

Le contentieux des conventions d'occupation domaniale : un outil au service du façonnement des questions de fond

Dans un arrêt du 11 mars 2022, le Conseil d'État confirme que le recours en contestation de validité du contrat est ouvert aux occupants du domaine public et qu'une collectivité ne peut pas interdire la constitution d'un fonds de commerce sur ces dépendances. Cependant, la mise en place de ce type de fonds sur le domaine public est-elle réellement possible... ?

Parce que les dépendances publiques suscitent aujourd'hui plus encore que par le passé l'appétit des opérateurs économiques, surtout en zone urbaine, l'enjeu qui entoure la conclusion ou l'achèvement des titres relatifs à leur occupation s'est sans aucun doute accru. Et à raison des récentes évolutions intervenues (mise en concurrence des titres, reconnaissance d'un fonds de commerce...), cet enjeu se pose par ailleurs en des termes renouvelés : un concurrent évincé d'une procédure de publicité et de sélection préalable peut-il attaquer la convention signée avec un autre ? L'occupant historique d'une dépendance peut-il contester la décision de non-renouvellement de son titre et être indemnisé du fonds de commerce qu'il estime avoir créé ? Si les voies ouvertes aux occupants ou aux tiers ont été précisées au fil des jurisprudences rendues en la matière, de sorte que le paysage juridique se dessine aujourd'hui clairement, ce sont surtout les règles de fond qui ont pu, par la voie de ces recours, être étoffées, contribuant ainsi à façonner petit à petit un régime domanial clair. La décision du Conseil d'État, commentée ici, en est la parfaite illustration⁽¹⁾.

Le contentieux des conventions d'occupation du domaine public

Le Code général de la propriété des personnes publiques est muet sur la question des recours qui peuvent être introduits à l'encontre des titres ou conventions portant occupation du domaine public d'une personne publique. Ce silence s'explique sans peine : dès lors qu'il s'agit dans le premier cas d'une décision administrative unilatérale, et dans le second d'un contrat administratif, c'est le régime (relativement bien établi) attaché à chacune de ces catégories d'actes qui trouve à s'appliquer.

Auteur

Victoria Goachet
Avocat
Seban & Associés

Références

CE 11 mars 2022, M. A.L., req. n° 453440

(1) CE 11 mars 2022, M. A.L., req. n° 453440.

Les récentes évolutions contentieuses^[2] ainsi que l'introduction d'une obligation de publicité et de sélection préalable ont toutefois poussé les juridictions administratives à préciser (i) les recours qui peuvent, ou non, être mobilisés à l'encontre des titres domaniaux par les tiers ou par les occupants et notamment (ii) les modalités de mise en œuvre du recours en contestation de validité de la convention.

Panorama des recours qui peuvent être mobilisés dans le cadre de l'occupation domaniale

À titre liminaire, il convient immédiatement de souligner que l'essentiel du contentieux attaché à la gestion du domaine privé des personnes publiques échappe aux juridictions administratives^[3]. Il en va en effet différemment uniquement dans l'hypothèse où le recours porte sur le refus, par la personne publique, d'initier « une relation contractuelle », c'est-à-dire lorsque la décision emporte refus d'octroyer un titre d'occupation du domaine privé^[4].

Le contentieux attaché à la gestion du domaine public – seul étudié ici – relève en revanche pleinement des juridictions administratives qui semblent avoir parachevé l'écosystème des recours qui peuvent être mobilisés en la matière.

Le premier acte pouvant être contesté en la matière est naturellement l'attribution, ou le refus d'attribution, d'un titre d'occupation. Et il convient à ce titre de distinguer les autorisations d'occupation (acte unilatéral) des conventions d'occupation (contrat administratif). Les premières peuvent en effet être contestées par la voie d'un recours pour excès de pouvoir^[5] tandis que les secondes s'inscrivent dans le champ des recours de plein contentieux, et plus précisément alors dans le champ de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*.

Aux termes de cette jurisprudence, tout tiers à une convention d'occupation du domaine public, y compris donc les concurrents évincés de la procédure de publicité et de sélection préalable à leur conclusion, peut saisir le juge administratif d'un recours en contestation de la validité de cette convention, à condition toutefois qu'ils soient susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine^[6]. À ce titre, la cour administrative d'appel de Paris vient toute juste de juger qu'un opérateur ne se portant pas candidat à la procédure de publicité et de sélection préalable « ne justifie pas être lésé de façon directe et certaine »^[7]. Mais il

est en l'état difficile d'identifier clairement les cas dans lesquels le tiers sera, ou non, lésé : si la décision précitée est sans doute logique dès lors que l'opérateur avait candidaté pour un seul des douze emplacements dont il contestait l'attribution à d'autres, elle devra sans doute être nuancée dans d'autres cas, et notamment dans l'hypothèse où l'opérateur a précisément été empêché de participer à la procédure de mise en concurrence. Il convient par ailleurs de noter que, par une jurisprudence surprenante et isolée, la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé qu'un tel recours n'était ouvert (i) qu'aux contrats conclus après la date de prononcé de la décision *Tarn-et-Garonne*, et (ii) qu'aux contrats attribués après procédure de publicité et de mise en concurrence^[8], ce qui semble clairement contestable.

Précisément à raison de l'introduction, par la voie de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques^[9], d'une procédure de publicité et de sélection préalable à la conclusion d'un titre d'occupation du domaine public qui emporte exercice d'une activité économique, il était permis de s'interroger sur la possibilité pour les « candidats évincés » de mobiliser les procédures de référés précontractuels et contractuels^[10]. Le Conseil d'État a toutefois dès 2014 rejeté cette possibilité^[11], et le rapporteur public sous une décision de 2017 a confirmé cette interprétation alors même qu'il existait cette fois une procédure de publicité et de mise en concurrence (spécifique au domaine public concerné)^[12] : ces procédures ne s'appliquent qu'aux « contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services », ce que ne peut être un titre domaniale (sauf à devoir être au principal requalifié en contrat de la commande publique). Le recours pour excès de pouvoir ou le recours *Tarn-et-Garonne* peuvent en revanche être doublés d'un référé suspension.

Au-delà de la naissance du titre d'occupation, sa « mort » peut également être contestée, qu'il s'agisse alors du refus de le renouveler ou de sa résiliation anticipée. Quelle que soit la décision contestée, le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public pourra alors la contester par la voie du recours pour excès de pouvoir. En revanche, le titulaire d'une convention d'occupation du domaine public pourra, lui, introduire un recours de plein contentieux dans le cadre d'une action en reprise des relations contractuelles (dit Béziers II)^[13].

Les parties à une convention d'occupation du domaine public disposent par ailleurs d'un dernier outil contentieux à leur disposition, le recours en contestation de la

[2] Notamment CE 28 décembre 2009, Commune de Béziers, req. n° 304802 [Béziers I] ; CE 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.

[3] TC 22 novembre 2010, SARL Brasserie du Théâtre, req. n° 3764.

[4] TC 5 mars 2012, M. Romuald A., req. n° C3833.

[5] Rép. min. n° 19056, *JO Sénat* 1^{er} juillet 2021, p. 4079.

[6] CE 2 décembre 2015, École centrale de Lyon, req. n° 386979 ; CAA Paris 11 mai 2020, Société Rungis Stocks, req. n° 19PA01904.

[7] CAA Paris 17 mars 2022, Association « Les ailes d'Oraguon », req. n° 20PA00588.

[8] CAA Bordeaux 8 avril 2021, SARL Contrôle technique poids lourds Antilles Guyane, req. n° 19BX03627.

[9] Désormais codifiée à l'article L. 2122-1-1 et s. du CG3P.

[10] CJA, art. L. 551-1 et L. 551-13.

[11] CE 3 décembre 2014, Établissement public Tisséo, req. n° 384170.

[12] Concl. G. Pellissier sous la décision CE 14 février 2017, Ste de manutention portuaire d'Aquitaine, req. n° 405157.

[13] CE 21 mars 2011, Commune de Béziers, req. n° 304806 [Béziers II].

validité d'une convention d'occupation du domaine public par une partie ; recours mis en œuvre dans la décision commentée.

La contestation de la validité d'une convention d'occupation du domaine public par une partie : l'application de la jurisprudence *Béziers I*

La décision commentée a le mérite de confirmer ce que tous s'accordaient à dire : une partie à une convention d'occupation du domaine public peut en contester la validité (ou contester la validité de l'une des clauses qu'il estime détachable) devant le juge du contrat, et ce sur le fondement de la jurisprudence *Béziers I* ; solution qui s'imposait sans doute avec évidence dès lors que le recours en validité était ouvert à « toute partie à un contrat administratif », ce qu'est, on le disait, une convention d'occupation du domaine public.

Le litige portait plus précisément sur l'annulation de la convention d'occupation signée en 2015 par les requérants avec la commune de Cap-d'Ail pour l'exploitation d'un restaurant et, à titre subsidiaire, sur l'annulation de la clause au terme de laquelle « l'occupation ne donnerait lieu à la création d'aucun fonds de commerce ». Cette convention faisait suite à plusieurs autres dont une première signée en 1986 qui avait expressément pris le soin de rappeler les démarches entreprises en amont par les occupants, à savoir le rachat auprès de l'occupant précédent de son « fonds de commerce », c'est-à-dire de l'enseigne créée, du nom commercial, de la clientèle et de sa licence IV.

Au-delà de la question de savoir si une telle clause était légale, point qui sera abordé ensuite, la décision commentée, telle qu'éclairée par les conclusions de son rapporteur public^[14], permet de rappeler le mode opératoire retenu par les juridictions administratives lorsqu'elles doivent trancher un litige de cette nature et notamment leur pouvoir : (i) rejeter le recours et décider de la poursuite de l'exécution de la convention telle que conclue, (ii) maintenir la convention après régularisation, (iii) résilier la convention avec ou sans effet différé, (iv) annuler la convention si et seulement si elle est entachée d'un vice d'une particulière gravité et, (v) tirer les conséquences financières de la disparition rétroactive de la convention et/ou condamner la partie ayant commis une faute sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle^[15] ; dernier pouvoir qui semble toutefois subordonné à une demande en ce sens du requérant. La cour administrative d'appel de Douai a d'ailleurs tout récemment annulé une convention d'occupation du domaine public avant de trancher le litige sur un fondement extracontractuel^[16].

Cette décision apporte par ailleurs un éclairage intéressant sur les cas dans lesquels le recours en contestation de validité perd, ou non, son objet à raison de ce que la convention litigieuse est arrivée à son terme. On sait en effet que depuis 2020, la circonstance que la convention ait été entièrement exécutée ne fait plus nécessairement obstacle à ce que l'on en conteste la validité^[17]. Pour autant, et c'est ce que soulignait utilement le Rapporteur public, une telle solution n'est pas automatique : il s'agit d'une appréciation au cas par cas.

Le Conseil d'État n'est toutefois pas allé sur ce dernier terrain, préférant au cas d'espèce trancher le litige sur le fond en appliquant « classiquement » la décision *Commune de Béziers* : la commune pouvait-elle introduire une clause prohibant la constitution d'un fonds de commerce, et dans la négative, la violation des dispositions autorisant la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public constitue-t-elle un vice d'une particulière gravité devant emporter l'annulation de la convention ? C'est ce qu'il convient de voir maintenant.

Le sort du fonds de commerce créé sur le domaine public

La question de l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public, tel qu'introduit par la loi Pinel^[18], et de son articulation avec les règles de la domanialité publique a fait couler beaucoup d'encre. Si la jurisprudence s'est penchée sur le point de savoir à compter de quand la loi Pinel peut être invoquée^[19], et qu'il est sans doute possible de raisonner en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de cassation pour déterminer à partir de quand un occupant peut se prévaloir de l'existence d'un tel fonds^[20], demeuraient toutefois de nombreuses interrogations auxquelles le Conseil d'État semble, à tout le moins indirectement, ici répondre.

L'impossibilité d'interdire la constitution d'un fonds de commerce

Le désaccord existant entre les requérants et la commune de Cap-d'Ail se cristallisait autour de la question de la possibilité de constituer, ou non, un fonds de commerce sur la dépendance (du domaine public) occupée. La réponse s'imposait avec évidence pour les requérants qui, outre la consécration par la loi Pinel de tels fonds, avaient en 1986 déboursé une certaine somme d'argent précisément pour racheter le « fonds de commerce » qu'avait créé le précédent occupant. De son côté, la commune de Cap-d'Ail considérait, comme bon nombre de collectivités du reste, qu'elle était en droit d'interdire la constitution d'un fonds de commerce, sans pour autant

[14] Concl. de R. Victor, sous la décision du CE 11 mars 2022 précitée, publiées sur *Ariane Web*.

[15] CE 10 juillet 2020, Société Lacroix Signalisation, req. n° 420045.

[16] CAA Douai 17 mars 2022, Commune Crotoy, req. n° 20DA00770.

[17] Même décision.

[18] Loi n° 2014-626 du 18 janvier 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

[19] CE 24 novembre 2014, Société des remontées mécaniques les Houches-Saint-Gervais, req. n° 352402.

[20] Rep. min. n° 22455, *JO Sénat* 23 septembre 2021, p. 5504.

violer les dispositions issues de la loi Pinel, lesquelles avaient principalement pour objet de consacrer la possibilité de créer de tels fonds. Et, d'un certain point de vue, cela pouvait se justifier à l'aune du principe de liberté contractuelle.

Le Conseil d'État va toutefois sanctionner cette seconde manière de faire en reconnaissant que la clause insérée par la commune de Cap-d'Ail méconnaissait les dispositions de l'article L. 2124-32-1 du Code général des collectivités territoriales, qui codifient les dispositions de la loi Pinel. Les conclusions de son Rapporteur public sont particulièrement éclairantes sur ce sujet. Il indique en effet que « le législateur n'a pas entendu faire dépendre la reconnaissance de l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public, dont l'existence se constate davantage qu'elle ne se décrète, d'un acte de volonté du propriétaire du domaine public, ni même d'un accord de sa part, mais de la seule circonstance – qui n'est pas à la main de la personne publique – que l'exploitant privé attire une clientèle autonome qui vient à lui en raison de la qualité particulière des prestations qu'il offre [...] Autrement dit, si la loi prévoit qu'un fonds de commerce « peut » être exploité, elle n'attribue certainement pas au propriétaire domanial un « pouvoir » d'autoriser ou refuser la constitution d'un tel fonds ».

Si un débat a donc pu – à juste titre – exister par le passé, il nous semble que cette décision, telle qu'éclairée par les conclusions de son Rapporteur public, y met un terme définitif : est illégale la clause qui interdit la constitution d'un fonds de commerce. Mais l'illégalité qu'elle emporte n'est pas, selon le Conseil d'État, de nature à emporter d'une part, l'annulation de cette clause qu'il juge indivisible du reste de la convention et, d'autre part, l'annulation du contrat. S'il considère en effet qu'il y a bien eu violation de la loi Pinel, il considère en revanche que cette violation ne constitue pas « un vice d'une particulière gravité » ; seul vice dont on disait qu'il permet d'emporter le prononcé de la sanction « suprême », celle de l'annulation d'un contrat administratif.

Ce n'est pas dire pour autant que les collectivités peuvent désormais délibérément violer la loi Pinel sans risque de voir ensuite les conventions en cause annulées pour cette raison : l'occupant pourrait sans doute engager la responsabilité de la collectivité. Mais il faudrait alors pouvoir témoigner de l'existence effective d'un fonds de commerce, et pouvoir témoigner de ce que la clause a effectivement lésé l'occupant, ce qui ne sera pas chose aisée. C'est ce par quoi il convient de terminer.

La neutralisation de l'existence d'un fonds de commerce

Si l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public est donc réaffirmée par la voie de cette décision, à tout le moins incidemment, il demeure que ce dernier est sans doute réduit à peu de chose aujourd'hui.

Il faut déjà relever que la constitution d'un fonds de commerce n'est pas automatique et qu'il appartient à celui qui s'en prévaut d'apporter la preuve de ce qu'il a une

« clientèle propre ». À raisonner par analogie avec ce qu'il advient devant le juge judiciaire, lequel a apporté des précisions sur les situations dans lesquelles un commerçant exerce son activité dans une enceinte commerciale plus globale (la galerie d'un centre commercial, un champ de course privé...), il faudrait donc s'attacher à vérifier si l'occupant a pu constituer une clientèle distincte des seuls utilisateurs du domaine public, et ce en considération d'un faisceau d'indices (accès propre, horaire d'ouverture indépendant, obligation d'ouvrir à certaines périodes, renommée particulière)^[21]. Peu nombreuses seront sans doute les situations dans lesquelles l'existence d'un fonds de commerce pourra être établie.

Surtout, et c'est là une considération essentielle, l'existence du fonds de commerce se limite fatalement à la durée de l'autorisation du domaine public. Ainsi, au terme normal de la convention, l'occupant ne peut pas solliciter une quelconque indemnité à raison de ce qu'il perdrait ce fonds de commerce, ce qui est tout à fait déterminant depuis la consécration d'une obligation de publicité et de sélection préalable : le nouvel occupant n'aura pas à payer à l'ancien occupant un « droit d'entrée » correspondant au fonds de commerce que ce dernier aurait pu constituer sur le domaine public. Toute autre façon de voir aurait sinon quelque peu neutralisé les règles de mise en concurrence, l'ancien occupant étant alors fatalement avantagé. Si le Conseil d'État est muet sur ce point, le Rapporteur public indiquait en revanche en ce sens que « la reconnaissance d'un fonds de commerce exploité sur le domaine public ne peut faire obstacle à ce qu'au terme de la convention domaniale, un nouvel occupant soit choisi par la personne publique [...] ce que l'affaire nous fait toucher du droit, c'est le caractère dérisoire, si ce n'est illusoire des dispositions de la loi « Pinel » qui [...] doivent être combinées avec les principes généraux de la domanialité publique d'hier et aujourd'hui ».

L'existence d'un fonds de commerce – lorsqu'il est possible de la démontrer – devrait donc jouer dans un seul et unique cas : celui de l'indemnisation de l'occupant en cas de résiliation anticipée. Mais si l'apport de la loi Pinel se résume à ce cas, cet apport est alors sans doute tout relatif. L'essentiel des conventions d'occupation du domaine public prévoyaient – et continuent de prévoir – en effet une indemnisation « du manque à gagner » de l'occupant en cas de résiliation pour motif d'intérêt général. Manque à gagner dont il y a tout lieu de penser qu'il couvre incidemment les différentes composantes du « fonds de commerce ».

Si cette décision a ainsi le mérite de confirmer que le recours en contestation de validité du contrat est ouvert aux occupants du domaine public et qu'une collectivité ne peut pas interdire la constitution d'un fonds de commerce sur ces dépendances, elle témoigne surtout de ce que le fonds de commerce relève sans doute plus de la chimère que de la réalité lorsqu'il est constitué sur une dépendance d'une personne publique.

[21] C. Chamard-Heim et P. Yolka, « La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public », *AJDA* 2014, p. 1641.