

Fiche n° 6
TYPLOGIE 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, 25 mai 2018, Commune de Saint-Thibault-des-vignes ;
Référence 2 : CE, 25 mai 2018, Commune de Saint-Thibault-des-vignes, n°416825 ;
Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 15 décembre 2017, Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit ;
Référence 4 : CE, 15 décembre 2017, Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit, n° 413193 ;
Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 29 juin 2018, Cté de communes de la Vallée de l'Ubaye ;
Référence 6 : CE, 29 juin 2018, Cté de communes de la Vallée de l'Ubaye, n° 402251 ;

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

- La concession d'autoroute

Épreuve pratique : cas pratique

- Commune de Bizou

Vous êtes directeur du service juridique de la commune de Bizou (dans l'Orne) et vous répondez aux questions posées par son maire. Vous lui répondez à chaque étape en fonction des décisions et du cadre juridique qu'il choisit, même s'il n'a pas suivi vos précédents conseils.

La commune de Bizou souhaite bénéficier, à l'instar des communes les plus chics du département, d'abris destinés aux voyageurs empruntant ses transports en commun. Certains membres du Conseil municipal ont en effet appris que ces abris pouvaient aussi comporter, à destination du grand public, des informations d'orientation vers les différents services publics et points d'intérêts touristiques de la commune. Ils disent que les entreprises les fournissant, non seulement offrent des panneaux signalétiques homogènes sur l'ensemble du territoire, mais se contentent d'une rémunération en nature en exploitant certains panneaux à des fins publicitaires.

Question : Le maire souhaite savoir si vous avez connaissance de ces contrats et de leur qualification juridique, tant en droit français qu'en droit de l'Union européenne dont il est un fervent défenseur, car elle lui paraît avoir varié.

Après vous avoir écouté distraitement, puis entendu le beau-frère de la cousine (par alliance) de sa sœur sur le même sujet, le maire de la commune de Bizou fait publier un avis d'appel public à la concurrence le 11 avril 2019. Cet avis porte sur la mise à disposition, l'installation, la maintenance, l'entretien et l'exploitation commerciale d'abris voyageurs et de mobiliers urbains, publicitaires ou non.

Question : Pris d'un doute, le maire revient vers vous pour savoir quelle est en droit positif la nature juridique exacte de ce qu'il propose aux entreprises de réaliser pour la commune.

Malgré une large publicité, seules deux entreprises se portent candidates à l'attribution de ce contrat. Elles sont admises à concourir. Une fois achevée la phase de négociation et après analyse des offres, le maire de la commune de Bizou décide d'attribuer le contrat à la société Miraud Média. Par délibération du 18 novembre 2019, le conseil municipal de la commune autorise le maire à signer le contrat avec cette société. Le lendemain, alors que rien ne le laissait prévoir pour un observateur attentif, l'autre candidat, la société Jean Crocs Desclos, saisit le juge des référés du tribunal administratif de Caen.

Question : Le maire, affolé, vous demande de quel type de recours il s'agit et comment il est possible d'y répondre.

Le juge du référé rend le 15 janvier 2020 son ordonnance qui annule la procédure de passation du contrat et enjoint à la commune de Bizou, si elle entendait poursuivre son projet, de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des candidatures. L'ordonnance relève que le règlement de la consultation mentionnait la possibilité de commander des prestations supplémentaires, évaluées selon les mêmes critères que pour les offres principales, fondés sur le prix unitaire des prestations. Le juge estime qu'en l'absence de limite quantitative pour ces prestations, la commune a insuffisamment défini l'étendue des besoins et s'est ainsi réservé une marge de choix discrétionnaire ne garantissant pas l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure.

Question : Le maire vous interroge sur le fait qu'un juge des référés puisse ainsi préjudicier au fond et annuler toute une procédure. Il craint par ailleurs la hargne de la société Crocs Desclos, qui pourrait le poursuivre personnellement au pénal, car le beau-frère de la cousine (par alliance) de sa sœur est contremaître dans la société Miraud Média, et il sollicite votre pronostic sur ce point.

Revenant sur l'ordonnance de référé, le motif d'annulation laisse le maire songeur. Il lui semble en effet que 1. dans ce type de contrats, le principe est celui d'un certain choix discrétionnaire car la personne publique peut se trouver placée dans la nécessité de commander des prestations supplémentaires au cours de l'exécution du contrat, sans être en mesure d'en déterminer le volume exact ; 2. qu'il n'est ni inégalitaire ni opaque de prévoir, précisément dès la mise en concurrence initiale, cette situation et de l'assortir d'un critère d'appréciation des offres objectif, puisqu'il est fondé sur la comparaison des prix unitaires proposés par les candidats pour des prestations de même nature. Vous êtes impressionné de la soudaine précision et combativité du maire.

Question : Le maire vous demande si un recours est possible contre l'ordonnance du juge des référés, et si oui lequel, devant qui et comment. Vous lui indiquez par la même occasion si les arguments qu'il avance peuvent être utilement soutenus.

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 mai 2018, Commune de Saint-Thibault-des-Vignes ;

Les deux pourvois qui viennent d'être appelés, que vous pourrez joindre puisqu'ils tendent à l'annulation de la même ordonnance, vous donneront l'occasion d'apporter d'utiles précisions sur la définition du critère du risque qui se trouve aujourd'hui au coeur de la définition du contrat de concession et plus précisément sur son application aux contrats dits de mobilier urbain dont les caractéristiques sont relativement standardisées. Leur qualification a varié dans votre jurisprudence et continue de diviser les juridictions du fond.

La commune de Saint-Thibault-des-Vignes a publié en juin 2017 un avis d'appel public à la concurrence en vue de l'attribution de ce qu'elle a qualifié de « marché de mise à disposition de mobiliers urbains destinés à l'affichage de l'information municipale avec ou sans publicité ». L'objet du contrat consistait en l'installation, l'exploitation et l'entretien de 58 planimètres, le titulaire fournissant également les plans de la ville, 20 autobus, 18 affichages administratifs, 12 affichages libres, 19 portiques, 7 panneaux d'entrée de ville, 4 colonnes culturelles, 3 journaux électroniques, 3 bornes tactiles, 2 radars pédagogiques et une application mobile, pour une durée de 10 ans, le titulaire étant en contrepartie autorisé « à exploiter, à titre gratuit, sans paiement de la redevance d'occupation du domaine public, l'ensemble des faces d'affichages à des fins commerciales et publicitaires, des abris voyageurs et des faces d'information comportant un plan de la ville ». Le règlement de la consultation indiquait que les offres seraient appréciées au regard d'un unique critère de la valeur technique décliné en trois sous-critères (qualité technique et fonctionnelle (50 %) ; qualité de la méthodologie concernant l'entretien et la maintenance proposée (20 %) ; délais d'exécution (30 %).

Quatre sociétés se sont portées candidates. Au terme de la procédure, la commune a choisi la société Philippe Védiaud publicité. La société Girod Médias, classée troisième, a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Melun de conclusions aux fins d'annulation de la procédure auxquelles il a fait droit par une ordonnance contre laquelle la société Philippe Védiaud et la commune de Saint-Thibault-des-Vignes se pourvoient en cassation. Il a retenu le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne prévoyant aucun critère de prix alors que l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics impose la présence d'un tel critère, qu'il soit le seul ou accompagné d'autres critères. Cette obligation de prévoir au moins le critère du prix ne s'applique en revanche pas pour l'attribution des concessions. Mais le juge du référé a écarté cette qualification au motif que « le contrat, en conférant à la société attributaire un monopole sur l'exploitation à des fins publicitaires du mobilier urbain installé par ses soins, ne comporte aucun risque réel d'exploitation. Dans ces conditions, la part de risque transféré au cocontractant n'impliquant pas une réelle exposition aux aléas du marché, celui-ci ne peut, par suite, être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service ».

Ces motifs, qui posent le cadre juridique du litige, ne sont critiqués que par la commune requérante, à juste titre nous semble-t-il. C'est pourquoi nous commencerons par étudier son pourvoi.

Elle soutient qu'ils sont entachés d'une double erreur de droit, dès lors que l'attribution d'un droit exclusif d'une part n'institue pas un monopole, d'autre part n'exclut pas l'existence d'un risque, et d'une erreur de qualification juridique des faits.

Les contrats de concession sont aujourd'hui définis par l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative à ces contrats comme étant « 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. » Cette définition est la transposition presque littérale de la définition que donne de ces contrats l'article 5 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concessions.

Ce qui distingue le contrat de concession du marché public, qui tendent tous deux à procurer à la personne publique la satisfaction de l'un de ses besoins, est la nature de la contrepartie de la prestation dont bénéficie la personne publique. Il s'agit dans les deux cas d'une contrepartie de nature économique, ce qui confère à ces deux contrats un caractère onéreux. Mais, alors que la contrepartie due au titulaire d'un marché est un prix versé par la personne publique, le concessionnaire se voit attribuer un droit d'exploiter dont le produit assurera au moins en partie sa rémunération. Au moins en partie car, ainsi que cela ressort de la définition que nous venons de lire, l'attribution de ce droit peut être assortie d'un prix.

Pour emporter la qualification de concession, le droit d'exploiter ainsi dévolu au cocontractant de la personne publique doit comporter un risque. « Le droit d'exploitation de travaux ou de services implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique », souligne le considérant 18 de la directive. L'article 5 précité de l'ordonnance de 2016 place ainsi ce transfert de risque au coeur de la définition de la concession. Dans la thèse remarquable qu'il a consacrée à l'étude du « risque dans les contrats administratifs » (Bibliothèque de droit public, t. 274, LGDJ, 2013) et dans l'article où il en expose la substantifique moelle pour les lecteurs pressés (« Le risque, les concessions et les marchés », RFDA 2016, p. 237), deux études auxquels les développements qui suivent doivent beaucoup, le professeur Thomas Pez a montré comment le mode de rémunération, qui intègre la notion de risque, s'est aujourd'hui substitué au critère de l'origine de la rémunération dans la qualification de la concession. « La rémunération, explique-t-il, doit impliquer le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation, peu importe que la rémunération provienne de tiers (et notamment des usagers du service ou de l'ouvrage) ou de l'administration contractante », dans ce dernier cas parce qu'elle verserait une rémunération qui dépendrait des résultats de l'exploitation¹. Le transfert du risque occupe donc une place centrale dans la définition de la concession. La directive et l'ordonnance qui la transposent ont d'ailleurs pris soin d'en indiquer les éléments caractéristiques.

Le second alinéa de l'article 5 de l'ordonnance précise ainsi que « 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. » L'article 5 de la directive est encore plus disert en indiquant que le risque transféré peut être lié à la demande, à l'offre ou aux deux.

Comme l'écrit encore T. Pez, « le risque, c'est l'incertitude prévisible, l'événement incertain mais prévisible que les parties ont accepté de courir en contractant ». Certains facteurs de risque

existent dans tous les contrats, marchés comme concessions, tels que ceux liés à la mauvaise gestion, aux manquements contractuels et à la force majeure. La directive les exclut expressément de la définition du risque concessif. Elle précise dans son considérant n° 20 que « le risque d'exploitation devrait trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle », tels que les aléas pouvant affecter les charges de l'exploitation (risque lié à l'offre) ou le recours au service, fréquentation ou consommation (risque lié à la demande). La Cour de justice de l'Union européenne l'avait aussi indiqué avant même la publication de la directive, en considérant que « le risque d'exposition économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché » (CJUE, 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, aff. C-274-09, pts 26 et s.).

La qualification de concession implique donc l'existence d'un risque réel et que ce risque soit transféré. En revanche, elle ne comporte aucune condition tenant à l'importance de ce risque.

L'exigence de réalité du risque transféré ressort des dispositions précitées : le concessionnaire doit se trouver réellement exposé aux aléas du marché, de sorte que toute perte estimée ou potentielle qu'il pourra supporter ne doit pas « être purement nominale ou négligeable », ce qui serait le cas si, comme l'indique l'exposé des motifs de la directive, le pouvoir adjudicateur « évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat » (consid. 20). Ces mécanismes de garantie sont aussi variés que sophistiqués et c'est un des nombreux mérites de l'étude de Thomas Pez à laquelle nous renvoyons une fois de plus que de les avoir très clairement identifiés et décrits.

Si le risque ne doit pas être éliminé par de tels mécanismes de garantie, « le fait qu'il soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession », comme le précise le considérant 19 de la directive qui fait allusion à la réglementation des tarifs ou à des arrangements contractuels prévoyant une compensation partielle.

Toute activité consistant à exploiter des travaux ou des services, c'est-à-dire à leur faire produire une ressource économique, comporte un risque, qui peut être lié aux charges de l'exploitation, à son produit, le plus souvent aux deux. La qualification de concession implique que ce risque pèse au moins en partie et pour une partie non négligeable sur le cocontractant de la personne publique.

L'application de ce critère au contrat litigieux offre une bonne illustration de ses différentes composantes.

Il s'agit d'un contrat classique portant sur l'exploitation du mobilier urbain de la commune : celle-ci bénéficie de l'installation et de l'entretien d'un certain nombre d'équipements situés sur la voie publique destinés à assurer le confort – pour les abribus – des usagers et à supporter différentes informations municipales : plan de la ville, journaux électroniques, affichage administratif, culturel, etc. En contrepartie de cette prestation, la commune renonce à percevoir la redevance d'occupation du domaine public et donne au titulaire le droit d'exploiter commercialement les surfaces libres, en les louant à des annonceurs publicitaires. Bien que tous les contrats dits de mobilier urbain ne soient pas nécessairement conçus de la sorte, c'est le cas le plus souvent, et notamment de tous ceux que vous avez eu à connaître, de sorte que la dénomination « contrat de mobilier urbain » a fini par désigner un contrat relatif à

l'exploitation du mobilier urbain présentant ces éléments caractéristiques. Ce sont précisément les contrats de ce type que vous avez dans un premier temps, bien avant l'introduction en droit français de la catégorie juridique des concessions au sens du droit de l'Union, qualifiés de marchés publics au motif que l'abandon de la redevance d'occupation du domaine public et des recettes publicitaires constituait un prix versé par le pouvoir adjudicateur (Ass, 4 novembre 2005, Sté Jean-Claude Decaux, n° 247298).

Si la renonciation à percevoir une recette certaine, telle que la redevance d'occupation du domaine public, équivaut sans aucun doute au paiement d'un prix, ce ne saurait être le cas de la renonciation à percevoir des recettes publicitaires qui sont précisément le produit de l'exploitation du service. L'abandon de ces recettes traduit la dévolution du droit d'exploiter qui caractérise aujourd'hui la concession. Vous l'avez souligné, de manière surabondante, dans votre décision Ville de Paris du 15 mai 2013 (n° 364593, au recueil), à propos d'un contrat portant également sur l'exploitation d'espaces publicitaires sur du mobilier urbain, en indiquant « que la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique ». Le président Ménéménis avait relevé dès 2005, dans une analyse de la décision Jean-Claude Decaux, que ces contrats relevaient « d'une logique concessive : la collectivité territoriale demande en effet au titulaire de réaliser et d'entretenir des ouvrages de mobilier urbain qui correspondent à ses besoins, mais elle le laisse les exploiter à des fins commerciales ; elle lui donne ainsi accès – à titre exclusif – à une source de revenus ».

L'introduction dans le droit interne par l'ordonnance de 2016 de la catégorie juridique des concessions de service vous a permis de les y rattacher et d'abandonner une qualification de marché public qui procédait essentiellement d'une volonté de soumettre aux règles de publicité et de mise en concurrence ces contrats qui ne pouvaient par ailleurs, faute de porter sur un service public, être soumis aux règles applicables aux délégations de service public.

L'analyse de votre décision du 5 février 2018, Ville de Paris et Sté des mobiliers urbains pour la publicité et l'information (SOMUPI), n° 416579, aux T) affirme ainsi qu' « un contrat relatif à l'exploitation sur le domaine public d'une commune de mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité est une concession de services au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. » L'affirmation est probablement un peu péremptoire et il faut, comme nous le disions, comprendre qu'elle ne vaut que pour les contrats présentant l'équilibre économique que nous avons décrit et qui caractérise la plupart des contrats de mobiliers urbains. C'était le cas de celui passé en urgence par la ville de Paris dans cette décision comme de celui que la commune de Saint-Thibaud-des-Vignes entendait conclure. Son pourvoi vous permettra de le confirmer de manière plus explicite.

La commune requérante nous semble tout d'abord avoir raison de souligner qu'elle n'entendait conférer à la société attributaire aucun « monopole sur l'exploitation à des fins publicitaires du mobilier urbain installé par ses soins ». Cette formulation du juge du référé est au mieux impropre, au pire juridiquement erronée puisque le contrat litigieux n'a pas et ne pourrait d'ailleurs pas avoir pour effet de créer un service unique de l'annonce publicitaire. Il y a seulement l'attribution au titulaire du droit d'exploiter un certain nombre d'installations qui procurent aux usagers des services, attribution qui constitue l'objet même de la concession. Que ce droit soit exclusif sur tout le territoire municipal est la conséquence du choix de la collectivité d'attribuer l'ensemble de la prestation à un seul titulaire, choix

qu'elle effectue librement puisque, comme vous le savez, les concessions de service ne sont pas soumises au principe de l'allotissement qui s'applique aux marchés publics et que la collectivité publique détermine librement le périmètre de la concession, sous réserve de ne pas lui donner un périmètre manifestement excessif ou de réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux (21 septembre 2016, Cté urbaine du Grand Dijon et société Kéolis, n° 399656, aux T).

Si l'on peut faire crédit à l'auteur de l'ordonnance attaquée d'avoir employé le terme monopole pour désigner le droit exclusif effectivement conféré, il sera ensuite beaucoup plus difficile de passer sur l'erreur de droit consistant à déduire de l'attribution de ce droit exclusif l'absence de risque réel d'exploitation. Ce n'est pas parce qu'un seul opérateur exerce une activité économique sur un territoire que tout l'aléa inhérent à cette activité est éliminé. Particulièrement en ce qui concerne un contrat tel que l'exploitation de mobiliers urbains, l'exclusivité ne fait qu'étendre le périmètre du contrat, augmentant les sources de recettes mais aussi les charges. Une répartition des installations entre plusieurs opérateurs aurait pu conduire à des contrats dont les équilibres économiques auraient été différents selon l'attractivité commerciale des mobiliers attribués et peut être les risques plus grands pour ceux exploitant les biens les moins productifs. Mais il ne fait aucun doute que même lorsque l'opérateur est, comme en l'espèce, le seul exploitant, il supporte un risque lié à l'offre, tenant au coût que représente l'installation et l'entretien du matériel pendant une durée relativement longue et un risque lié à la demande, puisque ses recettes dépendront de ce que les annonceurs seront prêts à payer pour la location des supports publicitaires dont la valeur dépend de nombreux facteurs extérieurs aux parties au contrat, liés au volume et à la nature de la fréquentation des différents lieux où ils sont implantés. Et surtout ces deux risques ne sont pas corrélés, de sorte que toute baisse de la recette publicitaire demeure sans incidence sur le service que le titulaire doit continuer d'assurer pendant toute la durée du contrat. Il n'existe aucun mécanisme contractuel de compensation par la personne publique de l'essentiel des charges, qui aboutirait à rendre tout à fait marginal le risque d'exploitation que supporterait le titulaire et qui vous a conduit à qualifier de marchés publics certains contrats de restauration scolaire (5 juin 2009, sté Avenance Enseignement et Santé, n° 298641, aux T sur ce point et, plus récemment, 24 mai 2017, sté Régal des Iles, n° 407213, aux T sur ce point).

Par conséquent, le contrat que la commune requérante entendait conclure était une concession de service et le juge du référé l'a également inexactement qualifié de marché public.

Cette erreur de qualification l'a conduit à faire application à la procédure litigieuse d'une disposition du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui ne lui était pas applicable.

La circonstance que la commune ait elle-même commis cette erreur en indiquant dans l'avis d'appel à la concurrence qu'il avait pour objet la conclusion d'un marché est sans incidence sur l'inapplicabilité de cette disposition. Il ne s'agit pas d'une règle de procédure particulière à laquelle la commune se serait volontairement soumise et qu'elle serait tenue de respecter après avoir indiqué aux candidats qu'elle leur était applicable. L'obligation de faire figurer le prix parmi les critères de sélection des offres des marchés publics est une règle de fond que la commune n'a pas entendu s'imposer – auquel cas elle aurait simplement prévu un tel critère. Il appartient par ailleurs au juge de déterminer les règles applicables à la procédure dont il est saisi. Il n'est jamais lié en ce sens par les qualifications erronées de la collectivité adjudicatrice. Votre jurisprudence comporte de

nombreux exemples de requalifications auxquelles vous avez procédé avant d'appliquer à la procédure en cause les règles qui lui sont légalement applicables.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'ordonnance attaquée. Vous n'aurez besoin ni d'examiner les autres moyens du pourvoi de la commune ni de statuer sur celui de la société Philippe Védiaud Publicité, que l'annulation de l'ordonnance qu'il attaquait également rend sans objet.

Réglant l'affaire au titre de la demande de référé précontractuel, vous écarterez, outre le moyen retenu à tort par l'auteur de l'ordonnance, le moyen tiré de ce que la commune aurait méconnu les dispositions du II de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatives aux informations que l'acheteur doit notifier aux candidats dont les offres ont été rejetées, puisqu'elles sont inapplicables à la procédure litigieuse, pour les raisons que nous venons de dire.

Le moyen tiré de ce que le conseil municipal se serait prononcé sur le principe de la concession en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-4 du CGCT est doublement inopérant. D'une part, parce que ces dispositions instituent une délibération du conseil municipal sur le principe de toute délégation de service public et que l'objet du présent contrat n'est pas, comme nous l'avons dit, de déléguer un service public mais seulement de concéder un service (Ass, 4 novembre 2005, Sté Jean-Claude Decaux ; 5 février 2018, ville de Paris et SOMUPI, précitées). D'autre part parce que la méconnaissance de ces dispositions, seraient-elles applicables, ne constitue pas une méconnaissance des règles de transparence et de mise en concurrence qui peuvent seules être utilement invoquées devant le juge du référé précontractuel.

La société évincée fait en dernier lieu valoir que la durée prévue par le contrat, de 10 ans, serait trop longue au regard des dispositions du II de l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concessions qui prévoit que « Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat. » La question de la durée d'un contrat peut être soumise au juge du référé précontractuel si elle est de nature à restreindre l'accès à la commande publique. Mais en l'espèce la société évincée se borne sur ce point à rappeler la durée du contrat sans établir qu'elle excéderait le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements, s'en prévalant plutôt au soutien de son argumentation de l'absence de risque d'exploitation. Si, dans un mémoire en réplique présenté devant vous, elle ajoute que le caractère excessif de cette durée résulterait de ce que le contrat prévoit un remplacement des mobiliers urbains électroniques au bout de 5 ans qui seraient donc nécessairement amortis à cette échéance, ce nouvel argument n'est pas plus convainquant : non seulement l'obligation de remplacer des ouvrages n'implique pas qu'ils seront amortis, mais surtout elle ne concerne qu'une partie des installations objet du contrat.

EPCMNC :

- Annulation de l'ordonnance attaquée ;
- Rejet de la demande présentée par la sté Girod Médias au juge des référés du TA de Melun ainsi qu'au rejet de ses conclusions au titre des frais exposés devant vous, puisqu'elle est partie perdante ; Vous pourrez en revanche mettre à sa charge le versement à la commune de Saint-Thibault-des-Vignes d'une

somme de 4 500 euros au titre des frais qu'elle a exposés devant vous et devant le JRТА.

- A ce que vous prononciez un non lieu à statuer sur le pourvoi de la sté Philippe Védiaud publicité et au rejet de ses conclusions au titre des frais de l'instance puisque n'ayant pas soulevé le moyen retenu pour annuler l'ordonnance, il n'a en rien contribué à obtenir ce qu'il demandait.

Référence 2 : CE, 25 mai 2018, Commune de Saint-Thibault-Des-Vignes, n°416825 ;

Vu les procédures suivantes :

La société Girod Médias a saisi, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Melun d'une demande tendant, en premier lieu, à enjoindre à la commune de Saint-Thibault-des-Vignes de lui communiquer les informations détaillées sollicitées sur le fondement du II de l'article 99 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et, en second lieu, à annuler la décision de rejet de sa candidature prise par cette commune le 24 octobre 2017 et la décision d'attribution du marché, ensemble la procédure ayant conduit à l'attribution d'un contrat de mobiliers urbains destinés à l'information municipale et à la publicité, compte tenu notamment de l'absence de critère du prix ou du coût pour l'évaluation des offres. Par une ordonnance n° 1708635 du 11 décembre 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a annulé la procédure de passation litigieuse.

1° Sous le n° 416825, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 26 décembre 2017 et 11 janvier 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Philippe Védiaud Publicité demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) de mettre à la charge de la société Girod Médias la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 416947, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 29 décembre 2017, 15 janvier et 20 février 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la commune de Saint-Thibault-des-Vignes demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Girod Médias ;

3°) de mettre à la charge de la société Girod Médias la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Matuchansky, Poupot, Valdélièvre, avocat de la société Philippe Védiaud Publicité, à la SCP Didier, Pinet, avocat de la société Girod Médias et à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la commune de Saint-Thibault-des-Vignes.

1. Considérant qu'il ressort des pièces des dossiers soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes a lancé une procédure de

passation d'un contrat de mobilier urbain, à l'issue de laquelle le contrat a été attribué à la société Philippe Védiaud Publicité ; qu'à la suite du rejet de son offre, la société Girod Médias a saisi le juge du référé précontractuel d'une demande tendant à l'annulation de cette procédure ; que, par une ordonnance du 11 décembre 2017, contre laquelle la société Philippe Védiaud Publicité et la commune de Saint-Thibault-des-Vignes se pourvoient en cassation, le juge des référés a annulé la procédure ; qu'il y a lieu de joindre les deux pourvois pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant 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* » ;

3. Considérant que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun a relevé, d'une part, que le contrat litigieux avait pour objet l'installation, l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains destinés notamment à l'information municipale, d'autre part, que le titulaire du contrat devait assurer ces prestations à titre gratuit et était rémunéré par les recettes tirées de la vente d'espaces à des annonceurs publicitaires ; que, pour juger que ce contrat était un marché public et non une concession de service, il s'est borné à constater qu'il confiait à titre exclusif l'exploitation des mobiliers à des fins publicitaires à son attributaire, pour en déduire qu'aucun risque n'était transféré à ce dernier ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société attributaire du contrat assumait un risque réel d'exploitation, il a commis une erreur de droit ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la commune de Saint-Thibault-des-Vignes est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; qu'il n'y a par suite plus lieu de statuer sur le pourvoi de la société Philippe Védiaud Publicité ;

4. 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 Girod Médias ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, dont l'objet et l'équilibre économique ont été rappelés au point 3 ci-dessus, ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire ; que celui-ci est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter ; qu'il suit de là que ce contrat, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que les moyens tirés de ce que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en méconnaissant les dispositions du II de l'article 99 et du II de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, ne peuvent être utilement soulevés par la société Girod Médias ;

7. Considérant, par ailleurs, que les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives à la passation des délégations de service public ne peuvent qu'être écartés, dès lors que le contrat en cause ne confie à son attributaire la gestion d'aucun service public ;

8. Considérant, enfin, que le moyen tiré de ce que le contrat litigieux, dont la durée est de dix ans, aurait été passé en méconnaissance des dispositions de l'article 6 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, n'est pas assorti des précisions permettant d'apprécier l'incidence qu'une telle durée était le cas échéant susceptible d'avoir sur la possibilité, pour la société Girod Médias, de présenter utilement son offre ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 11 décembre 2017 du juge des référés du tribunal administratif de Melun est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Girod Médias devant le juge des référés du tribunal administratif de Melun et ses conclusions présentées devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 15 décembre 2017, Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit

1. Le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion – Côte de Granit gère l'aéroport du même nom. La desserte Lannion / Orly, avec ses 30 000 passagers par an, est structurellement déficitaire. Toutefois le cadre juridique applicable, que la présente affaire vous permettra de clarifier, permet de confier à un transporteur aérien l'exploitation exclusive d'une ligne non rentable, dans le cadre d'une convention qui comporte, en contrepartie du respect des obligations de service public, le versement d'une compensation financière par l'État. Ce prestataire doit également être choisi après une mise en concurrence.

C'est d'abord la compagnie Airlinair qui a été désignée en 2009, puis la société « Hop ! » en 2013, à l'issue d'une procédure qualifiée par le syndicat mixte de délégation de service public. En 2017, le syndicat mixte a publié un avis d'appel public à la concurrence en vue de la passation – selon son intitulé – d'un contrat de délégation de service public, qui mentionnait la possibilité de saisir le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Rennes. C'est la société Chalais Aviation qui a été retenue par la commission de sélection instituée sur le fondement de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales.

Sur la demande de Twin Jet, concurrent évincé, le juge du référé précontractuel a annulé la procédure par une ordonnance du 24 juillet dernier, au motif que le syndicat mixte n'avait pas informé les candidats des critères de sélection des offres. Le juge avait d'abord écarté l'exception d'incompétence opposée en défense par le syndicat mixte, qui soutenait désormais que le contrat en

cause ne portait pas délégation de service public et n'entraînait dès lors pas dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

Le syndicat mixte se pourvoit en cassation et les deux moyens qu'il soulève vous permettront de vous pencher, d'une part, sur la qualification de la convention litigieuse, qui détermine la compétence du juge du référé précontractuel et, d'autre part, sur la régularité de la procédure suivie compte tenu des principes qui s'imposent pour la conclusion d'un tel contrat.

2. Le premier moyen est en effet tiré de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en qualifiant la convention litigieuse de délégation de service public et en en déduisant que la contestation de sa passation relevait de sa compétence. Le syndicat mixte fait valoir trois arguments à l'appui de ce moyen. Leur examen suppose un rappel préalable du régime juridique passablement complexe dans lequel vient s'inscrire le contrat litigieux.

2.1. Le cadre européen est aujourd'hui posé par un règlement (CE) n° 1008/2008, du Parlement européen et du Conseil, du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté.

Selon le paragraphe 1 de son article 16 : « Un Etat membre peut (...) après en avoir informé la Commission (...) imposer une obligation de service public au titre de services aériens réguliers (...) sur une liaison à faible trafic à destination d'un aéroport situé sur son territoire, si cette liaison est considérée comme vitale pour le développement économique et social de la région desservie par l'aéroport (...) ».

L'hypothèse qui nous concerne, dans laquelle aucun transporteur n'exploite antérieurement la liaison, est envisagée au paragraphe 9 : « si aucun transporteur aérien communautaire n'a commencé ou ne peut démontrer qu'il est sur le point de commencer des services aériens réguliers durables sur une liaison, conformément à l'obligation de service public qui a été imposée sur cette liaison, l'Etat membre concerné peut limiter l'accès des services aériens réguliers sur cette liaison à un seul transporteur aérien communautaire pour une période maximale de quatre ans, à l'issue de laquelle la situation est réexaminée (...) ».

Enfin, le paragraphe 10 précise les conditions dans lesquelles l'exploitant est choisi : « Le droit d'exploiter les services visés au paragraphe 9 est concédé après appel d'offres conformément à l'article 17, soit pour une seule liaison, soit, dans les cas où des raisons d'efficacité opérationnelle le justifient, pour un groupe de liaisons, à tout transporteur aérien communautaire autorisé à exploiter de tels services aériens (...) ». L'article 17 en question organise une procédure de mise en concurrence, sous le contrôle de la Commission.

A cet égard, son paragraphe 3 précise que : « L'appel d'offres et le contrat qui en résulte couvrent notamment les points suivants : a) les normes requises par l'obligation de service public ; b) les règles concernant la modification et la résiliation du contrat, notamment pour tenir compte des modifications imprévisibles ; c) la durée de validité du contrat ; d) les sanctions en cas de non-respect du contrat ; e) les paramètres objectifs et transparents sur lesquels se fonde le calcul de la compensation éventuelle pour l'exécution des obligations de service public. ». Le même article prévoit la possibilité de verser au transporteur une compensation qui « ne dépasse pas le montant nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution de chaque obligation de service public, en tenant compte des recettes y relatives conservées par le transporteur aérien ainsi que d'un bénéfice raisonnable. ».

Ces dispositions sont largement reprises en droit interne par l'article R. 330-7 du code de l'aviation civile, bien que celui-ci continue à se référer au précédent règlement (CEE) n° 2408/92 du Conseil, du 23 juillet 1992, abrogé et remplacé par celui de 2008.

Par ailleurs, l'article L. 6412-4 du code des transports dispose que : « sous réserve des compétences attribuées à certaines collectivités territoriales, l'Etat peut déléguer tout ou partie de l'organisation de services de transport aérien intérieurs au territoire français soumis à des obligations de service public à une collectivité territoriale ou à une autre personne publique intéressée l'ayant demandé. ». C'est sur ce fondement qu'une décision du 5 janvier 2017 du ministre de l'environnement a délégué au syndicat mixte la compétence pour lui-même déléguer l'exploitation de la liaison aérienne entre Lannion et Orly.

Enfin, un décret n°2005-473 du 16 mai 2005 pose les règles d'attribution par l'Etat de compensations financières aux transporteurs aériens pour leurs missions de service public. Lui aussi continue à se référer au règlement de 1992.

C'est son article 8 qui nous intéresse plus particulièrement ici, puisqu'il dispose que « lorsque l'Etat décide de participer financièrement, une convention de délégation de service public est conclue entre l'Etat (ministre chargé de l'aviation civile), la collectivité territoriale ou la personne publique intéressée et le transporteur retenu pour exploiter la liaison considérée. ».

Le droit interne qualifie donc expressément ce type de contrat de délégation de service public, mais seulement dans le cas où il comporte une participation financière de l'Etat. Nous avons vu que tel est bien le cas dans notre affaire.

2.2. On a dit que le syndicat mixte soutient que le juge du référé précontractuel était incompétent pour connaître de la requête de Twin Jet, en contestant la qualification de délégation de service public du contrat litigieux qu'il a lui-même passé sous ce vocable. Il n'est pas certain que la qualification retenue par le pouvoir réglementaire à l'article 8 du décret de 2005 s'impose au juge. Pour autant, aucun des quatre arguments invoqués par le syndicat mixte pour contester cette qualification n'est fondé.

Ainsi, la circonstance que la conclusion du contrat donne lieu au versement d'une aide d'Etat est bien entendu sans incidence : une délégation de service public peut parfaitement s'accompagner d'une subvention de la personne publique.

Ensuite, le fait que ce contrat soit temporaire est tout aussi dépourvu d'incidence sur la qualification de délégation de service public.

En outre, contrairement à ce que soutient le syndicat, l'article 8 du décret est demeuré applicable après l'entrée en vigueur du règlement de 2008. L'abrogation du règlement de 1992 n'avait d'ailleurs pas échappé au juge, qui a relevé que les conditions prévues à son article 4 avaient été reprises en substance à l'article 16 du nouveau texte.

En définitive, une incertitude pourrait provenir de ce que, depuis l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales définit la délégation de service public comme « un contrat de concession » au sens de cette ordonnance. Or, celle-ci exclut expressément de son champ d'application, à son article 13 : « 11° Les contrats de concession de service de transport aérien basés sur l'octroi d'une licence d'exploitation au sens de l'article L. 6412-2 du code des transports ».

Toutefois, le fait que de tels contrats ne soient pas soumis à l'application des dispositions de l'ordonnance n'a aucunement pour effet de les priver de la qualification de concession et de délégation de service public. Au contraire, c'est bien parce qu'il s'agit de concessions qu'il est nécessaire de prévoir une disposition explicite pour les exclure du champ d'application de l'ordonnance. Les contrats en question répondent parfaitement à la définition de la concession, telle que l'énonce à l'article 5 de l'ordonnance, à savoir : « 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. ».

Nous sommes donc bien en présence d'un contrat de délégation de service public, non soumis à l'ordonnance de 2016 et le juge des référés n'a commis aucune erreur de droit en retenant cette qualification et sa propre compétence.

3. Le second moyen a trait à la régularité de la procédure mise en oeuvre par le syndicat mixte au regard des exigences du règlement de 2008. Il est soutenu que le juge du référé précontractuel aurait dénaturé les pièces du dossier en considérant que les critères de sélection des offres n'avaient pas été portés à la connaissance des candidats.

On sait que la passation des contrats de délégation de service public est soumise aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures et que, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique devait apporter aux candidats à l'attribution d'une telle délégation, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres, sans toutefois être tenue d'informer les candidats des modalités de mise en oeuvre de ces critères : CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, n° 328827, p. 502 et CE, 30 juillet 2014, Société Lyonnaise des eaux France, n° 369044, T. p. 739.

Certes, nous avons vu que les contrats de concession de service de transport aérien n'entrent pas dans le champ d'application de l'ordonnance de 2016. Pour autant, nous ne pensons pas de tels contrats puissent se trouver exonérés du respect des principes généraux du droit de la commande publique, auxquels la décision CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC a conféré une valeur constitutionnelle et que votre jurisprudence Versailles vise à garantir.

Au plan européen, le paragraphe 5 de l'article 17 du règlement de 2008 est plus souple que votre jurisprudence dans la mesure où il se borne à exiger que l'avis d'appel à la concurrence pour les liaisons aériennes soumises à des obligations de service public comporte « l'ensemble des informations et/ou documents pertinents se rapportant à l'appel d'offres ». Nous pensons toutefois que le règlement ne fait pas obstacle à l'application de règles nationales plus exigeantes en matière d'information des candidats.

En l'espèce, le règlement particulier de l'appel d'offres ne contenait pas de véritable indication sur les critères de sélection des offres. Notamment, on ne voit pas comment les trois « critères de sélection » énumérés à son article 6 auraient pu permettre de procéder à une notation des offres : sont simplement mentionnés les « garanties professionnelles et financières » présentées par les candidats, leur « aptitude à assurer la continuité du service public aérien et l'égalité des usagers », enfin le respect des obligations en

matière d'emploi de travailleurs handicapés. S'ajoutait à ces trois critères un rappel des termes du paragraphe 7 de l'article 17 du règlement européen : « la sélection parmi les offres présentées sera effectuée compte tenu de l'adéquation du service et notamment des prix et des conditions qui peuvent être proposés aux usagers ainsi que le (sic) coût de la compensation requise (celui-ci pourra être rapporté au nombre de passagers transportés) ».

Or, la lecture du rapport d'analyse des offres fait apparaître que la commission de sélection s'est livrée à une analyse fine, basée sur des critères qualitatifs et quantitatifs tout à fait précis et objectifs : la fréquence des liaisons aller/retour, le nombre et les modèles d'appareils utilisés, les horaires des vols, la politique commerciale et notamment les réseaux de commercialisation des billets ainsi que les modalités de communication et de promotion, ou encore la grille tarifaire qui sera proposée aux usagers.

Ces éléments, comme on l'a vu, ne figuraient pas dans le règlement de la consultation, pas davantage dans l'avis de publicité et il ne ressort pas du dossier qu'ils auraient été mentionnés au cours des échanges entre les candidats et le syndicat intervenus au cours de la négociation.

Le juge du référé précontractuel n'a donc commis aucune dénaturation en jugeant que l'information portée à la connaissance des candidats ne comportait pas la mention des critères de choix du délégataire – sauf à considérer que le simple rappel des dispositions très générales du paragraphe 7 de l'article 17 du règlement européen constitue une « information sur les critères de sélection des offres » au sens de votre jurisprudence Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, ce que nous ne vous proposons pas.

EPCMNC :

- au rejet du pourvoi du syndicat mixte de l'aéroport de Lannion – Côte de granit ;
- à ce que le syndicat mixte verse à la société Twin Jet une somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet de ses conclusions présentées à ce titre.

Référence 4 : CE, 15 décembre 2017, Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit, n° 413193 ;

Vu la procédure suivante :

La société Twin Jet a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Rennes, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation, par le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit, du contrat d'exploitation de la liaison aérienne entre les aéroports de Lannion et de Paris-Orly.

Par une ordonnance n° 1702973 du 24 juillet 2017, le juge des référés a fait droit à cette demande.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 8 et 22 août 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;
2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, de rejeter la demande de la société Twin Jet ;
3°) de mettre à la charge de la société Twin Jet la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 ;

- le code de l'aviation civile ;

- le code général des collectivités territoriales ;

- le code des transports ;

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

- le décret n° 2005-473 du 16 mai 2005 ;

- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit a lancé, sur le fondement du règlement (CE) du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté et du décret du 16 mai 2005 relatif aux règles d'attribution par l'Etat de compensations financières aux transporteurs aériens et aux exploitants d'aéroports pour leurs missions relatives au sauvetage et à la lutte contre les incendies d'aéronefs, à la sûreté, à la lutte contre le péril aviaire et aux mesures effectuées dans le cadre des contrôles environnementaux, une procédure de passation en vue de la conclusion d'une convention entre l'Etat, le syndicat mixte et le transporteur aérien retenu ayant pour objet l'exploitation, en exclusivité, de la liaison aérienne entre Lannion et Paris (Orly) et comportant une compensation versée par l'Etat en contrepartie du respect des obligations de service public grevant cette ligne ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Rennes, saisi par la société Twin Jet et statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé cette procédure ;

Sur la compétence du juge du référé précontractuel :

2. Considérant 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, ou la délégation d'un service public (...)* » ;

3. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « *Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (...)* » ; 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* » ;

4. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 16 du règlement (CE) du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté : « *1. Un Etat membre peut (...) après en avoir informé la Commission (...) imposer une obligation de service public au titre de services aériens réguliers (...) sur une liaison à faible trafic à destination d'un aéroport situé sur son territoire, si cette liaison est considérée comme vitale pour le développement économique et social de la région desservie par l'aéroport (...)* / 9. (...) si aucun transporteur aérien communautaire n'a

commencé ou ne peut démontrer qu'il est sur le point de commencer des services aériens réguliers durables sur une liaison, conformément à l'obligation de service public qui a été imposée sur cette liaison, l'Etat membre concerné peut limiter l'accès des services aériens réguliers sur cette liaison à un seul transporteur aérien communautaire pour une période maximale de quatre ans, à l'issue de laquelle la situation est réexaminée (...) / 10. Le droit d'exploiter les services visés au paragraphe 9 est concédé après appel d'offres conformément à l'article 17, soit pour une seule liaison, soit, dans les cas où des raisons d'efficacité opérationnelle le justifient, pour un groupe de liaisons, à tout transporteur aérien communautaire autorisé à exploiter de tels services aériens (...) » ;

5. Considérant que, conformément aux dispositions du règlement (CE) du 24 septembre 2008, les Etats membres peuvent concéder par contrat, après appel d'offres, l'exploitation de liaisons aériennes non rentables à un prestataire choisi après mise en concurrence et tenu à des obligations de service public ; que ces contrats, dès lors qu'ils répondent aux critères posés à l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, sont des contrats de concession au sens de cette ordonnance, alors même qu'en vertu de son article 13, les contrats de concession de service de transport aérien ne sont pas soumis aux règles qu'elle fixe ; que de tels contrats, lorsqu'ils sont conclus par des personnes morales de droit public relevant du code général des collectivités territoriales, sont qualifiés, par les dispositions de l'article L. 1411-1 de ce code, de contrats de délégation de service public et sont soumis aux règles posées à ce titre par ce code ;

6. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la convention litigieuse confie à son cocontractant l'exploitation, à ses risques, d'une ligne aérienne dans le respect d'obligations de service public ; que, par suite, le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit n'est pas fondé à soutenir que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Rennes aurait commis une erreur de droit en qualifiant la convention litigieuse, qui remplit les critères précités de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, de délégation de service public et en en déduisant que la contestation de sa passation relevait de sa compétence ;

7. Considérant que la circonstance, invoquée par le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit, que les contrats de concession de service de transport aérien soumis au règlement (CE) du 24 septembre 2008 sont susceptibles, le cas échéant, de donner lieu au versement d'une aide d'Etat et qu'ils sont conclus à titre temporaire, est sans incidence sur cette qualification et cette compétence du juge des référés ; qu'enfin, contrairement à ce que soutient le syndicat mixte et en tout état de cause, l'article 8 du décret du 16 mai 2005 relatif aux règles d'attribution par l'Etat de compensations financières aux transporteurs aériens, qui qualifie explicitement de tels contrats de délégations de service public lorsque l'Etat y est partie, est demeuré applicable après l'entrée en vigueur du règlement (CE) du 24 septembre 2008 ;

Sur l'annulation de la procédure de passation :

8. Considérant, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le contrat conclu par le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit pour l'exploitation, en exclusivité, de la liaison aérienne entre Lannion et Paris (Orly), est un contrat de concession de service de transport aérien conclu sur le fondement du règlement (CE) du 24 septembre 2008, répondant à la qualification de délégation de service public en application des dispositions combinées de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ; que ce contrat est par suite soumis aux principes de liberté d'accès à la

commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, principes généraux du droit de la commande publique ; que, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution du contrat, avant le dépôt de leurs offres, ainsi que le prévoit d'ailleurs le paragraphe 5 de l'article 17 du règlement (CE) du 24 septembre 2008, l'ensemble des informations et/ou documents pertinents, lesquels doivent nécessairement inclure une information sur les critères de sélection des offres ; qu'au titre de cette information, le délégant ne peut se borner à rappeler les dispositions du paragraphe 7 de l'article 17 de ce règlement qui prévoient que « la sélection parmi les offres présentées est opérée le plus rapidement possible compte tenu de l'adéquation du service et notamment des prix et des conditions qui peuvent être proposés aux usagers ainsi que du coût de la compensation requise, le cas échéant, du ou des Etats membres concernés » ;

9. Considérant qu'en relevant que ni l'avis de publicité, ni le dossier de la consultation adressé aux candidats admis à présenter une offre ne comportaient, au-delà du rappel des dispositions du paragraphe 7 de l'article 17, d'information suffisamment précise sur les critères de choix du délégataire et que ces critères n'avaient pas davantage été mentionnés au cours de la phase de négociation et ne pouvaient pas clairement se déduire des questions posées par le syndicat mixte, le juge du référé précontractuel s'est livré à une appréciation souveraine des faits exempte de dénaturation ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le syndicat mixte de l'aéroport Lannion - Côte de granit n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : Le pourvoi du syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit est rejeté.

Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 29 juin 2018, Communauté de communes de la Vallée de l'Ubaye

1. Un mot seulement sur les faits de l'espèce. En effet, la question de droit posée au juge de cassation est particulièrement pure. Il ne sera donc pas nécessaire de vous pencher sur les relations contractuelles, à la fois antiques et complexes, entretenues par les protagonistes privés et publics du litige. Est en cause un protocole d'accord conclu entre, d'une part, la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye et la commune d'Enchastrayes qui en est membre et, d'autre part, le concessionnaire sortant du service public des remontées mécaniques de la station « Sauze – Super Sauze » ainsi qu'un certain nombre de tiers au contrat de concession, propriétaires de biens meubles ou immeubles affectés à ce service. Le protocole en question prévoit le rachat par la communauté de communes, à l'issue de la concession, pour un montant forfaitaire de 3,7 millions d'euros, de l'ensemble des équipements affectés au service public et d'une partie de son emprise foncière.

Le préfet des Alpes de Haute-Provence a déféré au juge les deux délibérations du conseil communautaire et la délibération du conseil municipal portant approbation des termes de ce protocole. Il a fait valoir que les biens nécessaires au fonctionnement du service public des remontées mécaniques, quelle que soit la date à laquelle ils aient été acquis ou réalisés par le concessionnaire,

devraient être regardés comme des biens de retour conformément à votre jurisprudence CE, Ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788, p. 477. A ce titre ils devraient revenir à la collectivité à l'expiration de la convention, gratuitement, sous réserve de l'indemnisation, le cas échéant, de la fraction non amortie de ces investissements. Aussi le rachat de ces biens à leur valeur vénale, prévu par le protocole litigieux, devrait-il s'analyser comme une libéralité illégalement consentie par la communauté de communes.

La cour administrative d'appel de Marseille, pour écarter cette argumentation, a posé dans son arrêt attaqué du 9 juin 2016 le principe suivant : « si les règles qui gouvernent les concessions de service public imposent que les biens nécessaires au fonctionnement du service public appartiennent à la collectivité concédante dès l'origine, ce principe ne trouve pas nécessairement à s'appliquer à toute convention d'exploitation d'un équipement, lorsque le délégataire en était propriétaire antérieurement à la passation de la convention et qu'il l'a seulement mis à disposition pour l'exécution de celle-ci ». La cour a toutefois précisé que « si ces biens sont nécessaires à l'exploitation du service, il appartient toutefois à la collectivité, afin de garantir sa continuité au terme de la convention, de se réserver la faculté pour elle d'en faire l'acquisition ». Or, en l'espèce, la quasi-totalité des biens affectés à la convention a été apportée par le concessionnaire, qui les exploitait de longue date à titre purement privé. La cour en a déduit qu'elle était en présence, en l'espèce, de « biens qui ne sont pas soumis au régime applicable aux biens dits de retour ». Le ministre de l'intérieur, qui se pourvoit en cassation, soutient qu'elle a ainsi commis une erreur de droit et de qualification juridique.

Cette position de la cour administrative d'appel de Marseille n'est pas isolée. Elle reprend en effet une solution dégagée, toujours en matière de remontées mécaniques, par la cour de Lyon, dans une décision CAA Lyon, 16 février 2012, Société Télépente des Gets, n°10LY02315, abondamment commentée en doctrine (cf. notamment G. Mollion, « Propriété des biens nécessaires au service public : les remontées mécaniques font-elles exception au régime général des contrats administratifs ? », JCP A, 11 juin 2012, n° 23, p. 2189) et réitérée par CAA Lyon, 28 février 2013, Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais et autres, nos12LY01332, 12LY01352, 12LY01353. L'arrêt attaqué a lui-même été remarqué et salué par la doctrine (G. Eckert, « Régime des biens dans les concessions de remontées mécaniques », Contrats et marchés publics, n° 8-9, août 2016, commentaire 212).

La question posée peut donc être formulée ainsi : la circonstance que le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la concession de service public, propriétaire de biens qu'il a affectés par cette convention au fonctionnement du service et qui sont nécessaires à celui-ci, conduit-elle à écarter, dans le silence des stipulations sur ce point, la qualification de biens de retour – et, par conséquent, à regarder le concessionnaire comme étant le propriétaire de ces biens à l'issue du contrat ?

A vrai dire, la réponse nous semble découler de façon assez évidente de la combinaison de deux séries de principes, intimement liés. Il s'agit, d'une part, de votre jurisprudence relative aux biens de retour, telle qu'elle a été actualisée et systématisée par votre décision Commune de Douai. Il s'agit, d'autre part, de la théorie de l'équilibre financier du contrat de concession.

2. On sait que la répartition en trois catégories des biens affectés à une concession, au regard de leur sort à l'issue du contrat, s'est dégagée de la pratique conventionnelle au cours de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. Ce triptyque classique articule les biens

de retour, les biens de reprise et enfin les biens propres du concessionnaire. Ces derniers restent toujours entre les mains du cocontractant ; ils ne sont en général affectés qu'accessoirement aux besoins du service. Les biens de reprise, plus directement utiles à l'exploitation, sont ceux pour lesquels le contrat ouvre à la collectivité une possibilité de rachat, ou même de retour gratuit.

Quant aux biens de retour la jurisprudence les a longtemps cernés, comme d'ailleurs, les deux précédentes catégories, par les caractéristiques de leur régime juridique, sans se risquer à une définition de leur nature. Elle a consacré très rapidement l'existence de trois attributs.

i) Le premier se reflète dans la dénomination de ces biens: ils reviennent obligatoirement à la collectivité concédante en fin de contrat. Cette caractéristique n'a jamais connu aucune dérogation ni aménagement. On se situe en effet au coeur de la logique des biens de retour. Comme le soulignait le Pr A. Mestre, dans une note devenue canonique : « Il ne faut pas oublier que le but essentiel de la concession 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. » (note sur CE, 1er mars 1929, Sté des transports en commun de la région toulousaine, S. 1929.1.75). Autrement dit, la concession n'est pas seulement une modalité de gestion du service public. Elle est aussi et peut-être surtout un mode de financement des ouvrages nécessaires à l'existence et à la continuité de ce service. La qualification de biens de retour, qui implique que ces ouvrages sont de droit la propriété de la personne publique, au plus tard à l'expiration de la convention, constitue une garantie essentielle dans la poursuite de cet objectif puisqu'elle évite de soumettre le transfert de propriété aux aléas de la négociation contractuelle. Cette seule stipulation suffisait donc à faire qualifier de biens de retour les équipements ainsi désignés : cf. CE, 28 juin 1889, Cie des chemins de fer de l'Est, nos68505 72434, p. 781, conclusions Romieu ; CE, 9 mai 1891, Cie des chemins de fer de l'Est, n° 74346, 74486, p. 359 ; CE, 12 novembre 1897, Sté nouvelle du casino municipal de Nice, n°82773, p. 685.

ii) La deuxième caractéristique de ces biens réside en ceci que le retour se fait, en principe, à titre gratuit – « sans indemnité et en bon état de fonctionnement » pour reprendre la formule habituelle de vos arrêts : voyez CE, 9 novembre 1895, Ville de Paris, n°81383, p. 701, ou CE, 9 décembre 1898, Compagnie du gaz de Castelsarrasin, n°90349, p. 782, ou encore CE 31 mars 1922, Compagnie de l'éclairage des villes, n°66377, p. 304 et enfin CE, 28 mars 1928, Société « L'Énergie électrique de la Basse-Isère », n°82582, p. 456. Cette règle découle directement du principe de l'équilibre financier du contrat de concession, second élément de la solution au problème qui vous est aujourd'hui soumis.

A ce sujet, nous ne résistons pas au plaisir de citer les conclusions du président L. Blum sur votre décision CE, 11 mars 1910, Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française des tramways, n°16178, p. 216 : « Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser, dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées (...). Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui (...). C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession ». Ainsi, « L'équation financière de la concession (...) est acceptée par le concessionnaire comme lui assurant la couverture de ses dépenses, une rémunération normale

des capitaux investis et un bénéfice normal » (G. Jèze, RDP, 1935, p. 783, note sur CE, 10 avril 1935, Ville de Toulon, nos11887, 29069, p. 479).

Il en résulte que les éléments essentiels du contrat – durée, niveau des recettes prélevées sur les usagers sous la forme d'un prix, importance des investissements mis à la charge du concessionnaire – sont supposés avoir été négociés entre les parties de façon à permettre au cocontractant de l'administration, notamment, de financer les biens qu'il est tenu d'affecter au service. Il est donc logique, dans ces conditions, qu'un bien payé par le public revienne gratuitement à la collectivité à l'expiration de la concession, sauf à faire bénéficier le concessionnaire d'un enrichissement sans cause. Lui reconnaître, par principe, un droit à indemnité, reviendrait en définitive à consacrer un double paiement des ouvrages.

Le seul aménagement à la règle de la gratuité trouve d'ailleurs sa justification dans ce même principe de l'équilibre financier du contrat. Vous jugez en effet, de très longue date, que le concessionnaire a toujours droit à l'indemnisation de la valeur non amortie des biens de retour. Cette hypothèse était rare, à l'origine, du fait de la durée importante, voire illimitée, des concessions. Elle est devenue plus fréquente. Elle s'illustre dans deux cas de figure.

Le premier est envisagé par votre décision CE, 4 juillet 2012, Communauté d'agglomération de Chartres métropole et autres, n° 352417, T. pp. 842-847. C'est celui où les parties sont convenues d'une durée d'exécution du contrat inférieure à la durée d'amortissement des biens : elles peuvent alors prévoir une indemnisation au titre de la part non amortie.

La seconde hypothèse est celle dans laquelle le non-amortissement résulte de la résiliation de la convention avant son terme, qu'elle ait été prononcée pour sanctionner la faute du concessionnaire (CE, 20 mars 1957, Société des établissements thermaux, hôtels, casino et grottes d'Ussat-les-Bains, n°33114, p. 182, ou CE, 5 juillet 1967, Commune de Donville-les-Bains, nos60931, 60956, p. 297) ou décidée pour un motif d'intérêt général (CE, 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, n°126594, p. 334). En ce cas, « l'indemnité doit être déterminée non pas (...) d'après la valeur réelle (du) matériel et (des) installations, mais d'après l'importance des capitaux investis dans l'entreprise et non encore amortis » (Commune de Donville-les-Bains).

Votre décision Commune de Douai distingue alors deux situations : lorsque l'amortissement des biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée d'exécution du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable inscrite au bilan tandis que, dans le cas où la durée d'utilisation était supérieure, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur toute la durée du contrat (cf. deux illustrations récentes : CE, 4 mai 2015, Société Domaine Porte des neiges, n°383208, T. pp. 752-872 et CE, 25 octobre 2017, Commune du Croisic, n°402921, T. pp. 665-677).

Telles sont donc les règles de l'indemnisation éventuellement due par le concédant à son concessionnaire titre du retour gratuit des investissements non amortis. Elles ne doivent pas être comprises comme excluant une indemnité qui pourrait être réclamée à un autre titre et notamment en invoquant l'équilibre économique du contrat. Nous y reviendrons.

iii) Enfin, troisième caractéristique des biens de retour, la collectivité concédante en est propriétaire, en principe, non pas à l'issue du contrat, mais bien dès leur affectation au service public

– sans préjudice du droit de jouissance exclusif dont dispose le concessionnaire.

A nouveau, il s'agit de garantir que le but essentiel de la concession – qui est de permettre à la collectivité de disposer des ouvrages nécessaires au service public – soit bien atteint à l'issue du contrat. Or, comme le soulignait le président Romieu dans ses conclusions sur la décision de 1889 déjà citée Cie des chemins de fer de l'Est : « Si l'on admettait la solution contraire, c'est-à-dire si l'on considérait la compagnie comme propriétaire (en l'occurrence de terrains destinés à l'agrandissement de la Gare de l'Est), on serait forcé de lui reconnaître le droit d'aliénation (...) et cette conséquence seule doit suffire à faire rejeter une pareille doctrine ». Autrement dit, la propriété publique des biens pendant la durée d'exécution du contrat est destinée à prévenir leur évaporation avant que minuit sonne à l'horloge de la concession.

Un grand nombre de vos arrêts ont été rendus au sujet de cette question de la propriété des biens pendant la durée d'exécution du contrat : outre la décision citée Cie des chemins de fer de l'Est, voyez CE, 1er février 1929, Compagnie centrale d'énergie électrique, n°84018, 96941, p. 133 (a contrario) ou CE, Sect., 1er mars 1929, Sté des transports en commun de la région toulousaine, n°84896, p. 255. Elle emporte en effet des conséquences fiscales considérables puisque c'est au concédant, en qualité de propriétaire, qu'il appartient alors d'acquitter les taxes foncières pendant la durée de la concession.

3. Les trois attributs des biens de retour que nous venons de passer en revue ont été stabilisés de longue date. En revanche, votre jurisprudence n'avait jamais livré une définition de ces biens avant la décision Commune de Douai.

La doctrine pouvait ainsi constater, jusqu'à une date récente, que « constituent des biens de retour les biens qui, en vertu des clauses du cahier des charges, doivent revenir obligatoirement à l'autorité concédante en fin de concession » (J. Dufau, Les concessions de service public, Ed. du Moniteur, 1979, p. 137) ; ou encore que : « le premier principe à retenir pour déterminer le sort des biens à la fin de concession est de se référer aux dispositions de l'acte de concession ; ces dispositions peuvent être plus ou moins précises ; mais elles figurent toujours dans le cahier des charges. (...) » (A. de Laubadère, Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1983, T. 2, § 1508).

Il n'y a pas lieu de s'étonner de cette réserve que l'on pourrait qualifier de « nominaliste ». La liberté contractuelle constituait l'horizon de votre raisonnement. C'est aux parties qu'il revenait de régler la propriété des différents types de biens, pendant l'exécution et à l'issue du contrat. Cette répartition constituait un élément, parmi d'autres, de l'équilibre financier de la concession – de « l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui » pour reprendre les termes du président L. Blum. C'est donc seulement en l'absence de stipulations claires qu'il revenait au Conseil d'Etat de dégager la commune intention des parties sur ce point. La plupart de vos décisions font d'ailleurs suite à des recours en interprétation, y compris les deux seules à avoir été rendues par la Section du contentieux : Sté des transports en commun de la région toulousaine déjà citée et CE, Sect., 11 mai 1956, Compagnie des transports en commun de la région de Douai, n°19494, p. 203.

Or, dans son rôle d'interprète, le Conseil d'Etat s'est inscrit, depuis l'origine, dans une perspective parfaitement claire, dont la continuité du service public constitue le point de fuite.

Ainsi, le président P. Laurent, dans ses conclusions sur la décision citée Compagnie des transports en commun de la région de Douai, soulignait-il que les « exigences fondamentales (de régularité et

de continuité du service public) conduisent à adopter une méthode d'interprétation particulière des contrats de concession et notamment à inscrire au premier plan de l'intention des parties le souci d'assurer le fonctionnement régulier et continu du service public (...) ». La même décision relève d'ailleurs, au sujet de la concession en litige, que les parties « 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 », faisant écho presque mot pour mot à la note déjà citée du Pr. Mestre (cf. aussi plus récemment les conclusions de G. Pellissier sur CE, 26 février 2016, Syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense, n°384424, T. pp. 752-822).

4. Ceci étant rappelé, quelle portée doit-on attacher à votre décision commune de Douai ?

Le point d'entrée de l'affaire était le troisième volet du régime des biens de retour – à savoir leur propriété pendant la durée du contrat. Les contestations de la théorie des biens de retour, par une doctrine aussi nourrie que prestigieuse, se focalisaient largement sur cet aspect.

Sur le plan des principes, tout d'abord, il était soutenu que « la continuité du service public qui (...) a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » (CC, 25 juillet 1979, n° 79-105 DC) ou « les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics » (CC, 21 juillet 1994, n°94-346 DC) n'impliquent pas nécessairement une telle propriété, dès lors que des garanties d'effet équivalent sont prévues pour garantir l'affectation des biens indispensables au service (CC, 23 juillet 1996, n°96-380 DC ; CC, 14 avril 2005, n°2005-513 DC ; CC, 17 décembre 2010, n°2010-67/86 QPC).

Sur le plan pratique, ensuite, l'absence de possibilité d'appropriation privée de ces biens aurait fait obstacle à ce que le concessionnaire puisse recourir à diverses techniques de financement, telles que l'hypothèque ou le crédit-bail.

Votre décision Commune de Douai répond directement à cette seconde critique en ouvrant, s'agissant de la propriété des biens de retour en cours de concession, ce que votre rapporteur public B. Dacosta a qualifié de « soupape ». Vous avez admis que, dans le cas où les ouvrages sont établis sur la propriété d'une personne privée, les parties sont libres d'attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété d'ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, ou des droits réels sur ces biens. Il leur incombe toutefois de prévoir 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. C'est donc un droit de propriété « dégradé » qui peut être concédé, de façon temporaire, au cocontractant, sur les biens nécessaires au service.

Cependant votre décision affirme, parallèlement, que les biens de retour intègrent de droit le patrimoine de la collectivité publique, au plus tard, à l'issue du contrat. Il s'agit désormais d'une règle d'ordre public, à laquelle les parties ne peuvent déroger ni explicitement ni, a fortiori, implicitement. Elles peuvent simplement prévoir les conditions dans lesquelles le concédant pourrait faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

L'Assemblée du contentieux a donc dépassé la question initiale de la propriété des biens de retour en cours de contrat, pour trancher le débat de principe sur l'opportunité de pérenniser cette notion et à cet égard, elle a implicitement considéré que la propriété

publique des biens nécessaires au fonctionnement du service public constitue toujours une garantie sans équivalent de la continuité de celui-ci.

Sur les raisons qui ont motivé cette solution, nous ne saurions mieux dire que votre rapporteur public B. Dacosta : « 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'utilisateur), 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. (...) 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 ».

Cette décision revêt en outre une portée systématique. En effet, non seulement elle codifie, en l'assouplissant, le régime juridique en trois volets déjà évoqué, mais elle livre pour la première fois une définition des biens de retour, fidèle à la conception téléologique de sa jurisprudence traditionnelle : il s'agit de « l'ensemble des biens, meubles ou immeubles, nécessaires au fonctionnement du service public » et dont la convention à mis « à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition ».

Cette définition est également cohérente avec la position des formations consultatives du Conseil d'Etat et notamment avec l'avis n° 371234, rendu le 19 avril 2005 par la Section des travaux publics (rapport public p. 197) au sujet des remontées mécaniques : pour « l'hypothèse dans laquelle (ce) le service public (...) a été confié par convention à un délégué de service public. L'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, (...) appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention ».

5. Il résulte ainsi de ce trop long rappel que le Conseil d'Etat a envisagé, en 2012, les objections théoriques et pratiques que soulevait la notion de biens de retour et les a, soit prises en compte (sur la propriété ab initio), soit écartées. Cet examen a d'ailleurs successivement occupé, au gré des renvois de l'affaire Commune de Douai, vos sous-sections réunies, la Section et enfin l'Assemblée du contentieux. C'est dire si la revue de détail a été exhaustive...

Au cours des récentes années la jurisprudence Commune de Douai, tout comme l'avis de 2005 ont fait l'objet d'une application stricte. On peut citer une décision CE, 26 février 2016, Syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense, n°384424, T. pp. 752-822, qui juge que les installations qui ont été nécessaires au fonctionnement du service à un moment quelconque de l'exécution de la convention, font en principe retour à la personne publique à l'expiration de celle-ci, quand bien même ils ne lui sont alors plus nécessaires ; ou encore un avis n°393554 du 3 octobre 2017 de la Section des travaux publics, relatif à la qualification des biens des concessions d'énergie hydraulique, qui s'en tient à une distinction stricte entre les ouvrages qui sont indispensables, ou non, au fonctionnement du service public.

La cour administrative d'appel de Marseille a toutefois cru opportun de réitérer, en 2016, une solution dégagée par la cour de Lyon, dix mois avant votre propre décision Commune de Douai et que nous rappelons en deux mots : les biens que le concessionnaire a affectés au fonctionnement du service public et dont il était propriétaire antérieurement à la conclusion de son contrat ne sont pas, dans le silence des stipulations de celui-ci, des biens de retour.

Aucune des justifications envisageables d'une telle solution ne nous a convaincu.

6. En premier lieu, qu'en est-il de la lettre de votre décision Commune de Douai ?

Nous avons dit que la définition qu'elle donne des biens de retour vise « l'ensemble des biens, meubles ou immeubles, nécessaires au fonctionnement du service public » et dont la convention a mis « à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition ». La date à laquelle ces investissements sont intervenus – antérieure ou postérieure à la signature du contrat – n'est donc aucunement envisagée.

Or, la jurisprudence Société Télépente des Gets, outre qu'elle avait été abondamment commentée par la doctrine, avait été mentionnée et explicitée dans les conclusions de votre rapporteur public. On peut donc penser que si l'Assemblée du contentieux, compte tenu de la portée « codificatrice » de la décision qu'elle s'appropriait à prendre, avait entendu réserver ce cas de figure, elle l'aurait fait de façon explicite.

Certes, la décision juge au même point que les biens qui répondent aux deux conditions énoncées – nécessité pour le service public et financement par le concessionnaire – appartiennent à la personne publique « dès leur réalisation ou leur acquisition ». Il est évident que cette précision cadre mal avec la situation des biens réalisés ou acquis par le concessionnaire avant le début du contrat. Cependant, cette rédaction témoigne simplement de ce que le cas des biens apportés par le cocontractant ne constituait pas l'hypothèse centrale examinée par l'Assemblée. C'est, en réalité, dès leur affectation au service public que les biens de retour sont la propriété du concédant, sous réserve de la faculté d'y déroger ouverte par Commune de Douai dans le cas des biens implantés sur des propriétés privées.

Ajoutons que la rédaction de l'avis de 2005 de la Section des travaux publics est tout aussi englobante, puisqu'elle vise indistinctement « l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service ». Or, la problématique de la date d'acquisition des biens par le concessionnaire était pourtant particulièrement évidente dans ce dossier. Etait en cause, en effet, la dévolution des installations de remontées mécaniques, dont une partie substantielle a été créée à l'initiative d'acteurs privés avant que le législateur ne décide, en 1985, de qualifier cette activité de service public et de contraindre leurs opérateurs à conclure des conventions avec les collectivités publiques devenues compétentes pour organiser le service.

7. En second lieu, les parties au protocole litigieux développent au soutien de l'arrêt attaqué une argumentation fondée sur le respect de la liberté contractuelle et du droit de propriété.

Elles font valoir, tout d'abord, qu'un transfert de propriété portant sur des biens qui appartenaient déjà à l'exploitant ne saurait résulter tacitement du silence des stipulations contractuelles. Toutefois, le retour des biens nécessaires au fonctionnement service public à l'issue du contrat constitue l'un des éléments du

régime d'ordre public consacré par votre décision Commune de Douai. Les parties, à supposer qu'elles souhaitent stipuler sur ce point, ne pourraient donc déroger à la règle, quelle que soit la date d'acquisition des biens.

Le principal argument est toutefois tiré du déséquilibre financier qui résulterait de l'application du régime des biens de retour aux équipements acquis par le concessionnaire antérieurement à sa signature. Il s'inspire largement d'un article du Pr. F. Llorens, « La théorie des biens de retour après l'arrêt Commune de Douai », RJEP, n°709, étude 9.

Les défenseurs rappellent, d'abord, à juste titre, que c'est le financement des équipements par les recettes tirées du contrat et notamment le prix payé par les usagers du service qui justifie, sur le plan économique, le retour gratuit à la collectivité.

Ils postulent, ensuite, que les biens qui appartenaient déjà au concessionnaire et que celui-ci a affecté à la concession ne sauraient, en revanche, avoir été financés par le public. Ces investissements se trouveraient donc situés, en quelque sorte, hors de la sphère de l'équilibre concessif. Les intégrer au patrimoine de la collectivité sans la contrepartie que constituerait un prix de rachat aboutirait par conséquent à déséquilibrer l'économie de la relation contractuelle, en faisant bénéficier le concédant d'un enrichissement sans cause.

Si nous ne pouvons adhérer à ce raisonnement, c'est parce que nous révoquons en doute le postulat selon lequel les biens qui appartenaient déjà au concessionnaire et dont il a fait l'apport ne sont pas pris en compte dans l'équilibre du contrat financé par les usagers.

Nous pensons, au contraire, que cet apport peut et doit être intégré à l'équilibre de la concession : soit ex ante, au moment de la négociation des termes du contrat, soit a posteriori, sous forme indemnitaire, si le déséquilibre se révèle à l'issue de sa période d'exécution.

i) Commençons par la négociation du contrat. Il appartient au futur concessionnaire, quand il en discute l'équilibre économique, de faire valoir l'ensemble des charges qui lui incombent – et, à cet égard, non seulement les investissements qu'il devra réaliser mais aussi, le cas échéant, l'apport des biens dont il est déjà propriétaire et qu'il affecte à la concession.

Il est vrai que la mise en oeuvre de ce principe se heurte à une difficulté pratique : comment fixer la valeur des investissements déjà réalisés pour les intégrer à la négociation ?

Certes, nous avons vu que votre jurisprudence prévoit les conditions dans lesquels le concessionnaire peut être indemnisé de la valeur non amortie des biens de retour. Cependant, la particularité des biens dont nous examinons le sort aujourd'hui tient à ce que, au moment de la signature de la concession, ils sont déjà partiellement ou entièrement amortis. Leur valeur nette comptable est donc sans rapport avec le coût que représenterait, pour la collectivité, la réalisation ou l'acquisition de biens comparables auprès d'un autre partenaire – qu'elle se fasse dans le cadre d'un marché si elle personne publique d'exploiter l'activité en régie, ou par l'intermédiaire d'un autre concessionnaire qui, lui, devrait réaliser ou acquérir ces équipements pendant l'exécution du contrat et ne manquerait pas de réclamer une durée et une rémunération calculées en conséquence. Aussi cette valeur nette comptable, lorsqu'il y en aura une, ne pourra-t-elle être qu'un élément parmi d'autres que les parties pourront utiliser pour valoriser les biens apportés dans la détermination de l'équilibre financier du contrat.

En réalité, il leur reviendra de s'accorder librement sur les éléments de calcul pertinents au vu des circonstances particulières de chaque espèce – sous réserve, bien entendu, que la méthode retenue n'aboutisse pas à accorder une libéralité au concessionnaire. Nous venons d'évoquer la valeur nette comptable, ainsi que le coût d'acquisition ou de réalisation de biens de même nature, mais on pourrait aussi penser à la durée pendant laquelle les biens apportés pourront être encore utilisés pour les besoins du service public.

Les cas de figure seront extrêmement variés selon la nature des activités concédées.

Si l'on envisage, par exemple, celui des remontées mécaniques qui nous occupe aujourd'hui, le concessionnaire qui affecte au contrat des installations déjà amorties pourrait ainsi se prévaloir de l'existence d'un marché de la revente extrêmement actif, notamment en Europe de l'Est, dans le Caucase ou encore au Moyen-Orient.

Le cas des activités culturelles ou récréatives – cinémas, théâtres, salles de concert, casinos – peut aussi d'être identifié dès à présent. A l'origine de telles entreprises on trouve souvent une initiative purement privée avant qu'une collectivité publique, dans un second temps, prenne le relais afin de sauvegarder l'existence d'une offre de service désormais jugée d'intérêt public. Lorsque les exploitants de telles activités ne sont pas propriétaires, mais simplement locataires, des bâtiments qui les abritent, ces édifices ne seront évidemment pas des biens de retour puisqu'ils appartiennent à des tiers au contrat. Si la collectivité publique souhaite disposer de leur propriété, elle devra les racheter amiablement ou par la voie l'expropriation. Ces biens n'auront alors pas à être pris en compte dans l'équilibre de la concession.

En revanche, ils devront l'être dans l'hypothèse où l'exploitant est propriétaire des murs de son théâtre ou de son casino. La question de la valorisation d'un tel bien immobilier au moment de la négociation du contrat se présentera dans des termes très différents selon qu'il s'agit ou non d'un bâtiment protégé et selon la situation du marché dans la commune.

ii) Admettons à présent que le contrat, tel qu'il a été négocié par les parties et finalement et signé, se révèle a posteriori déséquilibré : sa durée, les tarifs prélevés sur les usagers, ne permettent pas d'assurer la rémunération des biens nécessaires au fonctionnement du service que le concessionnaire a affecté à l'exploitation et qui vont faire retour à la collectivité, notamment ceux dont il était antérieurement propriétaire.

On peut envisager, tout d'abord, que ce déséquilibre résulte d'un vice du consentement : le concessionnaire, s'agissant de la portée de son contrat en tant qu'il le prive de la propriété des biens qu'il a apporté à la concession, a commis une erreur, ou bien a été victime d'un dol de la part de la personne publique. Il sera alors fondé à saisir le juge du contrat afin que celui-ci tire les conséquences, notamment indemnitaires, de cette illégalité, dans le cadre de votre jurisprudence CE, Ass., 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802, p. 509.

On peut imaginer également – et ce sera le cas le plus habituel – que les parties se soient livrées de bonne foi à une appréciation erronée des avantages accordés au concessionnaire et des charges qui lui ont été imposées et que cet erreur aboutisse, à l'issue du contrat, à un enrichissement sans cause de la personne publique. Là encore, le concessionnaire sera fondé à demander au juge du contrat, en l'absence d'accord avec la collectivité, une indemnité destinée à rétablir l'équilibre économique que les parties sont

supposées avoir recherché. Le remboursement de l'ensemble des investissements qu'il a affectés à la concession et qui sont transférés in fine au concédant doit lui être assuré.

Ainsi, pour nous résumer, l'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété du concessionnaire n'est pas plus importante dans le cas des ouvrages dont il était propriétaire avant de signer son contrat, que dans le cas des biens acquis ou réalisés pendant l'exécution de celui-ci. En effet, « l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui » est assurée dans les mêmes conditions : en principe, par les termes du contrat (durée, rémunération par les usages, subventions éventuelles, valeur des investissements...) et, à défaut, sur le terrain indemnitaires.

Quant à la liberté contractuelle, rien ne contraint le futur concessionnaire à signer une convention dont il considérerait les termes comme désavantageux pour lui – notamment du point de vue de la valorisation de ses apports. S'il exploitait antérieurement l'activité que la collectivité souhaite reprendre sous forme concessive, libre à lui de refuser la proposition qui lui est faite et de poursuivre son exploitation ou de céder ses biens sur le marché.

A et égard toutefois, il existe un cas de figure très particulier – il nous semble d'ailleurs unique – qui est celui de l'activité de remontées mécaniques. Il faut donc l'aborder à présent, pour examiner s'il y a lieu de déroger aux règles générales que nous venons de détailler.

8. Les remontées mécaniques étaient qualifiées de service public industriel et commercial, lorsqu'elles étaient exploitées par une collectivité, depuis votre décision CE, Sect., 23 janvier 1959, Commune d'Huez, nos39532, 39793, p. 67.

Le législateur est allé beaucoup plus loin : en effet, la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne a étendu cette qualification au secteur dans son ensemble, y compris donc lorsque les remontées avaient été créées et exploitées à l'initiative de personnes privées, cas de loin le plus fréquent.

La loi a laissé aux personnes publiques organisatrices du service – en principe les communes ou leur groupement – le choix de l'exploiter en régie ou directe ou de le concéder. En ce cas, elle a pris soin d'encadrer la relation contractuelle par des règles destinées à protéger l'intérêt public face aux aménageurs touristiques.

L'article 42 (codifié sur ce point à l'article L. 342-2 du code du tourisme) prévoyait ainsi que : « Les contrats établis à cet effet (...) prévoient à peine de nullité :/ 1° L'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé ou révisé ;/ 2° Les conditions de résiliation, de déchéance et de dévolution, le cas échéant, des biens en fin de contrat ainsi que les conditions d'indemnisation du cocontractant ;/ 3° Les obligations de chacune des parties et, le cas échéant, le montant de leurs participations financières ;/ 4° Les pénalités ou sanctions applicables en cas de défaillance du cocontractant ou de mauvaise exécution du contrat ; (...) ».

Le même article limitait la durée des conventions à 18 ans, sauf justifications particulières tenant notamment à la durée d'amortissement – dans ce cas, le contrat ne peut en tout état de cause durer plus de trente ans.

Quant à l'article 47, modifié sur ce point par la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole

à son environnement économique et social, il organisait une période transitoire pour la mise en conformité des installations non exploitées en régie, que celles-ci aient fait l'objet jusqu'alors d'une simple autorisation ou d'une convention. Il prévoyait que toutes les exploitations devaient faire l'objet, dans un délai de quatre ans, d'une convention respectant le nouveau cadre législatif ans. A l'expiration de ce premier délai, toutefois, les autorisations ou conventions en cours continuaient de produire leurs effets pour une durée de dix ans, sauf dans le cas où les collectivités organisatrices étaient en mesure d'imputer à l'exploitant la responsabilité de l'échec à conclure une convention. Le litige de l'espèce illustre parfaitement le fonctionnement de ce mécanisme.

La station de ski « Sauze – Super Sauze », située sur le territoire de la commune d'Enchastrayes, a été créée puis exploitée à partir des années 1930 par M. Honoré Couttolenc, par ailleurs maire de cette commune de 1944 à 1989, puis par ses héritiers. La partie la plus récente et la plus importante du domaine skiable a fait l'objet d'une convention dite de « délégation de service public pour l'aménagement du domaine skiable et l'exploitation des remontées mécaniques » conclue le 28 décembre 1998, soit quelques jours avant l'expiration de la période transitoire de 14 ans, avec la SARL Couttolenc Frères. Cette convention comporte une annexe 2 listant les biens affectés au service, qui distingue ceux qui sont propriété de la communauté de communes (un système de production de neige de culture) et ceux qui sont apportés par l'exploitant (tout le reste et notamment les cabanes des téléskis, les appareils de remontées mécaniques et les matériels et outillages techniques de toute nature). Elle ne procède pas à la qualification de ces derniers biens, mais toutes ses stipulations font apparaître que l'exploitant en conservait la propriété pendant la durée du contrat. Un avenant n°3, conclu le 18 novembre 2011, les qualifie explicitement de « biens de reprise ».

Enfin, l'article 24 stipule qu'au terme du contrat, en cas de reprise en régie, « les biens, équipements et installations de l'exploitant seront repris moyennant une indemnité fixée soit par accord amiable soit, à défaut d'accord, à dire d'expert ». Le protocole d'accord dont l'approbation fait l'objet des délibérations litigieuses a été pris pour sa mise en oeuvre.

Nous nous trouvons donc, avec les remontées mécaniques, dans un cas de figure tout à fait exceptionnel, où l'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété résulte directement de la loi. C'est en effet le législateur qui a décidé de mettre fin à l'exploitation privée des remontées mécaniques. Ce faisant, il a placé les exploitants privés devant le dilemme économique suivant :

- soit réaliser leur patrimoine immédiatement, en refusant de rentrer dans le régime conventionnel et en cédant leurs installations à la collectivité, dans le cadre d'un accord amiable ou, à défaut, à la suite d'une procédure d'expropriation ;
- soit accepter le régime conventionnel, dont l'application emporte in fine le transfert à la personne publique des ouvrages qui peuvent être qualifiés de biens de retour – à charge pour les opérateurs de négocier avec la personne publique un contrat qui valorise équitablement leur apport : en ce cas, nous retombons dans le schéma général de l'équilibre contractuel, garanti ex ante par les termes de la convention ou ex post par une indemnité complémentaire.

Ni les travaux préparatoires de la loi de 1985, ni les modifications qui lui ont été apportées par la suite et les travaux préparatoires de ces textes, ne laissent penser que le législateur aurait entendu écarter l'application du régime des biens de retour dans la seconde hypothèse.

C'est même le contraire qui ressort de la dernière modification en date de l'article L. 342-2 du code du tourisme, issue loi n° 2013-431 du 28 mai 2013 portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports : en précisant les conditions d'indemnisation du cocontractant qui doivent être prévues par la convention, elle fait directement référence à votre décision citée Communauté d'agglomération de Chartres métropole et autres et au régime des biens de retour (cf. notamment, au Sénat, le compte rendu intégral des débats de la séance du 11 février 2013, article additionnel après l'article 4 et à l'Assemblée nationale le rapport n°850 fait par Mme C. Beaubatie, p. 67).

Nous ne pensons pas qu'il appartienne au Conseil d'Etat de remettre en cause l'équilibre ainsi recherché par le législateur, en écartant l'application du régime des biens de retour lorsque les exploitants ont choisi d'emprunter la seconde voie.

En effet, aucune des deux solutions ouvertes aux exploitants – rachat immédiat ou contractualisation avec les collectivités – ne signifie une privation du droit de propriété ou une mesure d'effet équivalent. Les investissements leur sont remboursés dans tous les cas. Ils le sont, dans la seconde hypothèse, sous la forme de la rémunération prévue au contrat, éventuellement complétée par une indemnité dans les conditions que nous avons déjà exposées lorsqu'il est nécessaire d'en rétablir l'équilibre.

Les opérateurs de remontées mécaniques étaient libres d'opter pour l'une ou l'autre des deux voies en fonction de leurs calculs économiques. En outre, ils ont disposé d'une période transitoire exceptionnellement longue, de 14 ans au total, à la fois pour envisager le meilleur choix possible et pour adapter leur activité et leurs investissements à cette perspective.

Nous ne vous proposons donc pas, pour ces raisons, de réserver un sort particulier aux biens nécessaires au fonctionnement du service public des remontées mécaniques lorsque ceux-ci étaient la propriété des exploitants antérieurement à la signature des contrats prévus par la loi.

9. Pour conclure, la solution que nous vous proposons, qui est – vous l'aurez compris – de considérer que le critère tiré de la date d'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, antérieure ou postérieure à la signature du contrat, est sans incidence sur leur qualification de biens de retour, nous semble présenter de nombreux avantages :

- la simplicité et la lisibilité, d'abord : la définition des biens de retour par votre décision Commune de Douai, fondée sur les deux seuls critères de la nécessité au fonctionnement du service et du préfinancement par le concessionnaire, aura une portée générale ;
- une protection maximale accordée à la continuité du service public, ensuite : elle a pour vertu de soustraire aux aléas de la négociation contractuelle la disposition, par la personne publique, des biens nécessaires au fonctionnement de ce service ;
- enfin, l'atteinte portée aux modalités d'exercice du droit de propriété par l'application du régime des biens de retour revêt exactement la même intensité, que ces biens aient été acquis avant ou après la signature du contrat : dans les deux cas, la valeur de ces biens doit être remboursée au concessionnaire et, à cette fin, elle doit être intégrée au calcul de l'équilibre économique ; quant à la liberté contractuelle, elle est toujours préservée puisque le concessionnaire n'est jamais contraint de conclure un contrat désavantageux.

La solution inverse, logiquement, nous semble à la fois peu lisible, inutilement moins protectrice de la continuité du service public et susceptibles d'aboutir au double paiement des équipements par la collectivité. Ajoutons que l'idée d'attacher un

régime juridique particulier aux biens nécessaires au service public, au motif qu'ils auraient été acquis par le concessionnaire la veille de la signature de son contrat, nous semble défier le vulgaire bon sens : elle ouvrirait la porte à des abus particulièrement aisés à commettre, consistant à procéder à des achats légèrement anticipés pour échapper au retour de droit.

10. Nous vous invitons donc à censurer l'erreur de droit commise par la cour dans son considérant de principe, ainsi que l'erreur de qualification juridique qui en résulte s'agissant de la nature des biens qui font l'objet du protocole litigieux. Vous ferez droit aux conclusions du pourvoi tendant à l'annulation de l'article 3 de l'arrêt, qui rejette les conclusions du préfet tendant à l'annulation de la seconde délibération du conseil de la communauté de communes et de la délibération du conseil municipal d'Enchastrayes.

11. Si vous ne nous suivez pas et si vous décidez d'écarter l'application du régime des biens de retour dans le cas où la convention a eu pour objet de placer sous un régime de concession une activité qui, comme en l'espèce, était auparavant exercée par le cocontractant au moyen de biens qu'il a lui-même acquis ou réalisés et qu'il exploitait, nous pensons que vous pourriez néanmoins adopter un raisonnement plus nuancé que celui de la cour.

En effet, l'arrêt pose le principe d'une indemnisation du concessionnaire égale à la valeur vénale de ses apports telle qu'elle s'établit à l'issue du contrat. Ce faisant il consacre l'existence, au détriment de la personne publique, d'un double paiement au moins partiel des ouvrages. En effet, dans le cas où l'exploitant a apporté des améliorations en cours d'exécution du contrat – et c'est manifestement le cas en l'espèce, car la liste des biens dressée par l'avenant n°3 en 2011 est très différente de celle qui était annexée à la convention de 1998 – cette fraction de ses investissements a été financée par les ressources tirées de la concession et a donc déjà été payée par les usagers.

La bonne méthode consisterait plutôt à partir de la valeur vénale de ces biens à la date de leur acquisition par le concessionnaire et d'en déduire la part qui a été financée, en définitive, grâce aux ressources tirées de l'exploitation du service public : améliorations apportées en cours de contrat, ou encore amortissements des biens en cause. La liberté des parties de fixer le prix de rachat des biens serait donc bornée au moins dans cette mesure.

Cette solution vous conduirait à écarter les moyens d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique en tant qu'ils portent sur l'application du régime des biens de retour. En revanche, vous censureriez le raisonnement de la cour en tant qu'il porte sur les conséquences indemnitaires à tirer de la solution précédente. Vous annuleriez donc toujours l'article 3 de l'arrêt attaqué, mais sur un autre motif.

EPCMNC :

- à l'annulation de l'article 3 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille ;
- au renvoi du jugement de l'affaire, dans cette mesure, devant la même cour ;
- au rejet des conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, par la SARL Couttolenc Frères, par M. Eric Couttolenc, par l'indivision Louis Couttolenc et par la Société d'exploitation des remontées mécaniques du Sauze.

Référence 6 : CE, 29 juin 2018, Communauté de communes de la Vallée de l'Ubaye, n°402251

Vu la procédure suivante :

Le préfet des Alpes-de-Haute-Provence a demandé au tribunal administratif de Marseille d'annuler, d'une part, les délibérations des 30 octobre 2013 et 28 juillet 2014 par lesquelles la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye a approuvé le protocole d'accord portant sur la reprise de la station de ski « Sauze - Super Sauze » et, d'autre part, la délibération du 9 novembre 2013 par laquelle la commune d'Enchastrayes a approuvé la contribution financière qu'elle s'est engagée à verser dans le cadre du protocole relatif à la reprise de cette station de ski. Par deux jugements rendus respectivement sous les n°s 1403085, 1407888 et 1403073 le 18 août 2015, le tribunal administratif de Marseille a rejeté chacune des demandes du préfet.

Par un arrêt n°s 15MA04083, 15MA04084 du 9 juin 2016, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur appel du préfet, annulé l'article 2 du premier jugement ainsi que la délibération du conseil communautaire de la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye du 30 octobre 2013 puis a rejeté le surplus des conclusions des parties.

Par un pourvoi, enregistré le 8 août 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le ministre de l'intérieur demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler l'article 3 de cet arrêt en tant qu'il rejette les conclusions du préfet des Alpes-de-Haute-Provence tendant à l'annulation des délibérations des 9 novembre 2013 et 28 juillet 2014 ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit aux conclusions d'appel du préfet des Alpes-de-Haute-Provence.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code du tourisme ;
- la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 ;
- le code de justice administrative ;

Sur le cadre du litige :

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la station de ski « Sauze - Super Sauze », située sur le territoire de la commune d'Enchastrayes, a été créée, aménagée puis exploitée, à partir des années 1930, par différentes personnes privées sur des terrains leur appartenant ou dont elles avaient la jouissance ; que postérieurement à l'intervention de la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne désormais codifiée dans le code du tourisme, qui a qualifié de service public le service des remontées mécaniques et a confié aux communes ou à leurs groupements l'organisation et l'exécution de ce service, tout en laissant une période de quatorze ans pour mettre en conformité avec la loi les conventions antérieurement conclues ou les autorisations d'exploiter antérieurement accordées pour l'exécution du service des remontées, a été conclue le 28 décembre 1998, entre la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye (CCVU) et la SARL Couttolenc Frères, une convention de délégation de service public pour l'aménagement du domaine skiable et l'exploitation des remontées mécaniques du Sauze – Super Sauze – La Rente sur la commune d'Enchastrayes, d'une durée de quatorze ans ; qu'à l'expiration de cette convention, et après avoir déclaré infructueuse la procédure de mise en concurrence lancée en vue de la conclusion d'une nouvelle délégation de service public, la CCVU a, par une délibération du 13 juin 2013, décidé la reprise

en régie de l'exploitation ; que s'agissant des biens affectés à l'exploitation du service public, leur remise à la CCVU a été ordonnée à la SARL Couttolenc Frères par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Marseille en date du 29 juillet 2013 ; que les parties, ainsi que la commune d'Enchastrayes et des tiers ayant disposé de droits sur les biens en cause, ont recherché un accord amiable afin d'arrêter l'inventaire et l'évaluation de ces biens ; qu'un protocole a été approuvé par une délibération du conseil communautaire de la CCVU en date du 28 juillet 2014, prévoyant notamment le rachat des biens en cause par la CCVU pour un montant total de 3 700 000 euros hors taxes, dont 1 200 000 euros hors taxes à verser en une seule fois par la commune d'Enchastrayes dont le conseil municipal avait approuvé le principe d'une telle contribution financière par une délibération du 9 novembre 2013 ;

2. Considérant qu'estimant que ces délibérations étaient illégales, le préfet des Alpes-de-Haute-Provence les a déferées devant le tribunal administratif de Marseille, qui a rejeté ses requêtes par deux jugements du 18 août 2015 ; que par un arrêt du 9 juin 2016, la cour administrative d'appel de Marseille a annulé une délibération du 30 octobre 2013 du conseil communautaire de la CCVU et rejeté le surplus des conclusions des parties ; que le ministre de l'intérieur se pourvoit contre cet arrêt en tant qu'il rejette les conclusions du préfet tendant à l'annulation des délibérations du conseil municipal d'Enchastrayes du 9 novembre 2013 et de la CCVU du 28 juillet 2014 ;

Sur les règles applicables aux biens de la concession :

3. Considérant, en premier lieu, que, 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 ; que 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 ;

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'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 ; que 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 ;

5. Considérant, en troisième lieu, que lorsque la convention arrive à son terme normal ou que la personne publique la résilie avant ce terme, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée

de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement ; 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 ;

6. Considérant que les règles énoncées ci-dessus, auxquelles la loi du 9 janvier 1985 n'a pas entendu déroger, trouvent également à s'appliquer lorsque le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la concession de service public, propriétaire de biens qu'il a, en acceptant de conclure la convention, affectés au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci ; qu'une telle mise à disposition emporte le transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique, dans les conditions énoncées au point 3 ; qu'elle a également pour effet, quels que soient les termes du contrat sur ce point, le retour gratuit de ces biens à la personne publique à l'expiration de la convention, dans les conditions énoncées au point 4 ; que les parties peuvent prendre en compte cet apport dans la définition de l'équilibre économique du contrat, à condition que, eu égard notamment au coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, à la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et au montant des amortissements déjà réalisés, il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique ;

7. Considérant que, dans l'hypothèse où la commune intention des parties a été de prendre en compte l'apport à la concession des biens qui appartenaient au concessionnaire avant la signature du contrat par une indemnité, le versement d'une telle indemnité n'est possible que si l'équilibre économique du contrat ne peut être regardé comme permettant une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation ; qu'en outre, le montant de l'indemnité doit, en tout état de cause, être fixé dans le respect des conditions énoncées ci-dessus afin qu'il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique ;

Sur l'arrêt en tant qu'il se prononce sur la qualification des biens en cause et sur les conséquences indemnitaires :

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit et inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que la propriété des biens en cause, alors même qu'ils étaient nécessaires au fonctionnement du service public concédé, n'avait pas été transférée à la communauté de communes dès la conclusion de la convention du seul fait de leur affectation à la concession de service public et que ces biens n'étaient pas régis par les règles applicables aux biens de retour, pour en déduire que le concessionnaire avait droit, du fait de leur retour dans le patrimoine de la CCVU, à une indemnité égale à leur valeur vénale ;

9. Considérant par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que l'arrêt attaqué doit être annulé en tant qu'il rejette les conclusions du préfet tendant à l'annulation des délibérations du 9 novembre 2003 de la commune d'Enchastrayes et du 28 juillet 2014 de la CCVU ; [renvoi CAA]