

## **Fiche n° 6**

### **TYPOLOGIE DES CONTRATS :**

### **LA CONCESSION**

#### **BIBLIOGRAPHIE :**

- AUBY (J.-M.), « Les contrats comportant occupation du domaine public », *D.* 1953, chron. 99.
- BRACONNIER (S.), « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application de nouvelles directive », *AJDA* 2014, p. 832.
- BRARD (Y.), « Utilisation du domaine public », *J.-Cl. CMP*, fasc. 510.
- CLAMOUR (G.), « La place de la délégation de service public au sein de la commande publique », *AJDA* 2013, p. 1429
- EPRON (Q.), « Les contrats de subvention », *RDP* 2010, p. 63.
- LLORENS (F.), « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *Liber amicorum Jean WALINE*, Dalloz, 2002, p. 301.
- MOREAU (D.), « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification de ses délégations de service public », *AJDA* 2003, p. 1418.
- NICINSKI (S.), « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », *Mélanges Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 373.
- POUPEAU (D.), « Un nouveau corpus juridique pour les concessions », *AJDA* 2016, p. 172.
- ROUQUETTE (R.), « La passation des conventions domaniales », *Contrats et marchés publics*, mars 2003, p. 6.
- SYMCHOWICZ (N.), « Droit public des montages contractuels complexes », *Moniteur*, 2009.

#### **RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS :**

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7ème et 2ème Ch. réunies, 9 décembre 2016, Commune de Fontvieille ;
- Référence 2 :** CE, 7ème et 2ème Ch. Réunies, 9 déc. 2016, Commune de Fontvieille, req n°396352 ;
- Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, Ass., 21 décembre 2012, Société ERDF ;
- Référence 4 :** CE, Ass., 21 déc. 2012, Société ERDF, req. n° 342788
- Référence 5 :** CE, 7ème et 2ème ch., 14 févr. 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux, n° 4051571

#### **DÉCISIONS DU CORPUS :**

- CJCE, 12 juillet 2001, Ordine degli architetti delle province di Milano, aff. C- 399/98, rec. I-5409, concl. Léger.
- CC, Décisions n° 2002-460 DC du 22 août 2002 LOPSI, et n° 2002-461 du 29 août 2002, LOJ, *AJDA* 2002, p. 1059, note J.-Y. Chérot.
- CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *AJDA* 2003, note J.-E. Schoettl, p. 1391
- CE, Intérieur et travaux publics, Avis, 31 janvier 1995, *GACE*, Dalloz, 2e éd. 2002, p. 343, comm. E. Fatôme et P. Terneyre *AJDA* 1997, p. 126, note E. Fatôme et P. Terneyre.
- CE, Sect., 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c. Association Défense Tuileries*, CJEG 1995, p. 376, concl. J. Arrighi de Casanova.
- CE, Sect., 26 mars 1999, Sté Hertz France, *AJDA* 1999, p. 427, concl. J.-H. Stahl, *RFDA* 1999, note D. Pouyaud.
- CE, 30 juin 1999, SMITOM du Centre ouest Seine-et-Marnais,
- CE, 21 juin 2000, SARL Chez Joseph,
- CE, 11 décembre 2000, Agofroy, *Rec.* p. 607, *RFDA* 2002, p. 1277, concl. S. Austry, *AJDA* 2001, p. 193, note Raunet et Rousset
- CE, Ass., 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, *RFDA* 2005, pp. 1083-1093, concl. D. Casas
- CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence
- CE, 15 février 2008, Commune de La Londe-les-Maures, *Rec. Tables, RJEP* 8/2008, p. 10, concl. B. Dacosta, *AJDA* 2008, p. 575, chron. J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau.
- CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée, *AJDA* 2008, p. 2454, note L. Richer.
- CE, Sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, *RFDA* 2011, p. 507, concl. E. Cortot-Boucher, note D. Pouyaud, *AJDA* 2011, p. 670, chron. L. Domingo, A. Lallet.

#### **EXERCICES SUGGÉRÉS :**

##### **Exercice théorique : dissertation**

- Concession et marché public

##### **Épreuve pratique : commentaire**

- CE, 7ème et 2ème ch., 14 février 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux, n° 4051571,

**Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 7ème et 2ème ch., 9 décembre 2016, Commune de Fontvieille**

L'affaire qui vient d'être appelée illustre une nouvelle fois les difficultés de la distinction entre délégation de service public et occupation domaniale. Cette distinction repose sur l'objet du contrat, qu'il n'est pas toujours aisé de faire entrer dans l'une ou l'autre catégorie juridique dans la mesure où il peut présenter des éléments susceptibles de le rattacher à l'une ou à l'autre. Elle présente désormais un caractère largement historique puisque l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions, qui n'était pas applicable au présent litige, s'applique à l'ensemble des concessions de service, que ces services constituent ou non des services publics. Toute difficulté de qualification n'est pas pour autant résolue dans la mesure où si la qualification du contrat ne dépend plus de la présence d'un service public, elle sera toujours subordonnée à l'identification de son objet principal qui, dans une concession de service, traduit la mise en oeuvre de la volonté de la personne publique de confier à son cocontractant l'exécution d'un service répondant à ses besoins. Or cette volonté, comme le montre la présente espèce, n'est pas toujours aisée à dégager.

Le litige ne vous est pas inconnu. La commune de Fontvieille a conclu au début de l'année 2010 avec Mme Mannoni une convention par laquelle elle lui confiait l'exploitation touristique du « Moulin de Daudet » et du « château de Montauban », deux sites dont elle est respectivement locataire et propriétaire dédiés à la mémoire de l'écrivain Alphonse Daudet, moyennant une redevance de 7 500 euros mensuels. Mme Mannoni percevait les droits d'entrée payés par le public, dont elle fixait le montant, et pouvait exercer sur place son activité de vente de produits locaux et souvenirs. Constatant l'absence de versement de la redevance à compter du mois d'octobre 2010, la commune a émis à l'encontre de Mme Mannoni six titres exécutoires pour la recouvrer, d'un montant total d'environ 60 000 euros.

Mme Mannoni les a contestés devant le maire de la commune, qui ne lui a pas répondu, puis devant le TA de Marseille, qui a rejeté sa demande. Elle a eu plus de succès devant la CAA de Marseille qui, par un arrêt du 13 février 2015, a annulé le jugement et les titres exécutoires litigieux.

La commune de Fontvieille, qui avait régulièrement été mise en cause par la cour mais qui n'avait pas produit devant elle, a formé contre cet arrêt à la fois un recours en opposition et un pourvoi en cassation. Vous avez jugé ce dernier irrecevable par une décision du 6 avril 2016 (n° 398456, aux T), en raison de l'introduction du recours en opposition. La cour a rejeté ce recours par un arrêt du 23 novembre 2015, qui constitue l'objet du présent pourvoi de la commune de Fontvieille.

Pour rejeter le recours en opposition de la commune, c'est à dire pour confirmer l'annulation des titres exécutoires qu'elle avait émis à l'encontre de Mme Mannoni afin d'obtenir le paiement des redevances prévues par la convention de 2010, la cour a commencé par qualifier cette convention de délégation de service public puis a jugé que la stipulation prévoyant la redevance, qui ne justifiait ni de son montant ni de son mode de calcul en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, aux termes duquel "les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions", ne pouvait servir de fondement aux créances dont le recouvrement était poursuivi par la commune.

La commune de Fontvieille conteste, sous les angles de l'erreur de droit, de la qualification juridique des faits et de l'insuffisance de motivation, la qualification de délégation de service public donnée par la cour à la convention et qui détermine le champ d'application de la disposition législative sur laquelle elle s'est fondée pour écarter l'application du contrat. La Cour a justifié cette qualification par l'objet de la convention, dont elle a relevé qu'elle confiait à Mme Mannoni la "mission principale d'exploiter le Moulin, à raison de sept jours sur sept et onze mois de l'année, le château de Montauban ne devant être ouvert qu'à concurrence d'au moins les vacances scolaires" et que cette mission "d'animation et de réception du public" s'inscrivait, aux termes mêmes de la convention, "sur un patrimoine public et dans le champ du service public culturel communal". Elle a également indiqué que les ventes de produits touristiques étaient liées au service public et que l'article 8 de la convention précisait qu'elle n'était "constitutive ni d'un droit au bail commercial ni d'un fonds de commerce". Elle en a déduit que l'objet principal du contrat était de faire participer Mme Mannoni à l'exécution du service public culturel, l'occupation domaniale n'étant qu'accessoire. La rémunération de la cocontractante étant assurée par les résultats de l'exploitation, la cour a conclu qu'elle était en présence d'une délégation de service public.

Aucune erreur de droit n'entache ces motifs, qui sont par ailleurs suffisamment développés, la juridiction n'étant pas tenue de répondre à tous les arguments des parties.

La qualification juridique de la convention, que vous contrôlez en cassation (Sect, 3 déc 2010, ville de Paris et association Paris Jean Bouin, n° 338272), est en revanche plus délicate. La commune fait valoir qu'elle n'a jamais entendu ériger en service public l'exploitation des lieux concernés ni, par conséquent, en confier la gestion par la convention litigieuse.

L'autorisation donnée par une collectivité à une personne privée d'occuper le domaine public - mais le principe vaut aussi pour l'autorisation d'occuper un domaine privé donné en location à la collectivité - pour y développer une activité économique pouvant être assortie d'obligations imposées tant dans l'intérêt du domaine que dans l'intérêt général (CE, 8 juillet 1996, M. Merie, p. 272; Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, précitée; CE, 19 janvier 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre, T.; 15 mai 2013, ville de Paris, n° 364593, au rec), le critère de la qualification du contrat repose sur l'objet du contrat, qui doit être de confier à un tiers l'exécution d'un service - et plus précisément d'un service public s'il s'agit comme en l'espèce d'identifier une délégation de service public - que la collectivité entend prendre en charge. En effet, 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 inhérentes au domaine sur lequel il intervient. Comme vous l'avez expressément jugé par votre décision précitée ville de Paris et association Paris Jean-Bouin, "l'existence d'une délégation de service public suppose de caractériser la volonté d'une personne publique d'ériger des activités d'intérêt général en mission de service public et d'en confier la gestion à un tiers, sous son contrôle". Cet élément essentiel du champ de la commande publique, qui la distingue de l'autorisation domaniale, figure également dans le droit européen, qu'il s'agisse des directives ou de la jurisprudence de la CJUE dont on peut citer l'arrêt Helmut Müller du 25 mars 2010, aff. C-451/08. Il convient donc tout d'abord d'identifier l'intention de la personne publique de prendre en charge un service (la décision précitée du 15 mai 2013, ville de Paris est très claire à cet égard),

qui doit être un service public s'il s'agit de qualifier une délégation de service public. Le contrôle exercé par la personne publique sur la gestion du service est un élément déterminant de la qualification car il révèle que l'activité exercée par le cocontractant demeure une mission que la personne publique entend assumer et que son exercice par un tiers répond à un besoin de cette dernière (voyez notamment vos décisions Paris Jean-Bouin et 23 mai 2011, cne de Six-Fours les plages, n° 342520, au rec, par laquelle vous écarterez pour ce motif la qualification de délégation de service public). Il faut ensuite s'assurer que le contrat a eu pour objet de confier la gestion de ce service à un tiers. Ces différents éléments peuvent fonctionner comme un faisceau d'indices lorsque leur application individuelle n'apporte pas de réponse évidente.

Tel nous semble être le cas dans la présente affaire, où l'intention de la commune de prendre en charge un service public culturel n'est pas très claire. En effet, vont dans le sens de l'existence d'un service public l'objet de l'activité, à savoir l'ouverture au public de biens immobiliers présentant un intérêt culturel et historique, qui peut être qualifié de service public. L'article 8 de la convention indique d'ailleurs qu'elle est "consentie sur un patrimoine public et dans le champ du service public culturel communal". Mais cette indication, qui figure dans un article relatif aux conditions de résiliation ou fin de la convention, vise surtout à écarter la qualification de bail commercial. L'obligation d'ouvrir au public le Moulin de Daudet du 1er février au 31 décembre, imposée par la convention à Mme Mannoni, peut en revanche être regardée comme une obligation de service public.

Ces éléments nous semblent cependant insuffisants pour caractériser une véritable intention de la commune d'ériger la gestion de ces biens en service public. Tout d'abord, elle n'exerce aucun contrôle sur la gestion du service ni sur les tarifs d'entrée, librement fixés par Mme Mannoni. Si celle-ci organise des visites guidées pour le compte de l'office du tourisme municipal, c'est de sa propre initiative et cela ne répond à aucune demande de la commune. Ensuite, la convention n'impose aucune autre obligation de service que celle que nous avons citée concernant la période d'ouverture au public. Les autres contraintes imposées par la convention, concernant les produits touristiques proposés à la vente sur les lieux par Mme Mannoni, qui doivent en respecter l'esprit et l'image, ou l'occupation des lieux, qui ne doit faire obstacle ni aux manifestations folkloriques ou traditionnelles qui s'y déroulent parfois, ni aux travaux d'aménagement de certaines parties du château non ouvertes au public, sont courantes dans les conventions d'occupation domaniale (voyez notamment votre décision du 19 janvier 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre, précitée, concernant les boutiques dans un aéroport). Enfin, les conditions d'exécution de la convention nous paraissent incompatibles avec la délégation d'un service, qui plus est d'un service public. L'article 8 stipule ainsi que "la convention est résiliable à tout moment par la preneuse sous préavis de trois mois". Une telle faculté de résiliation à l'initiative du cocontractant, dont la mise oeuvre risque de porter atteinte au principe de continuité du service public, est illicite dans une délégation dans service public (8 oct 2014, sté Grenke location, n° 370644, au rec). La durée de la convention, moins d'un an, renouvelable pour une année, est également très brève pour une délégation de service public, même ne comportant aucun investissement. Enfin, les termes employés, tels que "preneuse", qui est propre aux baux, le caractère "précaire et révocable" de la convention stipulé à l'article 1er, ou encore les précisions précitées selon lesquels la convention n'est pas un bail commercial, nous semblent confirmer que la commune n'a pas eu l'intention de confier à Mme Mannoni l'exécution d'un service public mais seulement lui permettre d'exploiter économiquement des lieux touristiques en y exerçant une activité commerciale tout

en les maintenant ouverts au public. Il s'agit donc d'un contrat autorisant une personne privée à occuper pour partie le domaine public, en tant qu'il concerne l'occupation du château de Montauban, qui semble faire partie du domaine public de la commune, pour partie un bien immobilier dont elle est locataire, le Moulin de Daudet. N'étant pas une délégation de service public, l'article L. 1411-2 du CGCT, qui fonde l'annulation des titres exécutoires, n'était par suite pas applicable au litige.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'arrêt attaqué pour ce motif, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens du pourvoi et renverrez l'affaire à la cour. Vous pourrez mettre à la charge de Mme Mannoni le versement à la commune de Fontvieille d'une somme de 1500 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.

**Référence 2 : CE, 7ème et 2ème ch., 9 décembre 2016, Commune de Fontvieille, req n°396352 ;**

Mme Edwige Mannoni a demandé au tribunal administratif de Marseille d'annuler six titres exécutoires émis à son encontre par la commune de Fontvieille en application d'une convention qu'elle avait conclue avec celle-ci le 1<sup>er</sup> février 2010 et de la décharger de l'obligation de payer les sommes correspondantes. Par un jugement n° 1105215 du 18 mars 2013, le tribunal administratif de Marseille a rejeté cette demande.

Par un arrêt n° 13MA02242 du 13 février 2015, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur appel de Mme Mannoni, annulé ce jugement et les titres exécutoires émis par la commune de Fontvieille.

Par un arrêt n° 15MA01558 du 23 novembre 2015, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'opposition formée à l'encontre de l'arrêt du 13 février 2015 par la commune de Fontvieille.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 25 janvier, 25 avril et 3 novembre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la commune de Fontvieille demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler l'arrêt n° 15MA01558 du 23 novembre 2015 de la cour administrative d'appel de Marseille ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son opposition ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code général de la propriété des personnes publiques ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa version alors applicable : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service » ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par une convention du 1er février 2010, conclue, en vertu de son article 1er, « à titre précaire et révocable », la commune de Fontvieille a confié à Mme Mannoni « l'exploitation touristique » des sites « Moulin de Daudet » et « Château de Montauban » pour la période du 1er février au

31 décembre 2010, le contrat pouvant être prolongé par décision expresse « pour l'année 2011 » ; qu'aux termes de l'article 3, Mme Mannoni assure l'ouverture au public du « Moulin de Daudet 7 jours sur 7 et du Château de Montauban à concurrence au moins de la durée des vacances scolaires » ; qu'en vertu de l'article 4, en contrepartie du versement d'une redevance de 7 500 euros mensuels, Mme Mannoni est rémunérée par les droits d'entrée perçus du public et la vente de souvenirs, cartes postales, livres, dont elle fixe les prix librement ; que l'article 5 stipule que les produits vendus sur les sites ne peuvent être alimentaires ou de « nature dévalorisante ou anachronique pour l'image et la qualité des lieux » ; et qu'aux termes de l'article 8 : « la convention est résiliable à tout moment par la preneuse sous préavis de 3 mois » ;

3. Considérant qu'eu égard à l'absence d'implication dans l'organisation de l'exploitation touristique des sites en cause de la commune, qui, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la cour, s'est bornée à fixer les jours d'ouverture et à imposer à l'intéressée de respecter le caractère historique et culturel des sites dont elle devait assurer l'exploitation mais n'a exercé de contrôle ni sur le montant des droits d'entrée, ni sur les prix de vente des produits vendus sur les sites, ni sur les horaires d'ouverture des sites et n'a prescrit à la preneuse aucune obligation relative, notamment, à l'organisation de visites guidées ou d'activités culturelles ou à l'accueil de publics particuliers, qu'eu égard, au surplus, à la faculté donnée à la preneuse de révoquer la convention à tout moment et à la brièveté du préavis applicable, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché son arrêt d'une erreur de qualification juridique en jugeant que ce contrat avait pour objet de faire participer directement Mme Mannoni à l'exécution du service public culturel en raison de la dimension historique et littéraire des lieux et constituait une délégation de service public ; qu'il suit de là que la commune de Fontvieille est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque ;

**Référence 3 : Conclusions sur CE 21 décembre 2012 Soc. ERDF, req. n°342788**

La liberté contractuelle reconnue aux personnes publiques peut-elle ou doit-elle vous conduire à revisiter la théorie séculaire des concessions de service public ? Le pourvoi dont vous êtes saisis vous en donnera au moins l'occasion. Il vous permettra de vous interroger, dans un contexte renouvelé, sur le régime juridique des « biens de retour », sur la portée de cette notion, sur la possibilité éventuelle, pour les parties, d'en aménager l'usage, et, enfin, sur les conditions d'indemnisation du cocontractant dans l'hypothèse où ces biens n'auraient pas été amortis à l'expiration du contrat. La problématique ne concerne qu'une partie des contrats entrant dans la catégorie générique, consacrée depuis une vingtaine d'années, des délégations de service public. Sont en cause ceux qui mettent à la charge du partenaire de l'administration le soin de financer et réaliser les ouvrages qui seront le support du service délégué, c'est-à-dire les concessions de service public, au sens classique du terme (ce qui inclut les concessions de travaux publics au sens de l'ordonnance du 15 juillet 2009 lorsqu'elles comportent un volet services). Mais on sait la place qu'a occupée – et que continue d'occuper – ce type de contrats dans le modèle français de collaboration entre personnes publiques et opérateurs privés. Quelques mots, tout d'abord, sur le litige. En 1923, la commune de Douai a concédé à la Société saint-quentinoise d'éclairage le service public de la distribution de l'électricité sur son territoire. En application de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, EDF s'est vu transférer les droits et obligations de l'ancien concessionnaire. Arrivée à expiration en 1964, la convention a été tacitement reconduite. ERDF est aujourd'hui venue aux droits d'EDF.

A Douai comme, peut-être, ailleurs sur le territoire national, EDF a décidé de vendre une partie de ce que cette société estime relever de son patrimoine immobilier, constituée de logements et d'immeubles de bureaux. La commune, estimant que ces biens étaient des biens de retour, s'y est opposée. Après avoir d'abord saisi le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz, elle s'est finalement retournée, lorsque cette instance a été privée de sa mission arbitrale par la loi du 13 juillet 2005, vers le tribunal administratif de Lille. Elle a présenté deux demandes. L'une tendait à ce qu'il soit enjoint à EDF de fournir un inventaire complet des biens de la concession.

L'autre était un recours en interprétation portant notamment sur l'article 22 du cahier des charges de la convention et sur le sort des immeubles de bureaux et des logements. Le tribunal a jugé qu'il résultait de ces stipulations que la qualité de biens de retour avait été donnée, en l'espèce, non seulement aux immeubles et ouvrages à caractère technique, mais aussi aux immeubles et ouvrages accessoires utiles à l'activité de distribution, y compris, donc, les immeubles de bureaux du concessionnaire ainsi que ceux à usage de logement des agents. En d'autres termes, les premiers juges ont estimé que la commune intention des parties avait été de donner la qualification de biens de retour à des biens qui, en l'absence d'une telle intention, auraient pu être regardés comme de simples biens de reprise. Le tribunal a, par ailleurs, enjoint à ERDF de communiquer annuellement à la commune un inventaire physique individualisé de l'ensemble des biens immobiliers et mobiliers utilisés par l'opérateur pour la gestion du service de distribution de l'électricité. Sur appel d'ERDF, la cour de Douai a infirmé le jugement de première instance dans ses deux volets, d'où le présent pourvoi. Avant de procéder à son examen, rappelons que le juge administratif a été saisi à un double titre : en tant que juge du contrat, s'agissant des conclusions relatives à l'inventaire, et en tant que juge de plein contentieux s'agissant du recours en interprétation. Le tribunal administratif, puis la cour à sa suite, ont jugé que le recours en interprétation était recevable, la question de la qualification des immeubles ayant entraîné un « litige né et actuel » au sens de votre jurisprudence. Cette appréciation ne nous semble pas contestable, et n'est d'ailleurs pas contestée : le désaccord des parties à un contrat quant à ce que seront leurs droits et obligations futurs constitue bien un litige né et actuel (CE, 26 juillet 1912, Compagnie d'Orléans et du Midi, p. 889).

\* \* \*

Pour apprécier le bien-fondé de l'arrêt, il importe, au préalable, de préciser le cadre juridique dans lequel il s'inscrit ; or si ses contours ont été fixés de longue date, il fait l'objet, depuis quelques années, de remises en cause indirectes par le législateur et d'interrogations de la part de la doctrine, sans que vous ayez eu, au contentieux, l'occasion d'en tirer les conséquences éventuelles. Le droit des concessions se réfère traditionnellement, depuis la seconde partie du XIX<sup>ème</sup> siècle, au triptyque biens de retour / biens de reprise / biens propres du concessionnaire. Les biens de retour présentent, pour simplifier, une double caractéristique : ils reviennent obligatoirement au concédant en fin de concession et celui-ci doit en être regardé comme le propriétaire ab initio, avec les conséquences qui s'en déduisent, notamment sur le plan fiscal : c'est le concédant qui est imposable au titre des taxes foncières (CE, 28 juin 1889, Compagnie des chemins de fer de l'Est, S. 1891, III-82 ; CE, 12 novembre 1897, Société nouvelle du casino municipal de Nice, p. 685 ; CE, 16 novembre 1988, Ministre de la Mer et Commune d'Arcachon, T., n° 47685).

Un certain nombre de décisions ajoutent que le propre des biens de retour est aussi de revenir gratuitement au concédant (CE, 9 novembre 1895, Ville de Paris, p. 142 ; CE, 9 décembre 1898, Compagnie du Gaz de Castelsarrasin, p. 782 ; CE, 31 mars 1922, Compagnie de l'éclairage des villes, p. 304 ; CE, 28 mars 1928,

Société « L'Énergie électrique de la Basse-Isère », p. 457). Cette mention est habituellement interprétée comme signifiant que le retour du bien n'implique aucune indemnisation au bénéfice du concessionnaire, dans l'hypothèse où il a été totalement amorti ; en revanche, on le verra, la qualité de bien de retour peut ne pas être exclusive d'une indemnisation de la part non amortie du bien<sup>1</sup>. A contrario, si le concédant ne dispose que de la simple faculté de prendre possession d'un bien à l'expiration du contrat, le concessionnaire a, jusqu'à cette date, la qualité de propriétaire de ce bien, et ce dernier entre dans la catégorie des biens de reprise (CE, 8 juin 1928, Communes de Barges, Gésincourt, Cemboing et Combeaufontaine c/ Société d'intérêt collectif agricole électrique de Ray-Cendrecourt, p. 718 ; CE, 1er février 1929, Compagnie centrale d'énergie électrique, p. 133, qui précise qu'« à raison du caractère essentiellement facultatif du droit de reprise de L'état, ce dernier ne peut être considéré comme actuellement propriétaire des sous-stations et postes de transformateurs établis par la société en dehors des voies publiques » ; dans le même sens CE, 10 janvier 1938, Compagnie industrielle maritime, p. 2).

Le Tribunal des conflits a fait sienne cette analyse par une décision du 2 décembre 1968, Électricité de France c/ dame veuve F... (p. 803) : lorsque les installations de la concession ne doivent revenir à la collectivité concédante que si celle-ci use de la faculté de les reprendre en fin de concession, elles restent la propriété du concessionnaire tant que le concédant n'a pas exercé son droit de reprise. Cette reprise, sauf stipulation contraire du contrat, se fait à leur valeur vénale (cf. CE, 5 juillet 1967, Commune de Donville-les-Bains c/ Société générale technique, p. 297, n° 60391). Enfin les biens propres demeurent, en toute hypothèse, propriété du concessionnaire. Précisons que si le concédant est propriétaire des ouvrages qui ont la qualité de biens de retour, il n'acquiert cette qualité, en réalité, qu'à compter de leur achèvement. C'est le concessionnaire qui est maître d'ouvrage des travaux, et non la collectivité concédante. Les marchés de travaux conclus par le concessionnaire avec une entreprise privée sont donc des contrats de droit privé, réserve faite de l'application éventuelle de la jurisprudence Société Entreprise Peyrot.

Dans le même ordre d'idées, vous avez jugé, à propos d'une concession autoroutière, que la taxe locale d'équipement, dont sont exclues les constructions édifiées par l'État, est bien due par le concessionnaire pour les bâtiments qu'il construit, alors même que ceux-ci sont, dès leur édification, propriété de l'État (CE, Section, 22 mars 1985, Ministre de l'urbanisme et du logement c/ Société des autoroutes du Sud de la France, p. 88, n°52845). Par ailleurs, durant la vie du contrat, le concessionnaire dispose d'un droit de jouissance exclusif sur l'ouvrage. Simplement, comme le relève la Cour de cassation, « la jouissance exclusive des biens litigieux par le concessionnaire, pendant la durée de la concession ne fait pas obstacle à leur appartenance à l'autorité concédante » (1ère Civ., 3 mars 2010, n° 08-21.311). Mais ce droit de jouissance exclusif justifie, par exemple, qu'en comptabilité, les biens de retour soient inscrits à l'actif du bilan de la société concessionnaire et puissent faire l'objet d'un amortissement, y compris, sur le plan fiscal, un amortissement dit de caducité.

Ceci étant, si les notions de biens de retour, de biens de reprise et de biens propres correspondent, chacune, à des règles spécifiques, se pose, en amont, la question de leur répartition. Le plus souvent, votre jurisprudence s'est bornée, pour déterminer la consistance des biens de retour, à prendre appui sur les clauses du cahier des charges de la concession. Il arrive, cependant, que les stipulations contractuelles ne permettent pas de trancher le litige. En ce cas, vous n'hésitez pas à dégager l'intention commune des parties, et, pour ce faire, à considérer que celles-ci « ont eu essentiellement

comme but de laisser à la disposition de l'autorité concédante en fin de concession les moyens matériels de continuer l'exploitation des services concédés » (CE, Section, 11 mai 1956, Compagnie des transports en commun de la région de Douai, p. 203). Ainsi, dans le silence de la convention, joue le principe selon lequel les biens nécessaires à l'exploitation du service doivent être regardés comme des biens de retour. Cette nécessité s'apprécie à la cessation du contrat. C'est ainsi qu'à l'expiration d'une concession portant initialement sur la construction et l'installation d'un réseau de transports en commun par tramways, auxquels s'étaient substitués au fil du temps des autobus, les installations fixes nécessaires à ce nouveau mode de transport (garages, ateliers) doivent être remis gratuitement au concédant. Dans cette logique, de simples locaux administratifs dont dispose le concessionnaire ne sont pas des biens de retour, en l'absence de stipulations en ce sens (CE, Section, 10 mai 1929, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, p. 485). Une question n'a, en revanche, pas été explicitement tranchée par vos formations contentieuses : dans quelle mesure les parties peuvent-elles décider de s'écarter du schéma que nous venons d'évoquer, soit en déplaçant la ligne de partage entre biens de retour et biens de reprise, soit encore en permettant que des biens nécessaires à l'exploitation du service puissent faire l'objet d'une appropriation privative ? L'enjeu n'est pas purement théorique, puisque reconnaître un droit de propriété au concessionnaire sur les ouvrages de la concession, c'est permettre à celui-ci de mobiliser des techniques de financement plus avantageuses, impliquant, de la part du financeur, la prise de sûretés sur le bien. Tout dépend bien sûr, ensuite, de la consistance, de la durée et de la portée de ce droit de propriété. S'il est limité dans le temps et dans son objet, la garantie ainsi offerte au financeur peut se révéler assez virtuelle, en tout cas moindre. Mais son absence peut avoir une incidence sur les décisions des investisseurs.

\*\*\*

Comment l'état du droit se présente-t-il ?

Sur le plan contentieux, la moisson est modeste, même si vos rares décisions ne sont pas passées inaperçues, et notamment la première d'entre elles, Ministre du budget c/ Société SAGIFA du 21 avril 1997 (n° 147602), décision qui n'est pourtant pas fichée. La question posée était de savoir qui, de la SNCF ou d'une société titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public ferroviaire, était redevable de la taxe foncière sur les propriétés bâties. Vous avez jugé, à cette occasion, que « l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté. » Vous en avez déduit qu'en l'espèce la convention conclue entre la SNCF et la société Sagifa pour les seuls besoins de l'activité du permissionnaire avait pu légalement prévoir que celui-ci demeurerait propriétaire pendant la validité du contrat des installations et constructions réalisées par lui sur le domaine public. Cette décision a été interprétée par la doctrine – et parfois critiquée à ce titre – comme excluant, a contrario, qu'un ouvrage édifié par l'occupant du domaine public pour les besoins du service public puisse faire l'objet d'une appropriation privée (cf. notamment la note des professeurs Fatôme et Terneyre à la RFDA 1997, pp. 935-939).

La solution n'en a pas moins été réitérée par une décision du 23 juillet 2010, Mme Montravers, agissant en qualité de liquidateur judiciaire de la société Neville Foster Delaunay Belleville (n° 320188), fichée sur un autre point. Elle s'est attiré les mêmes critiques<sup>2</sup>. Indiquons aussi que, par une décision Communauté de

communes du Queyras du 4 mai 2011 (p. 200), vous avez jugé illicites des stipulations permettant le transfert à la société délégataire de la propriété de biens relevant du domaine public de la personne publique délégante, mais le précédent n'est pas topique, car il s'agissait d'ouvrages qui étaient la propriété du délégant avant que le contrat ne soit noué, et qui n'avaient donc pas été construits par le délégataire. La ligne jurisprudentielle que certains ont voulu voir esquissée par la décision Ministre du budget c/ Société Sagifa – qui n'a pas eu l'heur d'une mention au recueil Lebon – n'en est pas moins cohérente avec les prises de position de vos formations administratives. La section des travaux publics, par un avis rendu le 30 mars 1989 (rapport annuel, pp. 236-237), a ainsi estimé que les infrastructures ferroviaires faisaient partie du domaine public de l'Etat et ne pouvaient, « par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit ». Et, surtout, par un avis rendu le 19 avril 2005 (rapport annuel, pp. 197-202), elle a considéré, dans le cas d'une délégation du service public des remontées mécaniques (mais la solution a une portée générale), que « l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service installés sur des propriétés publiques (...) appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention. » L'avis précise que « les conventions ne pourraient d'ailleurs légalement prévoir une propriété privée de ces installations pendant la durée de l'exploitation, sous réserve de la mise en oeuvre de baux emphytéotiques en application de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 ou de la procédure de crédit-bail en application de l'article 87-II de la loi de finances n° 86-1137 du 30 décembre 1986. »

Là encore, les commentaires d'une partie de la doctrine ont été, sur ce point précis, pour le moins réservés. En réalité, au-delà même de ces critiques ponctuelles, c'est la théorie des biens de retour qui, plus globalement, voit parfois sa pertinence remise en cause. On vous invite ainsi à la « dépasser », pour reprendre l'intitulé d'un dossier consacré à ce thème dans un numéro récent de la revue Contrats publics, voire à envisager son abandon pur et simple, sous la plume des professeurs Fatôme et Terneyre, dans leur contribution à un ouvrage récent consacré aux contrats et à la propriété publique<sup>4</sup>. A tout le moins son érosion est-elle soulignée<sup>5</sup>. Les contempteurs de la décision Sagifa et de l'avis de 2005 formulent, pour l'essentiel, deux critiques :

- d'une part, l'affirmation selon laquelle les biens nécessaires au service public doivent être la propriété du concédant ne repose sur aucune exigence constitutionnelle ;
- d'autre part, l'application de ce principe rend plus difficile le financement des ouvrages implantés sur le domaine public et nuit ainsi à sa valorisation.

En d'autres termes, la solution dégagée par le Conseil d'Etat dans ses formations contentieuse et administrative présenterait l'inconvénient d'être à la fois inutile et nocive. Qu'en est-il ?

Sur le premier point, il est exact que, pour le Conseil constitutionnel, les besoins du service public ne supposent pas nécessairement une appropriation publique des ouvrages concernés dès le début du contrat. Comme il le relève régulièrement, le législateur ne doit pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics (cf. par exemple CC, décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 sur la loi complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public). Cependant, ces exigences constitutionnelles n'impliquent pas le maintien de la propriété publique sur les biens concernés, si des garanties appropriées sont prévues (cf. notamment les décisions n° 96-380 DC du 23 juillet 1996 sur la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom et la décision

n° 2005-513 DC du 14 avril 2005 sur la loi relative aux aéroports). Aussi la loi peut-elle organiser le transfert à une personne privée de dépendances du domaine public de l'Etat, dès lors que celui-ci dispose de la capacité de s'opposer à toute forme d'aliénation d'un ouvrage ou d'un terrain nécessaire à la bonne exécution ou au développement des missions de service public en cause (cf., a contrario, la décision n° 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, qui censure une disposition législative transférant à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes des biens immobiliers appartenant à l'Etat, en raison de l'absence de garanties quant au maintien de l'affectation de ces biens aux missions de service public dévolues à l'association).

Sur le second point, il est incontestable que l'absence de toute possibilité d'appropriation privée sur les biens de retour fait obstacle aux techniques de financement que constituent l'hypothèque et le crédit-bail. Toutefois, le législateur a lui-même entrepris de lever cette difficulté en ouvrant, sous certaines conditions, à l'occupant du domaine public la possibilité de disposer de droits réels sur les ouvrages par lui édifiés. La loi du 5 janvier 1988 a enclenché le processus, en autorisant les collectivités territoriales à conclure sur leur domaine des baux emphytéotiques administratifs. Ses dispositions sont désormais codifiées aux articles L. 1311-2 à L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales. Aux termes de l'article L. 1311-2, un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue, notamment, de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public. Un tel bail peut être conclu sur une dépendance du domaine public. L'article L. 1311-3 dispose que le droit réel conféré au titulaire du bail, de même que les ouvrages dont il est propriétaire, sont susceptibles d'hypothèque pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué. Le 5° du même article ouvre aux constructions réalisées dans le cadre de ces baux la possibilité de donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail, qui doivent alors comporter des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

La deuxième étape a été constituée par la loi du 25 juillet 1994, aujourd'hui codifiée aux articles L. 2122-6 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques, qui a posé le principe selon lequel « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre. » Cette présomption ne joue pas si les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public ; mais l'Etat peut, même en ce cas, décider l'attribution d'un droit réel (cf. l'article L. 2122-10). Le mécanisme n'est pas limité aux autorisations unilatérales : l'article L. 2122-11 prévoit qu'il est également applicable « aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public ». Le texte précise que, « lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public. » Le droit réel peut être hypothéqué et, depuis l'intervention d'une loi du 12 mai 2009, « la réalisation des ouvrages, constructions et installations peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail », y compris lorsque le bien est affecté au service public, ce qui était auparavant exclu, sauf exceptions.

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, les collectivités territoriales bénéficient, elles aussi, de la possibilité de délivrer des autorisations

d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels « en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence » (cf. l'article L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales). Ces autorisations ont un régime analogue à celui des autorisations délivrées par l'Etat. Précisons que, sur le plan fiscal, l'institution de droits réels a pour effet de transférer à son bénéficiaire la charge des taxes foncières (cf. le II de l'article L. 1400 du CGI : « *Lorsqu'un immeuble est grevé d'usufruit ou loué soit par bail emphytéotique, soit par bail à construction, soit par bail à réhabilitation ou fait l'objet d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive d'un droit réel, la taxe foncière est établie au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote, du preneur à bail à construction ou à réhabilitation ou du titulaire de l'autorisation.* »). Les dispositions législatives que nous venons d'énumérer, qui ont donc vocation à s'appliquer dans le cadre de concessions de service public, n'épuisent pas le sujet des droits réels sur le domaine public. Ainsi, s'agissant des contrats de partenariat, l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit-elle que, « *lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée* » et confère au titulaire, sauf stipulation contraire, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise, c'est-à-dire « *les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public* ».

Enfin, rappelons qu'au-delà de ces autorisations temporaires (qui peuvent malgré tout avoir une durée de 70 ans dans le cadre de la loi de 1994, et de 99 ans pour les baux emphytéotiques administratifs<sup>6</sup>), la loi a transformé différents établissements publics industriels et commerciaux en sociétés commerciales (France Télécom, EDF, GDF, Aéroports de Paris), cette transformation s'accompagnant du transfert définitif à ces sociétés de biens appartenant antérieurement au domaine public. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui, dans le cadre de montages associant, s'agissant des collectivités territoriales, un bail emphytéotique administratif et une délégation de service public, ou, pour l'ensemble des personnes publiques, reposant sur des concessions assorties de droits réels, les ouvrages établis par l'occupant du domaine public peuvent bien, sous certaines conditions, donner lieu à hypothèque ou à la conclusion de contrats de crédit-bail. On peut simplement regretter que l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques n'ait pas été l'occasion de simplifier et d'harmoniser les différents mécanismes (nous renvoyons sur ce point à la présentation du code, sous la plume des présidents Maugüe et Bachelier, publiée à l'AJDA en 2006, pp. 1073 et s.<sup>7</sup>).

Ces innovations législatives ont eu une incidence directe sur la notion de biens de retour.

Ce point n'a pas échappé à la doctrine. Ainsi, dès 1995, dans un commentaire du décret du 6 mai 1995 relatif à la constitution de droits réels sur le domaine public<sup>8</sup>, les professeurs Fatôme et Terneyre relèvent-ils que « *les ouvrages sur lesquels le contrat de concession confère un droit réel au concessionnaire constituent une nouvelle catégorie de ce qu'il est convenu d'appeler les biens de la concession.* » Pour les auteurs, il ne peut s'agir de biens de retour, puisque le concessionnaire dispose sur eux, pendant toute la concession, d'une forme de droit de propriété. Mais il ne s'agit pas non plus de biens de reprise, puisque, selon la loi, ils doivent, à l'expiration du contrat, être démolis par le titulaire de l'autorisation, « *à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition* », auquel cas, ils deviennent de plein droit et gratuitement la propriété du concédant. Les signataires de l'article proposent la

qualification de « *biens de reprise automatique* ».

On peut aussi estimer – et c'est plutôt notre analyse – que, compte tenu de leurs caractéristiques, il s'agit de biens de retour d'un genre nouveau, qui ne diffèrent des autres biens de retour qu'au regard de leur propriété durant la concession.

Quel que soit l'intérêt théorique de ce débat, un point nous paraît devoir être explicitement affirmé par votre décision : en prévoyant que la possibilité pour l'occupant du domaine public d'être titulaire de droits réels joue également dans le cadre des conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public, y compris les concessions de service public, la loi interfère directement avec le triptyque traditionnel biens de retour/biens de reprise/biens propres. Cette interprétation est d'ailleurs parfaitement cohérente avec l'avis de la section des travaux publics de 2005 qui, après avoir rappelé qu'une concession de remontées mécaniques par une collectivité territoriale ne pouvait légalement prévoir une propriété privée des installations pendant la durée de l'exploitation, réservait la mise en œuvre de baux emphytéotiques administratifs. A l'époque où l'avis a été rendu, les collectivités territoriales ne pouvaient délivrer d'autorisations d'occupation temporaire du domaine public assorties de droits réels, mais l'idée était bien que, de façon générale, seule la loi pouvait déroger au principe<sup>10</sup>. Dans ces conditions, la lecture a contrario de la décision Sagifa, selon laquelle l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public est exclue lorsque l'autorisation a été accordée en vue de répondre aux besoins du service public, ne vaut que lorsque l'on n'est pas dans le champ des dérogations prévues par le législateur, ce qui relativise singulièrement ses inconvénients. Faut-il et peut-on aller plus loin, en renonçant à l'idée selon laquelle les biens nécessaires au service public ne peuvent, en principe, faire l'objet d'une appropriation privée pendant la durée de la concession ?

Comme le relevait Achille Mestre dans une note sous votre décision du 1er mars 1929, Société des transports en commun de la région toulousaine<sup>11</sup>, « *le but essentiel de la concession, c'est de doter la collectivité, sans appel à l'emprunt ou à l'impôt, d'ouvrages d'utilité publique, prêts à fonctionner ; le droit de retour n'est que le moyen juridique par lequel cet objectif sera un jour atteint.* » Si l'objectif est de permettre au concédant, à l'expiration de la concession, de récupérer l'ensemble des installations nécessaires à l'exploitation du service, la propriété ab initio des biens n'en est pas une condition impérative : il faut et il suffit que la collectivité dispose des prérogatives et des garanties lui assurant, d'une part, en cours de contrat, le maintien de l'affectation de ces biens au service public et, d'autre part, en fin de contrat, le droit d'en disposer, et d'en disposer gratuitement pour autant qu'ils ont été amortis. Ce sont précisément ces prérogatives et garanties que la loi prévoit pour les baux emphytéotiques et les autorisations d'occupation temporaires conférant des droits réels. Ainsi, pour ces dernières, le code général de la propriété des personnes publiques prévoit-il, à son article L. 2122-7, que « *le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés, ou transmis (...) pour la durée de validité du titre restant à courir (y compris dans le cas où le bien a fait l'objet d'une hypothèque), qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé.* » Une hypothèque ne peut être consentie que « *pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations* » (article L. 2122-8). Encore les hypothèques s'éteignent-elles au plus tard à l'expiration du titre d'occupation.

Lorsqu'un contrat de crédit-bail est conclu, il doit comporter « des clauses permettant de préserver les exigences (du) service public » (article L. 2122-13). S'agissant des biens nécessaires au fonctionnement d'un service public concédé et construits sur un terrain appartenant au domaine public, la loi elle-même, on l'a vu, est venue encadrer les conditions dans lesquels ils pouvaient faire l'objet de droits réels. A partir du moment où le législateur s'est saisi de la question, nous voyons mal comment vous pourriez, concurremment, admettre la possibilité d'une appropriation privative d'installations édifiées sur le domaine public et affectés au service public, dans des cas non prévus par celui-ci. Si la loi était restée muette, peut-être auriez-vous pu parvenir, par la voie jurisprudentielle, à un résultat analogue. En tout cas, cette voie nous semble aujourd'hui fermée. Mais les biens nécessaires au fonctionnement du service public ne sont pas nécessairement des ouvrages implantés sur le domaine public de la collectivité concédante.

Ils peuvent en effet être édités sur la propriété privée du concessionnaire ou d'un tiers, sur un terrain privé loué par la personne publique, sur le domaine privé du concédant ou encore sur le domaine privé d'une autre collectivité ; ils peuvent avoir également le caractère de biens mobiliers. Commençons par le cas des ouvrages qui sont édités sur une propriété privée ainsi que des biens meubles. En ce qui les concerne, ce n'est pas la problématique de la domanialité publique qui fait obstacle à ce qu'ils soient la propriété du concessionnaire, si l'on admet qu'une personne privée peut être propriétaire d'un bien nécessaire au service public. C'est d'ailleurs le cas lorsque le bien est apporté par le concessionnaire lors de la conclusion du contrat. On peut rencontrer notamment cette hypothèse dans le cas des remontées mécaniques (cf. sur ce cas de figure un intéressant arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon, rendu le 16 février 2012, Société Télépente des Gets, n° 10LY02351). Vous avez ainsi déjà jugé que, dans le cadre de la concession d'un port de plaisance, la convention puisse aménager les conditions et le calendrier du transfert au concédant de terrains appartenant au concessionnaire (CE, 18 janvier 1988, S.A. « Yacht Club International de Marina Baie des Anges », T., n°46879) Si l'ouvrage est financé par le concessionnaire dans le cadre de ce contrat, ce qui s'oppose à une propriété privée de cet ouvrage en cours de contrat, c'est une lecture exigeante de la théorie des biens de retour, une lecture qui exclut que les parties puissent déroger contractuellement au principe selon lequel les biens de retour sont propriété ab initio du concédant. Or, nous l'avons vu, cette lecture ne repose pas sur une contrainte constitutionnelle : à cet égard, il faut et il suffit de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics. En revanche, la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Constitution, comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel au terme d'une évolution jurisprudentielle marquée notamment par sa décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Elle s'applique aux collectivités territoriales (cf. la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 sur la loi relative au secteur de l'énergie). Vous l'avez d'ailleurs vous-mêmes consacrée par votre décision de section Société Borg Warner du 28 janvier 1998 (p. 20, n°138650). Certes, il peut être porté atteinte à cette liberté dans la mesure nécessaire à la satisfaction d'autres motifs d'intérêt général. Mais on peut parfaitement concevoir que des stipulations contractuelles ménagent au profit du concédant des prérogatives et garanties propres à assurer la continuité du service public, comparables à celles qu'a prévues le législateur s'agissant du domaine public. En réalité, deux éléments essentiels du régime des biens de retour doivent être préservés, au regard des exigences du service public :

- durant la concession, le maintien de l'affectation des biens au service public doit être garanti ;

- à l'expiration de la concession, les biens nécessaires au service public doivent revenir gratuitement au concédant, à la seule réserve de l'indemnisation des investissements non amortis.

Si l'évolution des techniques a pour conséquence l'obsolescence de certains biens, le contrat peut prévoir, pour ceux-ci, d'autres solutions que le retour pur et simple au concédant, par exemple leur destruction, le cas échéant aux frais du concessionnaire (cf. par exemple en ce sens CE, 5 mai 1958, Secrétaire d'Etat aux finances et aux affaires économiques<sup>12</sup>). L'essentiel est que la fin du contrat ne fasse pas obstacle à la poursuite de l'exécution du service public dans son dernier état. Dans la mesure où ces deux conditions sont réunies, il n'est pas déterminant que le bien soit regardé comme étant la propriété dès l'origine du concédant ou qu'il fasse l'objet de droits réels conférant au concessionnaire, pour la durée de la concession et dans les conditions et les limites précisées par le contrat, les prérogatives et obligations du propriétaire. Disons simplement que le régime de la propriété ab initio offre simplement, de droit, au concédant des garanties qui, dans l'autre option, doivent être prévues par le contrat. Mais ce sont ces prérogatives et garanties qui sont consubstantielles au régime des biens de retour. Donner la propriété ab initio du bien au concédant est un des moyens d'y parvenir, sans doute le plus simple, même s'il recèle une part de fiction juridique ; ce n'est pas le seul. Nous comprenons donc que, dans le silence du contrat, le concédant doit être regardé comme le propriétaire du bien ; mais nous ne voyons pas quel principe s'opposerait à ce que les parties s'accordent pour reconnaître des droits réels au concédant, sous les conditions qui ont été dites, conditions dont l'absence entacherait d'illégalité le contrat. Reste le cas des propriétés qui relèvent du domaine privé de la collectivité concernée. Aux termes de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques : « *Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.* »

L'article codifie votre jurisprudence, à ceci près que le critère de l'aménagement indispensable a succédé à celui de l'aménagement spécial. La logique est a priori implacable : dès lors que, sur une parcelle relevant initialement du domaine privé d'une personne publique, est mis en œuvre un service public, la parcelle bascule dans le domaine public (sous réserve de l'aménagement indispensable) et, par suite, il ne peut exister un droit de propriété pour l'occupant que dans les conditions et limites fixées par les dispositions précédemment évoquées. Peu importe, dans cette perspective, que le service public soit géré par une personne privée, et même que l'ouvrage qui en est le support ait été construit par cette personne.

On peut toutefois s'interroger sur bien-fondé de cette construction théorique, qui est légèrement circulaire. A partir du moment où l'on se situe sur une dépendance relevant au départ du domaine privé, et qui ne nécessitait donc pas une protection particulière, la seule circonstance qu'y soit implanté, dans le cadre d'une concession, un ouvrage nécessaire au service public pourrait ne pas impliquer nécessairement que joue, dès le départ, et pour l'ensemble de l'emprise, le régime très protecteur de la domanialité publique, dès lors que le contrat prévoit des garanties suffisantes. Pour le dire autrement, il nous semble que les dispositions de l'article L. 2111-1 pourraient être interprétées comme n'excluant pas que soit implanté sur un terrain relevant du domaine privé d'une collectivité un ouvrage édifié par une personne privée qui en conserverait la propriété durant la concession, alors même que cet ouvrage serait nécessaire au service public. Évidemment, à la fin de la concession, le retour du

bien dans la propriété du concédant ferait basculer l'ensemble dans le domaine public. Quoi qu'il en soit, et même si vous ne nous suiviez pas sur ce dernier point, nous vous invitons donc à faire évoluer votre jurisprudence pour admettre que des biens de retour puissent, si les parties le souhaitent, faire l'objet d'une appropriation privative temporaire, soit dans le cadre fixé par le législateur pour les ouvrages implantés sur une propriété publique, soit par voie contractuelle pour les autres biens, sous réserve que la nature et l'usage des droits réels dont est titulaire le concessionnaire ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public, ce qui implique notamment la faculté, pour la personne publique, de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée. Cet assouplissement est possible. Il nous semble souhaitable, dans la mesure où la problématique du financement des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public ne se cantonne pas au cas de ceux qui sont implantés sur le domaine public. Dans cette perspective, l'affirmation selon laquelle le concédant devrait systématiquement être regardé comme le propriétaire ab initio du bien de retour pourrait, en certains cas, sous couvert de le protéger, le pénaliser, en renchérissant le coût du financement de l'installation. Est-ce à dire que l'on pourrait, sans inconvénient, aller au-delà et admettre le basculement dans la catégorie des biens de reprises des installations nécessaires au service public, à la seule condition que de telles stipulations soient prévues ? Nous ne le pensons pas. Il est vrai que le régime des biens de reprise peut aboutir à des résultats a priori comparables pour la collectivité concédante. Comme le relevait le professeur Sestier dans son commentaire de l'avis de 2005, à partir du moment où le rachat des biens par la personne publique est soumis à la seule manifestation de volonté de cette dernière, le concédant est maître du jeu. De plus, en fin de contrat, si les biens ont été amortis, la reprise peut être gratuite ou quasi-gratuite. Toutefois, en passant du régime des biens de retour à celui des biens de reprise, on passe d'un système dans lequel, par principe, les biens doivent revenir gratuitement à la collectivité, sous réserve qu'ils aient été amortis, à un système dans lequel les conditions de rachat sont librement fixées par les parties, sans garde-fou autre que l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités.

En d'autres termes, permettre de qualifier un bien nécessaire au service public de bien de reprise peut soumettre aux aléas des négociations contractuelles le coût de rachat de biens qui auront été amortis (et donc financés par l'usager), et dont la collectivité, par définition, ne pourra pas se passer, sauf à interrompre le fonctionnement du service. La position des collectivités publiques, du moins de certaines d'entre elles, pourrait s'en trouver fragilisée. Les commentateurs critiques de l'avis de 2005 reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes que celui-ci peut « renforcer, en cours de négociation du contrat, la position des collectivités locales réputées faibles, face à des puissances économiques oligopolistiques. » Reconnaître au concessionnaire des droits réels temporaires sur les biens nécessaires au fonctionnement du service public constitue une soupape ; admettre qu'ils puissent être qualifiés de biens de reprise et faire l'objet d'un rachat va au-delà de ce qui est nécessaire et soulève des difficultés conceptuelles et pratiques qui nous conduisent à écarter, sur ce point, toute remise en cause de l'avis de 2005. Nous vous invitons donc à confirmer que de tels biens doivent être regardés comme des biens de retour. Vous pourrez également saisir cette occasion pour rappeler qu'en revanche nul texte ou principe ne s'oppose à ce que les parties décident d'inclure dans la catégorie des biens de retour des biens qui ne seraient pas nécessaires, mais simplement utiles, au fonctionnement du service public. Là, la liberté contractuelle ne rencontre pas d'obstacle : vous avez d'ailleurs déjà jugé que des biens qui n'ont pas été affectés en pratique au service public ou dont l'affectation a cessé avant la fin de la

concession peuvent se voir reconnaître la qualité de biens de retour si le contrat le prévoit (CE, 13 avril 1985, Gaz de France c/ Ville de Nice, n° 45966, CJEG 1986.7).

\* \* \*

La problématique des biens de retour comporte un second volet, qui a trait aux conditions de l'éventuelle indemnisation de leur valeur non amortie à l'issue du contrat. Comme nous vous l'avons déjà indiqué en concluant sur la même affaire voici quelques mois devant votre section du contentieux, vous n'êtes pas tenus de vous pencher sur cette délicate question pour statuer sur le pourvoi dont vous êtes saisis, même si une prise de position de votre part est, semble-t-il, très attendue, notamment dans le secteur des remontées mécaniques. Nous vous en dirons donc quelques mots. Commençons, sur ce point, par rappeler les grandes lignes du régime comptable et fiscal applicable à l'amortissement des biens de retour.

Depuis l'intervention d'un règlement du 12 décembre 2002 du Comité de la réglementation comptable, qui a modifié diverses dispositions du plan comptable général (PCG), les entreprises arrêtent désormais le plan d'amortissement de leurs actifs selon le rythme de consommation des avantages économiques attendus en fonction de leur utilisation probable (cf. l'article 322-1 du PCG). Les immobilisations faisant l'objet d'une concession ne sont pas expressément exclues du champ d'application de cet article. Toutefois, en ce qui les concerne, il existe des règles spécifiques, qui figurent à l'article 393-1 du PCG. Le Conseil national de la comptabilité estime donc que les concessions sont hors champ du règlement du 12 décembre 2002. De fait, le texte spécial doit être regardé comme dérogeant au texte général et, en pratique, les entreprises concessionnaires utilisent, semble-t-il, le plan comptable de 1975 qui leur est propre, avec un amortissement selon les usages de la profession. Outre l'amortissement comptable, une entreprise concessionnaire peut pratiquer un amortissement de nature financière dit « amortissement de caducité », dès lors qu'elle est « dans l'obligation de détruire ou abandonner sans indemnité ses équipements et installations à la collectivité concédante à l'expiration de la durée de la concession » (cf. par exemple CE, 22 octobre 1990, Société « Compagnie parisienne de chauffage urbain », T.). L'amortissement de caducité a pour objet de permettre la reconstitution des capitaux investis (capitaux propres et emprunts) sur la durée prévue de la concession. Créé par une instruction administrative du 31 janvier 1928, il a été rapidement entériné par votre jurisprudence fiscale (CE, 31 juillet 1942, Société X, p. 241). Il n'est pas autorisé dès lors que le contrat prévoit une indemnisation de la valeur non amortie des biens en fin de contrat (CE, 14 janvier 2008, Société Sogeparc France, n° 297541, T.). Lorsque l'immobilisation est renouvelable, elle peut donner lieu à une provision pour renouvellement, mais qui, fiscalement, ne peut se cumuler avec l'amortissement de caducité (CE, 16 mars 1977, SARL X, p. 140). Ceci étant, dans quelles hypothèses des biens de retour peuvent-ils donner lieu à indemnisation ?

Depuis l'intervention de la loi « Sapin », la durée des délégations de service public est encadrée : elle est « déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. »

Vous avez jugé, par une décision Société Maison Comba du 11 août 2009 (n° 303517, T.), que « la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par

*une collectivité délégante, peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements.* » Vous avez donc considéré que les parties pouvaient raisonner en termes d'amortissement économique.

Il existe donc une marge de manœuvre pour les parties et le système est conçu de telle sorte que la durée du contrat permette d'amortir l'intégralité du coût de l'investissement initial et de dégager un bénéfice raisonnable pour le concessionnaire, avec un retour gratuit du bien en fin de concession, et ceci alors même qu'il y aurait eu, en cours de concession, des investissements de renouvellement, qui sont normalement à la charge du délégataire, comme le rappelle d'ailleurs l'avis de 2005. Il ne peut alors y avoir ni indemnisation, ni a fortiori « rachat », d'installations déjà intégralement financées par les usagers (avec le concours éventuel de la collectivité). Le principe de gratuité des biens de retour, s'agissant de contrats qui viennent à leur terme, ne peut céder, à notre sens, que dans deux hypothèses.

La première est celle où les parties se seraient volontairement accordées sur une durée du contrat inférieure à celle permettant d'amortir les biens. On en trouve des illustrations dans votre jurisprudence (cf. par exemple la décision Société Sogeparc France du 14 janvier 2008 déjà mentionnée). Vous avez tout récemment jugé que si les dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT « *limitent la durée de la convention et imposent qu'elle tienne compte, pour la déterminer, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser, elles n'interdisent pas, par principe, que cette durée puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés et ne font pas obstacle au droit du délégataire d'être indemnisé à hauteur des investissements non amortis à l'issue du contrat* » ; une convention peut donc légalement prévoir une indemnisation à ce titre (CE, 4 juillet 2012, Communauté d'agglomération de Chartres Métropole, n°352417, à mentionner aux tables).

La seconde hypothèse est celle où auraient été mis à la charge du concessionnaire, en cours de contrat, des investissements nouveaux non prévus initialement, sans modification de la durée de la concession. C'est une configuration qui peut survenir dans le droit commun des délégations de service public, puisque les conditions mises par la loi « Sapin » à une éventuelle prolongation de la durée d'une délégation de service public sont très strictes : il faut que le délégataire soit « *contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive.* » On doit cependant garder à l'esprit qu'un nouvel investissement ne peut être demandé au concessionnaire s'il révèle une modification de l'objet de la concession ou de l'un de ses éléments essentiels, de nature à remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale. Le cas est également prévu pour les remontées mécaniques par l'article L. 342-3 du code du tourisme.

Par ailleurs, la résiliation anticipée d'une concession pour motif d'intérêt général ouvre droit en principe à indemnisation de la valeur non amortie des investissements (cf. notamment CE, 5 juillet 1967, Commune de Donville-les-Bains c/Société générale technique, p. 297, n°60931 ; CE 31 juillet 1996, Société des

téléphériques du massif du Mont-Blanc, p. 33, n°126594). Ce droit joue d'ailleurs aussi en cas de résiliation pour faute, afin d'éviter un enrichissement sans cause du concédant (CE, 20 mars 1957, Société des établissements thermaux, hôtels, casino et grottes d'Ussat-les-Bains, p. 182). Dans ces différents cas de figure, comment calculer la valeur non amortie des biens ? L'avis de 2005 de la section des travaux publics indique que les investissements nouveaux « *peuvent être compensés par une subvention d'exploitation ou par le versement d'une indemnité au délégataire. Dans ce cas, et sauf faute de l'autorité délégante ou stipulation contraire de la convention, l'indemnisation du délégataire par le délégant en fin de délégation ne peut couvrir que le coût des investissements non amortis évalués à leur valeur nette comptable, sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à leur valeur réelle.* » La même règle est affirmée s'agissant d'une résiliation pour motif d'intérêt général. La mention « *sauf stipulation contraire de la convention* » semble ouvrir aux parties la possibilité de déroger à la règle ainsi posée, mais la portée exacte de cette réserve a donné lieu à des interprétations divergentes. L'avis est muet sur le cas de la convention dont la durée serait inférieure à la durée normale d'amortissement des biens de la concession. Convient-il de fixer une règle générale, en prévoyant que, dans tous les cas de figure, l'indemnisation doit être fixée à la valeur nette comptable, sans que les parties puissent y déroger (position adoptée par le tribunal administratif de Grenoble dans un jugement remarqué du 27 mars 2012).

Dans le silence du contrat, en cas de résiliation anticipée, et lorsque la durée de la concession n'est pas plus longue que la durée de l'amortissement comptable des immobilisations, la logique plaide, a priori, pour l'application de la règle de la valeur nette comptable telle qu'elle figure au bilan, puisque, par ailleurs, le manque à gagner doit être indemnisé. En effet, « *retenir un mode de calcul de l'indemnité qui reposerait sur un amortissement économique reviendrait à indemniser le gain manqué deux fois (puisque) l'amortissement économique tient compte du bénéfice attendu par le délégataire.* »<sup>19</sup> La valeur nette comptable est donc un outil a priori pertinent, sous réserve, peut-être, des incidences d'une politique d'amortissement accéléré ou retardé. Si la durée de la concession est inférieure à la durée d'amortissement comptable des immobilisations, le concessionnaire a logiquement procédé à des amortissements de caducité. La valeur économique du bien est ainsi égale à zéro en fin de contrat. En cas de résiliation anticipée, et pour parvenir à une indemnisation représentative de la valeur économique résiduelle, il suffit donc de calculer la valeur nette comptable des installations à la date de la résiliation si celles-ci avaient été amorties non sur leur durée d'utilisation mais sur la durée de la concession.

Pour prendre un exemple chiffré. Une concession est conclue pour 20 ans avec des installations d'une valeur de 3000 dont la durée d'utilisation comptable est de 30 ans. L'amortissement comptable est donc de 100 par an, auxquels s'ajoutent normalement 50 d'amortissement de caducité, pour parvenir à une valeur zéro au terme du contrat. Celui-ci est résilié au bout de 15 ans. A cette date, le concessionnaire aura pratiqué 1500 d'amortissement comptable (100 x 15) et 750 d'amortissement de caducité (50 x 15). La valeur économique résiduelle sera de 750 (3000 - 1500 - 750). On parvient au même résultat si on procède au calcul de la valeur nette comptable en prenant comme base la durée de la concession (3000 : 20 donnent 150 d'amortissement annuel, soit 2250 au bout de 15 ans). La méthode neutralise l'amortissement de caducité et, le cas échéant, les provisions pour renouvellement. La situation se complique un peu dans le cas d'investissements nouveaux en cours de concession, non prévus initialement. Le problème peut être partiellement traité par le jeu des amortissements de caducité. Mais on peut aussi concevoir qu'un

avenant prévoit une indemnisation, faisant alors obstacle à de tels amortissements. En une telle hypothèse, imposer systématiquement aux parties de ne prévoir une indemnisation des biens non amortis qu'à leur seule valeur nette comptable pourrait être pénalisant pour le concessionnaire, puisque cette indemnisation ne tiendrait pas compte de leur coût de financement, non plus que de la nécessité pour l'entreprise de couvrir ses charges et de réaliser un bénéfice raisonnable. Des investissements nouveaux peuvent modifier l'équation économique d'une concession dans des conditions qui ne peuvent être rétablies par la seule approche comptable. La question se présente de la même façon pour les concessions qui seraient conclues pour des durées ne permettant pas un amortissement économique des investissements ; l'indemnisation en fin de contrat prévue par les parties doit pouvoir s'écarter de la notion de valeur nette comptable. Compte tenu des éléments que nous avons évoqués, pourrait être retenue la logique suivante. Dans le silence du contrat, il y aurait une règle supplétive, celle de l'indemnisation des biens non amortis à leur valeur nette comptable. Cette valeur nette comptable est celle qui apparaît au bilan de l'entreprise concessionnaire lorsque la durée de l'amortissement comptable n'est pas supérieure à la durée de la concession. Si elle lui est supérieure, il convient alors de prendre comme base de calcul la valeur nette recalculée sur la durée de la concession. La règle supplétive ainsi définie ne pourrait être écartée que s'il était établi par l'une des parties que le montant résultant de son application ne coïncide pas avec le préjudice réellement subi par le concessionnaire du fait du retour anticipé du bien dans le patrimoine de la collectivité.

Si les parties ont, en revanche, entendu fixer contractuellement les conditions d'indemnisation du concessionnaire lorsqu'au terme de la concession, prévu ou anticipé, tous les investissements n'ont pas été amortis, les stipulations de la convention devraient pouvoir écarter l'application de la règle supplétive. Elles devraient pouvoir le faire, déjà, parce que le mode de calcul selon la valeur nette comptable peut, en certains cas, ne pas rendre compte de façon satisfaisante du préjudice subi. Elles devraient pouvoir le faire, en outre, dans le cadre que vous avez tracé par votre décision du 4 mai 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan (n° 334280, à publier au recueil), à propos de la résiliation d'une concession pour motif d'intérêt général : l'étendue et les modalités de l'indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations contractuelles, « sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ». Il ne s'agit évidemment pas d'indemniser deux fois le même préjudice ni de consentir une libéralité au cocontractant, mais d'ouvrir aux parties la possibilité d'une approche globale, permettant de moduler tel ou tel chef de préjudice pour tenir compte des éventuelles contreparties et de l'équilibre d'ensemble.

\* \* \*

Il est temps d'en venir à l'examen du pourvoi. Commençons par la première partie de l'arrêt, celle portant sur l'interprétation de la convention. L'article 22 du cahier des charges, relatif à la reprise des installations en fin de concession, comporte d'abord un premier alinéa ainsi rédigé : « A l'époque fixée pour l'expiration de la concession, la commune sera, moyennant un préavis de deux ans, subrogée aux droits du concessionnaire et prendra possession de tous les immeubles et ouvrages de la distribution et de ses dépendances. » Les stipulations du deuxième alinéa précisent que « les sous-stations et postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique ainsi que les canalisations et branchements faisant partie de la concession lui seront remis

gratuitement », sauf à verser une indemnité pour la part non amortie du coût de ces installations. Le troisième alinéa concerne les biens de reprise, c'est-à-dire « le mobilier et les approvisionnements ». Selon l'arrêt attaqué, il résulte de ces stipulations que constituent des biens de retour « les immeubles et ouvrages (...) qui sont affectés à l'activité de distribution concédée ainsi que leurs dépendances », notamment les immeubles mentionnés au deuxième alinéa. En ce qui concerne les autres immeubles, constituent des biens de retour ceux qui sont « indispensables à l'exploitation constituée par l'activité de distribution. » La cour a donc estimé que le tribunal administratif avait interprété à tort l'article 22 comme conférant la qualité de biens de retour à tous les immeubles et ouvrages accessoires au service de la distribution, et notamment aux immeubles de bureaux et aux logements accessoires aux contrats de travail des agents. Ainsi que cela ressort du dispositif de l'arrêt, ceci ne signifie pas qu'aucun immeuble de bureaux ou de logement ne pourrait être qualifié de biens de retour ; ceux indispensables à l'exploitation peuvent recevoir une telle qualification. La grille de lecture retenue par l'arrêt, qui est suffisamment motivé, ne méconnaît pas les principes que nous vous proposons de consacrer : en l'absence de mention explicite, dans le contrat, sur le sort des logements et des bureaux, elle a logiquement interprété la commune intention des parties comme ayant entendu classer parmi les biens de retour ceux nécessaires à l'exploitation du service de distribution. On peut, il est vrai, s'interroger sur un point. En subordonnant la qualité de biens de retour, s'agissant des immeubles et ouvrages autres que ceux affectés à l'activité de distribution, à la condition tenant à ce qu'ils soient, non pas « nécessaires », mais « indispensables » à l'exploitation, la cour ne s'est-elle pas montrée exagérément restrictive ?

Ce serait le cas si vous deviez estimer qu'il existe une gradation entre la notion de bien nécessaire et celle de bien indispensable. Telle n'est pas notre analyse : dans le contexte particulier des concessions de service public, nécessaire ou indispensable nous paraissent des notions équivalentes, et donc interchangeables. Il vous arrive d'ailleurs de les utiliser indifféremment (cf. par exemple CE, 29 juillet 1983, Société anonyme « Union thermale pyrénéenne », n° 34710). Doit être écarté le parallèle avec le nouveau régime de la domanialité publique, qui prévoit désormais que font partie du domaine public, s'agissant des biens affectés à un service public, ceux qui font « l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

Cette nouvelle rédaction ne s'oppose pas à l'aménagement nécessaire, mais au critère antérieur de l'aménagement spécial, qui relève d'une autre logique. La cour n'a donc pas entendu juger que des biens qui seraient nécessaires mais non indispensables à l'exploitation n'auraient pas la qualité de biens de retour. Pour le reste, l'interprétation des termes de la convention relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, et ne nous paraît pas entachée de dénaturation. La cour a, en particulier, estimé que la commune intention des parties ne pouvait être interprétée en s'inspirant des dispositions du décret du 15 octobre 1947 déterminant, pour l'application de la loi du 8 avril 1946, la nature des éléments d'actifs affectés à la production, au transport ou à la distribution de l'électricité et du gaz. Cette affirmation est logique, puisque la convention lui est antérieure d'un quart de siècle. En tout état de cause, une disposition réglementaire relative au sort des actifs transférés en cours de contrat d'un concessionnaire au suivant n'emporte pas de conséquence automatique sur la qualification des biens. La cour n'est cependant pas allée au bout de son office. Ce qui lui était demandé, c'était certes d'interpréter l'article 22 de la convention, mais c'était aussi de se prononcer sur la qualification d'une liste de biens, ceux précisément qu'EDF aurait été bien aise de pouvoir aliéner. Un recours en interprétation, selon une jurisprudence

constante, peut permettre d'obtenir du juge une réponse à une question de qualification (cf. pour une illustration récente CE, 9 juillet 2010, Mme L..., n°313989 ). En ne répondant pas à l'ensemble des conclusions dont elle était saisie, la cour a entaché son arrêt d'irrégularité, et vous devrez le censurer dans cette mesure, non pas totalement, mais en tant seulement qu'il ne se prononce pas sur le sort des immeubles concernés. Vous lui renverrez dans cette mesure le jugement de l'affaire.

\* \* \*

Venons-en à la seconde partie de l'arrêt, celle relative à l'inventaire des biens de la concession.

Le tribunal administratif s'était fondé sur les dispositions de l'article L. 2224-31 du CGCT, aux termes desquelles les collectivités territoriales, en tant qu'autorités concédantes de la distribution d'électricité, « assurent le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz » et désignent à cette fin « un agent du contrôle distinct du gestionnaire du réseau public de distribution » ; le texte prévoit également que « chaque organisme de distribution d'électricité et de gaz tient à la disposition de chacune des autorités concédantes précitées dont il dépend les informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique utiles à l'exercice des compétences de celle-ci. » Le tribunal en a déduit qu'ERDF devait « au minimum tenir à disposition de la collectivité concédante, au titre des informations techniques utiles à l'exercice de son contrôle, un inventaire annuel physique détaillé de l'ensemble des biens, mobiliers et immobiliers, utilisés pour le service de la distribution électrique sur le territoire de cette collectivité, afin de permettre notamment à celle-ci d'apprécier le caractère de bien de retour, de bien de reprise ou de bien propre de ces biens au regard des clauses du contrat. » Ceci sans préjudice de l'obligation expressément prévue par la loi de communiquer « chaque année la valeur brute, la valeur nette comptable et la valeur de remplacement des ouvrages concédés », obligation ne concernant, selon le jugement, que les biens de retour.

La cour a, au contraire, refusé de déduire des termes de l'article L. 2234-1 l'obligation consistant à tenir à la disposition du concédant un inventaire annuel, faute de disposition expresse en ce sens. Elle a jugé, en outre, que la commune ne pouvait se prévaloir des règles générales applicables aux délégations de service public, issues de la loi « Sapin » et codifiées aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT. Le délégataire a bien l'obligation, sur le fondement de ces dispositions et de leurs textes d'application, de communiquer un rapport annuel comprenant notamment un inventaire des biens de retour et des biens de reprise ; mais l'article L. 1411-12 dispose que les articles précédents ne s'appliquent pas lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise. Nous vous invitons à annuler l'arrêt de la cour sur ce point également.

Si une large partie de la doctrine estime que le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant fait partie des règles générales applicables aux contrats administratifs, même en l'absence de stipulations explicites en ce sens, vous n'avez jamais, pour votre part, consacré de façon générale un tel principe. Et, à vrai dire, contrairement au pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale, il s'y prête mal, car la notion de contrôle n'est pas univoque. Elle peut recouvrir la simple surveillance exercée sur le cocontractant, qui ne prête guère à contestation, mais aussi englober un pouvoir de direction, voire d'approbation préalable des actes du cocontractant<sup>20</sup>. Or une partie de ces prérogatives ne peut exister sans texte (cf., pour l'absence de pouvoir d'agrément préalable, CE, 3 avril 1925, Ville de Mascara, p. 382). Affirmer l'existence d'un pouvoir général de contrôle

aussi polysémique serait donc hasardeux. En revanche, dans le cadre d'une concession de service public, dès lors que les ouvrages construits par le concessionnaire reviennent obligatoirement et, en principe, gratuitement au concédant à la fin de la concession, nous n'avons pas beaucoup d'hésitation à vous proposer de juger qu'il entre dans les prérogatives du concédant d'obtenir, avant même le terme de la concession, s'il l'estime utile, un inventaire des biens utilisés par le concessionnaire dans le cadre de la convention.

Une telle prérogative, justifiée par la nécessité d'éviter que le concessionnaire ne puisse distraire de la concession des biens qui lui sont directement liés et qui ont été financés par l'usager, doit exister, selon nous, même en l'absence de disposition législative explicite ou de stipulations en ce sens dans le contrat. En l'absence de texte, il ne s'agit évidemment pas d'une prérogative qui peut être exercée toutes les semaines : il revient au juge du contrat d'en vérifier l'utilité. Mais une loi peut en préciser les modalités d'application. Tel est le cas en l'espèce avec l'article L. 2224-31 du CGCT. Si on interprète ces dispositions à la lumière du principe que nous vous invitons à dégager, on parvient à la solution retenue par le tribunal administratif. Quoi qu'il en soit, en rejetant les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à ERDF de procéder à l'inventaire des biens de la concession au motif que l'article L. 2224-31 ne prévoit pas explicitement une telle possibilité, la cour a, selon nous, entaché son arrêt d'erreur de droit. Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant, d'une part, qu'il ne statue pas sur les conclusions tendant à ce que le juge se prononce sur la qualification des immeubles de bureau et de logement litigieux et, d'autre part, qu'il rejette les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la société ERDF de dresser un inventaire physique individualisé des biens de l'exploitation, à ce que soit mis à la charge d'ERDF le versement à la commune de Douai d'une somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées au même titre par ERDF.

**Référence 4 :** CE, Ass., 21 décembre 2012, Soc. ERDF, n° 342788.

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un contrat de concession du 17 décembre 1923, la commune de Douai a concédé le service public de distribution d'électricité sur son territoire à la société Saint-Quentinoise d'Eclairage ; que le contrat de concession a été transféré à la société Electricité de France en application de la loi du 8 avril 1946 portant nationalisation et création d'un monopole pour le transport et la distribution de l'électricité en France, puis à la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) ; que les parties ont poursuivi l'exécution de ce contrat après son arrivée à échéance le 9 janvier 1964 ; qu'à la suite d'un différend sur les biens affectés à la concession, la commune a saisi le tribunal administratif de Lille de demandes tendant, d'une part, à ce qu'il soit enjoint à la société ERDF de lui fournir un inventaire des biens de la concession situés sur le territoire de la commune et, d'autre part, à l'interprétation du cahier des charges du contrat de concession sur la nature des biens accessoires au service public de la distribution électrique ; que, par un jugement du 6 juin 2008, le tribunal a fait droit à la demande d'injonction de la commune et, interprétant l'article 22 du cahier des charges du contrat de concession, a jugé que les biens litigieux devaient être qualifiés de biens de retour ; que, par un arrêt du 30 juin 2010 contre lequel la commune de Douai se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Douai a annulé ce jugement ; Sur les règles applicables aux biens de la concession : 2. Considérant, en premier lieu, que, dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux

mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique ;

3. Considérant, d'une part, que, lorsque des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, et ainsi constitutifs d'aménagements indispensables à l'exécution des missions de ce service, sont établis sur la propriété d'une personne publique, ils relèvent de ce fait du régime de la domanialité publique ; que la faculté offerte aux parties au contrat d'en disposer autrement ne peut s'exercer, en ce qui concerne les droits réels dont peut bénéficier le cocontractant sur le domaine public, que selon les modalités et dans les limites définies aux articles L. 2122-6 à L. 2122-14 du code général de la propriété des personnes publiques ou aux articles L. 1311-2 à L. 1311-8 du code général des collectivités territoriales et à condition que la nature et l'usage des droits consentis ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public ;

4. Considérant, d'autre part, que le contrat peut attribuer au délégataire ou au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée ;

5. Considérant qu'en outre, les biens qui n'ont pas été remis par le délégant au délégataire en vue de leur gestion par celui-ci et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont la propriété du délégataire, à moins que les parties n'en disposent autrement ;

6. Considérant, en deuxième lieu, qu'à l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application des principes énoncés ci-dessus, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci gratuitement, sous réserve des clauses contractuelles permettant à la personne publique, dans les conditions qu'elles déterminent, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public ; que le contrat qui accorde au délégataire ou concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique, ou certains droits réels sur ces biens, ne peut, sous les mêmes réserves, faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de délégation ;

7. Considérant, par ailleurs, que les parties peuvent convenir d'une faculté de reprise par la personne publique, à l'expiration de la délégation ou de la concession, et moyennant un prix, des biens appartenant au délégataire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service ; que, toutefois, aucun principe ni aucune règle ne fait obstacle, s'agissant de ces biens susceptibles d'une reprise, à ce que le contrat prévoit également leur retour gratuit à la personne publique au terme de la délégation ;

8. Considérant, enfin, que lorsque la personne publique résilie la convention avant son terme normal, le délégataire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis ; que lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan ; que, dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure

à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat ; que si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus ;

Sur l'arrêt en tant qu'il se prononce sur les biens de la concession :

9. Considérant qu'interprétant le cahier des charges de la concession, la cour administrative d'appel a déclaré que " les immeubles et ouvrages affectés à l'activité de distribution concédée ainsi que leurs dépendances constituent des biens de retour dont font partie les sous-stations et postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique ainsi que les canalisations et branchements ", les autres immeubles constituant des biens de retour " sous réserve qu'ils soient indispensables à l'exploitation constituée par l'activité de distribution " ; qu'elle n'a ainsi, par une motivation suffisante, ni méconnu les principes énoncés ci-dessus, ni inexactement qualifié de biens de retour, outre les sous-stations, les postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique et les canalisations et branchements, expressément inclus dans cette catégorie par le deuxième alinéa de l'article 22 du cahier des charges, les immeubles nécessaires au fonctionnement du service concédé à un moment quelconque de l'exécution de la convention ; qu'en écartant comme inopérantes, pour l'interprétation du cahier des charges, eu égard, expressément, à la date de celui-ci, les dispositions postérieures du décret du 15 octobre 1947 déterminant aux fins d'application de l'article 15 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 la nature des éléments d'actifs affectés à la production, au transport ou à la distribution de l'électricité et du gaz, la cour administrative d'appel, contrairement à ce que soutient la commune de Douai, a nécessairement, par une motivation suffisante, et sans erreur de droit, interprété à la date de leur conclusion les stipulations contractuelles relatives à la nature des biens de la concession ; que l'interprétation qu'elle en a faite, étant exempte de dénaturation, n'est pas susceptible d'être contestée en cassation ;

10. Considérant, toutefois, qu'il résulte des termes mêmes de l'article 2 de son arrêt que la cour administrative d'appel de Douai, après avoir annulé le jugement du tribunal administratif de Lille du 6 juin 2008, si elle a précisé le critère permettant d'apprécier la nature des biens de la concession au regard du contrat, s'est abstenue de qualifier elle-même les biens autres que les sous-stations, les postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique, les canalisations et les branchements ; qu'elle a ainsi omis de se prononcer sur une partie des conclusions en interprétation dont elle était saisie et a de ce fait entaché son arrêt d'une irrégularité ; que la commune de Douai est par suite fondée, pour ce motif, à en demander l'annulation dans cette mesure ; Sur l'arrêt en tant qu'il statue sur la demande de la commune tendant à obtenir communication de l'inventaire des ouvrages concédés :

11. Considérant qu'il résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation ; que s'agissant des concessions de distribution d'électricité ou de gaz consenties par les collectivités territoriales, l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales dispose : " (...) les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité et de gaz en application de l'article 6 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie et de l'article 36 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des

charges de ces concessions. / Les autorités concédantes précitées assurent le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz. A cette fin, elles désignent un agent du contrôle distinct du gestionnaire du réseau public de distribution. / Chaque organisme de distribution d'électricité et de gaz tient à la disposition de chacune des autorités concédantes précitées dont il dépend les informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique utiles à l'exercice des compétences de celle-ci, dans les conditions prévues par les dispositions de l'article 20 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et de l'article 9 de la loi du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie. Il communique chaque année, notamment, la valeur brute, la valeur nette comptable et la valeur de remplacement des ouvrages concédés. (...) " ; qu'il résulte de ces dispositions que le concessionnaire est tenu, pour permettre à l'autorité concédante d'exercer son contrôle sur le service public concédé, de lui communiquer, à sa demande, toutes informations utiles, notamment un inventaire précis des ouvrages de la concession, avec la détermination de leur valeur brute, de leur valeur nette comptable et de leur valeur de remplacement ; que, par suite, en jugeant que la société ERDF n'était pas tenue de communiquer à la commune de Douai un inventaire des biens de la concession, la cour a commis une erreur de droit ; que, dès lors, son arrêt doit être annulé dans cette mesure ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'arrêt de la cour administrative d'appel de Douai du 30 juin 2010 doit être annulé en tant que, d'une part, il a omis de qualifier les biens autres que les sous-stations, les postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique, les canalisations et les branchements, et d'autre part, il a annulé le jugement du tribunal administratif de Lille du 6 juin 2008 en tant qu'il a enjoint à la société ERDF de fournir à la commune de Douai un inventaire des biens de la concession situés sur son territoire ;

**Référence 5 :** CE, 7ème et 2ème ch., 14 févr. 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux, n° 4051571.

La société Sea Invest Bordeaux a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux d'une demande tendant, dans le dernier état de ses écritures, à l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, du contrat de mise en régie de la convention d'exploitation du terminal du Verdon conclu le 21 septembre 2016 entre le Grand Port Maritime de Bordeaux (GPMB) et la société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA).

Par une ordonnance n° 1604533 du 4 novembre 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a annulé ce contrat.

1° Sous le n° 405157, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 18 novembre, 3 décembre 2016 et 2 février 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la SMPA demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la requête de la société Sea Invest Bordeaux ;

2° Sous le n° 405183, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 21 novembre, 6 décembre 2016 et 6 février 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le GPMB demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la requête de la société Sea Invest Bordeaux ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code des transports ;

- la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 ;

- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;

- le code de justice administrative ;

2. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le GPMB a conclu le 19 décembre 2014 une convention de terminal avec la société Europorte pour lui confier l'exploitation du terminal du Verdon ; que de nombreuses difficultés sont intervenues dans l'exécution de cette convention, qui n'a pas reçu d'exécution ; qu'une procédure de médiation conduite pendant l'été 2016 entre les différentes parties a échoué ; que le GPMB a décidé le 21 septembre 2016 de conclure une « convention de mise en régie de la convention d'exploitation du terminal du Verdon » avec la SMPA, sous-traitante de la société Europorte ; que, saisi par la société Sea Invest Bordeaux, le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a, par une ordonnance du 4 novembre 2016, annulé la convention litigieuse ; que la SMPA et le GPMB se pourvoient en cassation contre cette ordonnance ;

Sur le cadre juridique :

3. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-13 du même code : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* » ;

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 5312-2 du code des transports : « *Dans les limites de sa circonscription, le grand port maritime veille à l'intégration des enjeux de développement durable dans le respect des règles de concurrence et est chargé, selon les modalités qu'il détermine, des missions suivantes : / 1° La réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes ; / 2° La police, la sûreté et la sécurité (...) et les missions concourant au bon fonctionnement général du port ; / 3° La gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté ; / 4° La gestion et la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels dont il est propriétaire ou qui lui sont affectés (...); / 5° La construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, notamment des bassins et terre-pleins, ainsi que des voies et terminaux de desserte terrestre, notamment ferroviaire et fluviale ; / 6° La promotion de l'offre de dessertes ferroviaires et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés ; / 7° L'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire ; / 8° Les actions concourant à la promotion générale du port* » ; qu'aux termes de l'article R. 5312-84 du même code : « *Sans préjudice des dispositions des articles 7, 8 et 9 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet*

2008 portant réforme portuaire, les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. / Ces conventions qui valent autorisation d'occuper le domaine public sont passées avec le ou les opérateurs retenus. Elles portent sur l'exploitation et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal comprenant les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liés aux navires. Elles peuvent aussi comprendre la réalisation de quais ou d'appontements pour ce terminal. Elles peuvent prévoir des objectifs de développement du trafic et des sanctions, pouvant aller jusqu'à la résiliation sans indemnité de la convention, dans le cas où ces objectifs ne seraient pas atteints. Des indicateurs de suivi permettent de définir si les objectifs fixés sont atteints » ;

5. Considérant, enfin, qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service » ;

Sur le bien-fondé de l'ordonnance attaquée :

6. Considérant que si les dispositions de l'article R. 5312-84 du code des transports cité au point 4 prévoient notamment que « les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire », cette circonstance n'est pas, en elle-même, de nature à faire entrer les conventions de terminal dans le champ d'application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que saisi d'une telle convention sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, il appartient au juge du référé contractuel de rechercher si cette convention, compte tenu de son objet et des contreparties prévues, peut être qualifiée, ainsi que le prévoit l'article L. 551-1 du même code, de « contrat administratif ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique » ;

7. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux s'est fondé sur la seule circonstance qu'une « procédure ouverte, transparente et non discriminatoire » était prévue à l'article R. 5312-84 du code des transports préalablement à l'attribution des conventions de terminal pour estimer que la « convention de mise en régie » conclue le 21 septembre 2016 entre le GPMB et la SMPA entrait dans le champ d'application matériel de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a, ce faisant, commis une erreur de droit ; que par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, la SMPA et le GPMB sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

8. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Sea Invest Bordeaux ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation du contrat :

En ce qui concerne la compétence du juge du référé contractuel :

9. Considérant que la convention de terminal conclue dans le cadre des dispositions de l'article R. 5312-84 du code des transports entre le GPMB et la société Europorte confie à cette dernière le soin de réaliser les investissements nécessaires, d'assurer la pérennité de l'exploitation et de permettre le développement de l'activité sur le site du Verdon ; qu'à cette fin, la société s'engage à investir sur le terminal, à construire et entretenir les équipements, bâtiments, outillages et terre-pleins nécessaires au maintien et au développement de l'activité portuaire, à assurer l'exploitation technique et commerciale du terminal en ayant la responsabilité des opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage des conteneurs et autres marchandises ; que cette exploitation donne lieu au versement au GPMB d'une redevance composée d'une part fixe et d'une part variable indexée sur le trafic réalisé ; qu'en contrepartie, la société attributaire se voit mettre à disposition les terrains et ouvrages nécessaires et reconnaître le droit d'exploiter le terminal, le GPMB s'engageant à assurer l'entretien des infrastructures ; qu'alors même que l'article R. 5312-84 du code des transports dispose que les conventions de terminal valent autorisation d'occuper le domaine public, la convention litigieuse doit, compte tenu des engagements réciproques des parties, être regardée non comme une simple convention d'occupation du domaine public mais comme un contrat administratif conclu pour répondre aux besoins du GPMB qui, en application de l'article L. 5312-2 du code des transports, a en charge non seulement la gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté, mais aussi la construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, ainsi que l'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire, sans pouvoir en principe, en vertu de la loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, assurer lui-même l'exploitation des outillages portuaires de manutention ; que cette convention de terminal conclue le 19 décembre 2014 avec la société Europorte a ainsi pour objet principal l'exécution, pour les besoins du GPMB, d'une prestation de services rémunérée par une contrepartie économique constituée d'un droit d'exploitation, et qui transfère au cocontractant le risque d'exploitation ; qu'elle revêt pour ces motifs le caractère d'une concession de services au sens et pour l'application de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ; qu'elle est, par suite, au nombre des contrats visés à l'article L. 551-1 du code de justice administrative et relevant de la compétence du juge du référé contractuel ;

10. Considérant qu'est cependant soumise au juge du référé contractuel non la convention de concession originelle conclue le 19 décembre 2014 avec la société Europorte, mais la « convention de mise en régie » conclue le 21 septembre 2016 avec la SMPA pour assurer l'exploitation provisoire du terminal du Verdon ; que toutefois, il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que la personne publique qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, notamment par une entreprise tierce, conformément d'ailleurs à ce que prévoit l'article 18 de la convention de terminal conclue entre le GPMB et la société Europorte ; que la « convention de mise en régie » conclue

conformément à ces règles et en application de cette stipulation par le GPMB avec la SMPA, confiée à cette société, pour une durée maximale de dix-huit mois, l'intégralité des droits et obligations issus de la convention de terminal, conclue le 19 décembre 2014 et toujours en vigueur, sous réserve des obligations incompatibles avec la nature et la durée de la « convention de mise en régie » ; que cette dernière revêt donc elle aussi le caractère d'une concession de services, laquelle est au nombre des contrats dont peut connaître le juge du référé contractuel lorsqu'il est saisi de conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

En ce qui concerne la recevabilité de la demande de référé contractuel :

11. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative : « Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours » ; qu'aux termes de l'article L. 551-15 du même code : « Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité (...) » ;

12. Considérant que l'article L. 551-14 précité du code de justice administrative, qui prévoit que le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'a pas pour effet de rendre irrecevable un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement introduit un référé précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance de la signature du contrat lorsque, s'agissant d'un contrat administratif rentrant dans le champ d'application matériel de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le pouvoir adjudicateur n'a pas fait application des dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15 du même code et n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat, ni observé un délai de onze jours entre cette publication et la conclusion du contrat ;

13. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le GPMB n'a pas rendu publique son intention de conclure une « convention de mise en régie » de la convention d'exploitation du terminal du Verdon ; que, par suite, la société Sea Invest Bordeaux est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande tendant à l'annulation de cette convention ;

En ce qui concerne le manquement invoqué :

14. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat » ; que la société Sea Invest Bordeaux demande l'annulation de la convention litigieuse sur le fondement du premier alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, au motif que le GPMB n'aurait pas procédé aux mesures de publicité requises par l'article R. 5312-84 du code des transports ;

15. Considérant qu'en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de services ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance ;

16. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, d'une part, le GPMB a été placé dans une situation urgente du fait de la défaillance de son cocontractant et de l'échec de la médiation organisée par le ministre chargé des transports, empêchant toute exploitation du terminal du Verdon ; que, d'autre part, il justifie d'un motif d'intérêt général tenant notamment à la continuité du service, le transit portuaire s'effectuant actuellement par le terminal de Bassens lequel ne permet pas d'accueillir des navires d'un tonnage conforme aux attentes des grands opérateurs maritimes, ainsi qu'à la nécessité d'honorer les contrats conclus avec des compagnies de transport maritime ; qu'enfin, la convention entre le GPMB et la SMPA n'a été conclue qu'à titre provisoire pour pallier la défaillance de la société Europorte dans l'attente de la désignation d'un nouveau titulaire de la convention de terminal ; qu'elle doit ainsi prendre fin avec la désignation par le GPMB, au plus tard dix-huit mois après l'entrée en vigueur de la mise en régie, du nouveau titulaire de la convention de terminal à l'issue d'une nouvelle procédure de mise en concurrence mise en œuvre conformément aux dispositions du code des transports ; que, par suite, dans les circonstances particulières de l'espèce, le GPMB n'était pas tenu de procéder à des mesures de publicité pour la passation d'une telle convention ; que, dans ces conditions, la société Sea Invest Bordeaux n'est pas fondée à demander l'annulation de la convention de terminal litigieuse sur le fondement du premier alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative au motif tiré de l'absence de mesures de publicité (rejet) ;