



HAL
open science

Les ressorts de la valorisation optimale des ressources du domaine public. Brèves observations autour de pistes ouvertes par la jurisprudence administrative

Mickaël Baubonne

► To cite this version:

Mickaël Baubonne. Les ressorts de la valorisation optimale des ressources du domaine public. Brèves observations autour de pistes ouvertes par la jurisprudence administrative. Contrats et marchés publics, 2016. hal-03717393

HAL Id: hal-03717393

<https://hal.science/hal-03717393v1>

Submitted on 8 Jul 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les ressorts de la valorisation optimale des ressources du domaine public

Brèves observations autour de pistes ouvertes par la jurisprudence administrative

Mickaël Baubonne

Maître de conférences en droit public
Université de Haute-Alsace
CERDACC (UR 3992)

Constitué des biens affectés à l'usage direct du public ou à un service public¹, le domaine public peut représenter un emplacement stratégique, à l'image d'un kiosque à journaux sur une place publique. À l'instar de l'exploitation d'une plage privée, il est même des activités qui ne peuvent être exercées que sur le domaine public. En raison de l'intérêt qu'il suscite, le domaine public est alors une véritable richesse pour les personnes publiques propriétaires². Ces dernières peuvent permettre l'utilisation de leur domaine public en contrepartie du versement de redevances ainsi que, éventuellement, de la réalisation de services. La valeur des contreparties dépendra des avantages et des profits que tireront les utilisateurs du domaine public ainsi que des droits que consentira la personne publique. L'intérêt du domaine et son affectation invitent à limiter les droits consentis. Si les autorités domaniales peuvent délivrer des autorisations d'occupation constitutives de droit réel, le bénéficiaire devra malgré tout composer avec leur caractère précaire et révocable³. De même, nul ne peut prétendre à un bail commercial sur le domaine public bien qu'un fonds de commerce puisse désormais y être exploité⁴. L'administration ne pourra alors sans doute pas toujours espérer une redevance maximale puisqu'elle ne peut accorder une protection maximale aux occupants du domaine public⁵.

Se pose alors la question de savoir si le droit concourt à une exploitation optimale, sinon maximale, du domaine public. L'exploitation apparaît comme optimale lorsque l'autorité domaniale obtient la meilleure contrepartie possible au regard des droits dont jouit l'utilisateur et des avantages que ce dernier tire du domaine. Certes, à certains égards, « la rentabilisation du domaine public est devenue d'intérêt général »⁶. Ainsi le juge administratif reconnaît-il la légalité de la décision de résilier une concession domaniale « en vue de provoquer la négociation d'un nouveau contrat à des conditions financières plus avantageuses pour l'établissement public »⁷. La jurisprudence administrative récente a ouvert d'autres pistes pour une valorisation optimale du domaine public. Ces pistes n'ont cependant pas encore été empruntées quand elles n'ont pas été aussitôt refermées.

Il est bien sûr difficile d'évaluer a priori le montant de la meilleure contrepartie possible⁸. Cependant, une mise en concurrence des opérateurs prétendant à l'occupation du domaine public tendrait à garantir que la contrepartie obtenue des opérateurs retenus est la meilleure possible⁹. Les autorités domaniales peuvent valablement mettre en compétition des occupants potentiels pour exploiter leur domaine de manière optimale. À cette fin, elles peuvent même recourir à une procédure d'enchères¹⁰. Hors du champ du droit de la commande publique, aucune obligation générale de mise en concurrence n'a encore été formellement mise à la charge des autorités domaniales. Cependant, une telle obligation paraît s'imposer au regard des développements récents de la jurisprudence, ce qui devrait contribuer à une valorisation optimale du domaine public (I). Par ailleurs, l'administration n'est parfois pas en droit d'exiger des contreparties pour l'utilisation du domaine. Cela anéantit les prétentions d'autorités domaniales qui comptaient exploiter leur domaine public de manière optimale en percevant des redevances pour toute utilisation génératrice de profits. Toutefois, le Conseil d'État a envisagé l'hypothèse d'une utilisation prolongée qui pourrait alors justifier l'instauration d'une redevance (II).

I. L'absence fragilisée d'obligation de mise en concurrence pour l'exploitation du domaine public

Aucune règle de droit n'impose à une autorité domaniale souhaitant exploiter son domaine public de mettre en concurrence les opérateurs potentiels. C'est ce qui a permis au Conseil d'État, dans son arrêt *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin* de 2010¹¹, de juger que « si, dans le silence des textes, l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes, en l'absence de tout texte l'imposant et de toute décision de cette autorité de soumettre sa décision à une procédure préalable, l'absence d'une telle procédure n'entache pas d'irrégularité une autorisation ou une convention d'occupation d'une dépendance du domaine public ». Il existe certes des contrats portant occupation du domaine public et qui relèvent du droit de la commande publique. Mais il n'en va ainsi que lorsque le contrat en cause constitue par ailleurs un marché public ou une délégation de service public. Confronté à ces contrats mixtes, le juge administratif a affirmé qu'« il convient d'appliquer à la procédure de passation du contrat la procédure la plus rigoureuse »¹². Par conséquent, seules les autorisations ou les conventions d'occupation d'une dépendance du domaine public qui n'ont pas d'autre objet échappent à l'obligation de mise en concurrence. Cela révèle la difficulté à trouver un fondement à l'obligation de mise en concurrence hors du champ de la commande publique (A). Une brèche à la jurisprudence *Ville de Paris*

semble cependant pouvoir être ouverte au moyen de l'exigence d'égalité de concurrence (B).

A. La difficulté à trouver un fondement à l'obligation de mise en concurrence hors du champ de la commande publique

L'obligation de mise en concurrence est une obligation cardinale dans le droit de la commande publique. Pour les contrats de la commande publique qui ne sont pas expressément soumis à une telle obligation, celle-ci est malgré tout déduite du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, en droit communautaire¹³, ou des principes d'égalité et de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, en droit français¹⁴. La difficulté est alors d'extraire l'obligation de mise en concurrence du champ de la commande publique. Le professeur Vautrot-Schwarz relève que « la Doctrine s'est focalisée sur l'application de la jurisprudence *Telaustria* aux conventions d'occupation du domaine public »¹⁵, alors que l'occupation du domaine public n'intéresse pas la commande publique. L'exploitation du domaine public ne poursuit pas « un intérêt économique direct » de l'administration¹⁶ mais offre une réponse aux intérêts économiques directs d'opérateurs contre le versement d'une redevance. La logique est donc inversée, si bien que l'application de la solution *Telaustria* à la délivrance de titres d'occupation du domaine public pourrait étonner. Mais ce qui justifie la transparence dans le cadre de la commande publique la justifierait tout autant dans le cadre de l'offre publique. Peu importe la place de l'administration. L'élément fondant l'exigence de transparence est le fait de donner un avantage à un opérateur économique plutôt qu'à un autre¹⁷. Permettre à un opérateur économique de satisfaire les besoins de l'administration en en tirant profit ou lui permettre de poursuivre ses propres besoins en occupant le domaine public revient toujours à donner un avantage décisif. Si cet avantage doit être octroyé à un nombre restreint d'opérateur pour des raisons objectives, cela doit se faire en toute transparence. C'est ce qui a convaincu le Conseil de la concurrence d'appliquer le droit de la concurrence, et non le droit de la commande publique, à la distribution de journaux gratuits sur le domaine public avant de recommander une « mise en compétition des candidats »¹⁸. En outre, la Cour de justice des Communautés européennes a appliqué le principe de non-discrimination en matière d'offre publique avant de l'appliquer en matière de commande publique¹⁹. Cela tend à démontrer que ce principe dépasse le seul champ de la commande publique. D'ailleurs, les règles de droit applicables à des occupations du domaine public exigent déjà une certaine transparence dans l'attribution des autorisations. Ainsi les autorisations de s'établir sur un marché

d'intérêt national installé sur le domaine public doivent-elles être précédées d'une « publicité appropriée »²⁰.

Pour les autres autorisations, dans son arrêt *Ville de Paris*, le Conseil d'État n'exige en revanche aucune transparence particulière en jugeant que l'absence d'une procédure de publicité et de mise en concurrence « n'entache pas d'irrégularité une autorisation ou une convention d'occupation d'une dépendance du domaine public ». Par la suite, le juge administratif a précisé, dans un arrêt *RATP*²¹, qu'une distorsion de la concurrence entre les opérateurs économiques suite à la délivrance d'une autorisation d'occupation du domaine public à l'un d'eux était insusceptible d'être sanctionnée sur le fondement de la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'État a en effet censuré l'arrêt des juges du fond qui avaient relevé une atteinte à cette liberté en s'appuyant « non sur une intervention de la personne publique sur le marché de la distribution de journaux gratuits, mais sur les effets qui en résulteraient dans les relations entre les entreprises de presse ». Les opérateurs ne sauraient donc invoquer cette liberté pour faire censurer l'autorisation d'occupation du domaine public délivrée sans mise en concurrence. Cette liberté a un champ plus étroit rappelé par le Conseil d'État : elle garantit les opérateurs exerçant une activité de production, de distribution ou de services contre « des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ». Au regard de la solution rendue dans l'arrêt *RATP*, le refus d'une personne publique d'autoriser l'occupation de son domaine public n'est pas au nombre de ces « restrictions » prohibées quand bien même une telle décision prive l'opérateur économique d'un marché. Les « restrictions » visées par le Conseil d'État ne peuvent alors qu'être « la réglementation des activités économiques privées »²². Ensuite, le juge administratif affirme que le principe de liberté du commerce et de l'industrie s'oppose à ce que les personnes publiques « [prennent] elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public ». Cette solution confirme une jurisprudence bien établie depuis le célèbre arrêt *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers*²³. En 2014, le Conseil d'État a ajouté qu'une personne publique devait également répondre à un intérêt public pour se porter candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique²⁴. La liberté du commerce et de l'industrie n'a pas d'autres implications selon le Conseil d'État. Confronté à l'absence de mise en concurrence pour la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public, le juge administratif pourrait en revanche s'appuyer sur l'exigence d'égle concurrence pour censurer les décisions de l'administration.

B. La brèche ouverte par l'exigence d'égle concurrence

Bien souvent, la doctrine s'est arrêtée à la solution dégagée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Ville de Paris* pour définir les exigences procédurales pour la délivrance des titres d'occupation du domaine public. Pourtant, l'étude de ces exigences ne peut faire l'économie d'un examen de jurisprudences plus récentes. Obliger les autorités domaniales à donner un accès égal au domaine public aux opérateurs économiques peut amener à exiger une mise en concurrence. Or, l'exigence d'égalité de concurrence semble pouvoir être invoquée à la fois contre l'autorisation d'occupation du domaine public comme contre le refus d'autorisation. L'arrêt *RATP* envisage expressément l'annulation d'une autorisation au regard du droit de la concurrence. Il y est en effet énoncé « que la personne publique ne peut [...] délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ». La délivrance d'une autorisation ne saurait donc faire obstacle à une égale concurrence entre les différents opérateurs. Le droit de la concurrence, en ce qu'il vise à assurer cette égale concurrence entre les opérateurs économiques, emporte une obligation de *ne pas autoriser*. Se pose alors la question de savoir comment garantir cette égalité lorsqu'une personne publique entend autoriser l'occupation de son domaine. Pour le professeur Vautrot-Schwarz, « le meilleur, sinon le seul moyen de prévenir les pratiques anticoncurrentielles sur le marché aval est d'organiser une publicité et une mise en concurrence sur le marché amont de l'autorisation »²⁵. Il développait déjà cette analyse²⁶ suite à l'arrêt *Société EDA* du Conseil d'État de 1999 qui faisait des règles du droit de la concurrence des normes de références pour le contrôle de légalité²⁷. Il est d'ailleurs possible de noter²⁷ que, dans l'arrêt *RATP*, le Conseil d'État ne relève pas d'abus automatique de position dominante de la part de l'occupant choisi par la régie. Or les faits montrent que la sélection de ce seul opérateur est intervenue au terme d'une procédure de mise en concurrence. Cette procédure apparaît par conséquent comme une garantie de ce que le droit de la concurrence a été respecté, et partant, l'égalité de concurrence entre les opérateurs intéressés.

Du principe d'égalité peut aussi découler l'exigence d'une égale concurrence entre les opérateurs intéressés par l'occupation du domaine public. Mais, à la différence du droit de la concurrence qui permet d'attaquer la décision d'autoriser, le principe d'égalité pourra être invoqué à l'appui d'un recours contre le refus d'autoriser l'occupation du domaine public. C'est le cas lorsqu'une personne publique a déjà délivré un titre d'occupation à un opérateur. Un autre opérateur pourra alors exiger d'être traité comme le premier. Une solution similaire s'est imposée dans le cas très proche de dérogations à une interdiction. Une telle mesure de police a fait l'objet de l'arrêt *Union intersyndicale des enseignants de la conduite* rendu par le Conseil d'État en 2000²⁸. Un arrêté interpréfectoral avait décidé de la circulation alternée en région parisienne sauf pour les utilisateurs de véhicules « à la fois strictement

indispensables à l'exercice d'une activité professionnelle et aisément identifiables ». Une telle dérogation avait été refusée aux auto-écoles. C'est ce refus qui a finalement été sanctionné par le juge administratif sur le fondement du principe d'égalité car ces professionnels étaient dans la même situation que ceux bénéficiant de la dérogation. Ce raisonnement peut être transposé en matière d'autorisation d'occupation du domaine public. Si l'administration donne l'opportunité à un opérateur d'entreprendre sur le domaine public, elle doit donner une chance égale aux autres opérateurs, dès lors qu'ils sont dans une situation semblable. C'est du moins ce que laisse entendre le Conseil d'État dans un arrêt *Commune de Tours* de 2012. Le juge administratif fait observer « qu'il est [...] loisible à la collectivité publique [...], dans le respect du principe d'égalité, de ne pas autoriser un usage privatif de ce domaine public mobilier sans que [...] puisse utilement être opposé à ce refus aucun droit, fondé sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, à exercer une activité économique sur ce domaine public ». En vertu du principe d'égalité, et de lui seul, l'autorité domaniale peut donc être tenue d'autoriser faute de pouvoir refuser, sauf à ce qu'il y ait une différence de situation entre les opérateurs ou un intérêt général justifiant un traitement différent. Se conformant à ce raisonnement, la Cour administrative d'appel de Nantes, devant laquelle l'affaire *Commune de Tours* avait été renvoyée, a examiné la décision de refus à l'aune du principe d'égalité²⁹. À ce stade, le principe d'égalité n'implique pas pour autant une mise en concurrence : il revient à l'administration de multiplier les titres d'occupation pour tous les opérateurs qui le demanderaient et qui sont dans la même situation que le premier autorisé. Cependant, le caractère non extensible de dépendances du domaine public empêche une telle politique, laquelle pourrait en outre menacer l'affectation de ces dépendances à l'utilité publique³⁰. Ces éléments impliquent le plus souvent la sélection d'un petit nombre d'opérateurs, tout au plus. En d'autres termes, le domaine public apparaît souvent comme une ressource rare qui, à défaut de pouvoir être utilisée par tous, doit avoir été proposée à tous dans des conditions transparentes. Le principe d'égalité interdit alors que la rareté du domaine public ne soit opposée qu'à certains opérateurs pour leur refuser l'occupation sans qu'ils aient été mis en situation de concourir pour l'occupation de cette ressource rare. C'est finalement le principe d'égalité associé à la rareté du domaine public qui devrait imposer l'instauration d'une procédure transparente de délivrance des titres d'occupation. La position du Conseil d'État se rapproche ainsi sensiblement de celle du Conseil de la concurrence développée dans son avis de 2004 relatif à la distribution de journaux gratuits sur le domaine public³¹.

Si la seule lecture de l'arrêt *Ville de Paris* conduit à la négation d'une obligation de mise en concurrence, les jurisprudences plus récentes sont beaucoup moins tranchées. C'est sans doute ce qui explique le développement de la mise en

concurrence spontanée. Conscientes des implications d'une autorisation d'occupation du domaine public, les personnes publiques s'imposent souvent des procédures transparentes. La gestion du domaine public apparaît de moins en moins comme une matière imperméable à la transparence. Le renouveau de la qualification d'autorisation d'occupation du domaine public³², au détriment des qualifications propres à la commande publique, ne devrait donc pas nuire au développement de la concurrence. Il restera encore à préciser les recours des opérateurs en cas de manquement puisque les conventions d'occupation du domaine public sont hors du champ des référés précontractuel et contractuel³³. En tout cas, l'époque où, faute de mise en concurrence, il était possible de délivrer « des titres d'occupation du domaine public à des tarifs sans rapport avec la lucrativité potentielle des fonds »³⁴ s'éloigne. La précarité de l'absence d'obligation de mise en concurrence en matière d'occupation du domaine public contribue à la valorisation optimale du domaine public. En revanche, il est interdit à une autorité domaniale de rechercher la valorisation optimale de son domaine public en imposant le versement de redevances lorsque l'utilisation d'une dépendance n'est pas soumise à autorisation. Encore faut-il que cette utilisation soit prolongée.

II. La nécessité d'une utilisation prolongée du domaine public pour imposer le versement d'une redevance

Le CGPPP a été confronté à de nouvelles manières de mobiliser le domaine public. Classiquement, les opérateurs économiques tiraient profit de leur installation sur le domaine public. Cette occupation privative appelle alors une autorisation et donne lieu au versement d'une redevance³⁵. Aujourd'hui, avec le développement des ventes à emporter depuis des vitrines notamment, des opérateurs économiques tirent avantage de leur seule ouverture sur le domaine public. Ces opérateurs sont ainsi en mesure d'optimiser leur espace commercial en faisant patienter leur clientèle sur le domaine public plutôt que dans leurs propres locaux. Des autorités domaniales ont alors considéré que l'avantage retiré du domaine public justifiait pour ces opérateurs également le versement d'une redevance, qui contribuerait à la valorisation économique du domaine³⁶ et qu'il est devenu coutume d'appeler « taxe trottoir »³⁷. Mais le droit fait obstacle à ce que le paiement d'une redevance soit imposé alors même que l'autorité domaniale ne peut exiger d'autorisation. En effet, l'article L. 2122-1, relatif aux autorisations, et l'article L. 2122-5, relatif aux redevances, ont été interprétés comme ayant un champ d'application identique (A). Or ce champ d'application, déterminé par la qualification d'occupation ou d'utilisation dépassant le droit d'usage qui appartient à tous, se révèle étroit pour une valorisation optimale du domaine public bien que puisse être concernée une utilisation prolongée du domaine (B).

A. L'identité du champ d'application des articles L. 2122-1 et L. 2125-1 du CGPPP

Aux termes de l'article L. 2122-1, « nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public [...] ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ». Le premier alinéa de l'article L. 2125-1 dispose quant à lui que « toute occupation ou utilisation du domaine public [...] donne lieu au paiement d'une redevance ». Par cette référence à « toute occupation ou utilisation », le champ d'application de ce second article semble plus vaste que celui du premier. Sauf à considérer que son jugement était incohérent³⁸, c'est sans doute sur cette différence rédactionnelle que le tribunal administratif de Nîmes s'est appuyé pour juger qu'« une redevance peut être mise à la charge des personnes qui utilisent ou occupent le domaine public et ne sont, au demeurant, assujetties à aucun régime d'autorisation »³⁹. Étaient ici visés les banques gérant des distributeurs automatiques de billets installés en façade de bâtiment et accessibles directement depuis le domaine public et les commerces exerçant leur activité au travers de vitrines ou de comptoirs ouvrant sur le domaine public. Le tribunal a estimé qu'il s'agit là « d'une modalité d'occupation du domaine public » mais sans jamais caractériser en quoi cela dépasse le droit d'usage qui appartient à tous. Le champ d'application des articles L. 2122-1 et L. 2125-1 semble par conséquent devoir être distingué.

D'autres éléments invitent cependant à affirmer qu'il ne peut y avoir redevance que lorsqu'il y a, en outre, autorisation. D'abord, l'article L. 2125-1 comprend un deuxième alinéa énumérant les hypothèses dans lesquelles, « par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement ». Cela sous-entend que la redevance exigée au titre du premier alinéa fait également suite à une autorisation. Ensuite, il est énoncé à l'article L. 2125-3 que « la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation ». Une redevance devant être versée par le titulaire d'une autorisation, l'une et l'autre sont indissociables. Partant, distinguer le champ d'application des articles L. 2122-1 et L. 2125-1 revient à faire une mauvaise lecture de ces dispositions. C'est en tout cas la position du Conseil d'État, qui assure que, « en jugeant que l'occupation d'une dépendance du domaine public ne pouvait être assujettie au versement d'une redevance domaniale dès lors qu'elle n'était pas soumise à la délivrance d'une autorisation par le gestionnaire de ce domaine, [le juge du fond] n'a pas méconnu les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques ». Il valide en cela l'arrêt *M. Chiappinelli et autres* de la Cour administrative de Marseille⁴⁰ qui avait censuré le jugement du Tribunal administratif de Nîmes précité. Comme le résume le professeur Foulquier, « nulle

obligation de redevance domaniale sans titre d'occupation privative du domaine »⁴¹. Cela implique que le paiement d'une redevance ne pourra être exigé que pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public « dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous »⁴², selon les termes de l'article L. 2122-1. Or cette qualification a été étroitement interprétée par le juge administratif même si elle peut recouper l'hypothèse d'une utilisation prolongée.

B. L'interprétation étroite de la qualification d'occupation ou d'utilisation dans des limites dépassant le droit d'usage appartenant à tous

En comparant les hypothèses dans lesquelles un titre d'occupation du domaine public pouvait être exigé et celles dans lesquelles il ne pouvait l'être, l'occupation ou l'utilisation dépassant le droit d'usage qui appartient à tous est caractérisée lorsqu'un opérateur s'installe dans la durée sur le domaine public. Dans ses conclusions sur l'arrêt *M. Chiappinelli* de la Cour administrative de Marseille, M. Deliancourt estime que « la jurisprudence administrative comme les textes et la doctrine se sont toujours fondés sur une utilisation ou une occupation physique du domaine public pour exiger une autorisation et le paiement d'une redevance »⁴³. Mais le juge n'a eu jusque-là qu'à se prononcer sur des espèces dans lesquelles celui qui était assujéti au paiement d'une redevance était physiquement sur le domaine. Les établissements ouverts sur le domaine public posaient une question nouvelle dans la mesure où seule la clientèle est physiquement présente sur le domaine public. L'article L. 2122-1 recourt à deux notions pour qu'il puisse être exigé une autorisation, et partant une redevance : il faut qu'il y ait soit occupation soit utilisation du domaine public dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous. En posant cette alternative, l'article L. 2122-1 semble envisager deux hypothèses distinctes. Si l'occupation désigne le fait de « couvrir une certaine étendue d'espace »⁴⁴ et implique donc un lien physique fort, l'utilisation ne nécessite pas de couvrir soi-même une certaine étendue d'espace et n'implique qu'un contact. Bien sûr occuper un espace est un moyen de l'utiliser, mais utiliser un espace ne suppose pas de l'occuper. Cela fait dire au professeur Melleray que l'utilisation privative « englobe à la fois l'occupation d'une dépendance du domaine public [...] et certaines utilisations »⁴⁵. Pour les activités ouvertes sur le domaine public sans y être installées, le domaine public se révèle être, en quelque sorte, l'accessoire du local occupé par l'opérateur⁴⁶. Les autorités domaniales pourraient donc espérer exploiter cette souplesse pour soumettre à redevance l'utilisation répétée du domaine public comme espace de transactions, voire comme espace d'attente pour la clientèle. Mais M. Deliancourt s'y est opposé en considérant que les termes d'utilisation et d'occupation au sens du CGPPP « sont synonymes et doivent être regardés, historiquement comme juridiquement, comme

équivalents »⁴⁷. La Cour administrative de Marseille n'a relevé d'utilisation du domaine public que « par les clients des établissements [ouverts sur le domaine public] », ce qui l'a convaincu d'annuler la délibération assujettissant ces établissements au versement d'une redevance. Dans un premier temps, le Conseil d'État semble partager cette analyse en assurant qu'il n'y a ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique des faits pour une cour à juger que « la seule présence sur le domaine public, le temps d'une transaction bancaire ou commerciale, de la clientèle des établissements [ouverts sur le domaine public] n'est pas constitutive d'un usage privatif du domaine public par ces établissements, dès lors que ceux-ci ne disposent d'aucune installation sur le domaine public »⁴⁸. C'est bien l'absence de lien physique entre les établissements eux-mêmes et le domaine public qui est mis en avant par le Conseil d'État ici. À ce stade, l'utilisation « par clientèle interposée »⁴⁹ est donc refusée par le juge suprême. Mais le Conseil d'État pousse plus loin son analyse et étudie, dans un considérant distinct, la durée de la présence des clients sur le domaine public. La rédaction de l'arrêt laisse donc entendre que ce seul élément peut fonder l'instauration d'une taxe trottoir.

Le Conseil d'État affirme que ne commet pas d'erreur de droit la cour qui juge que « la présence momentanée des clients des établissements en cause sur le domaine public, le temps d'effectuer une transaction, [...] n'est pas constitutive, pour ces établissements, quand bien même elle est nécessaire au mode d'exercice de leur commerce, d'une occupation du domaine public excédant le droit d'usage qui appartient à tous »⁵⁰. Comme le fait observer le professeur Foulquier, une interprétation *a contrario* est possible qui voudrait que « "la seule présence sur le domaine public, [prolongée], de la clientèle" de ces établissements serait "constitutive d'un usage privatif du domaine public par ces établissements", même si ceux-ci ne disposent d'aucune installation sur le domaine public »⁵¹. Le juge administratif a déjà affirmé qu'il fallait une certaine durée pour que l'utilisation du domaine public soit soumise à la délivrance d'une autorisation et justifie l'assujettissement de celui qui est physiquement sur le domaine public à une redevance⁵². Mais si la lecture *a contrario* de l'arrêt *Commune d'Avignon* venait à être confirmée, c'est la présence prolongée non du redevable mais de ses clients qui pourrait être le fait générateur. Cela signifierait que, pour caractériser une utilisation dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous, le Conseil d'État s'affranchit de l'existence d'un lien physique direct et durable entre le redevable lui-même et le domaine public pourvu qu'un tel lien existe entre les clients et le domaine public. Ce lien n'a pas été identifié par le Conseil d'État dans l'arrêt *Commune d'Avignon*. Le juge s'appuie sur le point de vue des clients, qui, séparément, n'occupent effectivement que brièvement le domaine public. Il aurait exactement ce même point de vue si la redevance était exigée des clients. Or les redevables n'étaient pas les clients mais les établissements ouverts sur le domaine public. Et du point de vue de l'établissement en revanche, les clients forment une

clientèle qui occupe de manière prolongée la partie du domaine public devant les vitrines, comptoirs, ou distributeurs. De ce point de vue, un lien physique et durable pouvait sans doute être identifié. En considérant « la présence momentanée des clients » pour censurer l'instauration d'une redevance, le Conseil d'État ouvre donc peut-être la voie à la caractérisation d'une présence prolongée justifiant l'instauration d'une telle redevance. Mais la caractérisation d'une présence prolongée, étant donné le point de vue adopté par le juge, est des plus difficiles.

*

* *

Malgré les pistes ouvertes par la jurisprudence administrative, la valorisation optimale du domaine public n'est pas acquise. Il reste tout d'abord à confirmer que la délivrance des titres d'occupation domaniale est effectivement soumise à une exigence d'égalité de concurrence. Par ailleurs, l'hypothèse étroite d'utilisation prolongée du domaine public envisagée par le Conseil d'État pourrait ne contribuer que marginalement à la valorisation du domaine public. Cependant, ouvrir plus largement cette hypothèse reviendrait sans doute à ouvrir une boîte de Pandore. Devrait-on alors estimer qu'un équipement générant beaucoup de trafic, voire même à certaines heures de la congestion (centre commercial, stade, salle de concert, aéroport, gare), utilise le domaine public dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ? Cela amène à considérer que certes la valorisation du domaine public n'est pas toujours optimale mais qu'il n'est peut-être pas opportun que la seule logique économique l'emporte à coup sûr.

¹ Art. L. 2111-1, CGPPP.

² Voir A. FOURNIER et H. JACQUOT, « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », *AJDA* 1994, p. 759 ; S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », in *Mélanges E. Fatôme. Bien public, bien commun*, Dalloz, 2011, p. 377 ; 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 ; CONSEIL D'ÉTAT, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, La Documentation française, 2012, 162 p.

³ Art. L. 2122-3, CGPPP.

⁴ Art. L. 2124-32-1 et L. 2124-33, CGPPP. Voir J.-P. BLATTER, « La loi Pinel et le statut des baux commerciaux », *AJDI* 2014, p. 576 et s.

⁵ Voir F. MELLERAY, « L'utilisation privative du domaine public. De quelques difficultés illustrées par la jurisprudence récente », *AJDA* 2013, p. 995-996.

⁶ S. ZIANI, « Journaux gratuits, domaine public et activité économique », *Contrats et Marchés publics* 2012, comm. 258.

⁷ CE, 23 juin 1986, *Thomas*, req. n° 59878 : *JurisData* n° 1986-042150.

⁸ Cela peut expliquer le contrôle du juge restreint à l'erreur manifeste d'appréciation. CE 1^{er} février 2012, *Société RTE EDF Transport*, req. n° 338665 : *JurisData* n° 2012-001675 ; *AJDA* 2012, p. 243 et 1680, note T. PERROUD ; *RDI* 2012, p. 408, obs. N. FOULQUIER.

⁹ Voir 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.

¹⁰ Voir CAA Paris, 7 février 2013, *RATP*, req. n° 10PA05686 : *JurisData* n° 2013-015939 ; consid. 18 : « Considérant [...] qu'en laissant aux éditeurs de journaux gratuits le soin de proposer le montant de cette redevance dans le cadre d'une telle procédure, sans fixer un montant minimal de redevance, la RATP a valorisé l'occupation de son domaine de manière optimale [...] »

¹¹ CE, 3 déc. 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, req. n° 338272 et n° 338527 : *JurisData* n° 2010-022712 ; *Contrats et Marchés publics* 2011, comm. 25, obs. G. ECKERT ; *JCP A* 2011, 2043, note C. DEVÈS ; *AJDA* 2011, p. 18, étude S. NICINSKI et E. GLASER ; *BJCP* 74/2011, p. 36, concl. N. ESCAUT ; *Dr. adm.* 2011, comm. 17, obs. F. BRENET et F. MELLERAY ; *CP-ACCP* 2011, n° 106, p. 56.

¹² CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, req. n° 317671 : *JurisData* n° 2009-075605 ; *Contrats et Marchés publics* 2009, comm. 286, commentaire W. ZIMMER ; *RJEP* 2010, comm. 7, note C. CHAMARD-HEIM.

¹³ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, affaire C-324/98 : *JurisData* n° 2000-300034 ; pts 60 et 61

¹⁴ Cons. const., décis. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, *Rec.* p. 382, consid. 10 ; CE, 10 février 2010, *Perez*, req. n° 329100 : *JurisData* n° 2010-000403 ; *AJDA* 2010, p. 561, note J.-D. DREYFUS ; *ibid.*, p. 596, chron. S. NICINSKI, P.-A. JEANNENEY et E. GLASER ; *Cah. Cons. const.* 2010, p. 187, note A. VIDAL-NAQUET ; *Constitutions* 2010, p. 410, obs. P. DE BAECKE ; *RTD eur.* 2010, p. 975, chron. D. RITLENG, J.-P. KOVAR et A. BOUVERESSE.

¹⁵ CH. VAUTROT-SCHWARZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *loc. cit.*

¹⁶ Voir CJCE, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08 : *JurisData* n° 2010-003820 ; *AJDA* 2010, p. 937, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *ibid.* 2012, p. 682, étude E. FATÔME et L. RICHER ; *RDI* 2010, p. 383, obs. R. NOGUELLOU ; *RFDA* 2011, p. 377, chron. L. CLÉMENT-WILZ, F. MARTUCCI et C. MAYEUR-CARPENTIER ; *RTD eur.* 2011, p. 433, obs. A. LAWRENCE DURVIAUX. CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, req. n° 364593 : *JurisData* n° 2013-009510 ; *AJDA* 2013, p. 1271, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *RDI* 2013, p. 367, obs. S. BRACONNIER ; *AJCT* 2013, p. 470, obs. S. HUL.

¹⁷ S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », *loc. cit.*, p. 377

¹⁸ Cons. conc., avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits ; *RJEP* 2005, p. 144, note PH. DUPEYRÉ ; *Rev. Lamy concurrence* 2005, n° 2, p. 57, note M. BAZEX.

¹⁹ CJCE, 18 juin 1985, *Steinhauser c. Ville de Biarritz*, aff. C-197/84 ; *Rec. CJCE* 1985, I, p. 1819.

²⁰ Art. 21, D. n° 2005-1595, 19 déc. 2005, *JO* du 20 Décembre 2005, p. 19614.

²¹ CE, 23 mai 2012, *RATP*, req. n° 348909 : *JurisData* n° 2012-010865 ; *AJDA* 2012, p. 1129, tribune S. BRACONNIER ; *ibid.* 1146, chron. M. LOMBARD, S. NICINSKI et E. GLASER ; *AJCT* 2012, p. 445, obs. A.-S. JUILLES ; *Contrats et Marchés publics* 2012, comm. 258, note S. ZIANI.

²² F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Autorisations d'occupation du domaine public et liberté du commerce et de l'industrie », *Contrats et Marchés publics* 2012, repère 8. Sur l'examen de la légalité de ces réglementations, voir par exemple CE, ass., 7 juillet 2004, *Min. de l'Intérieur c. Benkerrou*, req. n° 255136 : *JurisData* n° 2004-067191 ; *RFDA* 2004, p. 913, concl. M. GUYOMAR ; *AJDA* 2004, p. 1695, C. LANDAIS et F. LÉNICA ; *RDP* 2005, p. 500, C. GUETTIER.

²³ CE, sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers*, req. n° 06781 ; *Lebon* 583 ; *RDP* 1930, p. 530, concl. Josse.

²⁴ CE, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, req. n° 355563 : *JurisData* n° 2014-032080 ; *AJCT* 2015, p. 158, obs. E. ROYER ; *RFDA* 2015, p. 57, concl. B. DACOSTA. À comparer avec la solution de l'arrêt CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, req. n° 324156 : *JurisData* n° 2009-005319 ; *AJDA* 2009, p. 2006, note J.-D. DREYFUS ; *RFDA* 2010, p. 146, note G. CLAMOUR.

²⁵ CH. VAUTROT-SCHWARZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *loc. cit.*

²⁶ Voir CH. VAUTROT-SCHWARZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA* 2009, p. 568 et s.

-
- ²⁷ CE 26 mars 1999, *Société EDA*, req. n° 202260 : *JurisData* n° 1999-050078 ; *AJDA* 1999. 427, concl. J.-H. STAHL, note M. BAZEX.
- ²⁸ CE, 28 février 2000, *Union intersyndicale des enseignants de la conduite*, req. n° 195033 : *JurisData* n° 2000-060018 ; *AJDA* 2000, p. 661, concl. CHAUVAUX.
- ²⁹ Pour la Cour, le refus en l'espèce ne viole pas le principe d'égalité. Elle identifie à la fois une différence de situation (consid. 11) et un intérêt général (consid. 12) permettant à la commune de Tours de traiter le requérant différemment des précédents opérateurs autorisés. CAA Nantes, 28 février 2014, *Société Photo J.L. Josse*, req. n° 12NT02907, inédit.
- ³⁰ Voir S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p. 70.
- ³¹ Cons. conc., avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004, précité.
- ³² CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, précité.
- ³³ Voir L. CALANDRI, « Le contentieux des conventions d'occupation domaniale spontanément soumises à publicité et mise en concurrence », *RFDA* 2013, p. 1129.
- ³⁴ S. BRACONNIER, « Concession du stade Roland-Garros : absence de mise en concurrence et bilan économique global », *AJDA* 2013, p. 1169.
- ³⁵ Voir, par exemple, CE, 9 février 1966, req. n° 64857.
- ³⁶ Voir S. DELIANCOURT, « Conclusions sur CAA Marseille, 26 juin 2012, M. Chiappinelli et autres », *RFDA* 2012, p. 903.
- ³⁷ O. TAMBOU, « La taxe trottoir : outil pour valoriser l'utilisation privative du domaine public des communes », *AJCT* 2012, p. 86.
- ³⁸ Voir F. MELLERAY, « Précisions sur la notion d'utilisation du domaine public justifiant le paiement d'une redevance », *Dr. adm.* 2012, comm. 82.
- ³⁹ TA Nîmes, 3 mars 2011, *Société Le palais des pains et autres*, req. n° 1003096 : *JurisData* n° 2011-003966 ; *AJDA* 2011, p. 1022, concl. F. HÉRY ; *AJCT* 2012, p. 86, note O. TAMBOU.
- ⁴⁰ CAA Marseille, 26 juin 2012, M. Chiappinelli et autres, req. n° 11MA01675 : *JurisData* n° 2012-020354 ; *AJDA* 2012, p. 1254 et 2109, note S. DELIANCOURT ; *AJCT* 2012, p. 503, obs. O. TAMBOU ; *RFDA* 2012, p. 902, concl. S. DELIANCOURT. Voir aussi TA Grenoble, 15 décembre 2009, req. n° 0703737, *Société lyonnaise de banque et autres* ; *AJDA* 2010, p. 682, note D. VALLEZ ; *JCP Adm.* 2010, 2057, note PH. YOLKA.
- ⁴¹ N. FOULQUIER, « Sur le domaine d'Avignon, les commerçants dansent... », *AJDA* 2014, p. 2134.
- ⁴² *Ibid.*, p. 2134 et s.
- ⁴³ S. DELIANCOURT, « Conclusions sur CAA Marseille, 26 juin 2012, M. Chiappinelli et autres », *loc. cit.*, p. 908.
- ⁴⁴ *Le Petit Robert*, Le Robert, 2013, « occuper ».
- ⁴⁵ F. MELLERAY, « L'utilisation privative du domaine public », *loc. cit.*, p. 992.
- ⁴⁶ Voir N. Foulquier, « Sur le domaine d'Avignon, les commerçants dansent... », *loc. cit.*, p. 2136.
- ⁴⁷ S. DELIANCOURT, « Conclusions sur CAA Marseille, 26 juin 2012, M. Chiappinelli et autres », *loc. cit.*, p. 908.
- ⁴⁸ CE, 31 mars 2014, *Commune d'Avignon*, précité, consid. 4.
- ⁴⁹ PH. YOLKA, « Distributeurs de billets : les banques ne passeront pas à la caisse », *JCP A* 2010, 2057.
- ⁵⁰ CE, 31 mars 2014, *Commune d'Avignon*, précité, consid. 5.
- ⁵¹ N. FOULQUIER, « Sur le domaine d'Avignon, les commerçants dansent... », *loc. cit.*, p. 2136.
- ⁵² CE, 15 mars 1996, *Syndicat des artisans fabricants de pizza non sédentaires Provence-Alpes-Côte d'Azur*, req. n° 133080 : *JurisData* n° 1996-050380.