

La gestion et la valorisation de la propriété publique :
Les défis du droit de l'Union européenne

The management and valorisation of public property:
The challenges of European Union law

CHRISTOPHE ROUX

VOL. 5 Nº 1 JANEIRO 2018

WWW.E-PUBLICA.PT

**LA GESTION ET LA VALORISATION DE LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE :
LES DÉFIS DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

**THE MANAGEMENT AND VALORISATION OF PUBLIC PROPERTY:
THE CHALLENGES OF EUROPEAN UNION LAW**

CHRISTOPHE ROUX

Université Lumière

Lyon 2

Equipe de droit public - Lyon 3 (EA 666)

christophe.roux1@gmail.com

Resumo: Embora menos conhecida, a influência do Direito da União Europeia sobre os direitos da propriedade pública dos Estados membros é bem real. Com efeito, ela desenvolve-se em todos os aspectos da gestão patrimonial, em que as normas de concorrência, o direito dos auxílios estatais ou as liberdades comunitárias já alteram profundamente o poder discricionário dos decisores administrativos, forçando as ordens jurídicas a evoluir. Além da gestão do domínio público, na qual os efeitos já são perceptíveis, o Direito da União Europeia parece capaz de provocar mutações conceituais mais intensas, questionando ao mesmo tempo tanto o perímetro como a estrutura e a própria finalidade da apropriação pública¹.

Palavras-chave: Propriedade pública; Direito da União Europeia; Direito da Concorrência; Domínio Público; Gestão de Património Público; Auxílios do Estado; Valorização; Concurso público

Abstract: Although less known, the influence of European Union law on public property rights of the Member States is quite real. In fact, such influence emerges in all aspects of the public goods management where Competition law, State aid law or Community freedoms have already profoundly altered the discretionary power of administrative decision-makers, forcing the legal systems to evolve. Apart from the public domain management, in which those effects are already noticeable, European Union law seems capable of triggering more intense conceptual changes while calling into question the perimeter, the structure and the very purpose of public appropriation.

Key-words: Public property; European Union law; Competition law; Public domain; State-owned assets management; State aids; Valuation; Public tender.

1. Traduction assurée par Emilie BARBIN, doctorante à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, en préparation d'une thèse portant sur *La régularisation des actes administratifs. Approche comparée franco-brésilienne*. Nous la remercions.

Introduit par l'ordonnance du 21 avril 2006, le Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) a constitué, en France, un tournant décisif dans le mouvement de modernisation du droit de la propriété publique. Présenté, de manière un peu manichéenne, dans la dialectique entre protection et valorisation, la doctrine l'a assez vite perçu comme faisant la part belle au second objectif au détriment du premier, popularisant une notion que certains auteurs s'étaient chargés de mettre en exergue quelques années plus tôt². Depuis lors, le terme a fait florès³ : parangon de l'exigence de performance de l'action administrative⁴, la valorisation s'est chargée d'éléments disparates en visant d'une part des finalités diverses (valorisation économique, sociale, culturelle, environnementale) et, d'autre part, en appréhendant peu ou prou l'ensemble des prérogatives patrimoniales, au stade de l'acquisition, de la gestion et même de la cession des biens publics. En revenant à l'épuration, la notion peut être entendue comme manifestant la volonté – dans le champ patrimonial – de «donner une valeur» à un bien mais, surtout, de lui donner «plus» de valeur qu'il n'en avait, la valorisation pouvant dès lors valablement être reliée à l'idée de meilleure exploitation ou de maximisation de l'utilité sociale des biens publics, cette dernière pouvant être financière ou non. Dans un tel cadre, c'est logiquement que la restriction du champ du domaine public⁵, la circulation des biens publics⁶ ou, encore, la

2. J.-Ph. BROUANT, *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, thèse dactyl., Paris I, 1995 ; J. MORAND-DEVILLER, «La valorisation économique du patrimoine public», in *Mélanges Roland Drago*, Economica, 1996, p. 273.

3. V. dans les années récentes, H. DE GAUDEMAR, «La valorisation des patrimoines publics : quelle action pour les collectivités ?», *La Semaine juridique – Administration (JCP A)*, 2013, n° 2294 ; P. VILLENEUVE, «Valorisation du patrimoine matériel des collectivités territoriales : essai d'une définition», *Actualité juridique des collectivités territoriales (AJCT)*, 2013, p. 72 ; A. GAUTHIER, «La valorisation des propriétés publiques», *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2012, p. 990 ; Y. GAUDEMET, «À propos de la valorisation économique des propriétés publiques», *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, 2012, p. 1223 ; «Valorisation des propriétés publiques», *JCP A*, 2006, p. 1379 ; C. MANSON, «Valorisation économique du domaine public et performance», in N. ALBERT [dir.], *Performance et droit administratif*, Litec, 2010, p. 227.

4. V. J. BÉGUIN, «Vers un rapprochement du droit administratif et du droit des entreprises ?», *La Semaine Juridique – Administration (JCP A)*, 29 oct. 2012, suppl. n° 43, p. 3 ; J. CAILLOSSE, «Rapport introductif : Performance et droit de l'Administration», in N. ALBERT [dir.], *Performance et droit administratif*, LexisNexis, 2010, p. 5 ; J. MORAND-DEVILLER, «Critère, consistance et performance de la domanialité publique», in *Performance et droit administratif*, préc., p. 211 ; J. CHEVALLIER, «Performance et gestion publique», in *Mélanges Robert Hertzog*, Economica, 2010, p. 83.

5. V. article L. 2111-1 CGPPP. Plus généralement, sur le Code, v. Y. GAUDEMET, «Le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques, une mise en perspective», *Revue juridique de l'entreprise publique (RJEP)*, 2006, p. 403 ; H.-G. HUBRECHT et F. MELLERAY, «Le Code général de la propriété des personnes publiques», *Droit administratif*, 2006, étude 15 ; Ch. MAUGÔE et G. BACHELIER, «Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques», *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2006, p. 1073 ; Ch. PISANI et C. BOSGIRAUD, «Premières réflexions sur le Code général des propriétés publiques», *AJDA*, 2006, p. 1098 ; Ph. YOLKA, «Naissance d'un Code : la réforme du droit des propriétés publiques», *La Semaine Juridique - Administration (JCP A)*, 2006, p. 687 ; *Revue française de droit administratif (RFDA)*, Dossier, 2006, n° 5.

6. V. notamment N. BETTIO, *La circulation des biens entre personnes publiques*, LGDJ, 2011.

nécessité de percevoir une redevance pour toute forme d'occupation domaniale⁷ ont été perçues, au sein du CGPPP, comme des manifestations de cette montée en puissance.

Paradoxalement, assez vite, le CGPPP a également démontré ses limites, certains pointant les «espoirs déçus»⁸ de la nouvelle codification, notamment s'agissant du droit des occupations privatives: parmi un inventaire non exhaustif, l'on a pu regretter l'absence de consécration d'une obligation de publicité ou de mise en concurrence préalable à la délivrance des titres d'occupation domaniale ou, encore, le maintien d'une conception stricte de l'inaliénabilité et les conséquences néfastes en résultant (principe de précarité, absence de propriété commerciale des occupants, freins à l'investissement privé...). L'on a pu, enfin, douter de l'euro-compatibilité d'une telle codification, que ce soit au regard du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ou du droit de l'Union européenne, plusieurs pierres d'achoppement entre les corpus européens et le droit français ayant été mis en exergue dans les années passées par la doctrine. L'influence du droit de l'Union européenne s'agissant de la gestion domaniale n'en restait pas moins, à ce stade, assez méconnue, ceci expliquant d'ailleurs probablement le souci peu marqué des rédacteurs du CGPPP de s'acquiescer de cette contrainte supranationale pourtant bien réelle. Si tant est qu'il y ait quelques doutes, il convient de les dissiper immédiatement: la relation entre le droit des biens publics et le droit de l'Union européenne existe, y compris s'agissant de la valorisation économique; cette relation est même féconde, opportune et, nous allons le voir, plus nuancée qu'il n'y paraît. Quelques temps avant que ne débutent les recherches que je menais dans le cadre de ma thèse, le Professeur Philippe Yolka - évoquant la question des rapports entre propriété publique et droit de l'Union européenne - pouvait ainsi dire qu'il s'agissait d'un «champ vierge de labours, quand les terres voisines sont sarclées en profondeur»⁹. Récemment encore, une partie de la doctrine pouvait autrefois décourager l'entreprise, en estimant que l'influence du droit de l'Union européenne restait, en ce domaine, résiduelle voire limitée¹⁰.

Force est de constater que le droit positif pouvait, dans une première approche, permettre de valider cette acception. Le droit de l'Union européenne expose en effet, en son article 345 TFUE, que «les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres», laissant entendre que, à défaut de toute interférence, le droit de l'Union européenne se désintéresserait du sujet. Renvoyant, semble-t-il, cette épineuse question à la discrétion des États membres, le droit de l'Union européenne manifesterait prudence ou indifférence,

7. Voir articles L. 2125-1 et L. 2125-3 CGPPP.

8. V. P. SOLER-COUTEAUX, «Les occupations privatives du domaine public: un espoir déçu», *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2006, p. 935; B. TRESCHER, «De quelques apports du nouveau Code général de la propriété des personnes publiques en matière d'occupation du domaine public», *Contrats et marchés publics*, 2006, étude 6.

9. Ph. YOLKA, note sous CEDH, 30 nov. 2004, *Oneriyildiz c/ Turquie*, n° 48939/99, *La Semaine Juridique - Administration (JCP A)*, 2006, n° 1002.

10. V. D. LEDAIN, *Constitution, Convention européenne des droits de l'homme et droit des biens publics*, thèse dactyl., Pau, 2009, § 45; O. DUBOS, «Droit administratif et droit communautaire», *J.-Cl. Administratif*, fasc. 24, 2006, § 167-168.

comme si la question de la propriété ressortait par essence d'un choix de société national dans lequel il n'a pas à interférer. L'absence d'interférence serait encore une manifestation du principe de subsidiarité¹¹ selon lequel les États membres seraient les mieux placés pour régler cette question : de fait, si l'on tente positivement de déterminer la portée de cette disposition, on peut en tirer la conclusion que, par principe, l'Union européenne ne dispose pas de la compétence pour régler les questions de propriété¹².

Il est pourtant aujourd'hui erroné de croire à la neutralité du droit de l'UE quant au droit des biens publics et de présenter son influence comme limitée, y compris, s'agissant de la question de la gestion et la valorisation économique des biens publics. Invasif, le droit de l'Union européenne avait, tôt ou tard, vocation à se saisir de cette question et à manifester son emprise. On peut essayer alors, globalement, de mettre en avant les ressorts théoriques de cette relation. En premier lieu, la propriété des personnes publiques constitue le substrat de leur liberté économique, l'instrument de création de leurs richesses¹³. Les nationalisations, la création de services publics industriels et commerciaux locaux, l'exploitation maritime, minière ou forestière, l'octroi d'aides matérielles ou immatérielles font toujours intervenir à titre médiateur ou immédiat des biens publics, sans lesquels l'interventionnisme public n'a pas d'assise matérielle. Les conditions de l'interventionnisme économique étant bouleversées par le droit de l'Union européenne, l'instrumentalisation des biens publics ne pouvait, corrélativement, qu'être altérée à son tour. En second lieu, mais de l'autre côté c'est-à-dire au niveau des usagers, la propriété publique possède cette même destination économique prégnante : par le biais de l'affectation à un service public ou à l'usage du public¹⁴, le domaine public constitue en effet une garantie des libertés publiques¹⁵, mais également des libertés économiques communautaires. La propriété publique est, à n'en pas douter, un terrain essentiel des échanges commerciaux, une garantie de la liberté d'entreprendre, de s'établir, de circuler et, par là-même, une des composantes spatiales essentielles du marché européen. La propriété publique constitue également un instrument de politique publique, tout simplement parce que le gestionnaire domaniale est soit «le receveur, soit le dispensateur, soit le relais des concours directs et indirects»¹⁶ apportés aux personnes privées. Dans ce cadre, le droit de l'Union européenne vient nécessairement bouleverser les équilibres, le droit des aides d'État et la

11. Ch. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, § 5.

12. *Ibid.*, spéc. pp. 45-58.

13. V. A. CHAIGNEAU, *Le droit de propriété en mutation. Essai à la lumière du droit russe*, Dalloz, 2008.

14. Article L. 2111-1 Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP).

15. Sur cette liaison Cf. Ph. YOLKA, «Libertés, domanialité et propriétés publiques», *Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF)*, 2017, chronique n° 2 ; Y. GAUDEMET, «Libertés publiques et domaine public», in *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 125 ; J.-F. FLAUSS, «Domaine public et libertés publiques : instrument, garantie ou atteinte ?», *Les Petites affiches*, 15 juill. 1994, n° 84, p. 21 ; Ch. LAVIALLE, «Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations», *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, 1990, p. 469.

16. V. CORNELOUP, «Le soutien de l'activité économique par le biais de la gestion domaniale», *Revue Lamy Collectivités territoriales (RLCT)*, 2005, n° 65.

protection de la libre concurrence étant, *a minima*, en mesure de s'opposer aux gestionnaires publics.

Quoi qu'il en soit, au plan pratique, la jurisprudence démontre à l'envi combien à la neutralité «affichée» s'est substituée une neutralité «faussée»¹⁷. De fait, l'article 345 TFUE ne possède en réalité aucun caractère limitatif par rapport aux autres normes du Traité ; il ne développe pas davantage de caractère dérogoatoire pour l'application des autres normes, notamment les libertés communautaires ou les règles de concurrence qui se voient, en quelque sorte, parées d'une primauté¹⁸. Loin d'être une disposition solitaire, l'article 345 TFUE doit être lu à la lumière du phénomène d'intégration et de dynamique communautaire dans lequel sa singularité a nécessairement vocation à se diluer. Ni «positive», ni «négative» à l'égard de la propriété publique, la neutralité semble ainsi conforme à son essence même en présentant, dans ses effets, un électrocardiogramme presque plat, signe d'une normativité restreinte. Enfin, et contrairement à ce que semble porter en elle-même la disposition, l'article 345 TFUE n'a vocation qu'à assurer une neutralité quant à la nature de la propriété, et non quant à son régime juridique, lequel devra plier dès lors qu'il entre en contradiction avec le dessein communautaire. C'est dès lors dans cette trame générale que la question de l'influence communautaire sur la gestion et la valorisation des biens publics peut se poser. Logiquement, à partir du moment où les ressorts théoriques de cette influence, voire de cette contrainte, sont dévoilés, il n'y avait aucune raison de penser que le droit de l'Union européenne n'avait aucune influence sur ces aspects. C'est ce que se chargeront d'étayer les propos suivants, qu'ils fassent état de la transformation perceptible de la gestion patrimoniale par le droit de l'Union européenne (1) ou des modifications de la structure patrimoniale, qu'il semble, de manière plus prospective, susceptible d'engendrer (2).

1. La gestion patrimoniale réorientée par le droit de l'Union européenne

L'objectif de libre et égale concurrence énoncé par les articles 2 et 3 du Traité sur l'Union européenne possède une double implication concrète pour les gestionnaires domaniaux : d'une part, dans une perspective «défensive», ces derniers se doivent de protéger cette libre et égale concurrence (1.1) ; d'autre part, dans une perspective beaucoup plus «active», les gestionnaires se doivent également parfois, au regard du droit de l'Union européenne, de promouvoir la libre et égale concurrence (1.2). Quelles que soient les facettes de cette influence, le droit de l'Union européenne invite alors à repenser les finalités de la gestion domaniale. Dans ce cadre, l'objectif de valorisation de la propriété publique est tantôt favorisé par le droit de l'Union européenne, tantôt, au contraire, cadencé ;

17. V. notamment B. DELAUNAY, «Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété dans les États membres», *Revue juridique de l'entreprise publique (RJEP)*, 2009, étude 11 ; C. GAUTHIER, «Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit français des propriétés publiques», *Cahiers de droit européen*, 2007, n° 3-4, p. 381.

18. Ch. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, pp. 112-145.

en d'autres termes, il est écartelé entre deux logiques parfois contradictoires, le seul dénominateur commun entre ces deux hypothèses résidant dans le fait que la liberté de gestion des propriétaires publics en ressort considérablement altérée.

1.1. La protection de la concurrence

Parce que la propriété publique est le territoire d'exercice des libertés économiques, mais aussi parce que les biens publics sont à la fois supports et objets d'exploitation économique, celle-ci constitue de fait une composante du marché communautaire. Les biens publics étant objets de convoitise, susceptibles de conférer - par leur utilisation ou leur exploitation - un avantage économique, les propriétaires publics se doivent de réguler la concurrence qui s'y livre. Cette finalité implique alors deux mutations : en premier lieu, les propriétaires publics se doivent d'adopter un comportement économique rationnel et égalitaire, faute de quoi leurs actes de gestion pourront être appréhendés par le droit des aides d'État (a) ; en second lieu, parce que la gestion domaniale constitue, en elle-même, une activité économique, les propriétaires publics devront limiter leur pouvoir de marché (b). Dans les deux hypothèses, la liberté de gestion des propriétaires publics se retrouve amoindrie. Dans une optique de valorisation, cette double contrainte emporte quoi qu'il en soit des effets équivoques : si le droit des aides d'État implique que l'achat, la location ou la cession de biens publics s'opèrent au prix du marché, celui-ci ne saurait être trop élevé, faute de quoi il pourrait manifester, de la part des gestionnaires publics eux-mêmes, un abus de position dominante.

a. La rationalisation du pouvoir de marché des gestionnaires domaniaux

Pour assurer la libre et égale concurrence entre opérateurs économiques désireux de fournir, de louer ou d'acheter des biens publics, les personnes publiques se doivent de ne leur conférer aucun avantage. C'est dès lors la prohibition du droit des aides d'État qui constitue le vecteur majeur d'influence du droit de l'Union européenne en la matière, l'article 107 TFUE, exposant que «sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions». D'une manière générale, ce fondement se révèle un puissant vecteur de valorisation économique. Ceci se vérifie dans tous les pans de la gestion domaniale : de fait, le standard de l'investisseur avisé en économie de marché¹⁹ a, peu à peu, investi le droit de la propriété publique, à tel

19. CJCE, 10 juill. 1986, *Belgique c/ Commission*, 40/85, *Rec.* I-2321. Sur le standard de « l'investisseur avisé en économie de marché », M. KARPENSCHIF, «L'investisseur privé en économie de marché», *Concurrences*, 6-2011 ; J. DERENNE et C. KACZMAREK, «Regards sur le principe de l'investisseur privé en économie de marché», *Journal trimestriel de droit européen*

point qu'aujourd'hui c'est à l'aune de celui du «propriétaire avisé en économie de marché»²⁰ que les actes de gestion domaniale sont appréhendés par le juge communautaire dans toutes leurs facettes.

C'est bien entendu d'abord dans le cadre de l'occupation domaniale que les effets de ce standard se vérifient. L'on pourrait alors évoquer une première déclinaison de ce principe : celle du «loueur avisé en économie de marché», impliquant que le prix de l'occupation domaniale corresponde à tous les avantages procurés à l'occupant, faute de quoi ce dernier bénéficierait d'un avantage indu. La Commission a déjà eu à connaître de cette hypothèse, à propos notamment d'une opération de vente-relocation d'une criée maritime, où elle a pu censurer la location gratuite de cet espace par une personne publique²¹. L'exemple le plus typique reste toutefois celui des aides versées par des gestionnaires d'aéroports au profit de certaines compagnies, notamment *low-cost*²². Le cas de la compagnie *Ryanair* est à cet égard topique. Sa stratégie a consisté à investir des plateformes secondaires, sous-utilisées, afin de réduire ses coûts d'exploitation. La tentation a été grande, pour ces aéroports régionaux, d'attirer coûte que coûte ces sociétés dans ces aéroports sous-exploités, quitte à, dans un premier temps, souscrire à des aides en leur faveur. L'état de dépendance économique étant réel, la plupart des gestionnaires ont consenti à aider ces occupants ou, alternativement, leurs gestionnaires d'infrastructures délégués. Ce faisant, une réelle concurrence a émergé entre aéroports régionaux en laissant peser le risque d'une véritable surenchère à l'aide publique. En droit de l'Union européenne, la Commission²³, mais aussi le Tribunal de l'Union européenne²⁴ ont alors censuré à plusieurs reprises la fixation de redevances domaniales ou aéroportuaires trop faibles, destinées à favoriser ces opérateurs : par application du test de l'investisseur avisé en économie de marché, les collectivités territoriales ne pourront justifier ces aides que si un «retour sur investissement» est prévisible et ceci autour d'une stratégie économique viable²⁵. L'encadrement du droit des aides d'État encourage

(JTDE), mars 2011, p. 61.

20. Sur ce standard, v. Ch. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, thèse, préc., § 684 et s.

21. Déc. n° 2010/607/UE, 27 avr. 2010, *Criée d'Ostende*, JOUE, L 274, 19 oct. 2010, p. 103, pts. 158-159.

22. Sur le sujet, D. HURON, «Aéroports et compagnies low-cost : des relations stratégiques conciliables ?», in C. MAMONTOFF [dir.], *La réforme aéroportuaire de la loi du 13 août 2004 à l'épreuve des faits*, L'Harmattan, 2011, p. 217 ; T. LAFFARGUE et P. REINE, «Entreprises *low-cost* et aéroports : les liaisons dangereuses», *Le Moniteur – Contrats publics (CP-ACCP)*, juill. 2011, p. 49 ; A. LYKOTRAFITI, «Low cost carriers and State aids : a paradox ? Reflexions on the Ryanair/Charleroi case», *European State Aids Quarterly*, 2008-2, p. 214.

23. V. pour un rare exemple de validation d'aides en vue de la rénovation d'un terminal dédié aux compagnies low-cost, déc. n° 2013/664/UE, 25 juill. 2012, SA.23324 – C 25/07, *Finlande Finavia, Airpro et Ryanair – Aéroport de Tampere-Pirkkala*, C(2012) 5036, JOUE, L 309, 19 nov. 2013, p. 27 ; *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)*, 2014, p. 204, chron. L. GRARD.

24. Trib. UE, 25 janv. 2018, T-818/14, *BSCA c/ Commission* ; *Europe*, 2018, comm. n° 116, note L. IDOT ; TPICE, 17 déc. 2008, *Ryanair*, T-196/04, *Rec. II-3643* ; *Concurrences*, 1-2009, p. 157, note J. DERENNE ; *Europe*, 2009, comm. 91, note L. IDOT ; *Revue Lamy Collectivités territoriales (RLCT)*, 2009, n° 46, p. 13, note P. FRÜHLING et N. CHAPIER-GRANIER.

25. V. Déc. n° 2013/693/UE, 3 oct. 2012, *concernant l'aide SA.23600, Allemagne*,

donc les gestionnaires domaniaux à valoriser leurs domaines en proposant dès lors leurs occupations à un prix conforme à la valeur même du marché. On ajoutera par ailleurs que, au-delà du droit des aides d'État, cette visée satisfait le droit *antitrust* puisque par ce biais, l'on s'assure également que le gestionnaire domanial ne renforce pas la position dominante d'un opérateur en lui accordant des conditions financières d'occupation avantageuse²⁶.

La contrainte du droit des aides d'État se retrouve également au stade de l'achat ou de la vente des biens publics. Il est ici bien entendu toujours question de valorisation, quand bien même serait-elle anticipée dans la première hypothèse et un peu dissipée dans la seconde. Valoriser, en effet, ce n'est pas simplement maximiser la rentabilité économique d'un bien existant ; valoriser, dans une perspective budgétaire globale, se comprend dès l'entrée dans la propriété publique, mais aussi à la sortie. Même si, au stade de l'achat, la pratique décisionnelle reste assez confidentielle²⁷, la Commission, dans une décision du 30 juillet 1996, a déjà pu censurer l'achat d'un bien immobilier par une collectivité publique au regard de son coût excessif par rapport à sa valeur vénale²⁸. Il en fut de même dans la décision *Cuxhaven* du 11 février 1987, où la Commission a estimé que l'achat puis la relocation de ce même bien à une entreprise constituait une aide. La disproportion entre le montant du loyer exigé et le montant de l'achat avait été perçue comme ne manifestant pas un comportement avisé et rationnel. Faute de rentabilité prévisible, l'achat avait été analysé comme une aide (car l'entreprise n'aurait jamais bénéficié d'une telle largesse dans des conditions normales de marché), l'achat étant en réalité inutile et irrationnel économiquement pour la collectivité publique²⁹. Plus récemment, c'est enfin le rachat d'un stade de football auprès d'un club de deuxième division néerlandaise en difficulté qui a été soumis à l'examen de la Commission : si l'aide a finalement été jugée compatible au regard de l'article 107 § 3 TFUE, la Commission prit soin de vérifier que l'aide était conditionnée, compensée et limitée au maximum³⁰.

C'est toutefois probablement dans l'hypothèse des cessions de biens publics que l'emprise du droit des aides d'État s'exprime le mieux, le droit de l'Union européenne s'opposant à ce qu'un bien soit vendu à un prix inférieur à sa valeur vénale, ce qui aurait pour effet d'avantager un opérateur économique³¹. L'objectif

Financement du terminal n° 2 de l'aéroport de Munich, C(2012) 5047, *JOUE*, L 319, 29 nov. 2013, p. 8 ; *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)*, 2014, p. 204, chron. L. GRARD.

26. CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, *Rec.* I-5197 ; *Revue juridique de l'économie publique (RJEP)*, 2004, p. 613, note F. MALVASIO ; *Europe*, 2003, comm. 231, note D. SIMON.

27. Cf. sur ce point R. KOVAR, «Les achats publics et l'interdiction des aides d'État», *Contrats et marchés publics*, 2004, étude 8.

28. Déc. n° 97/17, 30 juill. 1996, *JOCE*, L 6, 10 janv. 1997, p. 34.

29. Déc. n° 87/515/CEE, 11 févr. 1987, *Base de poisson à Cuxhaven*, *JOCE*, L 295, 20 oct. 1987, p. 25.

30. Déc. 2016/1847, 4 juill. 2016, *concernant l'aide d'État SA.41612 mise à exécution par les Pays-Bas en faveur du club de football professionnel MVV de Maastricht*, *JOUE*, 19 oct. 2016, n° L 282/53.

31. V. A. CARTIER-BRESSON, «Valorisation du patrimoine des collectivités territoriales

de valorisation économique en sort une nouvelle fois grandi, autant d'ailleurs que certaines protections inhérentes à la propriété publique, tel que le principe constitutionnel (en droit français) d'incessibilité à vil prix³². La Commission a accordé en tout cas une attention toute particulière à cette question, au travers de la publication de lignes directrices en la matière³³. Elle a, sur cette base, censuré à plusieurs reprises des ventes à vil prix par des collectivités publiques³⁴, comme s'agissant, par exemple, de cessions avantageuses au profit du club de football du Real Madrid³⁵. Le Tribunal de l'Union européenne et la Cour de Justice ont parfois fait preuve de davantage de mansuétude, en estimant que la Commission n'avait pas suffisamment ou correctement caractérisé l'avantage économique, en se fondant sur des ventes non comparables ou en privilégiant des expertises au détriment d'autres³⁶ ; récemment toutefois, les juridictions ont globalement validées les appréciations économiques retenues de la Commission³⁷.

b. La limitation du pouvoir de marché des gestionnaires domaniaux

L'altération de la gestion patrimoniale par le droit de l'Union européenne se mesure également à l'emprise exercée par le droit de la concurrence en la matière. Celle-ci peut prendre deux formes, soit que l'on applique directement le droit de la concurrence aux gestionnaires domaniaux, soit qu'on leur oppose simplement ce dernier, en vérifiant que, par leur action, ils n'ont pas créé, avalisé ou renforcé une situation anticoncurrentielle, notamment en plaçant un occupant en situation d'abuser de sa position dominante³⁸.

: la contrainte du droit des aides d'État», *Revue Lamy des Collectivités Territoriales (RLCT)*, 2014, n° 2702.

32. CC, 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Privatisations* ; *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 1986, p. 575, note J. RIVERO ; *Pouvoirs*, 1987, n° 40, p. 178, chron. P. AVRIL et J. GICQUEL ; *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, 1989, p. 399, note L. FAVOREU.

33. Communication de la Commission du 20 novembre 1996 concernant les éléments d'aide d'État contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, *JOCE*, C 209, 10 juill. 1997, p. 3.

34. Déc. n° 2011/519/UE, 29 juin 2011, *concernant la mesure SA.27106 (C 13/09 — ex N 614/08) que la France envisage de mettre à exécution en faveur du secteur portuaire*, *JOCE*, L 221, 27 août 2011, p. 8.

35. Déc. n° 2016/2393, 4 juill. 2016, *relative à l'aide SA 33754 accordée par l'Espagne au Real Madrid CF*, *JOUE*, 29 déc. 2016, L 358/3.

36. V. TPICE, 6 mars 2002, *Territorio Historico de Alava Disputacion Foral de Alava*, T-127/99, *Rec. II-1275* ; TPICE, 16 sept. 2004, *Valmont Nederland BV c/ Commission*, T-274/01, *Rec. II-3145*.

37. Trib. UE, 12 sept. 2013, T-347/09, *Allemagne c/ Commission* ; *Revue Lamy Concurrence (RLC)*, 2014, n° 2013, obs. B. CHEYNEL ; *Europe* 2013, comm. 472, obs. L. IDOT ; *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2014, p. 344, obs. F. MARTUCCI. V. également CJUE, 16 juill. 2015, C-39/14, *BBVG* ; Trib. UE, 9 déc. 2015, T-233/11, *Grèce c/ Commission* ; *Europe* 2016, comm. 62 ; Trib. UE, 28 oct. 2015, T-253/12, *Hammar Nordic Plugg AB* ; *Europe* 2015, comm. 345 ; Trib. UE, 30 juin 2015, T-186/13, *Pays-Bas c/ Leindschendam-Voorburg*. Sur ces affaires voir *La Semaine Juridique – Administration*, 2016, n° 2154, étude Ch. ROUX.

38. Sur cette réception, en droit français, v. CE, 26 mars 1999, *Sté EDA*, n° 202260 ; *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (CJEG)*, 1999, p. 264, concl. J.-H. STAHL ; *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 1999, p. 427, note M. BAZEX ; *Revue de droit*

Dans la première hypothèse, la contrainte découle d'abord de l'assimilation généralisée en droit de l'Union européenne entre gestion domaniale d'une part, et activité économique d'autre part³⁹, la première pouvant en effet se réduire à une offre de biens ou d'espaces sur un marché donné, laquelle s'exerce par principe de manière onéreuse, puisque l'occupant domanial versera une redevance d'occupation. Le gestionnaire domanial agissant en tant qu'entreprise, il se voit logiquement appliquer le droit de la concurrence et, plus particulièrement, la prohibition de tout abus de position dominante de sa part⁴⁰. Autrement dit, c'est alors son «pouvoir de marché» qui fait l'objet d'une suspicion. Pour être rarement admise en droit français, cette liaison est opérée sans mal en droit de l'Union européenne : compte tenu du caractère difficilement substituable de certains biens publics, le juge communautaire reconnaît la captivité des opérateurs par rapport à ces dépendances et la position dominante des gestionnaires. En second lieu, le marché pertinent est souvent circonscrit à l'infrastructure elle-même, notamment au regard de ses qualités intrinsèques et de sa perception par les usagers⁴¹. De cette individualisation, il est élémentaire de déduire la situation de monopole du gestionnaire et, partant, sa position dominante. Enfin, l'existence d'un abus pourra être décelée en présence de barrières à l'entrée des opérateurs économiques, soit qu'elles résultent du pouvoir discrétionnaire des gestionnaires, soit que la jurisprudence impose une obligation d'accès. À cet égard, la détermination de redevances discriminatoires, inéquitables, trop élevées ou susceptibles de dissuader l'activité économique des opérateurs économique a pu être censurée à plusieurs reprises⁴² ; pour y échapper, le gestionnaire domanial devra démontrer que le montant est justifié, notamment eu égard à la qualité des installations domaniales et aux avantages retirées par l'occupant⁴³. De même, des refus ou des restrictions d'accès à certaines propriétés publiques ont pu être appréhendés par ce biais⁴⁴, tempérant nettement le pouvoir des gestionnaires domaniaux de conserver jalousement l'utilité de leurs biens.

immobilier (RDI), 1999, p. 630, note Ch. LAVIALLE ; *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 1999, p. 977, note D. POUYAUD ; *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, 1999, p. 1545, note S. MANSON ; *RDP*, 2000, p. 353, note C. GUETTIER ; *Recueil Dalloz*, 2000, p. 204, note J.-P. MARKUS.

39. V. en dernier lieu. Trib. UE, 25 janv. 2018, T-818/14, *BSCA c/ Commission* ; *Europe*, 2018, comm. 116, note L. IDOT. Auparavant, TPICE, 12 déc. 2000, *ADP c/ AFS*, T-128/98, *Rec. II-3929* ; *Droit administratif*, 2001, comm. 87 ; *Europe*, 2001, comm. 62, note L. IDOT ; *Journal du droit international (JDI)*, 2001, p. 667, chron. C. PRIETO.

40. L'abus de position dominante a été défini comme «le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en fournissant [à une entreprise] la possibilité de comportements indépendants dans une mesure préjudiciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs» (CJCE, 14 févr. 1978, *C-27/76, United Brands*, *Rec. I-207*).

41. V. Déc. n° C(95) 787 FINAL, 16 mai 1995, *Irish continental Group c/ CCI de Morlaix (Port de Roscoff)* ; *Europe*, 1995, comm. 270.

42. TPICE, 12 déc. 2000, *ADP c/ AFS*, préc. ; CJCE, 29 mars 2001, aff. C-163/99, *Portugal c/ Commission*, *Rec. I-2613* ; *Les Petites Affiches*, 25 juill. 2001, p. 7, obs. P. ARHEL ; CJCE, 24 oct. 2002, *ADP*, C-82/01, *Rec. I-9297* ; *AJDA*, 2003, p. 436, note J.-Y. CHÉROT ; *Europe*, 2002, comm. 419, note L. IDOT.

43. V. Déc. Comm. UE, 23 juill. 2004, aff. 36/570, *Sundbusserne c/ Port d'Helsingborg*.

44. V. Déc. n° 98/338/CE, 14 janv. 1998, *relative à l'aéroport de Düsseldorf*, *JOCE*, L 173, 18 juin 1998.

Dans la seconde hypothèse, afin de préserver la sphère concurrentielle entre opérateurs économiques, les gestionnaires domaniaux devront encore veiller à ce que, par leurs effets, leurs actes de gestion domaniale n'aboutissent pas à créer, avaliser ou renforcer une situation anticoncurrentielle. Ainsi, dans le cadre de la théorie de «l'abus de position dominante automatique»⁴⁵, il leur appartiendra de ne pas placer le gestionnaire d'infrastructure lui-même en situation d'abuser de sa position dominante. Tel peut être le cas d'abord lorsque les autorités confèrent un monopole ou des droits exclusifs d'exploitation aux gestionnaires, permettant à ces derniers d'évincer certains opérateurs de la prise en charge d'activités connexes à la gestion domaniale⁴⁶. Il en va de même lorsqu'une réglementation permet à un gestionnaire d'imposer des redevances inévitables ou discriminatoires ou lorsque cette réglementation a pour effet d'avaliser un abus, *via* l'homologation des tarifs de certaines redevances fixées par le gestionnaire⁴⁷. Le Portugal a ainsi pu être condamné dans l'hypothèse où l'occupant domanial, opérateur historique de réseaux, se trouvait, contrairement à ses concurrents, exonéré du paiement de certaines redevances, ceci aboutissant à renforcer sa position dominante⁴⁸.

La protection de la sphère concurrentielle aboutit en définitive à des effets paradoxaux, ceci témoignant d'une emprise multilatérale du droit de l'Union européenne. Afin de ne pas avantager indûment un opérateur, le montant lié à l'utilisation ou à la cession de biens publics se rapproche ostensiblement de l'idée de «prix»⁴⁹, lequel sera fonction de l'offre et de la demande, mais aussi des spécificités relatives à la dépendance domaniale ou à la structure du marché concerné. Ainsi, ne devant être ni trop basse, afin de ne pas tomber sous le joug de la prohibition des aides d'État, ni trop élevée, sans quoi elle révélerait un abus de position dominante de la part du gestionnaire domanial, la redevance d'occupation domaniale est désormais surdéterminée par des considérations concurrentielles.

1.2. La promotion de la concurrence

Plus proche de l'idée de régulation, la promotion de la libre concurrence sur les propriétés publiques constitue aujourd'hui la finalité promue par le droit de l'Union européenne la plus déroutante au regard des préceptes traditionnels du droit administratif des biens. Cette exigence renvoie alors plus fondamentalement aux tensions inhérentes à la propriété publique : si celle-ci est bien la propriété

45. V. dans la doctrine française, R. KOVAR, «La «peau de chagrin», ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics», *Europe*, juill. 1992, p. 1.

46. CJCE, 17 juill. 1997, *GT-Link A/S*, C-242/95, *Rec. I-4449* ; *Europe*, 1997, comm. 319, note F. LAGONDET.

47. Déc. n° 1999/198/CE, 10 févr. 1999, *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, *JOCE*, L 69, 16 mars 1999, p. 24.

48. CJCE, 20 oct. 2005, *Commission c/ République portugaise*, C-334/03, *Rec. I-8911* ; *Europe*, 2005, comm. 423, note L. IDOT ; *Revue Lamy Concurrence*, 2006, n°482, note K. ABDREMANE.

49. S. ZIANI, «Redevances et concurrence», *Contrats et marchés publics*, 2010, étude 4.

des personnes publiques, elle n'en reste pas moins appréhendée, encore et toujours, comme celle «du public»⁵⁰, les gestionnaires publics ne pouvant «faire l'économie de cette présence»⁵¹. En ce sens, la propriété publique recouvre alors peut-être sa finalité originelle : celle d'être le réceptacle naturel des libertés publiques, même si ces dernières, en droit de l'Union européenne, restent très substantiellement pensées dans un volet économique. La contrainte, en tout cas, est beaucoup plus saisissante et active pour les propriétaires publics, lesquels se doivent d'abord, en amont, d'organiser aujourd'hui une procédure transparente préalable à la délivrance des titres d'occupation domaniale (a) ; plus globalement, ensuite, le droit de l'Union européenne encourage à conférer l'accès le plus large que possible aux propriétés publiques (b).

a. Promouvoir la concurrence par la mise en concurrence

Actant le mariage de raison entre le droit de la concurrence et le «droit de la mise en concurrence»⁵², le droit de l'Union européenne incline, depuis longtemps, en faveur de la consécration d'obligations de transparence préalables à la conclusion des contrats portant sur la propriété publique. Ceci relève de la logique : les propriétés publiques constituent d'une part des objets de convoitise pour les opérateurs économiques et, d'autre part, possèdent une valeur économique dont l'attribution est susceptible de conférer un avantage, qu'il s'agisse des occupants ou des acheteurs de biens publics. En tant qu'instruments, supports, ou objets d'exploitation économique, leur dévolution ou leur utilisation sont encore susceptibles, en l'absence de tout encadrement normatif, de heurter de plein fouet les objectifs de création d'un marché unique ou la concurrence est libre et non faussée. En ce sens, dès 1985⁵³, la Cour de justice de l'Union européenne retenait que la délivrance des titres d'occupation domaniale se doit de respecter les exigences d'égalité et de non-discrimination prévues par les Traités, marquant dès lors la nécessité de tempérer le pouvoir discrétionnaire des gestionnaires quant au choix de leur partenaire domaniale.

Avant que les choses ne soient récemment clarifiées, la doctrine s'était préoccupée de discuter les fondements de cette obligation éventuelle⁵⁴. Certains

50. N. FOULQUIER, «Les catégories juridiques du droit des biens publics», in J.-B. AUBY [dir.], *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, Dalloz, 2010, p. 691.

51. Ch. LAVIALLE, «Du domaine public comme fiction juridique», *La Semaine Juridique - Edition générale (JCP G)*, 1994, n° 3766.

52. V. E. BERKANI, «Droit de la concurrence et commande publique : état des lieux d'un vieux couple», *Concurrences*, 2007-1, p. 58 ; F. LICHÈRE, «Règles de concurrence et marchés publics», *La Semaine Juridique - Administration (JCP A)*, 2007, n° 2284 ; S. DESTOURS, «Le droit de la concurrence, source du droit des marchés publics ? », in F. LICHÈRE (dir.), *Le nouveau droit des marchés publics*, L'Hermès, 2004, p. 39.

53. CJCE, 18 juin 1985, 197/84, *Steinhauser c/ Ville Biarritz*, Rec. I-1819.

54. Sur ces discussions nourries en droit français, v. W. SALAMAND et M. KARPENSCHIF, «Les occupations privatives du domaine public : la longue marche vers la mise en concurrence de la délivrance des titres d'occupation domaniale», *Le Moniteur - Contrats publics*, 2016, n° 162, p. 29 ; S. COMELLAS, *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales*.

tentèrent d'arrimer l'exigence au droit de la commande publique, en marquant les accointances entre la dévolution des contrats domaniaux et celles des concessions ou marchés publics. De fait, ici comme ailleurs, l'exigence pouvait se réclamer de l'objectif commun de protection des deniers publics puisque, dans une perspective budgétaire globale, les deniers publics à percevoir dans le cadre de l'occupation domaniale valent autant que les deniers publics à dépenser (dans le cadre des concessions et marchés)⁵⁵. Cette logique a cependant pu être contestée au regard de la distinction entre « l'offre » (les propriétaires publics proposent des biens à louer ou acheter) et la « commande » publiques, seule la seconde impliquant une exigence de publicité et de mise en concurrence préalable. Or, aujourd'hui, il faut admettre d'abord que « 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 »⁵⁶. L'exigence a encore pu être reliée au droit primaire de l'Union européenne et à la jurisprudence *Telaustria*⁵⁷, impliquant que toute dévolution contractuelle fasse l'objet d'une obligation minimale de publicité et d'une procédure garantissant l'impartialité des pouvoirs publics. Enfin, l'on avait pu également se fonder sur les libertés communautaires et, plus particulièrement, sur la libre prestation de service, la directive *Services*⁵⁸ exigeant notamment, dès lors qu'on est en présence de ressources rares, que les pouvoirs publics sont dans l'obligation de procéder à des mesures de sélection transparentes et non-discriminatoires. C'est finalement sur cette dernière base juridique que la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Promoimpresa* du 14 juillet 2016⁵⁹, a pu fonder la sujétion, le droit français la réceptionnant avec l'ordonnance du 19 avril 2017⁶⁰.

Réflexion sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance, L'Harmattan, 2014 ; Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Contrats et marchés publics*, 2012, étude 8 ; G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in G. Clamour [dir.], *Contrats et propriété publics*, LexisNexis 2012, p. 53 ; S. NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *Mélanges Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 421.

55. Ph. YOLKA, « L'offre et la commande », *La Semaine Juridique - Administration (JCP A)*, 2012, act. 892.

56. 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.

57. CJCE, 7 déc. 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags* ; *Rec. I-10745* ; *Contrats-Marchés publics*, 2001, comm. 50, obs. F. LLORENS ; *Droit administratif*, 2001, comm. 85, obs. M.-Y. BENJAMIN ; *Bulletin juridique des contrats publics (BJCP)*, 2001, p. 133, concl. N. FENELLY ; *Europe* 2001, comm. 61, obs. F. KAUFF-GAZIN.

58. Dir. n° 2006/123/CE, 12 déc. 2006, *JOCE*, L 376, 27 déc. 2006, p. 36.

59. CJUE, 14 juill. 2016, *Promoimpresa Srl*, C-458/14 et *Mario Melis*, C-67-15 ; *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)* 2017, p. 2176, obs. R. NOGUELLOU et p. 2478, obs. S. NICINSKI ; *Bulletin Juridique des contrats publics (BJCP)*, 2017, n° 110, p. 36, obs. Ph. TERNEYRE ; *Actualité juridique des collectivités territoriales (AJCT)*, 2017, p. 109, obs. O. DIDRICHE.

60. Ord. n° 2017-562, 19 avr. 2017, relative à la propriété des personnes publiques : *JO*, 20 avr. 2017 ; *La Semaine Juridique - Administration (JCP A)*, 2017, n° 2122, étude Ph. S. HANSEN ; *Contrats et marchés publics*, 2017, comm. 114, étude G. CLAMOUR ; *Droit Administratif*, 2017, n° 6, étude 11, étude Ch. ROUX ; *Constitutions*, 2017, n° 1, p. 75, étude J.-F. GIACUZZO ; *La semaine juridique - Edition générale (JCP G)*, 2017, n° 1000, étude N. LENOIR ;

Sans entrer dans les détails, le texte prévoit que, lorsque le domaine public est le siège d'une activité économique, les gestionnaires domaniaux devront procéder à des mesures de publicité permettant de susciter l'intérêt des candidats intéressés à l'occupation domaniale sachant que, en cas de pluralité d'offres, une procédure de sélection transparente garantissant l'impartialité des personnes publiques sera exigible. Susceptible de très – trop – nombreuses dérogations, par ailleurs curieusement circonscrites aux seuls biens du domaine public (*quid* des biens du domaine privé ?), l'ordonnance agglomère certes les critiques. Il s'en faudrait de beaucoup par ailleurs pour considérer que le pouvoir discrétionnaire des gestionnaires domaniaux est totalement entamé, ces derniers restant maîtres des critères de sélection de leurs cocontractants ; la procédure de sélection sera ad hoc et adaptée à l'objet de la convention, tout formalisme ayant été écarté⁶¹. On regrettera encore que le législateur délégué n'ait pas étendu l'obligation de publicité et de sélection préalable aux hypothèses de cession de biens publics⁶² ; à ce stade, seul l'État est astreint à de telles obligations dans ce cadre, même s'il dispose de nombreuses facultés de s'en évader⁶³. Cette lacune reste toutefois assez inepte au regard du droit de l'Union européenne : soit que l'on pointe le fait que certaines cessions de biens publics peuvent être requalifiées en contrats de la commande publique⁶⁴ ; soit que, surtout, l'on rappelle que, lorsqu'une procédure d'adjudication ou de mise en concurrence préalable est organisée en amont, l'absence d'aide d'État est présumée⁶⁵.

Malgré ces réserves, l'évolution reste remarquable, au regard d'abord de la position conservatrice du Conseil d'État français, estimant qu'aucun texte, ni principes ne l'imposait⁶⁶. Elle l'est ensuite parce qu'elle témoigne de l'influence sans pareil du droit de l'Union européenne sur le droit de la propriété publique : à cet égard, si l'on a pu louer la concordance temporelle entre la récente ordonnance et la jurisprudence *Promoimpresa*, il ne faudra certainement pas oublier que l'alignement tardif des planètes doit moins à un phénomène physique inexplicable qu'à la pression - devenue insoutenable - du droit de l'Union européenne, la propriété publique apparaissant, plus que jamais, placée dans son orbite. Sur

Revue française de droit administratif (RFDA), 2017, p. 705, étude J.-G. SORBARA.

61. Ch. ROUX, «La dévolution transparente des titres d'occupation du domaine public», *Droit administratif*, 2017, n° 6, étude 11.

62. V. Ph. TERNEYRE et R. NOGUELLOU, «Ordonnances domaniales : encore un effort pour les cessions !», *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2017, p. 1102.

63. V. Ph. YOLKA, «Les ventes immobilières de l'État», *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, 2009, p. 1037 ; R. LÉONETTI, «La cession des immeubles publics», *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2010, p. 2463.

64. V. S. BRACONNIER, «Les ventes de locaux à construire consenties à des personnes publiques», *La Semaine Juridique - Administration (JCP A)*, 2011, n° 2360 ; O. DIDRICHE, «Ventes avec charges et mise en concurrence», *Actualité juridique des collectivités territoriales (AJCT)* 2014, p. 98 ; R. NOGUELLOU, «Les ventes par les personnes publiques liées à des opérations de travaux», *JCP A*, 2011, n° 2358.

65. Communication de la Commission du 20 novembre 1996, précitée, *JOCE*, C 209, 10 juill. 1997, p. 3.

66. CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et n° 338527, *Assoc. Jean Bouin ; Droit administratif*, 2011, comm. 17, obs. F. BRENET et F. MELLERAY ; *Bulletin juridique des contrats publics (BJCP)* 2011, p. 36, concl. N. ESCAUT ; *La Semaine Juridique - Administration (JCP A)*, 2011, 2043, obs. C. DEVÈS ; *Contrats et marchés publics*, 2011, comm. 25, obs. G. ECKERT.

le fond, elle démontre à la fois un affaiblissement du pouvoir discrétionnaire des gestionnaires domaniaux quant au choix de leur partenaire et, d'autre part, une volonté de répondre à l'ardent impératif concurrentiel de valorisation économique. Enfin, c'est par ses effets induits que l'évolution est peut-être la plus remarquable puisqu'elle génère déjà son lot de dommages collatéraux. Dans son sillage, ceci procédant d'un cercle vertueux, l'on peut gager que l'usage du pouvoir d'abrogation ou de résiliation avant terme devrait subir une cure d'amincissement : la fixation de la durée des titres d'occupation et le respect qui s'y attache devraient déjà apaiser certaines velléités, d'autant plus que c'est au regard de l'objectif de stabilité contractuelle que désormais celles-ci seront appréciées ; les critères de sélection des offres émanant du pouvoir de gestion lui-même, ce dernier devrait dès lors logiquement s'effacer un peu. On l'aura compris, à terme, c'est en réalité le principe de précarité des occupations domaniales - découlant lui-même du principe d'inaliénabilité du domaine public⁶⁷ - qui semble aujourd'hui subir un coup d'arrêt.

b. Promouvoir la concurrence par l'exigence d'accès à la propriété publique

La deuxième incitation destinée à accroître la valorisation économique d'un bien par la promotion de la concurrence entre opérateurs économiques peut être trouvée dans l'exigence d'accès à la propriété publique, laquelle, par définition, tend à maximiser la valorisation économique *largo sensu*, en démultipliant ses utilités. Plusieurs dispositions européennes en toile de fond, tendaient déjà à jeter la suspicion sur la compatibilité des droits d'occupation du domaine public qui seraient accordés à titre exclusif à certains opérateurs : ainsi de l'article 37 TFUE évoquant l'exigence de démonopolisation ; ainsi également de l'article 102 TFUE prohibant les droits exclusifs et/ou spéciaux. C'est dès lors directement ou indirectement au regard de ces législations que le droit de l'Union européenne a pu justifier l'obligation de donner accès à la propriété publique à certains opérateurs économiques.

Ainsi, en va-t-il de la théorie des infrastructures essentielles : d'origine américaine⁶⁸, elle a été explicitement reprise en droit de l'Union européenne par les juridictions communautaires⁶⁹. Mode de traitement de la rareté⁷⁰, cette théorie

67. Article L. 3111-1 Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP).

68. V. notamment, G. DEZOBRY, *Essentialité et droit communautaire de la concurrence. Contribution à l'étude de la théorie des facilités essentielles*, LGDJ, T. 124, 2009.

69. TPICE, 15 sept. 1998, *European night service*, T-374/94, Rec. II-3141 ; CJCE, 26 nov. 1998, *Oscar Brönnner GmbH*, C-7/97, Rec. I-7791 ; *Europe*, 1999, comm. 30, note L. IDOT ; *Contrat, concurrence, consommation*, 1999, comm. 43, note S. POILLOT-PERRUZZETTO ; *Common market law review (CMLR)*, 1999, p. 1289, note L. HANCHER ; CJCE, 6 avr. 1995, *Magill*, C-241/91 et C-242/91, Rec. I-743 ; *RTDE*, 1995, p. 834, note G. BONET ; *Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com.)*, 1996, p. 606, note A. FRANCON ; *European Common Law Review (ECLR)*, 1995, p. 244, note R. GREAVES.

70. V. J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'Harmattan, 2004 ; P.-A. JEANNENEY et M. CHICHPORTICH, « Les ressources rares », *Revue juridique de l'entreprise publique (RJEP)*, 2010, étude 1.

va en effet impliquer que les propriétaires publics, dans certaines circonstances, donnent obligatoirement un accès à leur infrastructure. Il en ira ainsi notamment lorsque cinq critères sont réunis : l'infrastructure doit être détenue, contrôlée ou gérée par une entreprise qui en détient le monopole ou se trouve en situation de position dominante ; l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire, voire indispensable à l'exercice d'une activité concurrente sur le marché aval, amont ou complémentaire ; la reproduction de l'infrastructure en cause n'est pas (techniquement ou économiquement) raisonnablement envisageable et il n'existe aucun substitut réel ; l'accès est refusé ou alors autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ; en dernier lieu, l'accès à l'infrastructure est possible. C'est plus particulièrement sur cette base que la Commission et les juridictions communautaires ont pu dès lors légitimer l'accès à de grandes infrastructures de transports telles que les ports ou aéroports⁷¹.

L'exigence d'accès peut aussi être fondée sur les libertés de circulation communautaires et, plus précisément, la libre prestation de services et la liberté d'établissement. Ainsi, par un arrêt *Yellow Cab* du 22 décembre 2010⁷², la Cour de Justice a pu censurer l'octroi de droits exclusifs au seul gestionnaire d'un service public. Une entreprise s'était vue refuser par les autorités autrichiennes l'octroi d'une autorisation afin d'exploiter une ligne touristique par autobus dans la capitale autrichienne. La Cour a estimé que ce refus était contraire à la liberté d'établissement. L'objectif invoqué par les autorités autrichiennes tenant à la protection du délégataire de service public et à la rentabilité de son activité a en effet été écarté, ce motif ne constituant pas une raison impérieuse d'intérêt général pouvant justifier les restrictions d'accès à certains concurrents. La jurisprudence incline donc en faveur d'un resserrement des motifs justifiant l'octroi de tels droits exclusifs ; plus encore, et surtout, cette jurisprudence condamne la conception française intégrée selon laquelle le gestionnaire domanial pouvait autrefois favoriser l'exploitant du service public en lui conférant des droits exclusifs et spéciaux, voire un monopole d'exploitation⁷³. Désormais, c'est uniquement à l'aune des principes de nécessité et de proportionnalité, mais aussi eu égard à la configuration spatiale et matérielle des dépendances domaniales, que de tels droits pourront être légalement octroyés. Ce faisant, la ligne directrice est aujourd'hui inversée : les gestionnaires domaniaux sont invités à conférer «l'accès le plus large que possible»⁷⁴ aux dépendances domaniales, un partage de l'assiette domaniale entre les différents utilisateurs étant préconisé en cas de concurrence⁷⁵.

71. Déc. n° 94/119/CE, 21 déc. 1993, *Port de Rodby*, JOCE, L 55, 26 févr. 1994 ; *Europe*, 1994, comm. 156 ; CJCE, 17 juill. 1997, *GT-Link A/S*, C-242/95, préc.

72. Cf. CJUE, 22 déc. 2010, *Yellow Cab*, C-338/09 ; *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2011, p. 270, chron. E. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *Revue droit des transports*, 2011, comm. 38, note L. GRARD ; *Europe*, 2011, comm. 106, note L. IDOT.

73. CE, 29 janv. 1932, *Sté des autobus antibois* ; *Sirey* (S.), 1932, III, p. 65, note P. LAROQUE ; *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, 1932, p. 505, concl. R. LATOURNERIE.

74. CE, 30 juin 2004, *Dpt de la Vendée*, n° 250124 ; *Droit administratif*, 2004, comm. 161, note M. BAZEX et S. BLAZY ; *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2004, p. 2210, note S. NICINSKI ; *Revue juridique de l'économie publique (RJEP)*, 2004, p. 487, concl. P. COLLIN.

75. Pour quelques exemples en droit français, CAA Bordeaux, 27 nov. 2007, *Carreras*, n°

C'est toutefois dans le cadre des secteurs en réseaux (énergétiques, de transports ou de télécommunications) que l'exigence d'accès aux biens publics se fait la plus intense. La libéralisation des secteurs en réseaux, clé de voute de l'achèvement du marché intérieur, a en effet impliqué une désintégration verticale imposant la séparation des différents marchés en présence (marché lié à l'infrastructure, marché lié à la distribution, la production et/ou la prestation de services). L'égalité concurrence entre opérateurs imposait alors de libéraliser le marché primaire lié à l'utilisation de l'infrastructure (voies ferrées, gares, transformateurs électriques, gazoducs...), en autorisant l'accès aux nouveaux entrants : ces réseaux n'étant pas raisonnablement duplicables, la concurrence aurait été en effet illusoire si les nouveaux opérateurs n'avaient pas pu avoir un accès équitable aux réseaux existants pour développer leurs activités et concurrencer effectivement l'opérateur historique. Ce faisant, l'ensemble des instruments sectoriels ont prévu la consécration d'un tel droit d'accès aux biens publics⁷⁶, ce dernier se doublant d'un droit idoine sur les ressources immatérielles, comme les sillons ferroviaires ou les créneaux aéroportuaires⁷⁷.

La gestion domaniale a, corrélativement, dû évoluer : outre l'exigence première de donner accès aux opérateurs économiques, les conditions de cet accès ont été étroitement balisées, les gestionnaires publics se voyant considérablement restreindre leurs facultés de refus. Ainsi, par exemple, des motifs tirés de l'exercice d'une mission de SIEG ou, encore, du défaut ou de l'insuffisance des capacités matérielles, écartés sans ménagement par la Commission⁷⁸. Plus encore, l'accès devant être équitable, non-discriminatoire, et permettre une concurrence effective des nouveaux entrants, son montant sera étroitement encadré : outre l'exigence d'indépendance⁷⁹ et de transparence⁸⁰, le droit de l'Union européenne exige que la tarification soit orientée vers les coûts directement imputables à la mise à disposition et l'utilisation du bien public⁸¹, censurant toutes modalités qui

06BX00462 ; *Revue Lamy Concurrence*, 2008, n° 1090, note G. CLAMOUR ; CE, 2 juill. 2003, *Cne de Collioure*, n° 257971 ; *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2003, p. 2218, note J.-P. MARKUS.

76. V. dans le domaine électrique, Dir. n° 2009/72/CE, 13 juill. 2009, articles 12, 13, 17 et 21, *JOCE*, n° L 211, 14 août 2009, p. 15 ; dans le domaine gazier, Dir. n° 2009/73/CE, 13 juill. 2009, articles 13, 14, 16, 17, 21, 25 et 27, *JOCE*, n° L 211, 14 août 2009, p. 94.

77. Dir. n° 2012/34/UE, 21 nov. 2012, *JOUE*, L 343, 14 déc. 2012, p. 32, article 3 § 27 ; *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)*, 2013, p. 365, comm. L. GRARD. V. Ph. RODIER, «La patrimonialité des créneaux horaires aéroportuaires», *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2018, p. 143 ; N. LENOIR, «Congestion et créneaux aéroportuaires», in L. GRARD (dir.), *L'Europe des transports*, La Documentation française, 2005, p. 377. Sur les sillons, cf. L. RAPP, «Métonymies ferroviaires : du rail au sillon», in J.-Ch. VIDELIN (dir.), *Les mutations de l'activité ferroviaire. Aspects juridiques*, LexisNexis, 2013, p. 41.

78. V. notamment Déc. n° 98/190/CE, 14 janv. 1998, *FAG* (IV/34801) ; *JOCE*, L 172, 11 mars 1998 ; *Europe*,

1998, comm. 167, note L. IDOT ; Déc. n° 98/338/CE, 14 janv. 1998 ; *JOCE*, L 173, 18 juin 1998.

79. V. CJUE, 1^{er} oct. 2013, aff. C-369/11, *Commission c/ Italie* ; *Europe*, 2013, comm. 531, obs. M. MEISTER.

80. CJCE, 5 juill. 2007, C-181/06, *Lufthansa*, *Rec.* I-5903 ; *Revue droit des transports*, 2007, comm. 222, obs. L. GRARD.

81. V. notamment, en matière ferroviaire, Dir. n° 2012/34/UE, 21 nov. 2012, précitée, article 31, § 6.

s'en écarteraient⁸²... Il en résulte alors un certain paradoxe : si, indéniablement, l'utilité publique des biens publics en ressort décuplée, économiquement, la valorisation est contrariée.

2. La structure patrimoniale régénérée par le droit de l'Union européenne

Si l'influence du droit de l'Union européenne est palpable s'agissant des modalités de gestion des biens publics, peut-elle aller au-delà, en remettant en cause les notions conceptuelles sur lesquelles la propriété publique, en France comme au Portugal, s'est bâtie ? Il y aurait quelque témérité à le penser si l'on veut bien rappeler la neutralité du droit de l'Union européenne et, dans son sillage, l'idée selon laquelle les États membres restent seuls compétents pour déterminer la nature du droit de propriété. Le droit de l'Union européenne ne se révèle pourtant pas neutre : quoique son influence soit, en la matière, implicite et induite par un certain nombre de phénomènes agglomérés, elle n'en reste pas moins réelle. De fait, le droit de l'Union européenne invite d'une part à redéfinir le périmètre de la propriété publique (2.1) et, d'autre part, à repenser son architecture d'ensemble (2.2).

2.1. Repenser le périmètre de la propriété publique

Comme en matière de gestion, l'influence du droit de l'Union européenne se révèle ambivalente s'agissant de la question du périmètre de la propriété publique, presque animée de forces contraires. S'il tend, en droit français, à encourager la privatisation des biens publics et, ce faisant, à réduire le champ matériel de la propriété des personnes publiques (a), il mène paradoxalement aussi à en retracer les frontières, en substituant à la propriété publique - entendue comme propriété des personnes publiques - un cadre bien moins étroit : le patrimoine public (b).

a. La privatisation de la propriété publique

Malgré son dévoiement conceptuel, l'article 345 TFUE constitue *a priori* une limite intangible à la capacité, pour la Commission européenne, d'imposer la privatisation des entreprises publiques et/ou des biens publics. Pourtant, de manière parfois pernicieuse, telle pourra être la finalité de son action, l'absence d'indifférence quant au régime juridique des biens publics emportant par extension une remise en cause à peine voilée de l'appropriation publique

82. V. en matière ferroviaire, CJUE, 30 mai 2013, C-512/10, *Commission c/ Pologne* ; *Europe*, 2013, comm. 311, obs. M. MEISTER ; CJUE, 11 juill. 2013, C-545/10, *Commission c/ République Tchèque* ; *Europe*, 2013, comm. 408, obs. J. DUPONT-LASSALLE ; CJUE, 13 fév. 2014, C-152/12, *Commission c/ Bulgarie* ; *Europe*, 2014, comm. 164, obs. M. MEISTER. V. S. DE LA ROSA et C. RAPOPORT, La bataille du rail a commencé. Premières décisions de la Cour de justice sur la mise en œuvre des directives ferroviaires : *Europe* 2013, étude 7.

elle-même⁸³. Autrement dit, si le droit de l'Union européenne ne peut imposer explicitement le passage d'un bien et/ou d'une entreprise au secteur privé, la condamnation du régime juridique les concernant pourra mener à une telle finalité, les États membres ayant alors pour seule alternative, soit de privatiser le régime même de la propriété publique en éliminant de leur ordre juridique les règles inconventionnelles, soit de privatiser l'entité qui détient le bien, emportant corrélativement privatisation des biens afférents. Force est de constater, en pratique, que la première méthode a souvent été transitoire : l'atténuation de l'exorbitance se révélant incomplète et inefficace pour endiguer les contrariétés juridiques, l'abandon de l'exorbitance, *via* la privatisation structurelle, l'a souvent emporté. C'est en effet essentiellement par ce biais que la réduction du champ de la propriété publique s'est opérée, en tout cas en France, où de nombreux établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) ont été transformés en sociétés anonymes : partant, en abandonnant leur personnalité publique, ces structures ont également abandonné le régime de la propriété publique s'agissant des biens leur appartenant.

D'une manière générale, la privatisation des EPIC a entendu répondre à l'égalisation concurrentielle, en autorisant la soumission généralisée de ces entreprises au droit commun (droit privé). Des facteurs externes au droit des biens publics expliquent naturellement cette tentation : source de sujétion⁸⁴, la personnalité publique, en droit français, génère son lot de contrariétés pour les entreprises disposant de la personnalité publique, en créant de nombreux désavantages concurrentiels : ainsi, par exemple, du principe d'inarbitrabilité impliquant, normalement, que les personnes publiques ne peuvent recourir à l'arbitrage⁸⁵ ; de même, s'agissant des établissements publics, du principe de spécialité qui cantonne leur sphère d'action à leur objet social, entravant leurs facultés de diversifier leurs activités économiques. S'agissant du droit des biens publics, l'on a aussi perçu rapidement que la domanialité publique génère des contraintes importantes, que l'on pointe, par exemple, l'exigence de garantir l'affectation à l'utilité publique des biens⁸⁶, l'obligation d'entretien⁸⁷ ou, encore, l'altération des capacités de financements privés, l'inaliénabilité s'opposant à ce que les personnes publiques concèdent des droits réels et/ou hypothèquent leurs biens.

83. V. M. KARPENSCHIF, «La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire», *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2002, p. 95.

84. V. notamment V. DUFAU, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*, L'Harmattan, 2000 ; H. DE GAUDEMAR, «Les sujétions de puissance publique», in *La puissance publique*, LexisNexis, 2012, p. 197. V. également J. RIVERO, «Droit public et droit privé : Conquête, ou *statu quo* ?», *Recueil Dalloz.*, 1947, chron. XVIII ; A. DE LAUBADÈRE, «Domanialité publique, propriété administrative et affectation», *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, 1951, p. 5.

85. V. notamment Y. GAUDEMET, «L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité)», in *Mélanges Roland Drago*, Economica, 1996, p. 259.

86. Cf. CE, 3 mai 1963, *Min. des Travaux publics c/ Cne de Saint-Brévin* ; *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, 1963, p. 1174, note M. WALINE.

87. V. CABROL, «L'obligation d'entretien du domaine public», *Droit et ville*, 2001, n° 52 et 53.

En sens inverse, l'on a pu mettre en avant certains privilèges «structurels»⁸⁸ liés à la personnalité publique, tels que les avantages en matière fiscale, voire en matière sociale même si aucune étude ne permet de le démontrer avec certitudes. De manière plus radicale en revanche, la Cour de justice de l'Union européenne a remis explicitement en cause le principe d'insaisissabilité (impossibilité de saisir tous les biens de toutes les personnes publiques) dont jouissent les personnes publiques⁸⁹. De ce privilège, la Commission, suivie ensuite par le Tribunal de l'Union⁹⁰ et la Cour de Justice⁹¹, en a déduit l'existence d'une aide d'État sous forme de garantie illimitée implicite. En schématisant, le raisonnement de la Commission peut être décomposé en trois étapes. En premier lieu, il découle du principe d'insaisissabilité que les EPIC ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure de redressement ou de liquidation judiciaire. Ce faisant, en second lieu, les EPIC ne pouvant être en faillite, l'État leur accorderait de manière illimitée une garantie en acceptant implicitement de couvrir leurs pertes. En dernier lieu, l'aide d'État serait constituée par le fait que les EPIC bénéficieraient de taux de crédits très favorables en obtenant des prêts «à des conditions plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers» ; en effet, «les conditions de crédit obtenues par une entreprise varient en fonction de son risque d'insolvabilité»⁹². Or, les EPIC bénéficiant du soutien implicite de l'État, lui-même considéré comme toujours solvable, les prêteurs n'auraient guère de souci à se faire pour le recouvrement de leurs créances. Accordant un avantage sélectif, la qualification d'aide est encore retenue parce qu'elle est consentie gratuitement, ce qu'aucun créancier avisé n'accorderait à une entreprise privée. Quoique, là encore, aucun des arguments de la Commission ne semble irrésistible, il en ressort que le régime même de la propriété publique est, en droit de l'Union européenne, considéré lui-même source d'avantages concurrentiels.

Attaqué de toute part, le régime de droit public s'est au fond révélé en effet «à moitié vide» d'avantages et «à moitié plein» d'inconvénients : quelle que soit la branche de l'alternative considérée, il s'est révélé en tout état de cause profondément inadapté aux entreprises publiques, à tel point que c'est l'abandon de la personnalité publique qui s'est imposée. Les plus grands opérateurs historiques français (France Télécom, EDF, GDF, La Poste, Air France) ont dès lors connu le même dessein : «sociétisés», ils ont perdu leur personnalité publique, leurs biens ne ressortant plus, conséquemment, de la propriété

88. M. LOMBARD, «L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ?», *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2006, p. 79.

89. Article L. 2331-1 CGPPP.

90. Trib. UE, 20 sept. 2012, *France c/ Commission*, T-154/10 ; *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2012, p. 2313, note M. LOMBARD ; *Europe*, 2012, comm. 448, note L. IDOT ; *Droit administratif*, 2012, focus 54, note R. NOGUELLOU ; *Revue juridique de l'économie publique (RJEP)*, 2013, chron. 3, étude H. CASSAGNABÈRE ; *Revue Lamy Concurrence*, 2013, n° 2345, note S. SCHRAMECK.

91. CJUE, 3 avr. 2014, *France c/ Commission*, C-559/12 P ; *La Semaine Juridique - Administration (JCP A)*, 2014, n° 2160, étude G. ECKERT ; *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2014, p. 1242, note M. LOMBARD ; *Droit administratif*, 2014, comm. 25, note M. BAZEX ; *Revue Lamy Concurrence*, 2014, n° 2584, note B. CHEYNEL.

92. Ch. LEMAIRE, «Les avantages concurrentiels des personnes publiques», *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (CJEG)*, 2004, p. 404.

publique. Il serait dès lors tentant de considérer que, indirectement certes, le droit de l'Union européenne encourage la réduction même du champ de la propriété publique. Il faut toutefois remettre perspective cet état de fait puisque c'est peut-être davantage à une transformation conceptuelle qu'il invite.

b. L'extension du patrimoine public

Le mot «valorisation» est un terme parfois galvaudé ; or, valoriser, dans son sens originel, c'est donner une valeur à un bien, le droit de l'Union européenne encourageant à redécouvrir cette vocation première du terme. Le droit de l'Union européenne incline en effet à une patrimonialisation des «choses» ou des «biens» : en clair, il invite à considérer que certaines choses «publiques» possèdent une valeur patrimoniale et marchande qu'il convient de considérer, dès lors, comme partie intégrante du patrimoine public. Un détour théorique par la notion de «bien» en droit de l'Union européenne s'avère toutefois nécessaire pour le comprendre. La notion de «bien» se révèle en effet absente des traités : à celle-ci, probablement connotée et par trop dépendante des conceptions nationales, le droit de l'Union européenne préfère des notions de substitution, comme celle de produits, de marchandises, voire d'aides d'État. Par esprit de provocation, l'on pourrait dire que dans l'ordre communautaire, il n'existe au fond aucune définition de la notion de bien : celle-ci est au cœur de la notion «d'activité économique» (offre de biens ou de service sur un marché donné⁹³) ou de «marché», mais jamais réellement définie en tant que telle. Le lien entre appropriation et bien est par ailleurs souvent distendu, puisque le droit de l'Union européenne ne vise en réalité que le contrôle ou la disposition objective d'un bien sans s'embarasser de la question de la titularité même du droit de propriété. Au fond, pour reprendre Jacques Larrieu, le bien n'est jamais abordé «*naturaliter*» mais «*commercialiter*»⁹⁴, c'est-à-dire dans sa capacité à circuler juridiquement et à faire l'objet d'une évaluation pécuniaire.

En schématisant, «alors que le droit interne des biens apparaît comme le droit du patrimoine, le droit communautaire des biens s'apparente davantage, dans une première vue, à un droit du marché (unique)»⁹⁵. L'affirmation n'en est pas moins réversible : si le droit des biens est un volet du droit du marché unique, le droit de l'Union européenne pousse également à une inclinaison patrimoniale du droit des biens publics. Le droit de l'Union européenne accueille en effet favorablement l'idée de «propriété économique»⁹⁶ : dissociant la maîtrise de l'appartenance, elle se concrétise par le contrôle des utilités économiques d'une chose, sans que

93. CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, 118/85, *Rec.* 2599 ; CJCE, 26 mars 2009, *P. SELEX Sistemi*, C-113/07, *Rec.* I-2207 ; *Contrats et marchés publics*, 2009, comm. 152, note G. ECKERT.

94. J. LARRIEU, «Droit communautaire et biens», in S. POILLOT-PERRUZZETTO [dir.], *Vers une culture juridique européenne ?*, Montchrestien, 1998, p. 35.

95. *Ibid.*

96. En droit français, v. notamment G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, LGDJ, 1999.

celles-ci découlent nécessairement d'une relation d'appropriation. On retrouve déjà cette approche au sein même de la 6^e directive TVA⁹⁷. Elle est surtout manifeste dans le cadre de la notion d'aide d'État laquelle, globalement, tend à intégrer tous les actifs publics, c'est-à-dire toutes les ressources que les personnes publiques contrôlent ou instrumentalisent directement ou indirectement, en vertu de leur «influence dominante». Ce faisant, le droit de l'Union européenne invite forcément à s'interroger sur le sens même et le champ de la propriété publique : à cette notion, entendue dans un sens strictement organique - lié à la personnalité publique -, il semble en effet préférer l'idée de «patrimoine public», regroupant toutes les ressources qui, présentant une valeur patrimoniale, sont contrôlées par les personnes publiques.

C'est ainsi, par exemple, que le droit de l'Union européenne n'a aucun mal à considérer que des licences hertziennes ou, encore, des quotas de gaz à effet de serre constituent des biens, et potentiellement des biens publics. Autrement dit, là où, en droit français, l'on perçoit ces «choses» comme des autorisations administratives – à caractère personnel – le droit de l'Union européenne, au regard de leur valeur, les transforme en «bien». Le juge de l'Union européenne a pu, à cet égard, appréhender à de nombreuses reprises, au regard du droit des aides d'État ou des libertés communautaires, la dévolution des licences hertziennes⁹⁸ ou de certains droits de radiodiffusion⁹⁹. Sans nécessairement relever qu'il s'agit de biens publics¹⁰⁰, elle ne les protège pas moins au regard du droit de la concurrence ou des libertés communautaires dans une perspective fonctionnelle, eu égard à l'intérêt patrimonial qu'elles représentent pour les opérateurs dans la mesure où elles constituent l'un des moyens nécessaires à la conduite de leur activité économique. De même, à plusieurs reprises la Cour a pu censurer l'octroi gratuit de quotas de gaz à effet de serre à certaines entreprises, ces derniers constituant un avantage valorisable¹⁰¹.

Plus fondamentalement, le droit de l'Union européenne semble alors en mesure de briser la conception strictement organique sur laquelle repose la propriété publique : par un détour à la notion «d'entreprise publique» (c'est-à-dire celle exerçant une activité économique et placée sous l'influence dominante des

97. Dir. n° 2006/112/CE, 28 nov. 2006, *JOUE*, L 347, 11 déc. 2006. Sur ce lien, M. ROQUES, *La Cour de Justice des communautés européennes et le principe de neutralité de la TVA*, ANRT, 2004 ; M. COZIAN, «La notion d'activité économique vue à travers le prisme de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes», in *Mélanges Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 225.

98. V. TPICE, 4 juill. 2007, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA*, T-475/04, *Rec. II-2097* ; *Europe*, 2007, comm. 216, note L. IDOT ; *Les Petites affiches*, 25 févr. 2008, n° 40, p. 10, note B. BILLA et J.-F. CALMETTE ; CJCE, 2 avr. 2009, *Bouygues Télécom*, C-202/07, *Rec. I-2369* ; *Concurrences*, 2009-2, p. 163, note J. DERENNE ; *La Semaine Juridique – Administration (JCP A)*, 2010, n° 2178, note E. CHANTOVA ; *Revue Lamy Concurrence*, 2009, n° 1415, note D. TAYAR et A. GIRAUD.

99. CJUE gde ch., 22 janv. 2013, *Sky Österreich*, C-283-11 ; *Europe*, 2013, comm. 109, note F. GAZIN. Cf. également, K. BLAY-GRABARCZYK, «Le droit de propriété, un droit fondamental comme les autres ?», *Europe*, 2014, étude 14.

100. CJCE, 26 juin 2007, *Hutchinson 3G UK Ltd*, C-369/04, *Rec. I-5247*.

101. CJCE, 8 sept. 2011, *Commission c/ Royaume des Pays-Bas*, C-279/08 P, *Rec. I-7671* ; *Europe*, 2011, comm. 422, note L. IDOT ; *Concurrences*, 4-2011, p. 155, note J. DERENNE.

personnes publiques¹⁰²), le droit de l'Union européenne semble unir dans un même creuset les biens des personnes publiques et ceux des personnes parapubliques. De fait, que les ressources soient juridiquement privées ou publiques au sens du droit interne sera, par exemple, sans incidence sur la qualification d'aides d'État ; seule la capacité décisionnelle et l'instrumentalisation de la ressource comptera pour déterminer la présence d'une «ressource publique», ceci permettant d'englober «tous les moyens pécuniaires que le secteur public peut effectivement utiliser pour soutenir des entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine dudit secteur [public]»¹⁰³. Autorisant à dépasser le caractère «fictivement privé»¹⁰⁴ des biens détenus par les personnes para-publiques, la démarche européenne invite dès lors à repenser le périmètre de la propriété publique dans une perspective beaucoup plus évasée. À la propriété publique se substituerait alors l'idée, plus large, de «patrimoine public», regroupant non seulement les biens appartenant à des personnes publiques, mais également ceux qui, directement ou indirectement placés sous l'influence des personnes publiques, sont contrôlés par ces dernières et susceptibles de leur conférer une valeur patrimoniale.

2.2. Repenser l'architecture de la propriété publique

Encore évanescence, la conception patrimoniale pourrait provoquer, à terme, une mutation beaucoup plus intense de l'architecture domaniale. Il n'est d'ailleurs pas interdit, à ce stade, de penser que celle-ci pourrait trouver une certaine unité dans l'application du principe d'incessibilité à vil prix si, dans une perspective patrimoniale respectueuse du droit des aides d'État, on en généralisait l'application à l'ensemble des biens - publics ou privés - contrôlés par les personnes publiques¹⁰⁵. Dans une optique plus modeste, en s'en tenant aux seuls biens publics, force est d'admettre que le droit de l'Union européenne encourage en tout état de cause à remettre en perspective les césures du droit français (comme portugais) et, plus particulièrement, celle visant à distinguer les biens du domaine privé et du domaine public.

Née d'une interprétation fallacieuse de l'ancien article 538 du Code civil, la distinction des domaines est, on le sait, l'œuvre de Proudhon¹⁰⁶. Autrefois cantonné aux biens - prétendument insusceptibles de propriété et ne faisant alors l'objet que d'un droit de garde ou de surintendance - affectés à l'usage du public, le domaine public s'est enrichi en France, à partir de l'arrêt *Société Le Béton*¹⁰⁷, de ceux affectés à un service public. Or, en s'ouvrant aux biens

102. Dir. n° 2006/111/CE, 16 nov. 2006, *JOCE*, L 318, 17 nov. 2006, p. 7.

103. TPICE, 12 déc. 1996, *Air France c/ Commission*, T-358/94, pt. 64.

104. C. LOGÉAT, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, 2011, p. 129.

105. V. Ch. Roux, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, pp. 701 et s.

106. J. B. V. PROUDHON, *Traité du domaine public*, Lagier, 1833.

107. CE, 19 oct. 1956, *Sté Le Béton* ; *Recueil Dalloz*, 1956, p. 681 et *Revue du droit public et de la science politique (RDP)*, 1957, p. 310, concl. M. LONG ; *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 1956, p. 472, chron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; *La Semaine Juridique*

affectés au service public, le domaine public a changé de nature et de finalité : il est alors moins pensé comme un «espace public», qu'un instrument en faveur de l'action publique. S'il n'y a pas lieu de réprover le dessein, ce critère a constitué un maillon de la «conception française du service public»¹⁰⁸, méthode intégrée alliant entreprise publique, service public et biens publics. Or, la défaite de cette conception du fait, notamment, du droit de l'Union européenne et, plus globalement, la «crise du service public»¹⁰⁹ ont bientôt contaminé le droit domanial en rompant sa cohérence interne¹¹⁰. Même s'ils ne sont pas insusceptibles de propriété privée, les biens affectés à l'usage de tous sont, pour la plupart, possédés par des personnes publiques, à tel point que l'application d'un régime exorbitant du droit commun paraît à la fois légitime et cohérente ; par ailleurs, et quoiqu'ils puissent également œuvrer à l'exercice d'une activité économique, les biens affectés à l'usage du public (routes, cimetières, plages...) sont, encore et toujours, davantage pensés comme des «communs» dont l'usage est libre et, en principe, gratuit, à tel point que leur référentiel de marché paraît trop dilué pour que leur gestion soit conçue comme une activité économique¹¹¹. Tel n'est pas le cas, en revanche, des biens concourant à l'exercice d'une activité de service public : celle-ci peut être prise en charge par des personnes privées et assurée corrélativement grâce à biens privés (affectés *lato sensu* à une utilité publique) lesquels, faute d'appropriation publique, ne bénéficieront pourtant pas d'un régime juridique semblable. Plus fondamentalement, en s'appliquant à des biens supports, voire objets d'exploitation économique, la distinction des domaines s'est nourrie de nouvelles contradictions, l'extension présentant l'inconvénient «de soumettre à un régime conçu à l'origine comme radicalement incompatible avec les règles du commerce, des biens qui en relevaient de toute évidence»¹¹².

Le droit de l'Union européenne invite dès lors probablement à repenser le partage des biens entre le domaine public d'une part, et ceux du domaine privé d'autre part, définis par préterition comme ceux ne répondant pas aux critères du premier¹¹³. Comme on a pu, certes schématiquement, l'exprimer, le droit de l'Union européenne ne connaît que deux catégories de biens : ceux affectés

- *Edition Générale (JCP G)*, 1957, II, n° 9765, note Ch. BLAVOËT ; *Revue administrative*, 1956, p. 617 et 1957, p. 131, notes G. LIET-VEAUX.

108. V. notamment Ch. COPPOLANI, «La conception française du service public : défaite ou conquête ? », *La Semaine juridique - Administration (JCP A)*, 2007, n° 2101 ; J.-M. PONTIER, «Sur la conception française du service public», *Recueil Dalloz*, 1996, II, p. 9 ; G. BIGOT, «Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif», *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2008, p. 1 ; J. CHEVALLIER, *Le service public*, 4^e éd., PUF, 1997.

109. J.-L. DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ, 1954.

110. V. notamment Ch. LAVIALLE, «Que reste-t-il de la jurisprudence *Société Le Béton* ? », *Revue française de droit administratif (RFDA)*, 2010, p. 533

111. V. notamment E. BERNARD, «L' « activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation», *Revue internationale de droit économique (RIDE)*, 2009, p. 353

112. H.-G. HUBRECHT, «Faut-il définir le domaine public et comment ? Méthode énumérative ou méthode conceptuelle», *Actualité juridique de droit administratif (AJDA)*, 2005, p. 598

113. Article L. 2112-1 CGPPP.

à l'exercice d'une activité économique et ceux qui ne le sont pas¹¹⁴. C'est d'ailleurs, convenons-en, à ce partage que procède aujourd'hui les juridictions communautaires lorsqu'elles ont à appliquer le droit des aides d'État en matière de gestion domaniale¹¹⁵. En faisant de l'activité économique à laquelle les biens concourent le prisme déterminant quant à leur appréhension juridique, le droit de l'Union européenne incline dès lors, plus que jamais, à recentrer le domaine public sur les seuls biens non-économiques, ceux concourant à une mission de service public étant par principe - sauf à ce que l'application de ces règles rende impossible l'exercice de cette mission - soumis aux règles de concurrence pour lesquelles le droit privé paraît plus approprié. La mutation relèverait encore de la logique si l'on veut bien concéder que des biens privés, affectés *lato sensu* à un service public, sont soumis globalement au droit privé, la dichotomie de régime entre biens publics et privés ne se justifiant plus.

Au-delà de la distinction des domaines, c'est peut-être au fond une mutation plus importante encore que le droit de l'Union européenne encourage. Indifférent à la distinction organique des biens, il semble plaider pour une refondation fonctionnelle de la propriété où les protections afférentes aux biens se justifieraient non plus au regard de la nature juridique de leur titulaire, mais en fonction de la mission qu'ils entendent servir. C'est peut-être, entre les lignes, plaider davantage en faveur de régimes juridiques fonctionnels où toute application «en bloc» de l'exorbitance publique serait écartée ; c'est encore renouer avec l'idée selon laquelle l'affectation à l'utilité publique et son régime protecteur peuvent valablement s'évader de la propriété et/ou de la domanialité publiques. Au fond, ce serait donc rien de moins que tenter de plaquer «l'échelle de domanialité»¹¹⁶ de Duguit au-delà du cadre domanial, en ressuscitant la théorie de l'affectation de René Capitant¹¹⁷... L'on y verra un signe – le dernier – manifestant combien le droit de l'Union européenne engendre de nombreux défis en matière de gestion domaniale...

114. H. LÉGAL, «L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques», *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 2007, p. 949.

115. V. Trib. UE, 25 janv. 2018, T-818/14, *BSCA c/ Commission* ; *Europe*, 2018, comm. n° 116, note L. IDOT.

116. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., de Boccard, Paris, 1930, T. III, pp. 351 et 353.

117. R. CAPITANT, note sous l'arrêt CE, 17 févr. 1932, *Cne de Barran* ; *Recueil Dalloz.*, 1933, III, 49.