

# La place de la négociation dans les conventions d'occupation du domaine public

Aucune règle, principe... n'interdit aux personnes publiques d'user de la négociation pour conclure une convention d'occupation du domaine public. La liberté des parties en la matière n'est toutefois pas totale : tant la « forme » de la négociation que les sujets de fond sur lesquels elle porte connaissent quelques limites

## Auteur

**Astrid Boullault**  
Avocat  
Seban et Associés

## Mots clés

Durée • Objet • Redevance • Résiliation

Les conventions d'occupation du domaine public sont peut-être bien l'une des catégories de contrats administratifs qui laissent la plus belle place à la liberté des parties en matière de négociation.

Chaque étape de la vie de ces contrats – qui ne sont pas enfermés dans les contraintes de la commande publique – est en effet un lieu de discussion entre les parties : la discussion anime évidemment la phase qui précède leur conclusion, mais elle n'est, par ailleurs, pas absente pendant leur exécution – souvent ponctuée d'avenants – et, enfin, lors de leur terme, normal ou anticipé. L'exposé serait toutefois trop étendu s'il devait recouvrir chacune de ces étapes : il faut ici circonscrire le sujet au stade qui offre sûrement la plus grande liberté aux parties en la matière, celui de la signature des conventions. Le sujet tient alors dans un énoncé clair : dans quelle mesure et jusqu'à quel point les personnes publiques peuvent-elles négocier avec les (futurs) occupants, lorsqu'elles entendent autoriser l'occupation de leur domaine public par la voie contractuelle ?

Présenté de la sorte, le sujet renferme un enjeu certain, et ce à au moins deux égards.

Déjà, parce qu'il recouvre un champ très vaste : par conventions d'occupation du domaine public, il faut viser l'ensemble des modes contractuels (et donc exclure les modes unilatéraux) qui permettent à une personne publique d'autoriser un tiers (particulier, association, opérateur économique...) à occuper son domaine public (convention d'occupation du domaine public « classique », convention d'occupation du domaine public constitutive de droits réels, bail emphytéotique administratif<sup>(1)</sup>...).

Ensuite, et au-delà, parce que chacun sait qu'aujourd'hui, la valorisation des propriétés publiques constitue un sujet d'attention majeur pour les personnes publiques : qu'elles disposent d'un patrimoine foncier et immobilier important, varié, ou d'un patrimoine plus modeste, la valorisation – via notamment la signature de conventions d'occupation du domaine public – est un outil qui présente de nombreux atouts sur le terrain économique et social.

Les conventions d'occupation du domaine public, dans leurs formes les plus variées, sont en effet des instruments qui permettent de faire d'une pierre deux coups, sinon trois : elles permettent aux personnes publiques (i) d'obtenir que soient réalisés des équipements qui satisfont les besoins des citoyens et participent à la vie de la Cité – étant entendu toutefois qu'elles ne doivent pas verser dans la commande publique, au risque d'être sinon illégales<sup>(2)</sup> – (ii) sur des dépendances dont elles n'ont plus – ou pour partie plus – l'utilité, (iii) et ce le plus souvent moyennant le paiement d'une redevance qui est fonction de la réussite de l'opération.

Il faut ainsi penser, par exemple à l'installation d'un restaurant au cœur d'un parc départemental, sur une piste de ski ou sur une barge flottante, à l'installation de diverses animations le long de quais de promenade, d'un marché de Noël sur les bords d'une grande avenue, ou bien à l'installation temporaire d'une fête foraine ou d'un cirque sur une place publique... Mais il faut aussi imaginer des équipements qui représentent un investissement plus significatif : un contrat par lequel une personne publique mettrait un terrain à la disposition d'un opérateur pour qu'il réalise une série d'installations (un

théâtre, une salle de co-working, des logements...), qui seront exploités par cet opérateur à des fins privées, mais qui satisferont tout de même l'intérêt général porté par la personne publique propriétaire ; ou bien encore un contrat par lequel une personne publique met un immeuble emblématique de son patrimoine à la disposition d'un opérateur, à charge pour celui-ci de le réhabiliter et de l'exploiter à des fins privées, mais qui servent tout de même les intérêts des habitants (transformation d'un ouvrage en école culinaire, en fondation, en hôtel de catégorie supérieure, rénovation profonde d'un équipement sportif...).

Chacune de ces situations implique la conclusion d'un contrat entre la personne publique et l'opérateur, qui doit déterminer les droits et obligations respectifs des parties, lesquels peuvent, dans une très large mesure, faire l'objet de négociations : aucune règle ni aucun principe n'interdit aux personnes publiques d'user librement de la faculté de négocier avant de conclure une convention d'occupation du domaine public et, au-delà, aucune règle ni aucun principe n'interdit aux parties de négocier sur l'essentiel de la substance même de la convention.

Pour autant, s'il n'est donc aucune prohibition de principe en la matière, il est toutefois un certain nombre de règles qui encadrent ou limitent la liberté des parties s'agissant tant de la « forme » de la négociation que des sujets de fonds sur lesquels elle porte.

## L'encadrement « procédural » de la négociation

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, les conventions d'occupation du domaine public qui ont pour objet de permettre au co-contractant de la personne publique « d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique »<sup>(3)</sup> doivent, sauf exceptions<sup>(4)</sup>, faire l'objet d'une procédure de publicité et de « sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence »<sup>(5)</sup>, et comportant des mesures de publicité qui permettent aux candidats potentiels de se manifester.

Le texte est très ouvert sur les modalités d'organisation de cette procédure, puisqu'il précise qu'elle est « organisée librement ». À l'inverse de ce qu'il advient en droit de la commande publique, où l'appel d'offres demeure la procédure « de principe » (à tout le moins en matière de marchés publics), il est donc permis aux parties de négocier si elles le souhaitent avant de conclure une convention d'occupation du domaine public. Mais au-delà, et surtout, elles peuvent organiser librement leurs rapports, sans formalisme particulier, de sorte que la négociation peut ainsi être adaptée par la personne publique au plus près de ses besoins : ses modalités et son intensité peuvent varier en fonction du degré de

(1) Ne sont pas visés ici les modes contractuels qui permettent à une personne publique de transférer à une autre personne publique un pouvoir de gestion d'une dépendance domaniale (transfert de gestion, superposition d'affectations...).

(2) Pour le bail emphytéotique administratif : CGCT, art. L. 1311-2 ; pour la convention d'occupation du domaine public constitutive de droits réels des collectivités territoriales : CGCT, art. L. 1311-5.3° ; pour les conventions d'occupation du domaine public constitutives de droits réels de l'État : CG3P, art. L. 2122-6 ; pour le bail emphytéotique administratif de valorisation : CG3P, art. L. 2341-1 ; et pour les conventions d'occupation du domaine public « simples » : jurisprudence constante, voir notamment : CE 15 mai 2013, Ville de Paris, req. n° 364593 ; CE 3 décembre 2010, Ville Paris et Association Paris Jean Bouin, req. n° 338272 ; CAA Bordeaux 7 mai 2015, Commune de Rivedoux-plage, req. n° 13BX02005 ; CAA Marseille 3 février 2015, SARL Nice Fitness, req. n° 13MA01218.

(3) CG3P, art. L. 2122-1-1.

(4) CG3P, art. L.2122-2 à L. 2122-4.

(5) CG3P, art. L. 2122-1-1.

complexité et d'importance de l'opération autorisée par la convention<sup>(6)</sup>. Concrètement, le champ des possibles est fondamentalement très large : la personne publique peut organiser un ou plusieurs tours, elle peut négocier avec un nombre (progressivement) réduit de candidats, elle peut négocier de manière orale et/ou par la voie d'échanges écrits... Elle peut aussi, mais sans y être tenue, s'inspirer de la pratique existante en matière de négociation des concessions. L'essentiel, en la matière, est évidemment que la négociation se déroule dans des conditions transparentes, et dans le strict respect du principe d'égalité de traitement des candidats. À cet égard, il peut être opportun de décrire, dans un document de la procédure de sélection, les modalités selon lesquelles la procédure de négociation se déroulera, s'il elles sont déjà connues. Mais il ne faut pas non plus aller trop loin et s'enfermer dans une procédure de négociation trop contraignante, au risque sinon de ne plus pouvoir s'en écarter par la suite. En effet, l'organisation volontaire d'une procédure de négociation commande sans doute ensuite à la personne publique de respecter scrupuleusement les règles qu'elle s'est données et de ne pas les changer ou les modifier en cours de procédure : c'est ce qu'avaient jugé les juridictions administratives s'agissant de l'organisation volontaire d'une procédure de mise en concurrence préalablement à la signature d'une convention d'occupation du domaine public alors qu'aucune procédure n'était imposée par les textes, mais rien ne s'oppose à ce que le raisonnement soit toujours d'actualité<sup>(7)</sup>.

S'agissant maintenant des conventions qui ne sont pas soumises à l'obligation d'organiser une procédure de publicité et de sélection préalable, celles-ci peuvent évidemment également être librement négociées entre la personne publique et le futur occupant, sans contrainte formelle particulière.

Mais, dans un cas comme dans l'autre, il est néanmoins une règle que les personnes publiques doivent conserver à l'esprit, qui n'est pas propre à la négociation des conventions d'occupation du domaine public – mais qui revêt une importance toute particulière en cette matière qui demeure très libre et peu encadrée par les textes<sup>(8)</sup>, à l'inverse de ce qu'il advient en matière de commande publique : si la négociation d'une convention d'occupa-

tion du domaine public ne donne pas de droit à la conclusion de la convention concernée et qu'en conséquence, une personne publique peut rompre unilatéralement pour un motif d'intérêt général cette négociation, elle commet toutefois une faute de nature à engager sa responsabilité si « au cours des négociations [elle] a incité son partenaire à engager des dépenses en lui donnant, à tort, l'assurance qu'un tel contrat serait signé », sous réserve que ce partenaire « n'ait pu légitimement ignorer le risque auquel il s'exposait »<sup>(9)</sup>. Il importe donc de veiller, lors des négociations, à ne pas laisser le partenaire croire légitimement qu'il va conclure la convention, et de l'avertir que les négociations pourraient être interrompues à tout moment, et ce afin qu'il n'expose pas de dépenses dont il pourrait par la suite soutenir qu'elles ont été légitimement exposées en considération du comportement de la personne publique qui lui a donné l'assurance que la convention sera conclue.

Sous les quelques réserves précitées, les modalités selon lesquelles les conventions d'occupation du domaine public peuvent être négociées sont donc assurément très ouvertes : la personne publique peut faire ce qu'elle souhaite et n'est pas tenue par le formalisme particulier qui existe en droit de la commande publique. Et cette liberté imprègne au-delà la matière même, objet des discussions : la négociation peut porter sur de très nombreux sujets, à condition de ne pas dépasser quelques limites, sur lesquelles il faut revenir.

## Les limites de « fond » à la négociation

Rien n'interdit aux parties à une convention d'occupation du domaine public de négocier sur l'essentiel de leurs rapports contractuels : elles peuvent librement discuter sur tous les sujets ou presque, et ce selon une intensité très ouverte.

Les parties peuvent ainsi, dans une large mesure, discuter sur les caractéristiques essentielles de chaque convention : sous réserves des dispositions spécifiques<sup>(10)</sup>, elle peuvent librement fixer l'objet de la convention d'occupation domaniale (laquelle doit néanmoins demeurer compatible avec l'affectation domaniale) et la portée des droits et des obligations respectifs de l'occupant et du propriétaire ou du gestionnaire (interdiction ou autorisation de sous-louer les biens avec l'agrément de la personne publique, obligation d'assurer l'entretien des biens, y compris les grosses réparations au sens des articles 605 et 606 du Code civil, obligation de retirer les installations au terme de la convention ou de les remettre en l'état à la personne publique...).

(6) P. Hansen, « La réforme du Code général de la propriété des personnes publiques », *JCPA* n° 17-18, 2 mai 2017, 2122.

(7) « si l'autorité gestionnaire peut, dans le silence des textes, mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes, elle est alors seulement tenue de respecter les règles qu'elle a elle-même instituées » [CAA Paris 11 avril 2013, Association Racing club de France, req. n° 12PA01504] ; il lui appartient « de respecter la procédure de consultation restreinte qu'elle avait elle-même fixée » [CAA Paris 31 mars 2011, Société Promo Métro et RATP, req. n° 09PA06560].

(8) F. Lehoux et B. Morand, « la rupture unilatérale des négociations précontractuelles, de l'exception de l'engagement de la responsabilité pour faute de la personne publique », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 181, novembre 2017.

(9) CE 6 décembre 2016, Communauté d'agglomération Pole Azur Provence, req. n° 391840.

(10) Les baux emphytéotiques administratifs et autorisations d'occupation constitutives de droits réels des collectivités territoriales doivent avoir pour objet une « opération d'intérêt général » relevant de la compétence de la collectivité concernée.

En bref, les parties peuvent aménager comme bon leur semble l'essentiel de leurs relations, et même parvenir à un accord sur le fond substantiellement différent du projet de convention initial (sous réserve de respecter les éventuelles règles fixées au départ, *supra*).

Mais cette liberté n'est toutefois pas sans aucune frontière : il existe une série de règles qui font obstacle à ce que les parties puissent convenir de certains de leurs droits et obligations au-delà d'une certaine limite. Sans pouvoir les retracer ici en toute exhaustivité, il est néanmoins possible de présenter les règles essentielles qui portent sur les sujets qui font, en pratique, l'objet des discussions les plus poussées.

La durée de la convention constitue bien souvent l'un de ces sujets. Elle est encadrée par les textes et la jurisprudence de manière inégale : les conventions constitutives de droits réels ont une durée clairement balisée par les textes<sup>(11)</sup> de sorte que les négociations ne peuvent pas s'écarter du sentier tracé, alors que les conventions d'occupation du domaine public qui ne transfèrent pas de droits réels à l'occupant peuvent, si les parties le souhaitent, renfermer une durée indéterminée, puisqu'elles sont – par nature – précaires et révocables<sup>(12)</sup>. Mais cette dernière affirmation souffre elle-même d'une nuance lorsque la convention permet une exploitation économique : sa durée peut-être librement négociée entre les parties, sous réserve d'être « fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis »<sup>(13)</sup>. Cette formule, dont la doctrine souligne qu'elle doit être interprétée sagement<sup>(14)</sup> et laisser ainsi place à la conversation, implique que les parties parviennent à déterminer une durée en fonction de l'amortissement des investissements et en considération d'une juste rémunération de l'occupant : la convention doit naturellement permettre à l'occupant de « gagner sa vie », mais sans pour autant lui assurer une rente de situation<sup>(15)</sup>.

(11) Entre 18 et 99 ans pour les baux emphytéotique administratifs, par l'effet du renvoi à l'article L. 451-1 du Code rural figurant à l'article L. 1311-2 du CGCT ; et une durée fixée « en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans » pour les autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels (article L. 1311-5 du CGCT et article L. 2122-6 du CG3P).

(12) CE 5 février 2009, Association Société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes, req. n° 305021.

(13) CG3P, art. L. 2122-2.

(14) C. Maugué et P. Terneyre, « Ordonnance domaniale : un bel effort pour la modernisation du CGPPP ! », *AJDA* 2017, p. 1606.

(15) un auteur souligne ainsi que la notion de « rémunération équitable et suffisante des capitaux investis », renvoie à une idée de bénéfices au profit de l'occupant (J.-L. Heckenroth, « Occupation du domaine public - Maîtriser la mise en concurrence des titres domaniaux », *Contrats Marchés publics* n° 10, octobre 2017).

La redevance qui doit, sauf exceptions<sup>(16)</sup>, être mise à la charge de l'occupant est également l'objet d'échanges entre les parties. Tout récemment le Conseil d'État a rappelé clairement que la personne publique « peut librement négocier avec les candidats à l'attribution de ce sous-traité [d'exploitation d'une plage] l'ensemble des éléments composant leur offre, y compris le montant de la redevance domaniale, afin de rechercher la valorisation optimale de son domaine », mais il a pris soin de préciser que « il appartient ensuite à la collectivité délégante, en sa qualité d'autorité gestionnaire du domaine public, de fixer elle-même, au plus tard lors de l'attribution du sous-traité, le montant de la redevance domaniale devant être versée par l'attributaire du contrat »<sup>(17)</sup>. À cet égard, l'article L. 2125-3 du Code général de la propriété des personnes publiques, précise que cette redevance doit « tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation », ce qui implique qu'elle renferme deux parts, l'une – fixe – qui correspond à la valeur locative du bien, et l'autre – variable – qui couvre les avantages que l'occupation procure à l'occupant<sup>(18)</sup>, formule assez large qui permet aux parties de fixer son montant au plus près des réalités économiques de chaque opération. Ainsi, les parties peuvent librement discuter afin de prévoir que la partie variable sera fonction de l'application d'un taux déterminé au montant des « revenus » produits par l'activité dont la dépendance est le siège<sup>(19)</sup>, ou bien au chiffre d'affaires de l'occupant<sup>(20)</sup>, ou bien aux recettes tirées de l'utilisation des dépendances<sup>(21)</sup>, ou encore au « résultat net après impôt » tiré de l'exploitation de la dépendance concernée<sup>(22)</sup>... Et la pratique témoigne également très souvent de ce que les parties peuvent négocier des « paliers » de redevance, qui permettent par exemple une montée en puissance de la redevance au fil des années, ou bien en considération de la montée en puissance des résultats de l'exploitation...

Et il est encore un autre sujet majeur qui fait le plus souvent l'objet de négociations ardues entre les parties : celui des clauses attachées à la résiliation de la convention. Si certains points ne peuvent guère être discutés (par exemple, un renoncement de la personne publique à son pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général<sup>(23)</sup>), d'autres le sont en revanche dans le détail : il en est ainsi, par exemple, de la durée du préavis, de la définition et des motifs d'une résiliation pour faute (liste exhaustive ou non exhaustive des manquements ouvrant droit à la résiliation...), mais également et surtout des postes indemnitaires qui alimentent

(16) CG3P, art. L. 2125-1.

(17) CE 17 septembre 2018, Société le Pagus, req. n° 407099.

(18) CE 21 mars 2003, SIPPPEC, req. n° 189191.

(19) CE 10 février 1978, Min. Économie et Finances c/ Scudier, req. n° 07652.

(20) CAA Paris 17 octobre 2013, req. n° 13PA00911.

(21) CAA Lyon 12 juillet 2007, Ville de Lyon, req. n° 06LY02107.

(22) CE 13 juin 1997, Sté des transports pétroliers par pipe-line, req. n° 167907.

(23) CE 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit foncier de France, req. n° 41589.

les indemnités attachées à la résiliation anticipée du contrat. Les différents postes retenus par les parties peuvent être en effet librement modulés (remboursement des seules dépenses non amorties<sup>[24]</sup>, des coûts de rupture des éventuels sous-contrats, d'une part du manque à gagner, de la perte du fonds de commerce...), sous une réserve toutefois : les modalités de calcul de l'éventuelle indemnité ne doivent pas conduire à ce qu'en cas de résiliation, la personne publique soit tenue de s'acquitter d'une somme considérable, sans lien avec le préjudice réellement subi par l'occupant qui, partant, aurait un caractère dissuasif, et qui s'apparenterait à une libéralité<sup>[25]</sup>. En revanche, rien ne s'oppose à ce que

les parties conviennent d'une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de la personne publique<sup>[26]</sup>.

En conclusion, la négociation des conventions d'occupation du domaine public renferme assurément un champ des possibles très vaste : elle n'est pas contrainte par le formalisme que peuvent connaître les contrats de la commande publique, et elle peut, par ailleurs porter, sur l'essentiel des sujets de fonds, dans une mesure très ouverte. Dès lors qu'elle est bien menée par la personne publique, à l'intérieur des quelques garde-fous posés par les textes et la jurisprudence, il est clair qu'elle peut constituer un outil efficace à la disposition des personnes publiques pour obtenir une valorisation optimale des dépendances domaniales.

[24] Sur ce point, s'agissant des conventions constitutives de droits réels, l'article R. 2125-5 précise que le cocontractant « peut prétendre (...) à une indemnité égale, sous déduction de l'amortissement calculé dans les conditions fixées par le titre d'autorisation, au montant des dépenses exposées pour la réalisation des équipements et installations expressément autorisés, dans la mesure où ceux-ci subsistent à la date du retrait ».

[25] CE 4 mai 2011, CCI de Nîmes, req. n° 334280 : « l'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé » ; CE 3 mars 2017, Société Leasecom, req. n° 392446 ; CAA Lyon 18 décembre 2014, Communauté de communes Porte de la Maurienne, req. n° 13LY02356 ; CAA Bordeaux 7 mars 2006, Centre hospitalier d'Angoulême, req. n° 13BX01407 ; CAA Versailles, 7 mars 2006, Commune de Draveil, req. n° 04VE01381.

[26] Décision CCI de Nîmes précitée.