

UNIVERSITÉ PARIS-PANTHÉON-ASSAS

Année universitaire 2022-2023

Master 1, Droit des collectivités territoriales

DROIT DU SERVICE PUBLIC

Cours de M. le Professeur Gilles J. GUGLIELMI

Équipe pédagogique : M. Antoine PRÉTOT

Fiche n° 6 LES CONTRATS DE SERVICE PUBLIC

I) Plan et documents reproduits

I. Le libre choix du mode de gestion

Document 1 : CE 4 mai 1906, *Babin*, n° 10206, concl. Romieu (extraits)

Document 2 : Conseil Constitutionnel, n° 2011-146 QPC, 8 juillet 2011, *Département des Landes*

Document 3 : Directive 2014/23/UE, Article 2, Principe de libre administration par les pouvoirs publics

II. L'identification de la convention de délégation de service public

Document 4 : CE 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 168325

Document 5 : CE 21 septembre 2016, *Sté du Grand Dijon et Sté Kéolis*, n° 399656

Document 6 : CE 3 mai 2004, *Fondation Assistance aux animaux*, n° 249832

Document 7 : CE 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736

III. Les principaux contrats

Document 8 : Code de la commande publique (extraits)

Document 9 : CE, Sect., 18 oct. 2018, *Électricité de Tahiti [EDT Engie]*, n° 420097

Document 10 : CE Sect. 16 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, n° 51022

Document 11 : CE 21 octobre 1985, *Société de transports automobiles Michel Delattre*, n° 51907

Document 12 : CE Sect. 7 avril 1999, *Cne de Guilhaud-Granges*, n° 156008

Document 13 : Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Article 67

Document 14 : Étude d'impact de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, « Unification des PPP autour du marché de partenariat », pp. 58 et s.

IV. Focus sur l'exemple des autoroutes

Document 15 : Article L. 122-4 du Code de la voirie routière

Document 16 : Trib. confl., 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot*, n° 01804

Document 17 : CE, avis, 6 juillet 1994, *SANEF*, n° 156708

Document 18 : CE, avis, 16 septembre 1999, *Société Bouygues et autres*, n° 362908

Document 19 : CE, avis, 16 mai 2002, n°366305

Document 20 : CE, sect., 27 septembre 2006, *Bayrou*, n° 290716

Document 21 : Trib. confl., 9 mars 2015, *Mme Rispal c. Société ASF*, n° C3984

Document 21 : CE, 30 avril 2019, *Société Total Marketing Service*, n° 426698

II) Préparation (au choix) :

Dissertation: Le critère du risque dans les concessions

Cas pratique

La maire de Cordillère-sur-Andes, petite commune de 1 000 habitants, est une femme de parole. Après sa large victoire aux élections municipales, elle souhaite mettre en œuvre la mesure phare de son programme : ouvrir un parc de lamas et d'alpacas à Cordillère-sur-Andes. Elle estime que ce projet est une priorité, tant il permettrait de développer l'activité économique de la ville ainsi que de proposer des activités éducatives et sportives aux enfants de la commune et des environs. La flotte de tondeuses à gazon de la commune se faisant vieillissante, la maire considère également que cette activité devrait soulager les finances municipales qui sont au plus mal en évitant d'avoir à renouveler la flotte de tondeuses.

Bien que cela ne l'inquiète pas trop, elle sait que l'entreprise Kowalski qui exploite une ferme pédagogique de pingouins dans la commune voisine de Banquise-sur-glaçons ne voit pas cette initiative d'un bon œil. L'entreprise considère que le parc de lamas et d'alpacas pourrait être de nature à concurrencer son juteux business.

La maire de Cordillère-sur-Andes est en réalité plus inquiète sur les modalités de réalisation de son projet. Une autre de ses promesses de campagne était d'adopter une stricte sobriété budgétaire. Elle a conscience que l'état des finances publiques de la commune et le manque de personnel municipal qualifié rendent difficiles la construction et l'exploitation de ce parc. Il y a quelques années, elle avait lu dans les journaux que le Parc zoologique de Paris avait été rénové par la mise en place d'un partenariat public-privé mais elle n'est pas sûre que ce modèle soit transposable à son projet.

Vous êtes directeur général des services de la commune de Cordillère-sur-Andes et la maire vous interroge sur la faisabilité de ce projet et sur ses modalités optimales de réalisation et d'exploitation.

III) Pour approfondir

- ANTIPPAS J., « Regards comparatistes sur la réforme du droit des contrats », *AJDA*, 2016, p. 1620
- BRAMERET S., « Privatisation et libéralisation des services publics en réseaux », *Energie – Environnement – Infrastructures*, n°10, octobre 2016, article 28.
- LICHERE F., « La passation des concessions », *AJDA*, 2016, p. 1000.
- PEZ T., « Le risque, les concessions et les marchés », *RDF*, 2016, p. 237.

I) Documents reproduits

I. Le libre choix du mode de gestion

Document 1 :

CE 4 mai 1906, *Babin*, n° 10206, concl. Romieu (extraits)

[...] La question que vous avez actuellement à résoudre [...] se ramène à la détermination des limites entre la sphère d'action du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Vous savez, Messieurs, qu'il n'existe pas de règles de droit écrit en ce qui concerne cette délimitation de pouvoirs, si importante au point de vue constitutionnel : c'est la jurisprudence qui les fixe, en les faisant découler des conditions dans lesquelles s'est manifestée jusqu'ici l'intervention du législateur dans les diverses matières. Tantôt cette intervention est générale, complète, et la matière est dite appartenir par sa nature au domaine législatif; tantôt cette intervention est rare, accidentelle, limitée à quelques points, et la matière peut être considérée dans son ensemble comme appartenant au domaine du pouvoir exécutif, sauf les îlots qui ont été détachés par le législateur à son usage (Cf. arr. C. 19 févr. 1904, p. 132, Chambre syndicale des fabricants de matériel pour chemins de fer et les conclusions du commissaire du Gouvernement).

D'une manière générale on peut dire que : relèvent par leur nature du pouvoir législatif toutes les questions relatives directement ou indirectement aux obligations à imposer aux citoyens par voie d'autorité sans aucun lien contractuel (par exemple tout ce qui concerne le droit de commander et de contraindre l'organisation de la force publique et des juridictions, la prise de possession de la propriété privée, le vote des impôts et des dépenses publiques qui y donnent lieu, etc., etc.); le législateur peut évidemment, comme il le fait souvent, déléguer ses pouvoirs à d'autres autorités et les investir du droit de régler en ces matières à son lieu et place: mais en l'absence de délégation générale ou spéciale, explicite ou implicite, émanée du législateur, le pouvoir exécutif est par lui-même absolument incompetent; et c'est le pouvoir législatif seul auquel il appartient de statuer.

En sens inverse, c'est en principe le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers, c'est lui notamment qui fixe les règles du contrat entre l'Administration et ses agents, le recrutement, l'avancement, la discipline, la révocation, etc., etc. (Cf. les conclusions du commissaire du Gouvernement sous l'arrêt du 2.déc. 1892, *Mogambury*, p. 836). [...]

Document 2 :

Conseil Constitutionnel, n° 2011-146 QPC, 8 juillet 2011, *Département des Landes*

[...] 1. Cons. qu'aux termes de l'article L. 2224-11-5 du code général des collectivités territoriales : « Les aides publiques aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement ne peuvent être modulées en fonction du mode de gestion du service » ;

2. Cons. que, selon le département requérant, cette disposition, en ce qu'elle ôte à une collectivité la liberté de décider des modalités selon lesquelles elle accorde ses subventions, porte atteinte au principe

de la libre administration des collectivités territoriales ; qu'il soutient également que le législateur, en imposant à celles-ci « d'opérer un traitement identique de l'octroi de leurs deniers publics » à des situations juridiques différentes, a méconnu le principe de l'égalité devant les charges publiques qui est le corollaire du principe d'égalité devant la loi ;

3. Cons. que, si, en vertu des articles 72 et 72-2 de la Constitution, les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus » et « bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement », chacune d'elles le fait « dans les conditions prévues par la loi » ; que l'article 34 réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;

4. Cons. que, si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général;

5. Cons. que, par la disposition contestée, le législateur a entendu interdire aux collectivités territoriales, et notamment aux départements, de moduler les aides allouées aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service en cause ; que cette interdiction de moduler les subventions, selon le mode de gestion du service d'eau potable et d'assainissement, restreint la libre administration des départements au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution ;

6. Cons. qu'il s'ensuit que l'article L. 2224-11-5 du code général des collectivités territoriales est contraire à la Constitution ; que la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles [...]

Document 3 :

Directive 2014/23/UE, Article 2, Principe de libre administration par les pouvoirs publics

1. La présente directive reconnaît le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, conformément au droit national et de l'Union. Ces autorités sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services, pour assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics. Les autorités peuvent choisir d'exécuter leurs missions d'intérêt public en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités, ou de déléguer ces missions à des opérateurs économiques.

2. La présente directive n'affecte pas les régimes de la propriété des États membres. En particulier, elle n'impose pas la privatisation d'entreprises publiques qui fournissent des services au public.

II. L'identification de la convention de délégation de service public

Document 4 :

CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 168325

[...]Cons. que les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et notamment celles de son article 38 relatif aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ;

Cons. que le contrat litigieux, conclu entre la commune de Lambesc et la société "Silim Environnement" prévoyait que la rémunération du cocontractant serait assurée au moyen d'un prix payé par la commune ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que, même incluse dans un contrat conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993, cette stipulation obligeait à regarder ledit contrat comme un marché soumis aux règles régissant les marchés publics ; qu'il n'est pas contesté que les règles dont il s'agit n'ont pas été, en l'espèce, respectées ; que, par suite, ledit marché ainsi que la délibération du conseil municipal le concernant étaient entachés d'irrégularité ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que le préfet des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a rejeté son déferé dirigé contre la délibération et le contrat susanalysés ; [...]

Document 5 :

CE, 21 septembre 2016, *Sté du Grand Dijon et Sté Kéolis*, n° 399656

[...] 8. Cons., ainsi qu'il a été dit au point 5, qu'une personne qui n'a pas présenté de candidature ou d'offre n'est recevable à agir sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative que si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque ; que les trois sociétés requérantes, qui ont pour domaine d'activité principal la fourniture de services de stationnement, font valoir qu'elles ont été dissuadées de présenter leur candidature au motif que la délégation de service public portant sur " l'exploitation des services de la mobilité " était définie trop largement et ne leur permettait ainsi pas de se porter utilement candidates ; qu'il suit de là que, contrairement à ce qui est soutenu par les intervenantes en défense, leurs demandes présentées devant le juge des référés précontractuels sont recevables ;

9. Cons., en premier lieu, qu'aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts ; qu'elle ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à elle, donner à une délégation un périmètre manifestement excessif ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux ; qu'aux termes du I de l'article L. 5215-20 du code général des collectivités territoriales : " La communauté urbaine exerce de plein droit, au lieu et place des communes membres, les compétences

suivantes : / (...) 2° (...) b) Organisation des transports urbains (...) ; création ou aménagement et entretien de voirie ; signalisation ; parcs de stationnement (...) " ; que, dans ce cadre, la communauté urbaine du Grand Dijon a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que les services de transport urbain, de stationnement et de mise en fourrière, qui concourent à l'organisation de la mobilité des habitants sur le territoire de la communauté urbaine, présentaient entre eux un lien suffisant et décider de les confier à un délégataire unique afin d'assurer une coordination efficace entre les différents modes de transport et de stationnement, dont une partie significative des usagers est identique ; que les sociétés requérantes ne sont, par suite, pas fondées à soutenir qu'elle aurait manqué à ses obligations de mise en concurrence dans la détermination de l'objet de la convention qu'elle entendait conclure ;

10. Cons., en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales : " Les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation " ; que ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'une convention de délégation de service public mette à la charge du cocontractant des prestations accessoires dès lors qu'elles présentent un caractère complémentaire à l'objet de la délégation ; qu'il résulte de l'instruction que, eu égard à leur nature et à leur portée, les missions de vérification de la performance du sous-système électrique du tramway et du système d'hybridation des bus hybrides, de maîtrise d'oeuvre pour le déploiement des matériels de péage et d'assistance à maîtrise d'ouvrage du projet " Prioribus ", qui confient au délégataire le soin de s'assurer du bon fonctionnement et de l'exploitabilité d'équipements en usage dans le réseau de transport de l'agglomération dijonnaise, présentent un caractère complémentaire et accessoire à l'exploitation des services de transport urbain et de stationnement ; que, par suite, la délégation litigieuse n'a méconnu ni les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ni les règles applicables à la commande publique ;

11. Cons., enfin, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative que la méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce prohibant les abus de position dominante n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge des référés précontractuels ; que le moyen tiré de ce que, au regard de l'objet de la délégation de service public, la communauté urbaine de Dijon aurait abusé de sa position dominante ou serait susceptible de placer des opérateurs économiques en situation d'abuser d'une telle position est, par suite, inopérant ;

12. Cons. qu'il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Q-Park France, SAGS et Indigo Infra ne sont pas fondées à demander l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public lancée par la communauté urbaine du Grand Dijon ; [...]

Document 6 :

CE, 3 mai 2004, *Fondation Assistance aux animaux*, n° 249832

[...] Cons. qu'aux termes de l'article L. 214-5 du code rural : Tous les chiens et chats, préalablement à leur cession, à titre gratuit ou onéreux, sont identifiés par un procédé agréé par le ministre chargé de l'agriculture. Il en est de même, en dehors de toute cession, pour les chiens âgés de quatre mois et nés après le 6 janvier 1999. L'identification est à la charge du cédant. Dans les départements officiellement déclarés infectés de rage, l'identification est obligatoire pour tous les carnivores domestiques (...) ; que le décret du 28 août 1991 dispose en son article 1er que l'identification obligatoire des chiens, chats et carnivores domestiques prévue par les dispositions précitées du code rural comporte, d'une part, le marquage de l'animal par tatouage ou tout autre procédé agréé par arrêté du ministre chargé de

l'agriculture, et, d'autre part, l'inscription sur le ou les fichiers prévus à l'article 4 ci-dessous des indications permettant d'identifier l'animal ; que les articles 2 et 4 du même décret prévoient qu'un arrêté du ministre chargé de l'agriculture définit les techniques de marquage agréées ainsi que les conditions sanitaires de leur mise en oeuvre et fixe les règles relatives à l'établissement, à la mise à jour, au contrôle et à l'exploitation des fichiers nationaux ; que l'article 5 du même décret dispose que le ministre chargé de l'agriculture agréé la personne gestionnaire de chaque fichier national ;

Cons. que l'article 4 de l'arrêté litigieux, pris en application des dispositions précitées, octroie au syndicat national des vétérinaires en exercice libéral un agrément lui permettant de délivrer aux vétérinaires et autres personnes habilitées, d'une part, les matériels permettant le marquage des animaux par radiofréquence, et d'autre part, les numéros d'identification servant au marquage des animaux par tatouage ou par radiofréquence ; que le même arrêté agréé l'association dénommée société centrale canine et le Syndicat national des vétérinaires en exercice libéral en tant que gestionnaires, respectivement, du fichier national d'identification des chiens et du fichier national d'identification des animaux carnivores autres que les chiens ; qu'eu égard aux motifs d'intérêt général qui ont conduit le législateur à créer une obligation d'identification des animaux carnivores domestiques, aux prérogatives de puissance publique conférées par les dispositions de l'arrêté litigieux aux deux associations susmentionnées, et au contrôle exercé par l'Etat sur ces associations en vertu de cet arrêté et des conventions qu'il a conclues avec elles, les missions confiées à ces deux personnes morales ont le caractère de missions de service public ; que, par conséquent, les décisions unilatérales qui les investissent de ces missions ont un caractère réglementaire ;

Cons. qu'aux termes de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, dans sa rédaction en vigueur à la date de l'arrêté attaqué : Les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ;

Cons. qu'il résulte de ces dispositions, corroborées au demeurant par les débats parlementaires ayant précédé le vote de la loi du 29 janvier 1993, que la procédure qu'elles définissent s'applique aux seules délégations consenties par voie contractuelle ; que la FONDATION ASSISTANCE AUX ANIMAUX ne peut, par suite, utilement s'en prévaloir à l'encontre d'un acte réglementaire qui agréé la personne chargée de gérer un service public dans les conditions prévues par l'article 5 du décret du 28 août 1991, alors même que cet agrément a impliqué la conclusion ultérieure d'une convention pour fixer, dans des conditions qui ne conduisent pas à la requalifier en décision unilatérale, certaines modalités de gestion du service et que le gestionnaire est exclusivement rémunéré par les usagers ; [...]

Document 7 :

CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736

[...] Cons. qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par des délibérations en date des 12 février et 26 mars 1998, le conseil municipal d'Aix-en-Provence a accordé à l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence des subventions d'un montant respectif de six et deux millions de francs ; que la commune d'Aix-en-Provence se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 4 juillet 2005 par lequel, saisie par M. et Mme Armand, la cour administrative d'appel de Marseille, infirmant les jugements du tribunal administratif de Marseille du 29 juin 2000, a annulé pour excès de pouvoir les délibérations litigieuses ; [...]

Cons. qu'après avoir relevé que l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence s'était vu confier une mission de service public, la cour, pour annuler les délibérations litigieuses, a jugé qu'une association ne pouvait exercer une telle mission et bénéficier à ce titre d'une subvention que si elle était liée à une personne publique par un contrat de délégation de service public conclu soit en application des dispositions des articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993 soit en application des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ;

Cons. que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service ; qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Cons. que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ;

Cons. en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service

public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements ;

Cons. qu'il résulte de tout ce qui précède qu'en jugeant qu'une association ne pouvait gérer un service public et bénéficier à ce titre d'une subvention qu'à la condition d'être titulaire d'un contrat de délégation de service public passé soit en application des dispositions des articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993 soit en application des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, sans rechercher si, pour l'une des raisons analysées ci-dessus, la passation d'un tel contrat pouvait ou devait être exclue, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché son arrêt d'une erreur de droit ; que la commune d'Aix-en-Provence est fondée pour ce motif, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, à en demander l'annulation ; [...]

Cons., d'une part, que, contrairement à ce que soutiennent M. et Mme Armand, le tribunal administratif de Marseille a suffisamment répondu aux moyens tirés de l'absence de convention de délégation de service public et de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ;

Cons., d'autre part, qu'il ressort des pièces du dossier que l'État, la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont créé en 1996 une association pour le cinquantenaire du festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence, devenue en 1997 l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence ; que cette association a pour objet statutaire exclusif la programmation et l'organisation du festival international d'art lyrique et de l'académie européenne de musique ; qu'elle se compose de trois représentants de l'État, de quatre représentants des collectivités territoriales et de cinq personnalités qualifiées, dont une est nommée par le maire d'Aix-en-Provence et trois par le ministre chargé de la culture, ainsi que, le cas échéant, de membres actifs ou bienfaiteurs ou encore d'entreprises, dont la demande d'adhésion doit être agréée par le bureau et qui ne disposent pas de voix délibérative au sein de l'association ; que son conseil d'administration est composé de quinze membres, dont onze sont désignés par les collectivités publiques ; que les subventions versées par les collectivités publiques mentionnées ci-dessus représentent environ la moitié des ressources de l'association ; que celle-ci bénéficie en outre, de la part de la commune d'Aix-en-Provence, de différentes aides, comme la mise à disposition de locaux dans lesquels se déroule le festival et des garanties d'emprunt ;

Cons. que l'État, la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont ainsi décidé, sans méconnaître aucun principe, de faire du festival international d'Aix-en-Provence un service public culturel ; que, compte tenu de son objet, de ses modalités d'organisation et de ses modalités de financement, ce service public présente un caractère administratif ; que l'association à laquelle les quatre collectivités publiques ont confié sa gestion ne saurait être regardée, compte tenu de son objet statutaire et du contrôle qu'exercent sur elle ces collectivités, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public ou d'un marché public de service ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la commune d'Aix-en-Provence aurait dû passer avec l'association une convention de délégation de service public doit être, en tout état de cause, écarté ; que M. et Mme Armand ne peuvent, dès lors,

utilement invoquer les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ;

Cons. que la commune d'Aix-en-Provence pouvait accorder des subventions au service public culturel du festival international d'Aix-en-Provence ; que, contrairement à ce que soutiennent M. et Mme Armand, les dispositions de l'article L. 2224-2 du CGCT, qui limitent la possibilité pour une commune de prendre en charge dans son budget des dépenses d'un service public à caractère industriel et commercial, ne peuvent être utilement invoquées ; que la commune d'Aix-en-Provence n'a pas davantage méconnu les dispositions des articles L. 1511-1 et s. du même code dès lors que celles-ci ont pour objet de réglementer les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent apporter des aides à des entreprises et que l'association, dont l'activité exclusive est de gérer, à la demande des collectivités publiques qui l'ont créée et sous leur contrôle, le service public du festival international d'Aix-en-Provence, ne saurait être regardée comme une entreprise au sens de ces dispositions ;

Cons. qu'il résulte de tout ce qui précède que M. et Mme Armand ne sont pas fondés à se plaindre de ce que, par ses jugements du 29 juin 2000, le tribunal administratif de Marseille a rejeté leurs demandes tendant à l'annulation des délibérations des 12 février et 26 mars 1998 ; [...]

III. Les principaux contrats

Document 8 :

Code de la commande publique (extraits)

Article L.1120-1 :

« Les contrats de concession de travaux ou de services et les contrats de concession de défense ou de sécurité définis au présent titre sont soumis aux dispositions de la troisième partie [sur les concessions, art. L. 3000-1 à L. 3881-3]. »

Art. L. 1121-1 :

« Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code 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 théorique 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, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. »

Art. L. 1121-2 :

« Un contrat de concession de travaux a pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage

répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »

Article L. 1121-3 :

« Un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public.

Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

La délégation de service public mentionnée à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales. »

Document 9 :

CE, sect., 18 oct. 2018, *Électricité de Tahiti [EDT Engie]*, n° 420097

« 5. En premier lieu, dans le cadre d'une concession de service public 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. Le contrat peut attribuer 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 concession, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée.

6. En second lieu, à l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application de ces principes, 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. Le contrat qui accorde au 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 concession. »

Document 10 :

CE, sect. 16 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, n° 51022

[...]Cons., sur le premier point, qu'il ressort des pièces du dossier que le syndicat intercommunal de la région des Yvelines pour l'adduction d'eau a été créé en 1935 et a concédé en 1936 à une société l'établissement des ouvrages de captage et de canalisation ainsi que l'exploitation du service de

distribution d'eau ; que, par la suite, une autre société puis Electricité de France ont été successivement substitués au premier concessionnaire ; qu'en vertu du contrat conclu le 29 novembre 1957, dénommé "traité de concession", la société Sablaise des eaux a elle-même succédé à Electricité de France dans l'exploitation du service ; que si l'article 1er du contrat stipule que "la concession a pour objet le captage, l'adduction, le traitement et la distribution d'eau potable dans les communes du syndicat", il est constant que les ouvrages de service étaient déjà établis à la date de passation du contrat et ont été remis par le syndicat intercommunal à la Société Sablaise des Eaux, laquelle s'engageait à lui verser une redevance en contrepartie de cette remise ; qu'ainsi la situation existant à la date de la conclusion du contrat et l'objet dudit contrat correspondaient, en réalité, à ceux d'un affermage de l'exploitation d'installations déjà construites et non d'une concession chargeant le cocontractant du syndicat d'établir des ouvrages du service ; que si, selon l'article 26 du contrat, la société s'engageait à prendre en charge jusqu'en 1968 les annuités restant dues par le syndicat intercommunal au titre des emprunts que celui-ci avait contractés à l'origine de l'établissement du réseau et à exécuter un important programme de travaux, ces stipulations n'étaient pas de nature à conférer au contrat le caractère d'une concession, alors surtout que le syndicat s'engageait de son côté à verser à la société une subvention égale au montant des travaux ; qu'enfin, si la Société Sablaise des Eaux a été amenée, par la suite, à participer aux investissements réalisés dans le cadre du traité et de ses avenants, il résulte des pièces du dossier que le financement de la plus grande partie de ces investissements restait à la charge du syndicat intercommunal ; que, dès lors, le contrat en date du 29 novembre 1957 est un contrat d'affermage et non un traité de concession contrairement à la dénomination qui lui a été donnée ; [...]

Document 11 :

CE, 21 octobre 1985, *Société de transports automobiles Michel Delattre*, n° 51907

[...] Cons. qu'aux termes de l'article 2 de l'ordonnance n° 45-2497 du 24 octobre 1945 sur les gares routières de voyageurs, dans sa rédaction applicable jusqu'au 19 juin 1980, date d'entrée en vigueur de la loi n° 79-475 du 19 juin 1979 relative aux transports publics d'intérêt local : " Une gare routière de voyageurs est dite publique lorsque toute entreprise de transports publics de voyageurs desservant la localité a le droit de l'utiliser. Les gares routières publiques de voyageurs sont soumises au régime de la concession de l'affermage ou de la régie " ; qu'aux termes du 3e alinéa de l'article 6 du même texte : " Dans le cas où le département ou la commune concède la gare ..., l'acte de concession est approuvé par décret en Conseil d'Etat, pris sur le rapport du ministre des transports, après avis du ministre de l'intérieur, ou, si la concession est conforme à un cahier des charges-type établi dans les conditions prévues à l'article 39 de la présente ordonnance, par arrêté concerté du ministre des transports et du ministre de l'intérieur " ; qu'il résulte des dispositions des articles 9 et 10 de ladite ordonnance que la procédure définie par le 3e alinéa de l'article 6 de celle-ci, pour la concession des gares routières publiques, est applicable aux cas d'affermage et d'exploitation en régie de celle-ci ;

Cons. qu'aux termes de l'article 3 du décret n° 77-853 du 22 juillet 1977 relatif aux gares routières de voyageurs : " Dans le cas prévu à l'article 6 3e al. de l'ordonnance du 24 octobre 1945, la concession est approuvée : 1° par décret en Conseil d'Etat lorsque sa durée est supérieure à trente ans ; 2° par arrêté du ministre de l'intérieur et du ministre chargé des transports lorsque le cahier des charges déroge au cahier des charges-type ; 3° par le préfet dans les autres cas " ;

Cons. que, après que le Préfet de la région Picardie, préfet du département de la Somme, ait, par arrêté du 9 novembre 1977, renoncé à exercer le pouvoir concédant au nom de l'Etat, la ville d'Amiens a, par

une délibération de son conseil municipal en date du 21 septembre 1978, décidé d'exploiter, selon le régime de la " régie intéressée ", la gare routière qu'elle avait entrepris de réaliser, et a approuvé à cet effet un cahier des charges particulier, ainsi qu'un contrat avec une société ; que le préfet a, par un arrêté en date du 17 mai 1979, autorisé l'exploitation de la gare routière en " régie intéressée " aux clauses et conditions fixées par ces documents ; qu'il a, par un arrêté en date du 28 avril 1980, approuvé le tarif fixant à 16 F par autocar au départ le montant de la taxe d'exploitation instituée à la charge des transporteurs routiers utilisant la gare routière et qui figurait à l'article 10 du cahier des charges particulier susmentionné, approuvé le 17 mai 1979 ;

Cons. qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 2 de l'ordonnance du 24 octobre 1945 sur les gares routières de voyageurs, applicables en l'espèce, que les gares routières publiques de voyageurs peuvent être exploitées selon le régime de la concession, de l'affermage ou de la régie ; que, par application des dispositions de l'article 39 de ladite ordonnance, chacun de ces modes d'exploitation a fait l'objet d'un cahier des charges général approuvé par des décrets en Conseil d'Etat, en date du 16 mars 1948 pour la concession, du 7 janvier 1952 pour la régie et du 28 novembre 1953 pour l'affermage ;

Cons. que le cahier des charges retenu par la ville d'Amiens pour l'exploitation de la gare routière publique de voyageurs créée par elle ne constitue une simple application ni du cahier des charges-type de la régie, lequel repose sur un mode d'exploitation directe par la collectivité intéressée, ni du cahier des charges-type de la concession, ni du cahier des charges-type de l'affermage, mais représente une combinaison de ces différents modes d'exploitation ; qu'il suit de là que le cahier des charges particulier adopté par le conseil municipal d'Amiens par sa délibération en date du 21 septembre 1978 présentait un caractère dérogatoire par rapport aux cahiers des charges-type susmentionnés et ne pouvait, dès lors être approuvé, en vertu des dispositions précitées du décret du 22 juillet 1977, par arrêté préfectoral ; qu'il en découle que le préfet de la région Picardie, préfet du département de la Somme, était incompétent pour autoriser, par son arrêté du 17 mai 1979, l'exploitation de la gare routière dans les conditions fixées par le cahier des charges particulier dont s'agit et, par voie de conséquence, pour approuver, par son arrêté du 28 avril 1980, le taux de la taxe d'exploitation proposé par la ville d'Amiens, lequel était, au demeurant, déjà fixé par ledit cahier des charges ;

Cons. qu'il résulte de tout ce qui précède que la société des transports automobiles Michel Delattre est fondée à soutenir que la taxe d'exploitation de la gare routière qui lui a été assignée par la ville d'Amiens, au titre de la période du 15 octobre 1979 au 31 octobre 1981 et de la période correspondante aux mois de janvier et février 1982 est dépourvue de fondement légal, et à demander, dès lors, l'annulation du jugement par lequel le tribunal administratif d'Amiens a rejeté sa demande en restitution de ladite taxe ; [...]

Document 12 :

CE, sect. 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, n° 156008

[...] Cons., qu'en vertu des stipulations des traités de gérance passés par la COMMUNE DE GUILHERAND-GRANGES avec la compagnie générale des eaux, la rémunération de cette société comporte, d'une part, en ce qui concerne la gestion du service de distribution d'eau potable, une partie fixe représentée par la location des compteurs, et une partie proportionnelle au volume d'eau distribué, d'autre part, en ce qui concerne la gestion du service d'assainissement, une partie proportionnelle au volume d'eau ; que ces rémunérations proportionnelles au service rendu constituent un prix versé par la

commune ; que, par suite, la conclusion de ces contrats, quelle que soit la qualification choisie par les parties, était soumise au respect des règles fixées par le code des marchés publics pour les marchés passés au nom des collectivités locales ; que si la commune soutient subsidiairement, qu'une mise en concurrence a été mise en oeuvre, elle ne verse au dossier aucun élément permettant de justifier que les règles du code des marchés ont été observées ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que le tribunal administratif de Lyon a annulé les traités de gérance passés entre la COMMUNE DE GUILHERAND-GRANGES et la compagnie générale des eaux, pour le service de distribution d'eau potable et le service d'assainissement [...]

Document 13 :

Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Article 67

I. - Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

II. - Cette mission globale peut également avoir pour objet :

1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'utilisateur de prestations exécutées en vertu du contrat.

Document 14 :

Étude d'impact de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, pp. 58 et s, « Unification des PPP autour du marché de partenariat »

État des lieux

Les montages complexes associant partenaires publics et privés sont nés de la pratique à partir d'instruments d'occupation domaniale (BEA et AOT constitutives de droits réels) créés pour pallier les rigidités du régime de la domanialité publique et du CMP.

Ces montages ont inspiré le législateur qui a étendu, à de nombreuses reprises, le champ d'application de ces dispositifs (création de BEA/AOT sectoriels – dispositifs LOPPSI/LOPJ, BEH, BEA logements sociaux – et du BEA valorisation).

Un risque de requalification par le juge administratif de ces montages existe. Lorsque ces partenariats public-privé répondent aux besoins de la personne publique, ils constituent des contrats de la commande publique. Or, ils ne respectent pas toujours le régime de passation imposé à ce type de contrat afin de garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

Une tentative de rationalisation a été amorcée pour les BEA depuis l'adoption de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure et du décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011. Ils sont venus rappeler que les BEA des collectivités territoriales, qui peuvent s'analyser comme des contrats de la commande publique, doivent respecter les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à ces contrats.

Cette solution ne fait que requalifier les contrats domaniaux en contrats de la commande publique, sans réforme d'ampleur : les incertitudes juridiques demeurent quant au régime applicable à ce type de contrats et la confusion entre contrat de la commande publique et titre d'occupation domaniale n'est pas levée.

Objectifs

Afin de clarifier et simplifier le cadre législatif et réglementaire des PPP, les différentes formules contractuelles existantes sont unifiées et consolidées autour d'un contrat de partenariat rénové, qui devient l'unique forme de partenariat public-privé sous le nom de marché de partenariat.

Cette rationalisation permettra de recentrer les contrats de type BEA et AOT sur leur vocation d'origine, c'est-à-dire les relations entre l'occupant privatif du domaine public et la collectivité propriétaire. Le risque de requalification de ces contrats sera ainsi réduit. Les souplesses offertes par ces montages seront néanmoins intégrées dans le régime rénové du contrat de partenariat dans une logique d'unification.

Impacts

L'unification des PPP autour du marché de partenariat aura pour impact de clarifier la frontière entre les outils d'occupation du domaine public et les contrats de la commande publique. La sécurité juridique de ces contrats sera donc accrue.

En outre, cette clarification entrainera une augmentation du nombre de contrats passés en marché de partenariat, dont le cadre juridique est sécurisé, du fait de l'intégration dans son champ d'outils, peu encadrés, de type BEA et AOT détournés de leur vocation d'origine.

Selon la MAPPP, depuis 2004, près de 300 BEA et 12 AOT-LOA permettant de réaliser une commande publique ont été conclus. Avec la réforme, ce type d'opérations sera passé sous forme de marché de partenariat.

IV. Focus sur l'exemple des autoroutes

Document 15 :

Article L. 122-4 du Code de la voirie routière

L'usage des autoroutes est en principe gratuit.

Toutefois, il peut être institué par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Autorité de régulation des transports, un péage pour l'usage d'une autoroute en vue d'assurer la couverture totale ou partielle

des dépenses de toute nature liées à la construction, à l'exploitation, à l'entretien, à l'aménagement ou à l'extension de l'infrastructure.

En cas de concession des missions du service public autoroutier, le péage couvre également la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le concessionnaire.

Sans préjudice des dispositions du code de la commande publique, des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la concession peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, impliquant l'amélioration du service autoroutier sur le périmètre concédé, une meilleure articulation avec les réseaux situés au droit de la concession afin de sécuriser et fluidifier les flux de trafic depuis et vers les réseaux adjacents à la concession et une connexion renforcée avec les ouvrages permettant de desservir les territoires, ainsi que de leur caractère accessoire par rapport au réseau concédé. Ces ouvrages ou ces aménagements peuvent porter sur des sections à gabarit routier ayant pour effet de fluidifier l'accès au réseau autoroutier. Leur financement ne peut être couvert que par une augmentation des tarifs de péages, raisonnable et strictement limitée à ce qui est nécessaire. Le cas échéant, l'Etat, les collectivités territoriales concernées et les personnes publiques ou privées intéressées peuvent, à titre exceptionnel, apporter des concours.

La convention de concession et le cahier des charges annexé fixent les conditions dans lesquelles le concessionnaire exerce les missions qui lui sont confiées par l'Etat et en contrepartie desquelles il est autorisé à percevoir des péages. Ces actes sont approuvés par décret en Conseil d'Etat, le cas échéant dans les conditions prévues à l'article L. 122-8. Le cahier des charges prévoit un dispositif de modération des tarifs de péages, de réduction de la durée de la concession ou d'une combinaison des deux, applicable lorsque les revenus des péages ou les résultats financiers excèdent les prévisions initiales. En cas de contribution de collectivités territoriales ou de l'Etat au financement de la concession, ce dispositif peut, à la place ou en complément, prévoir un partage d'une partie des résultats financiers de la concession au profit de l'Etat et des collectivités territoriales contributrices. Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application de ce dispositif. [...]

Toute nouvelle convention de délégation doit prévoir :

- 1° La mise à la disposition des usagers d'un nombre minimum de places de parkings de covoiturage ou de bus express, en fonction de la taille et de la géographie du réseau ;
- 2° Une stratégie de renforcement et de déploiement de stations d'avitaillement en carburants alternatifs, au sens de l'article 1er du décret n° 2017-1673 du 8 décembre 2017 portant diverses mesures réglementaires de transposition de la directive 2014/94/ UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 sur le déploiement d'une infrastructure pour carburants alternatifs ;
- 3° La mise en place d'une tarification différenciée selon les niveaux d'émissions des véhicules. [...]

Document 16 :

Trib. confl., 8 juillet 1963, Société entreprise Peyrot, n° 01804

[...] Cons. que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'Etat ; qu'elle est traditionnellement exécutée en régie directe ; que, par suite, les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour cette exécution sont soumis aux règles du droit public ;

Cons. qu'il doit en être de même pour les marchés passés par le maître de l'ouvrage pour la construction d'autoroutes dans les conditions prévues par la loi du 18 avril 1955 sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'Etat, ou à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l'Etat, que ce concessionnaire soit une personne morale de droit public, ou une société d'économie mixte, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé d'une telle société ; qu'ainsi, quelles que soient les modalités adoptées pour la construction d'une autoroute, les marchés passés avec les entrepreneurs par l'administration ou par son concessionnaire ont le caractère de marchés de travaux publics ; que, par suite, les contestations relatives à l'exécution de ces marchés sont au nombre de celles visées par les dispositions de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII ; que, dès lors, l'action sus-analysée engagée par l'Entreprise Peyrot contre la Société de l'Autoroute Estérel-Côte-d'Azur relève de la compétence de la juridiction administrative ;

Document 17 :

CE, avis, 6 juillet 1994, *SANEF*, n° 156708

Une société concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute a pour activité l'exécution d'une mission de service public administratif. Elle exerce cette activité selon des règles de droit public. Sa profession n'est, dès lors, pas au nombre de celles, mentionnées au code de commerce, dont la nature est commerciale. Il s'ensuit que, dans la mesure où elle exerce exclusivement cette profession, l'exonération de la taxe pour frais de chambre de commerce et d'industrie prévue par les dispositions précitées de l'article 1600 du code général des impôts lui est applicable.

Document 18 :

CE, avis, 16 septembre 1999, *Société Bouygues et autres*, n° 362908

[...] La concession d'une nouvelle section d'autoroute est, en vertu des dispositions susrappelées tant de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 que de la directive du 14 juin 1993, soumise à des règles de publicité préalable, faisant état des critères qui seront utilisés pour arrêter le choix du concessionnaire, et ayant pour objet de permettre la présentation d'offres concurrentes et une égalité de traitement entre les candidats. Si, en vue de la concession de la construction et de l'exploitation d'un tronçon d'autoroute dont le trafic envisagé ne permet pas d'assurer la rentabilité, un candidat, déjà titulaire d'une concession, était admis à présenter une offre dont l'équilibre financier serait assuré par la prolongation de la durée de la concession initiale, alors que les autres candidats ne pourraient que réclamer une subvention de la part de l'autorité concédante, l'égalité entre candidats serait rompue, et seraient méconnues les dispositions législatives susmentionnées ainsi que l'article 3 de la directive n° 93/37 CEE du Conseil du 14 juin 1993 précité. [...]

Ces dispositions ne permettent pas d'allonger la durée d'une concession pour des raisons étrangères à la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. La prolongation de la durée d'une concession dont les installations seraient amorties, à seule fin de financer la construction et l'exploitation d'un tronçon autoroutier distinct, ne répondrait pas aux prescriptions posées par cet article.

La pratique actuelle de l'« adossement » consistant à financer le déficit de la concession d'une section non rentable d'autoroute par la conclusion d'un avenant portant prolongation de la durée initiale d'une concession déjà attribuée et exploitée contrevient donc à un double titre aux dispositions précitées. [...]

A supposer enfin que les deux opérations (concession nouvelle et affermage des installations existantes) puissent prendre place en même temps, si notamment la concession initiale vient à expiration au moment où est envisagée la passation d'une autre concession pour un autre ouvrage, et donc que les critiques précédentes perdent leur objet, il demeure que tout lien financier entre les deux contrats, de concession et d'affermage, qui aurait soit pour objet soit pour effet de faire financer le déficit de la concession nouvelle par les excédents dégagés par le fermage méconnaîtrait les dispositions précitées des premier et quatrième alinéas de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993 relatives à la durée des conventions de délégation de service public et au contenu de leurs clauses.

Document 19 :
CE, avis, 16 mai 2002, n°366305

[...] Afin de mener à bien ce dernier aspect de leur mission – obligation qui leur incombe nécessairement en vertu de leurs engagements contractuels – les sociétés concessionnaires d'autoroutes concluent avec diverses entreprises des contrats qui, s'ils comprennent à titre accessoire des clauses relatives à des travaux de construction, portent essentiellement sur l'exploitation des installations commerciales susmentionnées. Aux termes de ces contrats, les entreprises autorisées à occuper le domaine public en échange du paiement d'une redevance, sont notamment chargées d'assurer des prestations de distribution de carburant, de restauration, d'hôtellerie ou de change de devises.

Sur la première question :

Il résulte des stipulations des contrats en cause que la possibilité d'exercer une activité économique sur les aires d'autoroutes est réservée aux seules entreprises titulaires de tels contrats d'exploitation.

Les activités ainsi exercées qui peuvent être regardées comme des activités de service public sont celles qui, directement nécessaires aux besoins particuliers des usagers des autoroutes, répondent à des considérations d'intérêt général en contribuant à la sécurité et à l'efficacité du trafic autoroutier et qui, par suite, sont soumises par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, à des contraintes et des conditions d'exploitation propres à assurer aux usagers un service continu et adapté.

Parmi les prestations offertes sur les aires de service, seules la distribution de carburant et la restauration réunissent ces conditions et peuvent en conséquence être regardées comme des activités de service public.

Sur la deuxième question :

Les contrats portant sur l'exploitation des installations annexes assurant les prestations de service public susmentionnées sont conclus par des sociétés concessionnaires de service public et, ainsi qu'il a été dit, autorisent les entreprises prestataires de service à occuper le domaine public de l'Etat. Ces contrats sont, en conséquence et par application de l'article L. 84 du code du domaine de l'Etat, des contrats administratifs.

Les entreprises qui, en vertu de ces contrats, sont prestataires de service, tirent l'intégralité de leurs ressources des recettes d'exploitation de leur activité : elles en supportent ainsi le risque économique. C'est pourquoi, ceux de ces contrats qui ont pour objet principal de confier, dans les conditions ci-dessus rappelées, la gestion d'un service public, doivent s'analyser comme des sous-concessions de service. [...]

Document 20 :

CE, sect., 27 septembre 2006, Bayrou, n° 290716

[...] Cons., en deuxième lieu, que le Préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, prévoit en son neuvième alinéa que tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ; que l'article 20 de la loi du 6 août 1986 modifiée rappelle en conséquence, en son deuxième alinéa, que les opérations de transfert qu'il régit ne peuvent concerner les entreprises visées par ces dispositions ; que l'exploitation d'une entreprise ne peut avoir les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait au sens de ces textes que si elle est exercée à l'échelon national ; qu'en l'espèce, aucune des sociétés dont s'agit, chargées de la construction et de l'exploitation de réseaux autoroutiers selon le régime prévu à l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, ne s'est vu attribuer de concession, à l'échelon national, pour l'ensemble des autoroutes ; qu'il ne résulte d'aucun principe, d'aucune règle de valeur constitutionnelle, ni d'aucune loi que l'exploitation des concessions autoroutières doive être érigée en service public national ; que, par suite, L'ASSOCIATION DE DEFENSE DES USAGERS ET DE SAUVEGARDE DU PATRIMOINE AUTOROUTIER n'est pas fondée à soutenir que le Premier ministre a, par les décrets attaqués, méconnu la portée des dispositions précitées ; [...]

Document 21 :

Trib. confl., 9 mars 2015, Mme Rispal c. Société ASF, n° C3984

Cons. qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'Etat ; que les litiges nés de l'exécution de ce contrat ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ;

Cons., toutefois, que la nature juridique d'un contrat s'appréciant à la date à laquelle il a été conclu, ceux qui l'ont été antérieurement par une société concessionnaire d'autoroute sous le régime des contrats administratifs demeurent... ;

Cons. que Mme A...poursuit la réparation des préjudices qu'elle aurait subis à la suite de la résiliation de la convention qui l'aurait liée à la société ASF et qui aurait porté sur l'implantation sur une aire de repos d'une oeuvre monumentale à la réalisation de laquelle la société concessionnaire était tenue de consacrer une part du coût des travaux, et qui présentait un lien direct avec la construction de l'autoroute ; que le litige ressortit dès lors à la compétence de la juridiction administrative ;

Document 22 :

CE, 30 avril 2019, Société Total Marketing Service, n° 426698

3. D'une part, 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. [...] ".

4. La notion de pouvoir adjudicateur est définie à l'article 9 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors applicable, ratifiée par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Aux termes de ces dispositions, sont des pouvoirs adjudicateurs, outre les personnes publiques et certains organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs, les " personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ". Si les missions de construction, d'entretien et d'exploitation des autoroutes dont sont chargées à titre principal les sociétés d'autoroutes visent à satisfaire des besoins d'intérêt général au sens des dispositions qui précèdent, la société APRR, qui est une société concessionnaire d'autoroutes à capitaux majoritairement privés, ne répond à aucune des conditions mentionnées aux a, b et c de l'article 9 de l'ordonnance de 2016. Elle ne peut, par suite, être regardée comme un pouvoir adjudicateur ni, en tout état de cause, comme une entité adjudicatrice, ce dont il découle que le juge du référé précontractuel n'est pas compétent pour connaître du contrat litigieux par application des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative.

5. D'autre part, il appartient au seul législateur, en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution selon lesquelles la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales, de rendre applicable à des contrats passés par des personnes privées le recours au juge du référé précontractuel. Ainsi, aux termes de l'article L. 122-20 du code de la voirie routière, applicable aux marchés de travaux, fournitures ou services passé par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession : " En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés de travaux, fournitures ou services, il est fait application : 1° Pour les marchés soumis aux règles du droit public, des sous-sections 1 et 3 de la section 1 et de la section 2 du chapitre 1er du titre V du livre V du code de justice administrative ".

6. Mais, si l'article L. 122-20 du code de la voirie routière, issu de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a ainsi étendu la compétence du juge du référé précontractuel aux marchés publics de travaux, fournitures ou services passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, dont la passation a été soumise par cette loi à des règles de procédure, aucune disposition législative n'a étendu cette compétence aux contrats, tel celui de l'espèce, d'exploitation des installations annexes passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, lorsque ces sociétés n'ont ni la qualité de pouvoir adjudicateur ni celle d'entité adjudicatrice, alors même que la loi du 6 août 2015 a soumis la passation de ces contrats à des règles de procédure.

7. Par suite, la société Total Marketing France n'était pas recevable à saisir le juge du référé précontractuel de manquements, imputés à la société APRR, aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles était soumise la passation du contrat d'exploitation de l'aire de service de Dracé, alors même, d'une part, qu'en vertu de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, le concessionnaire d'autoroute est assimilé à un pouvoir adjudicateur pour l'application du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession et, d'autre part, que l'avis de concession publié par la société APRR mentionnait que ce contrat pouvait faire l'objet d'un référé précontractuel. Ce motif, qui justifie légalement le dispositif de l'ordonnance attaquée et n'appelle l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué aux motifs retenus par le juge des référés du tribunal administratif de Dijon.