

# *Université de Bordeaux*

Faculté de Droit et science politique

Master 1 Droit Public et Science Politique

Année universitaire 2013-2014

Premier semestre

## Droit des propriétés publiques

Jean-François Brisson, professeur

Mickaël Baubonne, ATER

Sébastien Ellie, Avocat au barreau de Bordeaux

### Travaux dirigés

#### Séance n°4

La propriété des biens construits sur le domaine public

**Exercice :** A qui appartiennent les biens construits sur le domaine public ?

#### Documents :

1. Conseil d'État, Assemblée, 21 décembre 2012, n° 342788 Commune de Douai
2. Conclusions Bernard Dacosta, également disponibles sur Dalloz.fr via l'ENT

---

#### Document 1

Conseil d'État, Assemblée, 21 décembre 2012, n° 342788, *Commune de Douai*

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

*Sur les règles applicables aux biens de la concession :*

2. Considérant, en premier lieu, que, dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles,

appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique ;

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

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

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

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

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

**8.** Considérant, enfin, que lorsque la personne publique résilie la convention avant son terme normal, le délégataire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis ; que lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan ; que, dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat ; que si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus ;

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

**9.** Considérant qu'interprétant le cahier des charges de la concession, la cour administrative d'appel a déclaré que « les immeubles et ouvrages affectés à l'activité de distribution concédée ainsi que leurs dépendances constituent des biens de retour dont font partie les sous-stations et postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique ainsi que les canalisations et branchements », les autres immeubles constituant des biens de retour « sous réserve qu'ils soient indispensables à l'exploitation constituée par l'activité de distribution » ; qu'elle n'a ainsi, par une motivation suffisante, ni méconnu les principes énoncés ci-dessus, ni inexactement qualifié de biens de retour, outre les sous-stations, les postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique et les canalisations et branchements, expressément inclus dans cette catégorie par le deuxième alinéa de l'article 22 du cahier des charges, les immeubles nécessaires au fonctionnement du service concédé à un moment quelconque de l'exécution de la convention ; qu'en écartant comme inopérantes, pour l'interprétation du cahier des charges, eu égard, expressément, à la date de celui-ci, les dispositions postérieures du décret du 15 octobre 1947

déterminant aux fins d'application de l'article 15 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 la nature des éléments d'actifs affectés à la production, au transport ou à la distribution de l'électricité et du gaz, la cour administrative d'appel, contrairement à ce que soutient la commune de Douai, a nécessairement, par une motivation suffisante, et sans erreur de droit, interprété à la date de leur conclusion les stipulations contractuelles relatives à la nature des biens de la concession ; que l'interprétation qu'elle en a faite, étant exempte de dénaturation, n'est pas susceptible d'être contestée en cassation ;

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

**2. Bertrand Dacosta, Maître des requêtes au Conseil d'État, Rapporteur public, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 21 décembre 2012, Commune de Douai, RFDA 2013 p. 25**

La liberté contractuelle reconnue aux personnes publiques peut-elle ou doit-elle vous conduire à revisiter la théorie séculaire des concessions de service public ? Le pourvoi dont vous êtes saisis vous en donnera au moins l'occasion. Il vous permettra de vous interroger, dans un contexte renouvelé, sur le régime juridique des « biens de retour », sur la portée de cette notion, sur la possibilité éventuelle, pour les parties, d'en aménager l'usage, et enfin sur les conditions d'indemnisation du cocontractant dans l'hypothèse où ces biens n'auraient pas été amortis à l'expiration du contrat.


La problématique ne concerne qu'une partie des contrats entrant dans la catégorie générique, consacrée depuis une vingtaine d'années, des délégations de service public. Sont en cause ceux qui mettent à la charge du partenaire de l'administration le soin de financer et réaliser les ouvrages qui seront le support du service délégué, c'est-à-dire les concessions de service public, au sens classique du terme (ce qui inclut les concessions de travaux publics au sens de l'ordonnance du 15 juillet 2009 lorsqu'elles comportent un volet services). Mais on sait la place qu'a occupée - et que continue d'occuper - ce type de contrats dans le modèle français de collaboration entre personnes publiques et opérateurs privés.

Quelques mots, tout d'abord, sur le litige.

En 1923, la commune de Douai a concédé à la Société saint-quentinoise d'éclairage le service public de la distribution de l'électricité sur son territoire. En application de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, Électricité de France (EDF) s'est vu transférer les droits et obligations de l'ancien concessionnaire. Arrivée à expiration en 1964, la convention a été tacitement reconduite. Électricité Réseau Distribution France (ERDF) est aujourd'hui venue aux droits d'EDF.

À Douai comme peut-être ailleurs sur le territoire national, EDF a décidé de vendre une partie de ce que cette société estime relever de son patrimoine immobilier, constituée de logements et d'immeubles de bureaux. La commune, estimant que ces biens étaient des biens de retour, s'y est opposée. Après avoir d'abord saisi le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz, elle s'est finalement retournée, lorsque cette instance a été privée de sa mission arbitrale par la loi du 13 juillet 2005, vers le tribunal administratif de Lille. Elle a présenté deux demandes. L'une tendait à ce qu'il soit enjoint à EDF de fournir un inventaire complet des biens de la concession. L'autre était un recours en interprétation portant notamment sur l'article 22 du cahier des charges de la convention et sur le sort des immeubles de bureaux et des logements. Le tribunal a jugé qu'il résultait de ces stipulations que la qualité de biens de retour avait été donnée en l'espèce, non seulement aux immeubles et ouvrages à caractère technique, mais aussi aux immeubles et ouvrages accessoires utiles à l'activité de distribution, y compris donc les immeubles de bureaux du concessionnaire ainsi que ceux à usage de logement des agents. En d'autres termes, les premiers juges ont estimé que la commune intention des parties avait été de donner la qualification de biens de retour à des biens qui, en l'absence d'une telle intention, auraient pu être regardés comme de simples biens de reprise. Le tribunal a par ailleurs, enjoint à ERDF de communiquer annuellement à la commune un inventaire physique individualisé de l'ensemble des biens immobiliers et mobiliers utilisés par l'opérateur pour la gestion du service de distribution de l'électricité.


Sur appel d'ERDF, la cour de Douai a infirmé le jugement de première instance dans ses deux volets, d'où le présent pourvoi.



Avant de procéder à son examen, rappelons que le juge administratif a été saisi à un double titre : en tant que juge du contrat, s'agissant des conclusions relatives à l'inventaire, et en tant que juge de plein contentieux s'agissant du recours en interprétation. Le tribunal administratif, puis la cour à sa suite, ont jugé que le recours en interprétation était recevable, la question de la qualification des immeubles ayant entraîné un « litige né et actuel » au sens de votre jurisprudence. Cette appréciation ne nous semble pas contestable, et n'est d'ailleurs pas contestée : le désaccord des parties à un contrat quant à ce que seront leurs droits et obligations futurs constitue bien un litige né et actuel  (1).




\* \* \*

Pour apprécier le bien-fondé de l'arrêt, il importe au préalable de préciser le cadre juridique dans lequel il s'inscrit ; or si ses contours ont été fixés de longue date, il fait l'objet depuis quelques années de remises en cause indirectes par le législateur et d'interrogations de la part de la doctrine, sans que vous ayez eu au contentieux l'occasion d'en tirer les conséquences éventuelles.



Le droit des concessions se réfère traditionnellement, depuis la seconde partie du XIX<sup>e</sup> siècle, au triptyque biens de retour/biens de reprise/biens propres du concessionnaire.

Les biens de retour présentent, pour simplifier, une double caractéristique : ils reviennent obligatoirement au concédant en fin de concession et celui-ci doit en être regardé comme le propriétaire *ab initio*, avec les conséquences qui s'en déduisent, notamment sur le plan fiscal : c'est le concédant qui est imposable au titre des taxes foncières  (2).

Un certain nombre de décisions ajoutent que le propre des biens de retour est aussi de revenir gratuitement au concédant  (3). Cette mention est habituellement interprétée comme signifiant que le retour du bien n'implique aucune indemnisation au bénéfice du concessionnaire, dans l'hypothèse où il a été totalement amorti ; en revanche, on le verra, la qualité de bien de retour peut ne pas être exclusive d'une indemnisation de la part non amortie du bien  (4).


*A contrario*, si le concédant ne dispose que de la simple faculté de prendre possession d'un bien à l'expiration du contrat, le concessionnaire a, jusqu'à cette date, la qualité de propriétaire de ce bien, et ce dernier entre dans la catégorie des biens de reprise  (5). Le Tribunal des conflits a fait sienne cette analyse par une décision du 2 décembre 1968, *Électricité de France c. Dame veuve Faucher*  (6) : lorsque les installations de la concession ne doivent revenir à la collectivité concédante que si celle-ci use de la faculté de les reprendre en fin de concession, elles restent la propriété du concessionnaire tant que le concédant n'a pas exercé son droit de reprise. Cette reprise, sauf stipulation contraire du contrat, se fait à leur valeur vénale  (7).

Enfin les biens propres demeurent, en toute hypothèse, propriété du concessionnaire.

Précisons que si le concédant est propriétaire des ouvrages qui ont la qualité de biens de retour, il n'acquiert cette qualité, en réalité, qu'à compter de leur achèvement. C'est le concessionnaire qui est maître d'ouvrage des travaux, et non la collectivité concédante. Les marchés de travaux conclus par le concessionnaire avec une entreprise privée sont donc des contrats de droit privé, réserve faite de l'application éventuelle de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*. Dans le même ordre d'idées, vous avez jugé, à propos d'une concession autoroutière, que la taxe locale d'équipement, dont sont exclues les constructions édifiées par l'État, est bien due par le concessionnaire pour les bâtiments qu'il construit, alors même que ceux-ci sont, dès leur édification, propriété de l'État  (8). Par ailleurs, durant la vie du contrat, le concessionnaire dispose d'un droit de jouissance exclusif sur l'ouvrage. Simplement, comme le relève la Cour de cassation, « la jouissance exclusive des biens litigieux par le concessionnaire, pendant la durée de la concession ne fait pas obstacle à leur appartenance à l'autorité concédante »  (9). Mais ce droit de jouissance exclusif justifie par exemple qu'en comptabilité, les biens de retour soient inscrits à l'actif du bilan de la société concessionnaire et puissent faire l'objet d'un amortissement, y compris sur le plan fiscal un amortissement dit de caducité.

Ceci étant, si les notions de biens de retour, de biens de reprise et de biens propres correspondent chacune à des règles spécifiques, se pose en amont la question de leur répartition.

Le plus souvent, votre jurisprudence s'est bornée, pour déterminer la consistance des biens de retour, à prendre appui sur les clauses du cahier des charges de la concession.

Il arrive cependant que les stipulations contractuelles ne permettent pas de trancher le litige. En ce cas, vous n'hésitez pas à dégager l'intention commune des parties et, pour ce faire, à considérer que celles-ci « ont eu essentiellement comme but de laisser à la disposition de l'autorité concédante en fin de concession les moyens matériels de continuer l'exploitation des services concédés »  (10). Ainsi, dans le silence de la convention, joue le principe selon lequel les biens nécessaires à l'exploitation du service doivent être regardés comme des biens de retour. Cette nécessité s'apprécie à

la cessation du contrat. C'est ainsi qu'à l'expiration d'une concession portant initialement sur la construction et l'installation d'un réseau de transports en commun par tramways, auxquels s'étaient substitués au fil du temps des autobus, les installations fixes nécessaires à ce nouveau mode de transport (garages, ateliers) doivent être remises gratuitement au concédant.

Dans cette logique, de simples locaux administratifs dont dispose le concessionnaire ne sont pas des biens de retour, en l'absence de stipulations en ce sens <sup>(11)</sup>.

Une question n'a en revanche pas été explicitement tranchée par vos formations contentieuses : dans quelle mesure les parties peuvent-elles décider de s'écarter du schéma que nous venons d'évoquer, soit en déplaçant la ligne de partage entre biens de retour et biens de reprise, soit encore en permettant que des biens nécessaires à l'exploitation du service puissent faire l'objet d'une appropriation privative ?

L'enjeu n'est pas purement théorique, puisque reconnaître un droit de propriété au concessionnaire sur les ouvrages de la concession, c'est permettre à celui-ci de mobiliser des techniques de financement plus avantageuses, impliquant, de la part du financeur, la prise de sûretés sur le bien. Tout dépend bien sûr ensuite de la consistance, de la durée et de la portée de ce droit de propriété. S'il est limité dans le temps et dans son objet, la garantie ainsi offerte au financeur peut se révéler assez virtuelle, en tout cas moindre. Mais son absence peut avoir une incidence sur les décisions des investisseurs.

\* \* \*

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

Sur le plan contentieux, la moisson est modeste, même si vos rares décisions ne sont pas passées inaperçues, et notamment la première d'entre elles, *Ministre du budget c. Société Sagifa* du 21 avril 1997 <sup>(12)</sup>, décision qui n'est pourtant pas fichée. La question posée était de savoir qui, de la Société Nationale des Chemins de Fer (SNCF) ou d'une société titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public ferroviaire, était redevable de la taxe foncière sur les propriétés bâties. Vous avez jugé à cette occasion que « l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté ». Vous en avez déduit qu'en l'espèce la convention conclue entre la SNCF et la société Sagifa pour les seuls besoins de l'activité du permissionnaire avait pu légalement prévoir que celui-ci demeurerait propriétaire pendant la validité du contrat des installations et constructions réalisées par lui sur le domaine public.

Cette décision a été interprétée par la doctrine - et parfois critiquée à ce titre - comme excluant, *a contrario*, qu'un ouvrage édifié par l'occupant du domaine public pour les besoins du service public puisse faire l'objet d'une appropriation privée <sup>(13)</sup>.

La solution n'en a pas moins été réitérée par une décision du 23 juillet 2010, *M<sup>me</sup> Montravers*, agissant en qualité de liquidateur judiciaire de la société Neville Foster Delaunay Belleville <sup>(14)</sup>, fichée sur un autre point. Elle s'est attirée les mêmes critiques <sup>(15)</sup>.


Indiquons aussi que, par une décision *Communauté de communes du Queyras* du 4 mai 2011 <sup>(16)</sup>, vous avez jugé illicites des stipulations permettant le transfert à la société délégataire, de la propriété de biens relevant du domaine public de la personne publique délégante, mais le précédent n'est pas topique, car il s'agissait d'ouvrages qui étaient la propriété du délégant avant que le contrat soit noué, et qui n'avaient donc pas été construits par le délégataire.



La ligne jurisprudentielle que certains ont voulu voir esquissée par la décision *Ministre du budget c. Société Sagifa* - qui n'a pas eu l'heur d'une mention au Recueil Lebon - n'en est pas moins cohérente avec les prises de position de vos formations administratives.

La Section des travaux publics, par un avis rendu le 30 mars 1989 <sup>(17)</sup>, a ainsi estimé que les infrastructures ferroviaires faisaient partie du domaine public de l'État et ne pouvaient, « par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit ».

Et surtout, par un avis rendu le 19 avril 2005 <sup>(18)</sup>, elle a considéré, dans le cas d'une délégation du service public des remontées mécaniques (mais la solution a une portée générale), que « l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service installés sur des propriétés publiques (...) appartiennent dès l'origine à la personne publique et

lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention ». L'avis précise que « les conventions ne pourraient d'ailleurs légalement prévoir une propriété privée de ces installations pendant la durée de l'exploitation, sous réserve de la mise en oeuvre de baux emphytéotiques en application de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 ou de la procédure de crédit-bail en application de l'article 87-II de la loi de finances n° 86-1137 du 30 décembre 1986 ».

Là encore, les commentaires d'une partie de la doctrine ont été, sur ce point précis, pour le moins réservés.  (19)

En réalité, au-delà même de ces critiques ponctuelles, c'est la théorie des biens de retour qui, plus globalement, voit parfois sa pertinence remise en cause. On vous invite ainsi à la « dépasser », pour reprendre l'intitulé d'un dossier consacré à ce thème dans un numéro récent de la revue *Contrats publics*, voire à envisager son abandon pur et simple, sous la plume des professeurs Fatôme et Terneyre, dans leur contribution à un ouvrage récent consacré aux contrats et à la propriété publique  (20). À tout le moins son érosion est-elle soulignée  (21).




Les contempteurs de la décision *Sagifa* et de l'avis de 2005 formulent, pour l'essentiel, deux critiques :

- d'une part, l'affirmation selon laquelle les biens nécessaires au service public doivent être la propriété du concédant ne repose sur aucune exigence constitutionnelle ;

- d'autre part, l'application de ce principe rend plus difficile le financement des ouvrages implantés sur le domaine public et nuit ainsi à sa valorisation.

En d'autres termes, la solution dégagée par le Conseil d'État dans ses formations contentieuse et administrative présenterait l'inconvénient d'être à la fois inutile et nocive.

Qu'en est-il ?


Sur le premier point, il est exact que, pour le Conseil constitutionnel, les besoins du service public ne supposent pas nécessairement une appropriation publique des ouvrages concernés dès le début du contrat. Comme il le relève régulièrement, le législateur ne doit pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics  (22). Cependant, ces exigences constitutionnelles n'impliquent pas le maintien de la propriété publique sur les biens concernés, si des garanties appropriées sont prévues  (23). Aussi la loi peut-elle organiser le transfert à une personne privée de dépendances du domaine public de l'État, dès lors que celui-ci dispose de la capacité de s'opposer à toute forme d'aliénation d'un ouvrage ou d'un terrain nécessaire à la bonne exécution ou au développement des missions de service public en cause  (24).

Sur le second point, il est incontestable que l'absence de toute possibilité d'appropriation privée sur les biens de retour fait obstacle aux techniques de financement que constituent l'hypothèque et le crédit-bail.

Toutefois, le législateur a lui-même entrepris de lever cette difficulté en ouvrant, sous certaines conditions, à l'occupant du domaine public la possibilité de disposer de droits réels sur les ouvrages par lui édifiés.

La loi du 5 janvier 1988 a enclenché le processus, en autorisant les collectivités territoriales à conclure sur leur domaine des baux emphytéotiques administratifs. Ses dispositions sont désormais codifiées aux articles L. 1311-2 à L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

Aux termes de l'article L. 1311-2, un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue, notamment, de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public. Un tel bail peut être conclu sur une dépendance du domaine public. L'article L. 1311-3 dispose que le droit réel conféré au titulaire du bail, de même que les ouvrages dont il est propriétaire, sont susceptibles d'hypothèque pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué. Le 5° du même article ouvre aux constructions réalisées dans le cadre de ces baux la possibilité de donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail, qui doivent alors comporter des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

La deuxième étape a été constituée par la loi du 25 juillet 1994, aujourd'hui codifiée aux articles L. 2122-6 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques, qui a posé le principe selon lequel « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ». Cette présomption ne joue pas si les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public ; mais l'État peut, même en ce cas, décider l'attribution d'un droit réel  (25). Le mécanisme n'est pas

limité aux autorisations unilatérales : l'article L. 2122-11 prévoit qu'il est également applicable « aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public ». Le texte précise que, « lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public ». Le droit réel peut être hypothéqué et, depuis l'intervention d'une loi du 12 mai 2009, « la réalisation des ouvrages, constructions et installations peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail », y compris lorsque le bien est affecté au service public, ce qui était auparavant exclu, sauf exceptions.

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, les collectivités territoriales bénéficient, elles aussi, de la possibilité de délivrer des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels « en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence » <sup>(26)</sup>. Ces autorisations ont un régime analogue à celui des autorisations délivrées par l'État.

Précisons que, sur le plan fiscal, l'institution de droits réels a pour effet de transférer à son bénéficiaire la charge des taxes foncières (v. le II de l'article L. 1400 du code général des impôts : « Lorsqu'un immeuble est grevé d'usufruit ou loué soit par bail emphytéotique, soit par bail à construction, soit par bail à réhabilitation ou fait l'objet d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive d'un droit réel, la taxe foncière est établie au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote, du preneur à bail à construction ou à réhabilitation ou du titulaire de l'autorisation ».).

Les dispositions législatives que nous venons d'énumérer, qui ont donc vocation à s'appliquer dans le cadre de concessions de service public, n'épuisent pas le sujet des droits réels sur le domaine public.

Ainsi, s'agissant des contrats de partenariat, l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit-elle que, « lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée » et confère au titulaire, sauf stipulation contraire, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise, c'est-à-dire « les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public ».

Enfin, rappelons qu'au-delà de ces autorisations temporaires (qui peuvent malgré tout avoir une durée de soixante-dix ans dans le cadre de la loi de 1994, et de quatre-vingt-dix-neuf ans pour les baux emphytéotiques administratifs <sup>(27)</sup>), la loi a transformé différents établissements publics industriels et commerciaux en sociétés commerciales (France Télécom, EDF, Gaz de France [GDF], Aéroports de Paris), cette transformation s'accompagnant du transfert définitif à ces sociétés de biens appartenant antérieurement au domaine public.


Quoi qu'il en soit, aujourd'hui, dans le cadre de montages associant, s'agissant des collectivités territoriales, un bail emphytéotique administratif et une délégation de service public, ou, pour l'ensemble des personnes publiques, reposant sur des concessions assorties de droits réels, les ouvrages établis par l'occupant du domaine public peuvent bien, sous certaines conditions, donner lieu à hypothèque ou à la conclusions de contrats de crédit-bail.

On peut simplement regretter que l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques n'ait pas été l'occasion de simplifier et d'harmoniser les différents mécanismes <sup>(28)</sup>.

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


Ce point n'a pas échappé à la doctrine. Ainsi, dès 1995, dans un commentaire du décret du 6 mai 1995 relatif à la constitution de droits réels sur le domaine public <sup>(29)</sup>, les professeurs Fatôme et Terneyre relèvent-ils que « les ouvrages sur lesquels le contrat de concession confère un droit réel au concessionnaire constituent une nouvelle catégorie de ce qu'il est convenu d'appeler les biens de la concession ». Pour les auteurs, il ne peut s'agir de biens de retour, puisque le concessionnaire dispose sur eux, pendant toute la concession, d'une forme de droit de propriété. Mais il ne s'agit pas non plus de biens de reprise, puisque, selon la loi, ils doivent, à l'expiration du contrat, être démolis par le titulaire de l'autorisation, « à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition », auquel cas, ils deviennent de plein droit et gratuitement la propriété du concédant. Les signataires de l'article proposent la qualification de « biens de reprise automatique ».

On peut aussi estimer - et c'est plutôt notre analyse - que, compte tenu de leurs caractéristiques, il s'agit de biens de retour d'un genre nouveau, qui ne diffèrent des autres biens de retour qu'au regard de leur propriété durant la concession <sup>(30)</sup>.

Quel que soit l'intérêt théorique de ce débat, un point nous paraît devoir être explicitement affirmé par votre décision : en prévoyant que la possibilité pour l'occupant du domaine public d'être titulaire de droits réels joue également dans le cadre des conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public, y compris les concessions de service public, la loi interfère directement avec le triptyque traditionnel biens de retour/biens de reprise/biens propres. Cette interprétation est d'ailleurs parfaitement cohérente avec l'avis de la Section des travaux publics de 2005 qui, après avoir rappelé qu'une concession de remontées mécaniques par une collectivité territoriale ne pouvait légalement prévoir une propriété privée des installations pendant la durée de l'exploitation, réservait la mise en oeuvre de baux emphytéotiques administratifs. À l'époque où l'avis a été rendu, les collectivités territoriales ne pouvaient délivrer d'autorisations d'occupation temporaire du domaine public assorties de droits réels, mais l'idée était bien que, de façon générale, seule la loi pouvait déroger au principe  (31).

Dans ces conditions, la lecture *a contrario* de la décision *Sagifa*, selon laquelle l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public est exclue lorsque l'autorisation a été accordée en vue de répondre aux besoins du service public, ne vaut que lorsque l'on n'est pas dans le champ des dérogations prévues par le législateur, ce qui relativise singulièrement ses inconvénients.

Faut-il et peut-on aller plus loin, en renonçant à l'idée selon laquelle les biens nécessaires au service public ne peuvent, en principe, faire l'objet d'une appropriation privée pendant la durée de la concession ?

Comme le relevait Achille Mestre dans une note sous votre décision du 1<sup>er</sup> mars 1929, *Société des transports en commun de la région toulousaine*  (32), « le but essentiel de la concession, c'est de doter la collectivité, sans appel à l'emprunt ou à l'impôt, d'ouvrages d'utilité publique, prêts à fonctionner ; le droit de retour n'est que le moyen juridique par lequel cet objectif sera un jour atteint ».


Si l'objectif est de permettre au concédant, à l'expiration de la concession, de récupérer l'ensemble des installations nécessaires à l'exploitation du service, la propriété *ab initio* des biens n'en est pas une condition impérative : il faut et il suffit que la collectivité dispose des prérogatives et des garanties lui assurant, d'une part, en cours de contrat, le maintien de l'affectation de ces biens au service public et, d'autre part, en fin de contrat, le droit d'en disposer, et d'en disposer gratuitement pour autant qu'ils ont été amortis.

Ce sont précisément ces prérogatives et garanties que la loi prévoit pour les baux emphytéotiques et les autorisations d'occupation temporaires conférant des droits réels. Ainsi, pour ces dernières, le code général de la propriété des personnes publiques prévoit-il, à son article L. 2122-7, que « le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés, ou transmis (...) pour la durée de validité du titre restant à courir (y compris dans le cas où le bien a fait l'objet d'une hypothèque), qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé ». Une hypothèque ne peut être consentie que « pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations » (art. L. 2122-8). Encore les hypothèques s'éteignent-elles au plus tard à l'expiration du titre d'occupation. Lorsqu'un contrat de crédit-bail est conclu, il doit comporter « des clauses permettant de préserver les exigences (du) service public » (art. L. 2122-13).

S'agissant des biens nécessaires au fonctionnement d'un service public concédé et construits sur un terrain appartenant au domaine public, la loi elle-même, on l'a vu, est venue encadrer les conditions dans lesquels ils pouvaient faire l'objet de droits réels. À partir du moment où le législateur s'est saisi de la question, nous voyons mal comment vous pourriez, concurremment, admettre la possibilité d'une appropriation privative d'installations édifiées sur le domaine public et affectés au service public, dans des cas non prévus par celui-ci. Si la loi était restée muette, peut-être auriez-vous pu parvenir, par la voie jurisprudentielle, à un résultat analogue. En tout cas, cette voie nous semble aujourd'hui fermée.

Mais les biens nécessaires au fonctionnement du service public ne sont pas nécessairement des ouvrages implantés sur le domaine public de la collectivité concédante.

Ils peuvent en effet être édifiés sur la propriété privée du concessionnaire ou d'un tiers, sur un terrain privé loué par la personne publique, sur le domaine privé du concédant ou encore sur le domaine privé d'une autre collectivité ; ils peuvent avoir également le caractère de biens mobiliers.

Commençons par le cas des ouvrages qui sont édifiés sur une propriété privée ainsi que des biens meubles. En ce qui les concerne, ce n'est pas la problématique de la domanialité publique qui fait obstacle à ce qu'ils soient la propriété du concessionnaire, si l'on admet qu'une personne privée peut être propriétaire d'un bien nécessaire au service public. C'est d'ailleurs le cas lorsque le bien est apporté par le concessionnaire lors de la conclusion du contrat. On peut rencontrer notamment cette hypothèse dans le cas des remontées mécaniques  (33). Vous avez ainsi déjà jugé que, dans le cadre



de la concession d'un port de plaisance, la convention puisse aménager les conditions et le calendrier du transfert au concédant de terrains appartenant au concessionnaire (34).

Si l'ouvrage est financé par le concessionnaire dans le cadre de ce contrat, ce qui s'oppose à une propriété privée de cet ouvrage en cours de contrat, c'est une lecture exigeante de la théorie des biens de retour, une lecture qui exclut que les parties puissent déroger contractuellement au principe selon lequel les biens de retour sont propriété *ab initio* du concédant.

Or, nous l'avons vu, cette lecture ne repose pas sur une contrainte constitutionnelle : à cet égard, il faut et il suffit de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics. En revanche, la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Constitution, comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel au terme d'une évolution jurisprudentielle marquée notamment par sa décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 (35) sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Elle s'applique aux collectivités territoriales (36). Vous l'avez d'ailleurs vous-mêmes consacrée par votre décision de Section *Société Borg Warner* du 28 janvier 1998 (37). Certes, il peut être porté atteinte à cette liberté dans la mesure nécessaire à la satisfaction d'autres motifs d'intérêt général. Mais on peut parfaitement concevoir que des stipulations contractuelles ménagent au profit du concédant des prérogatives et garanties propres à assurer la continuité du service public, comparables à celles qu'a prévues le législateur s'agissant du domaine public.

En réalité, deux éléments essentiels du régime des biens de retour doivent être préservés, au regard des exigences du service public :

- durant la concession, le maintien de l'affectation des biens au service public doit être garanti ;
- à l'expiration de la concession, les biens nécessaires au service public doivent revenir gratuitement au concédant, à la seule réserve de l'indemnisation des investissements non amortis.

Si l'évolution des techniques a pour conséquence l'obsolescence de certains biens, le contrat peut prévoir pour ceux-ci d'autres solutions que le retour pur et simple au concédant, par exemple leur destruction, le cas échéant aux frais du concessionnaire (38). L'essentiel est que la fin du contrat ne fasse pas obstacle à la poursuite de l'exécution du service public dans son dernier état.

Dans la mesure où ces deux conditions sont réunies, il n'est pas déterminant que le bien soit regardé comme étant la propriété dès l'origine du concédant ou qu'il fasse l'objet de droits réels conférant au concessionnaire, pour la durée de la concession et dans les conditions et les limites précisées par le contrat, les prérogatives et obligations du propriétaire. Disons simplement que le régime de la propriété *ab initio* offre simplement, de droit, au concédant des garanties qui, dans l'autre option, doivent être prévues par le contrat. Mais ce sont ces prérogatives et garanties qui sont consubstantielles au régime des biens de retour. Donner la propriété *ab initio* du bien au concédant est un des moyens d'y parvenir, sans doute le plus simple, même s'il recèle une part de fiction juridique ; ce n'est pas le seul.

Nous comprenons donc que, dans le silence du contrat, le concédant doit être regardé comme le propriétaire du bien ; mais nous ne voyons pas quel principe s'opposerait à ce que les parties s'accordent pour reconnaître des droits réels au concédant, sous les conditions qui ont été dites, conditions dont l'absence entacherait d'illégalité le contrat.

Reste le cas des propriétés qui relèvent du domaine privé de la collectivité concernée.

Aux termes de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques :

« Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

L'article codifie votre jurisprudence, à ceci près que le critère de l'aménagement indispensable a succédé à celui de l'aménagement spécial.

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

On peut toutefois s'interroger sur le bien-fondé de cette construction théorique, qui est légèrement circulaire. À partir du moment où l'on se situe sur une dépendance relevant au départ du domaine privé, et qui ne nécessitait donc pas une protection particulière, la seule circonstance qu'y soit implanté, dans le cadre d'une concession, un ouvrage nécessaire au service public pourrait ne pas impliquer nécessairement que joue, dès le départ, et pour l'ensemble de l'emprise, le régime très protecteur de la domanialité publique, dès lors que le contrat prévoit des garanties suffisantes.

Pour le dire autrement, il nous semble que les dispositions de l'article L. 2111-1 pourraient être interprétées comme n'excluant pas que soit implanté sur un terrain relevant du domaine privé d'une collectivité un ouvrage édifié par une personne privée qui en conserverait la propriété durant la concession, alors même que cet ouvrage serait nécessaire au service public. Évidemment, à la fin de la concession, le retour du bien dans la propriété du concédant ferait basculer l'ensemble dans le domaine public.

Quoi qu'il en soit, et même si vous ne nous suiviez pas sur ce dernier point, nous vous invitons donc à faire évoluer votre jurisprudence pour admettre que des biens de retour puissent, si les parties le souhaitent, faire l'objet d'une appropriation privative temporaire, soit dans le cadre fixé par le législateur pour les ouvrages implantés sur une propriété publique, soit par voie contractuelle pour les autres biens, sous réserve que la nature et l'usage des droits réels dont est titulaire le concessionnaire ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public, ce qui implique notamment la faculté, pour la personne publique, de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée

Cet assouplissement est possible. Il nous semble souhaitable, dans la mesure où la problématique du financement des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public ne se cantonne pas au cas de ceux qui sont implantés sur le domaine public. Dans cette perspective, l'affirmation selon laquelle le concédant devrait systématiquement être regardé comme le propriétaire *ab initio* du bien de retour pourrait, en certains cas, sous couvert de le protéger, le pénaliser, en renchérissant le coût du financement de l'installation.

Est-ce à dire que l'on pourrait, sans inconvénient, aller au-delà et admettre le basculement dans la catégorie des biens de reprise des installations nécessaires au service public, à la seule condition que de telles stipulations soient prévues ? Nous ne le pensons pas.

Il est vrai que le régime des biens de reprise peut aboutir à des résultats *a priori* comparables pour la collectivité concédante. Comme le relevait le professeur Sestier dans son commentaire de l'avis de 2005, à partir du moment où le rachat des biens par la personne publique est soumis à la seule manifestation de volonté de cette dernière, le concédant est maître du jeu. De plus, en fin de contrat, si les biens ont été amortis, la reprise peut être gratuite ou quasi-gratuite.

Toutefois, en passant du régime des biens de retour à celui des biens de reprise, on passe d'un système dans lequel, par principe, les biens doivent revenir gratuitement à la collectivité, sous réserve qu'ils aient été amortis, à un système dans lequel les conditions de rachat sont librement fixées par les parties, sans garde-fou autre que l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités.

En d'autres termes, permettre de qualifier un bien nécessaire au service public de bien de reprise peut soumettre aux aléas des négociations contractuelles le coût de rachat de biens qui auront été amortis (et donc financés par l'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. Les commentateurs critiques de l'avis de 2005 reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes que celui-ci peut « renforcer, en cours de négociation du contrat, la position des collectivités locales réputées faibles, face à des puissances économiques oligopolistiques » (39).

Reconnaître au concessionnaire des droits réels temporaires sur les biens nécessaires au fonctionnement du service public constitue une soupape ; admettre qu'ils puissent être qualifiés de biens de reprise et faire l'objet d'un rachat va au-delà de ce qui est nécessaire et soulève des difficultés conceptuelles et pratiques qui nous conduisent à écarter, sur ce point, toute remise en cause de l'avis de 2005.

Nous vous invitons donc à confirmer que de tels biens doivent être regardés comme des biens de retour. Vous pourrez également saisir cette occasion pour rappeler qu'en revanche nul texte ou principe ne s'oppose à ce que les parties décident d'inclure dans la catégorie des biens de retour des biens qui ne seraient pas nécessaires, mais simplement utiles, au fonctionnement du service public. Là, la liberté contractuelle ne rencontre pas d'obstacle : vous avez d'ailleurs déjà jugé que des biens qui n'ont pas été affectés en pratique au service public ou dont l'affectation a cessé avant la fin de la concession peuvent se voir reconnaître la qualité de biens de retour si le contrat le prévoit (40).

\* \* \*

[...]

Il est temps d'en venir à l'examen du pourvoi.


Commençons par la première partie de l'arrêt, celle portant sur l'interprétation de la convention.

L'article 22 du cahier des charges, relatif à la reprise des installations en fin de concession, comporte d'abord un premier alinéa ainsi rédigé : « À l'époque fixée pour l'expiration de la concession, la commune sera, moyennant un préavis de deux ans, subrogée aux droits du concessionnaire et prendra possession de tous les immeubles et ouvrages de la distribution et de ses dépendances ». Les stipulations du deuxième alinéa précisent que « les sous-stations et postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique ainsi que les canalisations et branchements faisant partie de la concession lui seront remis gratuitement », sauf à verser une indemnité pour la part non amortie du coût de ces installations. Le troisième alinéa concerne les biens de reprise, c'est-à-dire « le mobilier et les approvisionnements ».

Selon l'arrêt attaqué, il résulte de ces stipulations que constituent des biens de retour « les immeubles et ouvrages (...) qui sont affectés à l'activité de distribution concédée ainsi que leurs dépendances », notamment les immeubles mentionnés au deuxième alinéa. En ce qui concerne les autres immeubles, constituent des biens de retour ceux qui sont « indispensables à l'exploitation constituée par l'activité de distribution ». La cour a donc estimé que le tribunal administratif avait interprété à tort l'article 22 comme conférant la qualité de biens de retour à tous les immeubles et ouvrages accessoires au service de la distribution, et notamment aux immeubles de bureaux et aux logements accessoires aux contrats de travail des agents. Ainsi que cela ressort du dispositif de l'arrêt, ceci ne signifie pas qu'aucun immeuble de bureaux ou de logement ne pourrait être qualifié de biens de retour ; ceux indispensables à l'exploitation peuvent recevoir une telle qualification.

La grille de lecture retenue par l'arrêt, qui est suffisamment motivé, ne méconnaît pas les principes que nous vous proposons de consacrer : en l'absence de mention explicite, dans le contrat, sur le sort des logements et des bureaux, elle a logiquement interprété la commune intention des parties comme ayant entendu classer parmi les biens de retour ceux nécessaires à l'exploitation du service de distribution.

On peut, il est vrai, s'interroger sur un point. En subordonnant la qualité de biens de retour, s'agissant des immeubles et ouvrages autres que ceux affectés à l'activité de distribution, à la condition tenant à ce qu'ils soient, non pas « nécessaires », mais « indispensables » à l'exploitation, la cour ne s'est-elle pas montrée exagérément restrictive ?


Ce serait le cas si vous deviez estimer qu'il existe une gradation entre la notion de bien nécessaire et celle de bien indispensable. Telle n'est pas notre analyse : dans le contexte particulier des concessions de service public, nécessaire ou indispensable nous paraissent des notions équivalentes, et donc interchangeables. Il vous arrive d'ailleurs de les utiliser indifféremment  (56).

Doit être écarté le parallèle avec le nouveau régime de la domanialité publique, qui prévoit désormais que font partie du domaine public, s'agissant des biens affectés à un service public, ceux qui font « l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. ». Cette nouvelle rédaction ne s'oppose pas à l'aménagement nécessaire, mais au critère antérieur de l'aménagement spécial, qui relève d'une autre logique.

La cour n'a donc pas entendu juger que des biens qui seraient nécessaires mais non indispensables à l'exploitation n'auraient pas la qualité de biens de retour.

Pour le reste, l'interprétation des termes de la convention relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, et ne nous paraît pas entachée de dénaturation.


La cour a, en particulier, estimé que la commune intention des parties ne pouvait être interprétée en s'inspirant des dispositions du décret du 15 octobre 1947 déterminant, pour l'application de la loi du 8 avril 1946, la nature des éléments d'actifs affectés à la production, au transport ou à la distribution de l'électricité et du gaz. Cette affirmation est logique, puisque la convention lui est antérieure d'un quart de siècle. En tout état de cause, une disposition réglementaire relative au sort des actifs transférés en cours de contrat d'un concessionnaire au suivant n'emporte pas de conséquence automatique sur la qualification des biens.

La cour n'est cependant pas allée au bout de son office. Ce qui lui était demandé, c'était certes d'interpréter l'article 22 de la convention, mais c'était aussi de se prononcer sur la qualification d'une liste de biens, ceux précisément qu'EDF aurait été bien aise de pouvoir aliéner. Un recours en interprétation, selon une jurisprudence constante, peut permettre d'obtenir du juge une réponse à une question de qualification  (57). En ne répondant pas à l'ensemble des conclusions dont elle

était saisie, la cour a entaché son arrêt d'irrégularité, et vous devrez le censurer dans cette mesure, non pas totalement, mais en tant seulement qu'il ne se prononce pas sur le sort des immeubles concernés.

Vous lui renverrez dans cette mesure le jugement de l'affaire.

(1) CE 26 juill. 1912, *Compagnie d'Orléans et du Midi*, Lebon p. 889.


(2) CE 28 juin 1889, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, S. 1891.III-82 ; CE 12 nov. 1897, *Société nouvelle du casino municipal de Nice*, Lebon p. 685 ; CE 16 nov. 1988, *Ministre de la Mer et Commune d'Arcachon*, n° 60584, Lebon T.  .

(3) CE 9 nov. 1895, *Ville de Paris*, Lebon p. 142 ; CE 9 déc. 1898, *Compagnie du Gaz de Castelsarrazin*, Lebon p. 782 ; CE 31 mars 1922, *Compagnie de l'éclairage des villes*, Lebon p. 304 ; CE 28 mars 1928, *Société « L'Énergie électrique de la Basse-Isère »*, Lebon p. 457.

(4) Sur le critère de la gratuité, v., note A. Mestre sous CE 5 mai 1958, *Secrétaire d'État aux finances et aux affaires économiques*, CJEG 1959. 187

(5) CE 8 juin 1928, *Communes de Barges, Gésincourt, Cemboing et Combeaufontaine c. Société d'intérêt collectif agricole électrique de Ray-Cendrecourt*, Lebon p. 718 ; CE 1<sup>er</sup> févr. 1929, *Compagnie centrale d'énergie électrique*, Lebon p. 133, qui précise qu'« à raison du caractère essentiellement facultatif du droit de reprise de l'État, ce dernier ne peut être considéré comme actuellement propriétaire des sous-stations et postes de transformateurs établis par la société en dehors des voies publiques » ; dans le même sens CE 10 janv. 1938, *Compagnie industrielle maritime*, Lebon p. 2.

(6) T. confl., 2 déc. 1968, *Électricité de France c. M<sup>me</sup> veuve Faucher*, n° 1913, Lebon p. 803  .



(7) V., CE 5 juill. 1967, *Commune de Donville-les-Bains c. Société générale technique*, n° 60931, Lebon p. 297  .

(8) CE, sect., 22 mars 1985, *Ministre de l'urbanisme et du logement c. Société des autoroutes du Sud de la France*, Lebon p. 88. 

(9) Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 2010, n° 08-21.311.

(10) CE, sect., 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, Lebon p. 203.




(11) CE, sect., 10 mai 1929, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon p. 485.

(12) CE 21 avr. 1997, *Ministre du budget c. Société Sagifa*, n° 147602, RDI 1997. 418, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé  ; RFDA 1997. 935, note E. Fatôme et P. Terneyre  .

(13) V. notamment, la note des professeurs Fatôme et Terneyre à la RFDA 1997. 935 s.  .

(14) CE 23 juill. 2010, *M<sup>me</sup> Montravers, ès qual. liquidateur Société Neville Foster Delaunay Belleville*, n° 320188, Lebon pp. 712-728  .

(15) V., F. Brenet, « La propriété des installations édifiées ou acquises par l'occupant ordinaire du domaine public », DA 2010, comm. 140.


(16) CE 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras*, n° 340089, Lebon p. 200  ; AJDA 2011. 925  ; AJCT 2011. 409, obs. O. Didriche  .








(17) Rapport annuel, pp. 236-237.








(18) Rapport annuel, pp. 197-202.



(19) V. en particulier, les observations du professeur Terneyre au BJCP 2006, pp. 111-112 ; v. égal., J.-F. Sestier, « Retours sur la question des biens de retour », BJCP 2006. 327 et L. Richer, « *Droit des contrats administratifs* », 7<sup>e</sup> éd., p. 558 ; v. égal., F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La théorie des biens de retour à l'épreuve de la loi », CMP avr. 2012, repère n° 4.

(20) LexisNexis, *Colloques et débats*, sous la dir. de G. Clamour, sept. 2011.

(21) G. Mollion, « Vers l'érosion des biens de retour », AJDA 2011. 363 .

(22) V. par ex., Cons. const., 21 juill. 1994, décis. n° 94-346 DC, *sur la loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, AJDA 1994. 786 , note G. Gondouin  ; D. 1995. 347 , obs. J. Pini  ; RDI 1994. 427, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé  ; RFDA 1994. 1106, étude C. Lavalie  ; RTD civ. 1995. 656, obs. F. Zenati .





(23) V. notamment, les décis. n° 96-380 DC du 23 juill. 1996 *sur la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom* (AJDA 1996. 694 , note O. Schrameck  ; D. 1998. 151 , obs. F. Mélin-Soucramanien  ; RFDA 1996. 909, étude J. Chevallier  ; *ibid.* 1124, note C. Lavalie ) et la décis. n° 2005-513 DC du 14 avr. 2005 *sur la loi relative aux aéroports* (AJDA 2006. 178, étude E. Fatôme .


(24) V., *a contrario*, la décis. n° 2010-67/86 QPC du 17 déc. 2010 (AJDA 2010. 2455  ; RDI 2011. 114, obs. R. Leonetti et P.-A. Rohan ) qui censure une disposition législative transférant à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes des biens immobiliers appartenant à l'État, en raison de l'absence de garanties quant au maintien de l'affectation de ces biens aux missions de service public dévolues à l'association.

(25) V. l'art. L. 2122-10.

(26) V. l'art. L. 1311-5 CGCT.

(27) Mais, dans le cadre d'une concession, la durée du droit réel est limitée par la durée de la convention elle-même, qui ne peut excéder la durée normale d'amortissement des installations réalisées par le concessionnaire.


(28) Nous renvoyons sur ce point à la présentation du code, sous la plume des présidents Maugüé et Bachelier, publiée à l'AJDA en 2006, pp. 1073 s . V. égal., F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », RFDA 2006. 935  ; Y. Gaudemet, *Les droits réels sur le domaine public*, AJDA 2006. 1094  ; E. Pourcel, « À qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? », JCP N 2007. 1190 ; P. Delvolvé, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », RFDA 2011. 1125 .


(29) AJDA 1995. 905 .







(30) V. en ce sens, G. Mollion, article préc. ; v. égal., L. Vidal, « Interrogations sur les biens de retour, biens de reprise et biens propres », *Contrats publics*, nov. 2011, pp. 29-35.












(31) Sur cette question, v., F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La théorie des biens de retour à l'épreuve de la loi », préc.





(32) Sirey 1929, 6<sup>e</sup> cahier, pp. 73-76.

(33) V. sur ce cas de figure un intéressant arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon, rendu le 16 févr. 2012, *Société Télépen des Gets*, n° 10LY02315, AJDA 2012. 1365 .

(34) CE 18 janv. 1988, *SA « Yacht-club international de Marina Baie des Anges »*, n° 46879, Lebon T. pp. 776, 779 .

(35) Cons. const., 10 juin 1998, décis. n° 98-401 DC, AJDA 1998. 540  ; *ibid.* 495, note J.-E. Schoettl  ; D. 2000. 60 , obs. L. Favoreu  ; RTD civ. 1998. 796, obs. N. Molfessis  ; *ibid.* 1999. 78, obs. J. Mestre .
























(36) V. la décis. n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, AJDA 2007. 192 , note G. Marcou  ; *ibid.* 473  ; *ibid.* 2006. 2437, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit  , note G. Marcou  ; D. 2007. 1760 , note M. Verpeaux  ; *ibid.* 1166, obs. V. Bernard, L. Gay et C. Severino  ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize  ; *ibid.* 2007. 564, note A. Levade  ; *ibid.* 596, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier .

(37) CE 28 janv. 1998, *Société Borg Warner*, n° 138650, Lebon p. 20  ; AJDA 1998. 287  ; D. 1998. 56  ; RDI 1998. 246, obs. F. Llorens et P. Terneyre .

(38) V. note 4. V. par ex., en ce sens, CE 5 mai 1958, *Secrétaire d'État aux finances et aux affaires économiques*.

(39) J.-F. Sestier, article préc.

(40) CE 13 avr. 1985, *Gaz de France c. Ville de Nice*, n° 45966, CJEG 1986.7.

- (41) V. par ex., CE 22 oct. 1990, *Société « Compagnie parisienne de chauffage urbain »*, n° 46600, Lebon T.p. 717 .
- (42) CE 31 juill. 1942, *Société X.*, Lebon p. 241.
- (43) CE 14 janv. 2008, *Société Sogeparc France*, n° 297541, Lebon T. p. 714 .
- (44) CE 16 mars 1977, *SARL X*, n° 89010, Lebon p. 140 .
- (45) Art. 40 de la loi du 29 janv. 1993, art. L. 1411-2 du CGCT.
- (46) CE 11 août 2009, *Société Maison Combac.Société des crématoriums de Francec.Commune d'Aix en Provence*, n° 303517, Lebon T. p. 833  ; AJDA 2010. 954 , note P. Subra de Bieusses  ; *ibid.* 2009. 1524 .
- (47) Le point de départ à prendre en compte, pour le calcul de la durée d'amortissement, est la date d'achèvement des investissements et de mise en service de l'ouvrage (CE 8 févr. 2010, *Commune de Chartres*, n° 323158, Lebon T. p. 846  ; AJDA 2010. 240 .
- (48) Il s'agissait de parcs de stationnement amortissables sur 45 ans, avec une durée de la concession fixée à 30 ans, le concédant s'engageant à verser à l'expiration de cette durée une indemnité correspondant aux 15/45<sup>e</sup> du montant de la valeur des installations au moment de leur construction, sauf prorogation de la concession pour une durée de 15 ans supplémentaire.
- (49) CE 4 juill. 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres métropole (CACM), Veolia Eau-Compagnie générale des eaux*, n° 352417, à mentionner aux Tables du Lebon  ; AJDA 2012. 1376 .
- (50) Au-delà de la prolongation d'un an pour motif d'intérêt général autorisée par le texte.
- (51) « Lorsque la durée résiduelle d'un contrat (...) est insuffisante pour permettre l'amortissement normal d'investissements supplémentaires demandés par la personne publique délégante pour moderniser les infrastructures existantes (...), les parties peuvent convenir, par voie d'avenant, des conditions d'indemnisation du délégataire pour lesdits investissements qui ne seraient pas amortis au terme du contrat ».
- (52) V. notamment, CE 5 juill. 1967, *Commune de Donville-les-Bains c. Société générale technique*, n° 60931, Lebon p. 297  ; CE 31 juill. 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, n° 126594, Lebon p. 33  ; AJDA 1996. 788 , note J.-P. Gilli  ; D. 1996. 202  ; RTD civ. 1997. 443, obs. P.-Y. Gautier .
- (53) CE 20 mars 1957, *Société des établissements thermaux, hôtels, casino et grottes d'Ussat-les-Bains*, Lebon p. 182.
- (54) Ph. S. Hansen, « Calculer la durée d'amortissement des biens réalisés », *Contrats publics*, nov. 2011, pp. 43-45.
- (55) CE 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n° 334280, Lebon p. 674  ; AJDA 2011. 929  ; RDI 2011. 396, obs. S. Braconnier .
- (56) V par ex., CE 29 juill. 1983, *Société anonyme « Union thermique pyrénéenne »*, n° 34710.
- (57) V. pour une illustration récente, CE 9 juill. 2010, *Lembezat*, n° 313989, Lebon T.  ; AJDA 2010. 1405 .
- (58) V., sur cette question, l'intéressante étude de M<sup>me</sup> Roblot-Troizier, Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, RFDA 2009. 990 .
- (59) V., pour l'absence de pouvoir d'agrément préalable, CE 3 avr. 1925, *Ville de Mascara*, Lebon p. 382.