

### 3 L'affaire « commune de Biarritz » : retour sur une occasion manquée



**Étienne MULLER,**  
professeur à l'université de Strasbourg  
(faculté de droit – IRCM), codirecteur du Master Contrats  
publics – Commande publique

On espère ne pas lasser le lecteur en revenant, une fois encore, sur les arrêts Paris Tennis et Commune de Biarritz (CE, 2 déc. 2022, n° 455033 et 460100). Le second, en particulier, mérite peut-être qu'on s'y attarde un peu, malgré les commentaires dont il fait déjà l'objet (V. not. C. Chamard-Heim, *Contrats-Marchés publ.* 2023, comm. 54. – S. Hansen, *JCP G* 2023, act. 104. – C. Chamard-Heim, M. Karpenschiff, *JCP A* 2023, 2033. – Ch. Roux, *AJDA* 2023, p. 109). Répondant à une question dont la fréquence des questions ministérielles témoigne de la lancinante, le Conseil d'État y a jugé d'une part que des baux conclus par des personnes publiques sur leur domaine privé « ne constituent pas une autorisation pour l'accès à une activité de service ou à son exercice » au sens de la directive « services » 2006/123/UE et, d'autre part, que le bail en cause en l'espèce, portant sur un hôtel de prestige et consenti à une société d'économie mixte en vue de son exploitation par un opérateur du secteur privé « ne porte, par lui-même, aucune atteinte à la liberté d'établissement sur le territoire de la commune de Biarritz ». Il en découle qu'à la différence des titres d'occupation du domaine public, des baux de droit privé sur le domaine privé n'ont, en vertu du droit de l'Union européenne pas plus que du droit interne, à faire l'objet d'aucune procédure particulière comportant notamment une publicité adéquate et des

**« En raisonnant de façon très formaliste, le Conseil d'État n'a pas voulu aborder frontalement la question des enjeux économiques de la gestion du domaine privé »**

garanties d'impartialité préalablement à leur conclusion, même lorsque celle-ci est consentie en vue de l'exploitation économique par le preneur d'un immeuble qui constitue une ressource sans équivalent sur le marché pertinent.

Il n'est pas nécessaire de s'appesantir longuement sur la fragilité du raisonnement mené au regard du droit de l'Union. Non que l'arrêt Promoim-presa, retenant la qualification d'autorisation au sens de la directive « services » à propos de titres d'occupation de plages aux fins d'activités touristiques (CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 : *JurisData* n° 2016-015812 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 291, note F. Llorens), imposât évidemment la solution inverse. Fondé sur une interprétation très extensive de la définition de l'autorisation d'accès ou d'exercice d'une activité de services (dir. 2006/123/UE, art. 4), rédigé de façon circonstanciée, cet arrêt n'a peut-être pas la portée générale qui lui est souvent prêtée et dont la Cour, en le rendant, n'a sans doute pas anticipé toutes les difficultés pratiques (V. à ce propos l'étude de R. Leonetti et J.-F. Lafaix, *L'attribution des titres domaniaux : RDI* 2023, à paraître). En revanche, il paraît clair que ni le classement d'un bien dans le domaine privé ni la nature de droit privé de l'acte d'occupation dont il fait l'objet, ni même les finalités (prétendument) purement patrimoniales qui les justifient, ne sont des critères pertinents d'application du droit de l'Union.

Le Conseil d'État en est naturellement parfaitement conscient. Son abstention à saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, alors que la difficulté d'interprétation, patente, rendait vaine toute invocation de la « théorie de l'acte clair » et certaine l'obligation découlant de l'article 267 du Traité FUE, d'interprétation stricte (CJCE, 6 oct. 1982, aff. 283/81, *Cilfit* e.a., pt 11 et 16), traduit clairement sa volonté de ne pas taire docilement ses divergences et de se montrer offensif dans le « dialogue des juges » (V. G. Eckert, *Les transformations du « dialogue des juges » et leur influence sur le droit des contrats publics : Contrats-Marchés publ.* 2018, repère 11). → Suite page 2

## Contrats et Marchés publics

REVUE MENSUELLE DU JURISCLASSEUR

Président-Directeur général,  
Directeur de la publication :  
Éric Bonnet-Maes  
Directrice éditoriale :  
Anne-Laurence Monéger  
Directrice de rédaction :  
Katia Chassagne  
Directeur :  
Gabriel Eckert, professeur de  
droit public, directeur de l'Institut  
de recherches Carré de Malberg  
(UR3399) et ancien directeur de  
Sciences Po Strasbourg

Comité de rédaction :  
Caroline Chamard-Heim,  
professeur à l'université  
Jean Moulin-Lyon 3, directeur  
de l'IEA (EDPL-EA 666)  
Guylain Clamour, professeur  
à l'université de Montpellier,  
doyen de la faculté de droit et de  
science politique  
Jérôme Diethenhofer, conseiller  
à l'IGEDD  
Hélène Hoepffner, professeur  
à l'université Paris 1 - Panthéon-  
Sorbonne  
Bruno Koebel, administrateur  
territorial, directeur général  
adjoint des services, Ville et  
Eurométropole de Strasbourg

Florian Linditch, professeur à  
Aix-Marseille Université, avocat  
au barreau de Marseille  
Étienne Muller, professeur  
de droit public à l'université  
de Strasbourg, IRCM (EA 3399)  
Philippe Rees, vice président du  
tribunal administratif de Strasbourg  
Marion Ubaid-Bergeron,  
professeur à l'université  
de Montpellier  
Willy Zimmer, professeur  
à l'université de Strasbourg,  
avocat au barreau de Strasbourg  
Rédacteur en chef :  
David Conté  
Chargée d'édition :  
Claire Hennebell  
Correspondance :  
cmp@lexisnexis.fr

Publicité :  
Caroline Spire  
Responsable clientèle publicité  
caroline.spire@lexisnexis.fr  
Tél. : 01 45 58 93 56  
Relations clients :  
Tél. : 01 71 72 47 70  
relation.clients@lexisnexis.fr  
www.lexisnexis.fr  
Crédit photo :  
Petmal / iStock / Getty Images  
Plus  
Abonnement annuel 2023 :  
France métropolitaine : 674,15 € TTC  
Prix de vente au numéro : 63,30 € TTC  
Dom-Tom et Étranger : 704,00 € HT  
Prix de vente au numéro : 71,00 € HT

LexisNexis SA  
SA au capital de 1 584 800 €  
552 029 431 RCS Paris  
Principal associé :  
Reed Elsevier France SA  
Siège social :  
141 rue de Javel  
75747 Paris Cedex 15  
Dépôt légal : à parution  
Origine du papier : Allemagne  
Taux de fibres recyclées : 6 %  
Certification : 100 %  
Impact sur l'eau : P<sub>TOT</sub> = 0,01 kg / tonne



Gageons que cet acte de bravoure lui vaudra la reconnaissance des décideurs publics, soulagés de voir ainsi s'éloigner le spectre d'une publicisation des actes de gestion du domaine privé, en particulier des baux commerciaux, et préservée la discrétionnalité dont ils jouissent dans leur utilisation.

Toutefois, en raisonnant de façon très formaliste, le Conseil d'État n'a pas voulu aborder frontalement la question des enjeux économiques de la gestion du domaine privé.

Il le fait pourtant de façon très allusive en retenant que le bail litigieux ne porte pas « *par lui-même* » atteinte à la liberté d'établissement ; on est ici frappé du parallélisme avec les termes de l'arrêt RATP (CE, 23 mai 2012, n° 348909 : *JurisData* n° 2012-010865 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, *comm.* 258, *note S. Ziani*) selon lesquels la décision d'accorder ou non une autorisation d'occupation du domaine public n'est pas « *par elle-même* » susceptible de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, ce qui signifie a contrario qu'un tel effet peut résulter de particularités concrètes tenant au contenu ou aux conditions de l'autorisation délivrée. Ce même arrêt rappelle aussi que l'autorité qui délivre l'autorisation doit, en toute hypothèse, veiller à ne pas méconnaître le droit de la concurrence. Indépendamment du classement du bien concerné dans le domaine public ou dans le domaine privé, c'est l'effet de la décision de la puissance publique sur le marché qui est ici en cause. Négligeable dans le cas de baux commerciaux portant sur des locaux ordinaires, cet effet est potentiellement important lorsque, comme pour l'hôtel du Palais de Biarritz, les caractéristiques exceptionnelles du bien concerné en font une ressource rare, c'est-à-dire sans équivalent sur le marché. L'organisation d'une procédure ouverte, transparente et impartiale permet alors à la fois de ne pas placer l'opérateur bénéficiaire en situation d'abus de position dominante (*Cons. conc.*, avis n° 04-4-19, 21 oct. 2004, relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits) et de garantir que les conditions, notamment financières, qui lui sont consenties ne comportent pas d'avantage anormal qualifiable d'aide d'État (*V. qualifiant d'aide d'État un titre d'occupation d'un stade pour une redevance inférieure aux prix du marché : Commission européenne*, 20 nov. 2013, *aide d'État SA.37109 (2013/N) – Belgique – Stades de football en Flandre*, C (2013) 7889 final).

Le prisme de la libre concurrence est cependant réducteur, car la question de l'avantage exclusif engage tout autant le

principe d'égalité devant les charges publiques. Aussi bien le Conseil d'État juge-t-il qu'« *une personne publique ne peut légalement louer un bien à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé pour un loyer inférieur à la valeur locative de ce bien, sauf si cette location est justifiée par des motifs d'intérêt général et comporte des contreparties suffisantes* » (CE, 28 sept. 2021, n° 431625, *M. Serge H. e.a.* : *Contrats-Marchés publ.* 2021, *comm.* 354, *note P. Soler-Couteaux*). L'idée selon laquelle les finalités patrimoniales de la gestion du domaine privé justifient de reconnaître aux personnes publiques une souplesse comparable à celle dont jouissent les personnes privées n'est donc pas sans limite, même dans la jurisprudence du Conseil d'État.

Toutes ces considérations nous conduisent à regretter que la Haute Juridiction administrative n'ait pas poussé l'audace jusqu'à affirmer que les articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont découlent les principes actuellement rappelés à l'article L. 3 du Code de la commande publique (*Cons. const.*, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : AJDA* 2003, p. 2348, *note E. Fatôme et L. Richer ; RDP* 2003, p. 1163, *note F. Lichère*, pt 10), exigent plus généralement que l'acte juridique par lequel une personne publique octroie un avantage économique exclusif à une personne privée soit précédé d'une procédure transparente et impartiale, comportant notamment une publicité adéquate. Refuser, pour de bonnes raisons, de suivre la Cour de justice dans une interprétation extensive du régime des autorisations prévu par la directive « services » ne l'empêchait pas de s'inspirer de l'obligation de transparence découlant du principe de non-discrimination, que la Cour a d'abord consacrée à propos des concessions de service alors non encore régies par le droit dérivé (*CJCE*, 7 déc. 2000, *aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH : JurisData* n° 2000-300034 ; *Contrats-Marchés publ.* 2001, *comm.* 50, *obs. F. Llorens*) puis étendue à tout acte, contractuel ou unilatéral, attribuant à une entreprise un « *droit exclusif* », autrement dit un avantage économique exclusif (*CJUE*, 17 déc. 2015, *aff. C-25/14 et C-26/14, UNIS et Beaudout Père et Fils SARL*, pt 41 : *Contrats-Marchés publ.* 2016, *comm.* 48, *note G. Eckert*). Un tel principe ne retirerait pas aux décideurs publics leurs pouvoirs discrétionnaires ; il diminuerait en revanche le risque d'arbitraire, dans un double objectif de transparence de la vie économique et de bonne administration des patrimoines publics.