

# La modification des conventions d'occupation du domaine public

Une personne publique peut-elle modifier une convention domaniale lorsque l'occupation est le siège d'une activité économique ? La réponse à cette question diffère selon que la modification porte sur la prolongation de la convention ou sur son objet même.

L'obligation d'organiser une procédure de publicité et de sélection préalable à la conclusion des conventions d'occupation du domaine public « à objet économique », introduite à l'article L. 2122-1-1 du CGPPP par l'ordonnance du 19 avril 2017, est désormais entrée dans les mœurs. Mais les conséquences de cette obligation sur l'exécution de ces contrats présentent aujourd'hui un intérêt incontestable.

C'est vrai en particulier des conditions dans lesquelles il est possible de modifier les titres domaniaux « à objet économique ». Le CGPPP est muet sur le sujet, contrairement à ce qu'il advient des contrats de la commande publique.

Le sujet est évidemment en grande partie sans objet concernant les conventions domaniales qui ne permettent pas une exploitation économique du domaine. Mais il se pose sinon avec une acuité certaine. Il est clair que s'il était possible de modifier en cours d'exécution, sans aucune limite, une convention domaniale qui permet une activité économique, cela pourrait revenir à contourner la règle de sélection préalable : au lieu d'accorder un nouveau titre qui pourrait potentiellement intéresser plusieurs opérateurs, les parties au contrat déjà existant pourraient s'entendre par avenant pour inclure de nouvelles dépendances dans un titre en augmentant son périmètre, s'accorder pour prolonger indéfiniment un titre en cours et/ou pour permettre à l'occupant de réaliser de nouveaux investissements destinés à rendre son activité plus rentable encore...

À l'inverse, il serait absurde de penser qu'il n'est pas possible de modifier de tels contrats : outre que cela rendrait impossible la gestion des propriétés publiques, cela soumettrait les autorisations d'occupation du domaine à un régime nettement plus fermé que celui qui encadre les contrats de la commande publique. Or, à l'évidence, ce n'est pas l'esprit qui anime la directive « Services » à l'origine de l'article L. 2122-1-1 précité, ni

## Auteur

**Astrid Boullault**  
Avocat  
Seban et Associés

celui de l'ordonnance du 19 avril 2017 qui l'a transposée, laquelle au contraire témoigne d'une volonté du législateur de donner nettement plus de marge de manœuvre aux personnes publiques.

Partant, il est clair que le sujet revêt une importance majeure pour les personnes publiques, tant les situations sont nombreuses et variées : que faire lorsqu'un évènement a empêché l'exécution de la convention domaniale de commencer à la date initialement envisagée ? Comment traiter l'évènement qui a affecté profondément son exécution au point d'en bouleverser son équilibre économique ? Que répondre lorsque l'occupant sollicite une prolongation de la durée de son titre, parce qu'il entend réaliser de nouveaux investissements ? Que faire, lorsque devant la réussite de son projet, l'occupant demande à occuper une dépendance adjacente pour agrandir le périmètre de sa convention et optimiser plus encore l'exploitation du domaine... ?

Les situations sont d'autant plus variées qu'on peut raisonnablement penser que le sujet concerne, non pas seulement les conventions conclues depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 19 avril 2017, mais également celles qui ont été conclues bien avant cette date. On sait en effet qu'en droit national, les contrats doivent être régis par les textes en vigueur au moment où ils ont été conclus, sauf lorsqu'une loi postérieure prévoit son application aux contrats en cours, ou, si elle est muette, lorsqu'un « motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public » justifie qu'elle soit appliquée aux contrats en cours ; et ce sous réserve qu'elle n'ait « pas porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle »<sup>(1)</sup>. Or, s'il est vrai que l'ordonnance du 19 avril 2017 n'a pas expressément prévu son application aux contrats en cours, il est difficile d'en conclure que ses dispositions ne s'appliquent qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur. En effet, il est raisonnable de penser que l'impératif de « garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats (...) et la transparence des procédures de passation » constitue un impératif d'ordre public qui justifie son application immédiate aux contrats en cours<sup>(2)</sup>.

L'enjeu pour le propriétaire ou le gestionnaire du domaine est donc en somme évident : dans quelle mesure peut-il régulièrement consentir à procéder à une modification de la convention domaniale qui le lie à l'occupant, lorsque l'occupation est le siège d'une activité économique au sens de l'article L. 2122-1-1 du CGPPP ? Le sujet se pose en des termes quelque peu différents selon que la modification porte sur la durée de la convention, c'est-à-dire sa prolongation ou lorsqu'elle revêt un autre objet.

(1) CE 8 avril 2009, Commune d'Olivet, req. n° 271737.

(2) Décision *Commune d'Olivet* précitée.

## Les modifications possibles d'une convention domaniale « à objet économique »

Il fait peu de doutes que la modification des conventions domaniales « à objet économique » par voie d'avenant est possible : en matière de contrats publics, « le principe de départ est la liberté de conclure des avenants »<sup>(3)</sup>. Naturellement toutefois, le principe de la liberté, pour les parties, de conclure des avenants n'est pas sans limite : pour être régulier, un avenant doit évidemment s'inscrire à l'intérieur du cadre juridique qui lui est applicable.

Il faut exclure une approche stricte qui voudrait qu'il n'est pas possible de modifier une convention domaniale à objet économique, sinon sur du détail, au risque de modifier les conditions initiales dans lesquelles l'occupant a été retenu : on l'a dit, l'ordonnance du 19 avril 2017 n'a pas voulu enfermer les propriétaires domaniaux dans une gestion rigide de leur domaine<sup>(4)</sup>. Il faut assurément retenir un raisonnement plus utile et il est sans doute possible de conclure que, pour être régulière, la modification d'une convention domaniale devrait donc être compatible avec les « garanties de transparence et d'impartialité » propres à cette obligation de mise en concurrence préalable<sup>(5)</sup>. Et, faute de texte, il n'est alors pas interdit de raisonner quelque peu par analogie avec ce qu'il advient en matière de commande publique, et en particulier de raisonner par analogie avec les règles applicables à la modification des contrats de concession en cours d'exécution. Il ne s'agit évidemment pas non plus de procéder à une application pure et simple de ces règles, parce que la commande de travaux et de service ne répond évidemment pas à la même logique que la mise à disposition d'une propriété publique pour l'exercice d'une activité privée. Mais les deux suivent une logique commune pour une part : la modification ne doit à l'évidence pas être d'une portée telle qu'elle emporterait un nouveau contrat<sup>(6)</sup>.

(3) L. Richer et F. Lichères, *Droit des contrats administratifs*, 2019.

(4) Une des premières décisions des juridictions en témoigne d'ailleurs, en soulignant une nécessaire souplesse, « compte tenu de l'objet même de la mise en concurrence, destinée non pas à satisfaire un besoin précis de l'autorité compétente, mais de valoriser le domaine public maritime et portuaire par un projet à co-construire » : TA Marseille 16 février 2023, précitée.

(5) Un auteur partage cette analyse, et relève qu'« après la délivrance du titre ou, le cas échéant, de la signature d'une convention domaniale, le principe de transparence continue à encadrer le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques qui ne pourront plus remettre en cause, pendant l'exécution, les conditions initiales de mise en concurrence » : E. Lekkou, « Vers un Code de la commande publique : l'obligation de mettre en concurrence les titres d'occupation du domaine public », *JCP A* n° 1, 8 janvier 2018, 2003. Voir également G. Le Chatelier, « Liberté de transiger et respect des règles de la commande publique », *AJCT* 2017. 435.

(6) B. Plessix et P. Blanquet, « Contrats domaniaux », *JurisClasseur Propriétés publiques*, Fasc. 79, 2023 ; L. Rapp, « Contrat administratif - Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2008, étude 7.

De là, de nombreux cas de figure peuvent être envisagés. On pense par exemple à un événement imprévu, qui a des incidences sur l'exécution d'une convention domaniale : une modification législative qui prohibe pour l'avenir telle activité objet de la convention, ou qui en modifie les conditions de manière impactante, un événement météorologique qui empêche l'exploitation de la dépendance pendant une longue période, un incendie qui détruit une partie des constructions, affectant l'exploitation et nécessitant une reconstruction, la crise sanitaire et/ou la crise économique issue conflit Ukrainien qui s'en est suivie et qui ont affecté durablement l'équilibre économique envisagé initialement par l'occupant...

Dans toutes ces situations, il est raisonnable de penser que les parties peuvent conclure un avenant afin d'adapter la convention aux conséquences induites par l'évènement considéré : tant le droit de la commande publique que les principes généraux applicables aux contrats administratifs reconnaissent par exemple les situations de force majeure, d'imprévision ou de circonstances imprévues qui permettent d'adapter les contrats. Pour être régulière, la modification devra toutefois être rendue strictement nécessaire par l'évènement considéré : il s'agira uniquement de « réparer » les conséquences que ces circonstances imprévues emportent, et non pas de se saisir de ces circonstances pour modifier en profondeur l'équilibre initial de l'autorisation, et incidemment conclure un nouveau contrat, sans procédure préalable. Sous cette réserve, il n'est pas absurde de penser que la modification pourra être substantielle : elle pourra alors permettre des investissements conséquents, elle pourra modifier la redevance domaniale, pourra réduire ou augmenter le périmètre du contrat..., à tout le moins si ces mesures sont de nature à rétablir l'équilibre économique initialement envisagé par les parties et qui a été bouleversé par l'évènement imprévisible et extérieur considéré.

On pense ensuite au cas dans lequel l'exploitation du domaine est cette fois plutôt une « réussite » en l'état, et ce au point que l'occupant sollicite du gestionnaire domaniale l'extension du périmètre de son autorisation pour valoriser davantage le domaine à l'avenir. Le sujet sera alors ici sans doute affaire de mesure et les modifications peu substantielles seront permises : s'il s'agit de doubler, par voie d'avenant, le périmètre des dépendances mises à disposition de l'occupant, en lui confiant des terrains supplémentaires qui pourraient tout à fait intéresser d'autres opérateurs, la modification suscitera clairement la réserve. En revanche, s'il se trouve que le périmètre de l'autorisation actuelle jouxte une petite parcelle enclavée, inexploitée et qui ne pourrait pas être exploitée autrement ou de manière aussi optimale que par le titulaire de la convention actuelle, il sera sans doute possible d'inclure cette parcelle dans le périmètre de la convention existante. C'est vrai à tout le moins si cette inclusion n'a pas pour effet de permettre un changement substantiel des conditions économiques de l'occupation, au point que si cette parcelle avait été incluse dès l'origine dans le périmètre de l'autorisation, elle aurait alors pu intéresser d'autres opérateurs. Une nuance peut-être : il n'est pas absurde de penser

que, même dans le cas où la parcelle concernée serait conséquente, un avenant l'ajoutant au périmètre d'une convention en vigueur pourrait être envisagé si on peut démontrer qu'il est possible de solliciter une exception à la procédure de publicité et de sélection préalable<sup>[7]</sup>. Le raisonnement peut donc sinon être le suivant : la modification renfermera un risque si elle affecte considérablement un élément essentiel du contrat (son objet, son équilibre économique du contrat, et en particulier la rentabilité de l'exploitation escomptée, son périmètre, les obligations fondamentales de l'occupant...) et/ou si elle modifie la convention d'une manière telle que si elle avait été connue d'avance, elle aurait permis d'autres ou davantage de concurrents de se manifester.

Et ce risque juridique sera également présent lorsqu'une modification, prise isolément, est certes peu substantielle, mais ne constitue finalement que l'une seulement d'une série de modifications concomitantes ou consécutives dans le temps, et qui, prises dans leur ensemble, changent l'équilibre économique global du contrat.

Enfin, il fait peu de doutes que, peuvent également être envisagées des modifications qui interviennent sur le fondement d'une clause qui les a prévues initialement. On imagine notamment des clauses qui permettent de modifier une convention domaniale lorsqu'un certain événement intervient ou qu'un certain seuil de rentabilité est atteint, et qui déclenchent ainsi de nouvelles obligations contractuelles (obligation de réaliser de nouveaux investissements, extension du périmètre, modification de la redevance...).

Dès lors que la clause est prévue *ab initio*, et en particulier qu'elle a été connue des candidats à une procédure préalable, c'est alors un procédé qui permet assurément de sécuriser les modifications ultérieures. Toutefois, il faut que la clause soit suffisamment claire et précise : la clause doit exposer en détail le principe de son application, ses modalités de mise en œuvre et les conséquences qu'elle emporte, si bien que ces considérations ne puissent pas s'offrir réellement à la discussion et qu'elles renferment une certaine part d'automaticité. Par exemple, une clause générale de discussion qui serait déclenchée par une liste quasi illimitée d'évènements (évènements de nature légale, juridique, réglementaire, économique, monétaire, technique, commerciale...), et qui laisserait un champ des possibles considérable aux parties (« les parties peuvent » – par des mesures et des voies qui ne sont pas fixées – « rétablir l'équilibre prévalant à l'époque de la signature ») ne pourrait pas sans risque autoriser les modifications ultérieures du contrat.

On le voit, malgré le silence des textes, l'éventail demeure donc assez ouvert. Et il en est de même de la prolongation des conventions domaniales à objet économique, bien que cette fois les textes donnent quelques indications sur la manière de raisonner.

[7] CGPPP, art. L. 2122-2 et L. 2122-3.

## La prolongation d'une convention domaniale à objet économique

D'abord, il n'y a pas lieu d'organiser une procédure de publicité et de sélection préalable à la conclusion d'un titre d'occupation « sans préjudice des dispositions figurant aux 1° à 5° de l'article L. 2122-1-3, lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante, sans que sa durée totale ne puisse excéder celle prévue à l'article L. 2122-2 ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente »<sup>(8)</sup>.

Dans ces deux situations, il s'agit, en droit, non pas tant de prolonger les conventions, mais d'en attribuer de nouvelles, sans mesures préalables de publicité et de mise en concurrence. Le premier cas de figure renvoie à la possibilité d'attribuer un nouveau titre aux bénéficiaires des conventions en s'inscrivant dans le champ d'une exception au principe de publicité et de sélection préalable<sup>(9)</sup>. Le second prévoit la prolongation des conventions lorsqu'elle respecte deux limites, alternatives : la durée totale des conventions (après prolongation) ne doit pas excéder celle prévue à l'article L. 2122-2 du CGPPP, ou elle ne doit pas excéder la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente. La première alternative témoigne d'une volonté du législateur de laisser une grande souplesse aux parties pour mettre un terme à leurs relations contractuelles dans des conditions satisfaisantes : il est possible de prolonger la durée d'une convention domaniale qui arrive à terme parce que l'allongement de la durée est nécessaire pour que la convention prenne fin dans des conditions acceptables pour chacun.<sup>(10)</sup> Il s'agit là essentiellement d'un dispositif « de secours » qui permettra notamment d'assurer le « tuilage » entre une convention initiale et l'attribution d'une nouvelle concession, par exemple lorsque cette attribution prend plus de temps que prévu.

La seconde alternative suscite nettement plus la réflexion : une prolongation est possible lorsqu'elle ne conduit pas à donner au titre une durée qui dépasserait la durée maximale autorisée, cette durée maximale devant être, aux termes de l'article L. 2122-2 du CGPPP, « 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, sans pouvoir excéder les limites prévues, le cas échéant, par la loi »<sup>(11)</sup>. Ce faisant, la formulation suggère apparemment que lorsque la convention a déjà une durée fixée *ab initio* en fonction de « l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis », les cas dans lesquels il serait possible de la prolonger la convention seraient nécessairement très limités, puisque la prolongation de la durée s'étendrait le plus souvent, par définition, au-delà de la durée visée à l'article L. 2122-2. Ce serait donc en réalité condamner toute prolongation sauf à imaginer des conventions dont la durée initiale aurait été fixée en deçà de la durée d'amortissement des investissements projetés et en deçà d'une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis.

Parce qu'il faut toujours donner un sens utile aux textes, il faut fatalement retenir une autre interprétation. Et il n'est pas absurde de penser que la prolongation d'une autorisation domaniale est alors possible, (i) soit lorsque l'exploitation économique de la dépendance a pris du retard ou a été suspendue – il s'agit alors de couvrir le « temps perdu », (ii) soit lorsque des modifications ont été apportées à la convention domaniale et ont modifié son « équilibre économique ». Et sur ce dernier point, le raisonnement renvoie aux développements précédents concernant la possibilité de modifier une convention en cours d'exécution. Appliqué à la durée, plusieurs cas de prolongation de la durée d'une convention domaniale peuvent ainsi être envisagés. La durée devrait par exemple pouvoir être prolongée, quelle que soit l'ampleur de la prolongation, lorsque le contrat renferme une clause qui prévoit expressément que, dans des circonstances bien précises et selon des modalités et conditions préalablement bien encadrées, le terme du contrat pourra être repoussé. Ensuite, la durée devrait également pouvoir être prolongée lorsque, par exemple, la nature précise de l'activité économique doit être quelque peu modifiée ou lorsque certains investissements supplémentaires sont devenus nécessaires en cours d'exécution. C'est vrai à tout le moins lorsque l'occupant est contraint de réduire son activité ou de réaliser des investissements qui sont rendus nécessaires par des circonstances totalement extérieures aux parties, soudaines et non prévisibles *ab initio* : il paraît raisonnable de penser que la durée de l'autorisation d'occupation du domaine public peut être prolongée en conséquence de ces nouvelles dépenses à amortir ou de ces recettes « perdues ». C'est vrai sans doute aussi lorsque l'occupant doit faire, en cours d'exécution, des investissements nouveaux qui sont rendus nécessaires par l'exploitation de l'activité pour laquelle il a été autorisé à occuper la dépendance et qu'il n'était pas raisonnablement possible de prévoir (investissement pour faire face à une situation exceptionnelle, à un événement d'une ampleur non habituelle...). Mais on parvient rapidement à la limite de l'exercice : il est évident que

(8) CGPPP, art. L. 2122-1-2.

(9) CGPPP, art. L. 2122-1-3 1° à 5°.

(10) La Cour de justice a considéré que le report de la date de résiliation, et donc la prolongation de la durée de la concession, était possible « pour autant qu'un tel allongement puisse être considéré comme nécessaire afin de permettre aux cocontractants de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables tant du point de vue des exigences du service public que du point de vue économique ».

(11) Formulation reprise du considérant 62 de la directive « Services ».

la durée ne saurait être prolongée en conséquence des investissements que l'occupant aurait décidé d'engager, uniquement pour augmenter l'attractivité de son activité, pour augmenter sa rentabilité... et/ou *in fine* pour prolonger son droit d'occuper la dépendance<sup>[12]</sup>. Des investissements pleinement nouveaux, en particulier lorsque l'autorisation approche de son terme, pourraient

constituer une forme de détournement des règles de publicité et de sélection préalable, parce qu'ils pourraient avoir pour effet de contourner à l'infini le terme de l'autorisation initiale, et donc d'échapper à ces règles. À l'instar de ce qu'il advient en matière de commande publique, il n'est sinon pas absurde de penser qu'il serait possible de prolonger la durée d'une autorisation lorsque cette prolongation est la conséquence d'une modification dont les conséquences sur la nature de l'activité exercée et sur l'équilibre économique demeurent modestes et n'augmentent pas significativement la « rentabilité » de l'autorisation domaniale (le chiffre d'affaires, les recettes, les charges, la redevance...).

[12] Voir, en ce sens, P. Hansen, « Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics », *JurisClasseur Propriétés publiques*, Fasc. 77-50.