

Les conventions d'occupation domaniale dans le cadre de la réalisation et de la gestion des équipements sportifs

Recourir aux outils contractuels domaniaux peut, à première vue, sembler séduisant pour réaliser, gérer... des équipements sportifs. Cependant, il faut prendre en compte le risque de requalification en contrat de la commande publique. En outre, s'il s'agit bien d'un contrat domanial, peut-il être librement conclu avec une association, un club sportif...?

Le sujet tient dans un énoncé clair : dans quelle mesure les personnes publiques peuvent-elles solliciter les outils contractuels domaniaux (conventions d'occupation du domaine public « simples » ou constitutives de droits réels, baux emphytéotiques administratifs) pour que soient réalisés, réhabilités et/ou gérés des équipements sportifs sur leur territoire ?

Il trouve son origine dans un constat simple : alors que le sport présente aujourd'hui un enjeu de société majeur, les personnes publiques peinent à réaliser et/ou gérer elles-mêmes, en régie ou par la voie de contrats de la commande publique, les équipements sportifs qui animent leur territoire. Et pour cause : les collectivités ne sont, le plus souvent, pas les mieux armées pour financer, concevoir, réaliser et exploiter des équipements de cette nature. C'est en effet généralement celui qui utilise ou utilisera l'ouvrage sportif qui connaît le mieux les contraintes liées à son utilisation, et qui sait en conséquence comment le réhabiliter de la manière la plus optimale qui soit. C'est également lui qui est le plus à même d'établir un solide « business plan » concernant la réalisation et/ou la gestion de l'équipement, parce qu'il peut faire des prévisions d'utilisation et/ou de fréquentation réalistes et parce qu'il peut identifier plus aisément des financements extérieurs variés (recettes annexes, « naming »...). Et c'est aussi le plus souvent lui qui sait comment exploiter l'équipement de la manière la plus efficiente, parce qu'il connaît les attentes du public (en termes de confort, de technologies...) et parce qu'il sait valoriser l'équipement hors de son utilisation sportive (concerts, séminaires, ouverture de l'équipement à d'autres sports...).

Aussi, puisque les équipements sportifs qui appartiennent à une personne publique relèvent le plus sou-

Auteur

Astrid Boullault
Avocat à la Cour
Seban et Associés

Mots clés

Bail emphytéotique • Concession • Obligations • Procédures de sélection • Requalification

vent de leur domaine public⁽¹⁾, nombreuses sont les personnes publiques qui se tournent aujourd'hui vers un outil contractuel domanial pour « confier » la réalisation, la réhabilitation, la gestion et/ou l'exploitation d'équipements sportifs à des opérateurs privés.

Et c'est avec celui qui occupe déjà, ou qui occupera l'équipement pour l'essentiel du temps, que le contrat est le plus souvent signé (un club sportif, la société qui lui est rattachée, une association...). Les exemples récents sont nombreux : qu'on veuille bien se souvenir de la ville d'Angers qui a signé un bail emphytéotique administratif avec le SCO pour la réhabilitation et la gestion de son stade de football, ou bien de la ville de Metz qui a conclu un bail de même nature pour la reconstruction de la tribune sud du stade Saint Symphorien avec une filiale du FC Metz... Mais il faut également penser aux équipements de moins grande envergure (piscine, stade d'athlétisme, boulodrome...), qui sont le lieu de la pratique sportive « grand public » quotidienne, et dont les collectivités ne souhaitent pas – ou plus – assumer en régie, par la voie d'un marché ou par la voie d'un contrat de délégation de service public⁽²⁾, la réalisation ou la réhabilitation, et/ou la gestion quotidienne.

Dans tous ces cas de figure, l'outil domanial est sans conteste appétissant : s'il est bien ficelé, il permet d'un côté à l'occupant de concevoir, réaliser et/ou gérer l'équipement librement et de la manière la plus optimale qui soit ; et il permet de l'autre côté à la personne publique de ne pas avoir à financer, réaliser et gérer l'équipement, tout en ayant tout de même la possibilité (i) de fixer a priori un certain nombre de contraintes, (ii) d'exercer ensuite un certain contrôle sur la réalisation et l'exploitation de l'ouvrage, et (iii) de percevoir une redevance liée à la bonne réussite de l'exploitation de l'équipement.

Mais il faut évidemment prendre certaines précautions avant de songer à conclure un contrat de cette nature, et se poser au moins deux types de question : est-ce que le contrat par la voie duquel l'équipement sportif va être réalisé/réhabilité et/ou géré constitue bien un contrat domanial et pas avant tout un contrat de la commande publique ? Et si tel n'est pas le cas, est-ce qu'il peut tout

de même être librement conclu avec une association, un club sportif ou tout autre occupant déterminé ?

Le risque de requalification du contrat domanial en contrat de la commande publique

La ligne de crête entre contrat domanial et contrat de la commande publique est glissante. La distinction est simple dans l'esprit : le contrat domanial a normalement pour objet de mettre à la disposition d'un occupant une dépendance du domaine public pour qu'il y réalise un projet purement privé qu'il a conçu et imaginé lui-même, alors que le contrat de la commande publique a pour objet de répondre à un besoin déterminé d'un acheteur moyennant une contrepartie onéreuse⁽³⁾. Il reste toutefois que la personne publique propriétaire d'une dépendance a le droit, dans le cadre d'un contrat domanial, d'imposer à l'occupant un certain nombre de prescriptions et de contraintes. Aux termes d'une jurisprudence constante, en effet, « il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de fixer, tant dans l'intérêt de ce domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation »⁽⁴⁾. Une convention d'occupation du domaine public peut donc renfermer diverses contraintes qui ont pour objet de permettre au gestionnaire du domaine « de s'assurer en permanence que le domaine public concédé était occupé conformément à sa destination »⁽⁵⁾.

Il faut donc veiller à ce que ces contraintes ne fassent pas « basculer » le contrat dans le champ du contrat de la commande publique et plus précisément, concernant l'occupation d'équipements sportifs, dans le champ de la concession (puisque l'occupant est généralement rémunéré par l'exploitation de l'équipement). Or, le sujet doit assurément être appréhendé sous un jour nouveau depuis l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, puisqu'indépendamment de la concession de travaux, un contrat peut être qualifié de concession de service alors même que le service dont la gestion est confiée à l'occupant n'est pas un service public⁽⁶⁾. Et, cette nouveauté présente un éclat tout particulier concernant les conventions domaniales qui portent sur la gestion d'équipements sportifs. En effet, par le passé, plusieurs contrats domaniaux de cette nature ont échappé à la qualification de contrat de la commande publique au seul motif que, alors que l'occupant disposait effectivement d'un droit d'exploiter à ses risques et périls l'ouvrage mis à sa disposition, il ne s'était en revanche pas vu confier une mission de ser-

(1) CE 13 juillet 1961, Ville de Toulouse, req. n° 48792 ; CAA Marseille 5 février 2001, req. n° 97MA05293 ; Rép. min. n° 188, *JO Sénat* 19 mai 2016, p. 2103. Toutefois, si la pratique sportive présente un caractère d'utilité générale, tout bien public affecté à cette pratique sportive ne relève pas nécessairement du domaine public : il faut, pour cela, que la personne publique propriétaire de l'équipement ait entendu faire de l'activité sportive concernée une activité de service public, et que l'équipement ait été aménagé à cet effet (TC 13 octobre 2014, Société Axa France IARD c/ MAIF, n° C3963 ; CAA Nantes 15 novembre 2013, Stade nantais université club, req. n° 11NT02688).

(2) Ce sont en effet classiquement les modes de réalisation et de gestion des équipements sportifs retenus par la doctrine. Voir par exemple E. De Fenoyl, « les modes de réalisation et de gestion des équipements sportifs », *AJCT* 2012, p. 348.

(3) CCP, art. L. 1111-1 et art. L. 1121-1.

(4) CE 20 décembre 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, *Rec. CE* p. 702.

(5) CE 3 décembre 2010, Ville de Paris, req. n° 338272. Voir également les conclusions du Rapporteur public N. Escault sur cette décision, publiées au *BJCP* n° 74, p. 36.

(6) CCP, art. L. 1121-1 et art. L. 1121-3.

vice public par la personne publique⁽⁷⁾, si bien qu'aucune délégation de service public ne pouvait être caractérisée (la requalification en marché public étant également exclue, faute de prix). Mais aujourd'hui, il est clair que, même si la personne publique n'impose à l'occupant d'un équipement sportif aucune sujétion particulière de service public, le contrat concerné pourrait tout de même constituer une concession de service⁽⁸⁾. Et, fondamentalement, pour s'assurer qu'une convention d'occupation domaniale qui porte sur la réalisation et/ou gestion d'un équipement sportif ne constitue pas une concession, il faut vérifier si le contrat a ou non été conclu pour que l'occupant réalise un équipement, gère un service ou exécute une prestation de service qui répond à un besoin de la personne publique⁽⁹⁾ : « une délégation de service public comme aujourd'hui une concession de service, est avant tout un contrat qui a pour finalité de répondre à un besoin de la collectivité que l'opérateur économique va trouver un intérêt à satisfaire, alors que la convention d'occupation domaniale répond principalement aux besoins de l'opérateur économique, tout en lui imposant un certain nombre de contraintes inhérente au domaine sur lequel il intervient »⁽¹⁰⁾.

Et, à cet égard, il est plusieurs types de contraintes qui sont fréquemment imposées à l'occupant d'un équipement sportif, et qui ne devraient pas être de nature à traduire un besoin de la personne publique propriétaire de l'équipement.

D'abord, l'obligation de consacrer l'ouvrage à la pratique d'un sport déterminé (le rugby professionnel, le tennis amateur,...) relève sans doute typiquement des pouvoirs du gestionnaire du domaine : dans la mesure où le « domaine » considéré est un équipement conçu et aménagé, et souvent historiquement affecté à la pratique d'un sport spécifique, il entre le plus souvent dans les prérogatives du gestionnaire d'exiger que cet équipement demeure principalement affecté à la pratique du sport en question.

Et, au titre de ses pouvoirs de gestion, la personne publique devrait également pouvoir émettre autant de prescriptions négatives qu'elle le juge utile : interdiction

d'organiser des activités sans lien avec le sport en général, voire avec un sport déterminé (concerts, festivals, installation d'un fast food dans l'enceinte...). Elle devrait aussi pouvoir offrir bon nombre de « facultés » à l'occupant (possibilité de recourir au « naming », de valoriser quelque peu les espaces disponibles...). Il s'agit d'autant d'interdictions et de facultés qui ne devraient pas pouvoir être regardées comme ayant pour objet de satisfaire un besoin de la personne publique, sauf évidemment si elles devaient être tellement nombreuses que l'occupant n'aurait pas d'autre marge de manœuvre que de faire précisément ce que la personne publique lui a finalement commandé de faire.

Concernant les obligations « positives » qui peuvent être mises à la charge de l'occupant, il faut naturellement être plus vigilant. En effet, s'il est sans doute possible de mettre à sa charge certaines contraintes en matière d'exploitation (proposer tel type d'activités bien précises ou qui s'inscrivent dans des lignes directrices déterminées, respecter telles contraintes archéologiques, écologiques et environnementales...) et/ou certaines catégories de travaux, dans une logique de pure valorisation et de conservation du domaine (réaliser un projet exclusivement conçu par l'occupant, selon ses propres besoins, sans prescriptions techniques imposées⁽¹¹⁾, assurer l'entretien courant, la maintenance, voire également le gros entretien/renouvellement des ouvrages), il ne faut pas que ces prescriptions puissent apparaître comme « commandées » par la personne publique et répondant à ses besoins. On sait par exemple qu'un bail emphytéotique par la voie duquel l'occupant s'engageait à réhabiliter une piscine emblématique a pu être qualifié de concession de travaux parce que les travaux résultaient en réalité d'un programme sur lequel la personne

[7] CE 3 décembre 2010, Ville de Paris, précité. Voir également pour un équipement touristique : CE 9 décembre 2016, Commune de Fontvieille, req. n° 396352.

[8] J.-D. Dreyfus « Le champ d'application matériel de l'ordonnance du 29 janvier 2016 sur les contrats de concession », *AJCT* 2016, p. 136.

[9] CE 14 février 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux, req. n° 405157. Voir également les conclusions du rapporteur public : « Vous avez toujours retenu la qualification de convention d'occupation domaniale lorsque vous constatiez que le contrat, même s'il imposait à l'occupant des obligations dans l'intérêt du domaine et dans l'intérêt général, n'avait pas pour objet de répondre aux besoins de la personne publique » [G. Pélissier G., *BJCP* n° 111, mars 2017, p. 117] ; et aussi : C Frackowiak, « fin de la partie pour les conventions de terminal », *BJCP* n° 112, mai 2017, p. 147 et s. ; G. Eckert, « la consécration de la concession de services », *Contrats et marchés publics* n° 4, avril 2017.

[10] Pélissier G., *BJCP* n° 112, mai 2017 p. 153.

[11] Le Rapporteur public soulignait dans ses conclusions sur l'arrêt du 3 décembre 2010 relatif au stade Jean Bouin que « le programme d'investissements à la charge de l'Association Paris Jean Bouin n'est qu'indicatif. Par ailleurs, cette dernière est libre de définir les travaux à mener et d'en déterminer le calendrier puisque, comme le souligne le titre III de la convention, ces travaux ont pour objet de répondre aux besoins de l'occupant. L'intervention de la ville, qui prend la forme d'une information et d'une surveillance, correspond au rôle normal du gestionnaire du domaine qui doit s'assurer de la bonne conservation et de l'affectation de son bien ».

publique avait exercé une influence déterminante^[12]... Et on sait aussi que, même sans être extrêmement précises, les contraintes positives imposées à l'occupant en matière d'exploitation, de destination/d'affectation peuvent traduire un besoin de la personne publique et emporter une requalification du contrat domanial en contrat de la commande publique, surtout lorsqu'elles sont nombreuses^[13].

Sous ces réserves, l'outil domanial peut sinon effectivement bien permettre à une collectivité de confier à un occupant le soin de réaliser et/ou de gérer un équipement sportif, dès lors qu'il ressort du contexte du projet, des circonstances de sa définition et de ses modalités de réalisation qu'il s'agit avant tout d'un projet porté par un opérateur privé, conçu, réalisé et géré par ses soins et selon ses propres besoins, projet sur lequel la personne publique n'a pas exercé d'autre influence que celle qui se rattache à ses pouvoirs de gestions du domaine.

Mais, en pratique, il arrive alors fréquemment que les collectivités souhaitent conclure le contrat domanial avec celui qui occupe déjà l'équipement sportif (par exemple, un bail emphytéotique pour la rénovation d'un stade avec le club qui utilise ce stade, une convention d'occupation du domaine public avec l'association qui gère historiquement l'équipement...), ou bien avec l'opérateur qui les sollicite pour réaliser un nouvel équipement sportif (une association qui souhaite réaliser de nouveaux terrains de pétanque, une société sportive qui souhaite construire une nouvelle salle de handball pour son club, un club de rugby qui souhaite disposer de son « propre » stade...).

Et il faut alors s'assurer qu'il est possible de conclure de gré à gré avec cet opérateur le contrat domanial envisagé.

[12] Le tribunal administratif de Paris a pu requalifier en concession de travaux le bail emphytéotique pour la rénovation et l'exploitation de la piscine Molitor, au motif notamment que « il est constant que la réouverture au public du site de la piscine Molitor revêt le caractère d'une opération d'intérêt général ; que le preneur s'engage à respecter un programme de travaux annexé au contrat, issu de la longue négociation entre les services de la ville, ceux de l'État et lui-même, comprenant un cahier des charges dont la partie architecturale est fondée sur les résultats d'une étude de définition commandée par la ville en 2004, dont la partie relative à la destination aquatique et sportive fait apparaître notamment l'intérêt pour la ville de permettre l'accès des bassins au grand public, aux scolaires et aux associations sportives et dont la partie relative aux contraintes environnementales révèle le souci de la ville de conférer au site le caractère d'une « vitrine remarquable » et « exemplaire » » (TA Paris 3 février 2009, Société Ken Club, req. n° 0900393).

[13] Sur ce sujet, voir le récent CE avis 22 janvier 2019, n° 396221.

La conclusion de gré à gré d'un contrat domanial portant sur un équipement sportif

C'est désormais chose bien acquise : les personnes publiques doivent organiser « librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester » lorsqu'elles entendent autoriser l'occupation ou l'utilisation de leur domaine public « en vue d'une exploitation économique »^[14]. Or, à l'exception de certains équipements sportifs qui sont ouverts à tous sans condition de droit d'entrée ou d'abonnement (un skate parc, un court de tennis...), les équipements sportifs sont sinon effectivement bien le lieu d'une exploitation économique, puisque leurs occupants font payer une licence aux adhérents, et/ou parce qu'ils accueillent un club house qui génère des recettes, ou bien encore, pour les plus importants, parce qu'ils accueillent bon nombre d'activités annexes au sport dans une logique de rentabilité. Le plus souvent, les personnes publiques seront donc tenues d'organiser une procédure de publicité et de sélection préalable afin de sélectionner les occupants de leurs équipements sportifs, sauf à pouvoir invoquer l'une des exceptions visées par les textes^[15].

Et s'il est entendu que bon nombre des exceptions prévues par le code ne peuvent pas trouver à s'appliquer à l'occupation durable des équipements sportifs, il n'est pas absurde de penser qu'il existe des cas dans lesquels la personne publique pourrait démontrer que la mise en œuvre d'une procédure de publicité s'avère impossible ou non justifiée^[16], mais il faudrait alors naturellement de solides arguments en ce sens.

Il en est sinon sans doute une qui mérite plus d'attention : celle attachée aux caractéristiques particulières de la dépendance, à ses conditions particulières d'occupation ou d'utilisation, ou aux spécificités de son affectation, qui permettent à la personne publique une délivrance du titre d'occupation à l'amiable. Elle couvre en effet les cas dans lesquels « certains impératifs impliquent nécessairement en fait de s'adresser à un opérateur déterminé : caractéristiques de la dépendance, conditions particulières d'occupation... »^[17]. Et une récente réponse ministérielle souligne que « les « conditions particulières d'occupation ou d'utilisation » de la dépendance peuvent être retenues lorsque celle-ci a déjà été aménagée par un précédent occupant et qu'elle comporte des installations dont l'utilisation requiert des compétences uniques »^[18]. La doctrine recommande

[14] CG3P, art. L. 2122-1-1.

[15] CG3P, art. L. 2122-1-2 et s.

[16] CG3P, art. L. 2122-1-3.

[17] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 19 avril 2017.

[18] Rép. min. n° 6259, JOAN 4 décembre 2018.

de ne solliciter cette exception qu'au prix d'une grande prudence^[19], mais il n'est pas absurde de penser qu'une procédure de sélection préalable n'est pas possible ou justifiée, s'il apparaît qu'il n'est pas d'autre opérateur que telle association sportive ou tel club qui est susceptible d'occuper un équipement sportif déterminé. Cette façon de voir suppose néanmoins que les contraintes qui sont attachées à l'occupation de l'équipement sportif concerné sont effectivement bien de nature à conclure qu'elles permettent, certes une activité économique, mais une activité économique qui ne pourra pas susciter l'appétit d'un autre opérateur économique que l'association ou le club concerné. Autrement dit, cela suppose que les spécificités de son affectation principale (la pratique du rugby ou du basket professionnel...), mais aussi la nature des autres activités qui peuvent être exercées au sein de l'équipement (autres compétitions sportives, concerts de musique...) et les contraintes qui s'attachent à l'occupation du stade (heures d'ouverture, charges d'entretien...) permettent l'exercice d'une activité économique dont la « rentabilité » ne peut être assurée que par l'association ou le club concerné. Et, à cet égard, certains garde fous doivent être fixés. D'abord, l'organisation de la pratique sportive concernée (des matchs professionnels de rugby ou de basket... (et les recettes que ces rencontres génèrent) doit demeurer le « cœur économique » des activités que l'occupation permet : s'il est possible pour l'occupant de diversifier fortement les activités qui peuvent être proposées dans l'équipement (possibilité d'organiser régulièrement des concerts de musique à grande échelle, possibilité d'accueillir d'autres compétitions sportives...) et s'il lui est possible de procéder librement à des opérations de valorisation d'envergure (création d'un restaurant, de boutiques, de salles de séminaires...), le point d'orgue économique de l'exploitation de l'équipement sportif ne reposerait alors pas nécessairement sur les matchs, si bien que l'occupation du stade pourrait intéresser d'autres opérateurs économiques. Ensuite, il faut que les seuls matchs de sport auxquels participent l'association ou le club déter-

miné soient de nature à accueillir un public suffisant pour assurer la viabilité économique du stade (générer suffisamment de recettes pour absorber les charges qu'impliquent le droit d'occuper le stade). Dans ce cas, il n'est pas absurde de penser que l'occupation privative du stade concerné, dans ces conditions précises, ne pourrait être assurée que par un seul opérateur : l'association, le club ou l'entreprise qui occupe déjà le stade concerné.

Naturellement, on pourrait être tenté de penser qu'il y a là une manière de façonner les contraintes attachées à l'occupation du stade pour privilégier un opérateur plutôt qu'un autre. Mais le reproche peut sans doute être combattu, si les restrictions qui limitent l'usage privatif du stade sont motivées et qu'elles ne traduisent pas autre chose qu'une volonté politique de valoriser un équipement d'une façon plutôt que d'une autre. Il faudrait sinon croire que les personnes publiques ne peuvent pas librement prescrire les contraintes attachées à l'occupation privative de leur domaine.

La voie est donc assez étroite, mais elle semble pouvoir être empruntée, notamment pour les équipements sportifs d'envergure emblématiques des collectivités, historiquement affectées à la pratique d'un sport déterminé et qui accueillent depuis des décennies tel ou tel club résident.

Faute de disposer de solides éléments pour pouvoir solliciter cette exception, la collectivité propriétaire de l'équipement peut sinon procéder à la mesure de publicité que les personnes publiques doivent effectuer lorsqu'elles reçoivent une manifestation spontanée d'intérêt, et constater dans la foulée qu'il n'est effectivement qu'un seul candidat intéressé par l'occupation du stade^[20]. Naturellement, l'exercice relève quelque peu du pari : si, malgré tout, un concurrent sérieux devait se manifester, la personne publique est alors contrainte de lancer une procédure de sélection « classique »^[21].

[19] J.-L. Heckenroth, « Occupation du domaine public, délivrer des titres domaniaux sans mise en concurrence », *Contrats et Marchés publics*, février 2018 ; P. Hansen, « Fasc. 3 - Actualité : réforme du code général de la propriété des personnes publiques », *Jurisclasseur Contrats et Marchés publics*, 2 mai 2017.

[20] CG3P, art. L. 2122-1-4.

[21] P. Hansen, « Fasc. 3 - Actualité : réforme du code général de la propriété des personnes publiques », précité ; T. Rombauts-Chabrol, « Occupation du domaine public et mise en concurrence : focus sur la procédure simplifiée », *AJCT* 2017, p. 486.