine privé... mais « dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ». En un mot comme en mille, l'exorbitance autant que la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique ne sont pas absentes de la gestion du domaine privé (v. H. Devillers, *Prérogatives de puissance publique et bail privé*, RFDA 2018. 1175<sup>4</sup>). Le droit de la mise en concurrence pas davantage, le domaine privé n'y étant nullement rétif si l'on veut bien se remémorer qu'il est de mise dans le cadre de la cession des biens de l'Etat (CGPPP, art. R. 3211-2<sup>5</sup> s.), l'ordonnance du 19 avril 2017 n'étant pas parvenue à l'étendre aux collectivités territoriales (v., Ph. Terneyre et R. Noguellou, *Ordonnances domaniales : encore un effort pour les cessions !*, AJDA 2017. 1102<sup>6</sup>). Convoquer l'absence de prérogatives de puissance publique constitue dès lors un présupposé si ce n'est une reconstruction intellectuelle destinée à justifier (à rebours... et paradoxalement, quand on songe aux nombreux actes unilatéraux ou contractuels connus du juge administratif) le dualisme juridictionnel. Cela n'emporte en revanche aucune justification, *per se*, quant à la mise à l'écart du droit de la mise en concurrence, comme il en allait déjà du droit de la concurrence, sa réception ayant malheureusement pâti d'une surdétermination des notions administrativistes (dont on paye encore les frais), indifféremment mobilisées comme critères d'interprétation de son champ matériel et comme mécanismes répartiteurs des compétences juridictionnelles (T. confl. 6 juin 1989, n° 2578<sup>7</sup>, *Lyonnaise des eaux c/ Commune de Pamiers*, Lebon<sup>8</sup> ; D. 1990. 418<sup>9</sup>, note J.-J. Israël<sup>10</sup> et 101, obs. C. Gavaldà et C. Lucas de Leyssac<sup>11</sup> ; RD publ. 1989. 1780, note Y. Gaudemet ; JCP 1990. II. 21395, note Ph. Terneyre).

C'est encore moins probant si l'on accepte de se déporter du côté du droit de l'Union européenne. Certes, le dualisme juridictionnel est protégé par le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale (v., en dernier lieu, B. Plessix, *L'Europe et le dualisme juridictionnel*, Dr. adm. 2022. Repère 5) mais il n'a, bien entendu, jamais eu le pouvoir d'altérer l'effectivité du droit de l'Union européenne. Le poids dérogoire accordé aux prérogatives de puissance publique, quant à lui, est singulièrement plus leste que dans l'ordre interne, une petite bibliothèque suffisant à s'en convaincre (A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, NBT, 2002 ; C. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, 2004 ; A. Antoine, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, 2009). Leur présence (au sens du droit interne) n'a, par exemple, jamais altéré la soumission de la gestion domaniale au droit de la concurrence, seules celles étant « typiquement des prérogatives de puissance publique » (CJCE 19 janv. 1994, aff. C-364/92<sup>12</sup>, *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, AJDA 1994. 286, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet<sup>13</sup> ; D. 1995. 33<sup>14</sup>, note G. Lhuillier<sup>15</sup> ; RTD com. 1994. 606, obs. C. Bolze<sup>16</sup> ; RTD eur. 1995. 39, chron. J.-B. Blaise et L. Idot<sup>17</sup> ; TPICE 17 déc. 2008, *Ryanair*, préc.) permettant de s'en affranchir. L'on peine ainsi à discerner comment il n'en irait pas de même s'agissant du droit de la mise en concurrence, ce dernier ayant pour objet de s'assurer qu'une « autorité compétente », ne se laisse pas guider par des considérations étrangères à l'acte (unilatéral ou contractuel) de dévolution. Quant à la distinction des domaines, pour terminer, nul n'ignore qu'elle est inconnue du droit de l'Union européenne, pour la simple et bonne raison qu'elle l'est tout autant de la grande majorité des Etats membres. S'il fallait du reste reconstruire une *summa divisio* européenne, celle-ci emprunterait vraisemblablement la césure entre les biens « supports » ou « objets » d'exploitation économique et ceux qui ne le sont pas (H. Legal, *L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques*, AJDA 2007. 949<sup>18</sup>). Elle ne pourrait, en tout état de cause, servir de bouclier abstrait ; si son existence est protégée par le

principe de neutralité communautaire, il résulte d'une jurisprudence constante que l'article 345 du TFUE ne saurait « avoir pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les Etats membres aux règles fondamentales du traité » (par ex., CJCE 18 juill. 2007, aff. C-503/04 [🔗](#), RFDA 2007. 958, concl. V. Trstenjak [📄](#) et 972, note P. Delvolvé [📄](#) ; Rev. CMP 2007, comm. 280, obs. W. Zimmer ; *Europe* 2007, comm. 240, obs. D. Simon).

On l'aura compris, mises en miroir, les deux solutions semblent profondément contestables, qu'on stigmatise leurs ports d'attache respectifs ou, à la rame, la navigation empruntée pour s'y amarrer. Quoi qu'il en soit, elles rendent toujours plus nécessaire l'opération de qualification des dépendances en cause, dès lors que celles relevant du domaine privé continueront - presque quatre-vingts ans après la pétition de principe - d'échapper au formalisme procédural (CE 26 avr. 1944, *Dejean et Fournier*, Lebon 386). Ce n'est évidemment pas la meilleure nouvelle qui soit, les critères reconnaissifs du domaine public ayant souvent fait montre de leur grande plasticité (difficulté à distinguer les affectations ; vanité du critère de l'aménagement indispensable ; emploi à géométrie variable des théories expansionnistes). A ces difficultés s'ajoute un courant volontariste né de la jurisprudence *APREI* (CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Lebon avec les concl. [📄](#) ; AJDA 2007. 793 [📄](#), chron. F. Lenica et J. Boucher [📄](#) ; RFDA 2007. 803, note C. Boiteau [📄](#) ; RDSS 2007. 499, concl. C. Verot [📄](#) et 517, note G. Koubi et G. J. Guglielmi [📄](#) ; JCP Adm. 2007, n° 2066, concl. C. Vérot, note M.-C. Rouault et n° 2145, note G. J. Guglielmi et G. Koubi) qui vient, s'agissant de l'affectation au service public, anémier subjectivement le partage des domaines public et privé (comme en témoigne sa mise à l'oeuvre dans les décisions commentées). Surtout si les prérogatives inhérentes au pouvoir de gestion domaniale continuent de masquer la présence d'obligations de service public (par ex., CE 19 janv. 2011, n° 341669 [🔗](#), *Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre*, Lebon T. [📄](#) ; AJDA 2011. 139 [📄](#) et 1330 [📄](#), note P. Caille [📄](#) ; BJCP 2011. 101, concl. N. Boulouis ; Rev. CMP 2011, comm. 86, obs. G. Eckert). Autant dire qu'il paraîtra tout de même bien trop aisé d'instrumentaliser les qualifications internes pour échapper à l'application uniforme du droit de l'Union européenne. C'était déjà le cas, voilà douze ans, dans l'affaire *Jean Bouin*, le retour de service du 2 décembre dernier étant de ceux qui assomment...

#### Mots clés :

**DOMAINE** \* Domaine public \* Occupation du domaine public \* Exercice d'une activité économique \* Procédure transparente \* Domaine privé \* Gestion du domaine privé \* Bail emphytéotique

**DROIT EUROPEEN** \* Droit de l'Union européenne \* Principes généraux du droit de l'Union européenne \* Transparence

**CONTRAT** \* Contrat administratif \* Passation du contrat administratif \* Bail emphytéotique