

AJDA**AJDA 2013 p.457****Biens de retour : gare aux boomerangs****Arrêt rendu par Conseil d'Etat****21-12-2012**

n° 342788

Sommaire :

Le Conseil d'Etat fournit pour la première fois un cadre général à la théorie des biens de retour, en abordant la question de la consistance de ces biens de retour, en précisant la consistance de ces biens ainsi que leur régime durant l'exécution du contrat et à la fin de ce dernier. L'entreprise est si ambitieuse que la décision n'est pas exempte d'ambiguïtés : il ne faut toutefois pas craindre, à la lecture des principes énoncés, des effets boomerangs, qui seraient du plus mauvais effet et qui n'ont pas lieu d'être.

Texte intégral :

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 27 août et 19 novembre 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la commune de Douai, représentée par son maire ; la commune de Douai demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt n° 08DA01191 du 30 juin 2010 par lequel la cour administrative d'appel de Douai, après annulation du jugement n° 0603967-0603968 du 6 juin 2008 par lequel le tribunal administratif de Lille avait interprété l'article 22 du cahier des charge du 8 octobre 1923, relatif au contrat de concession de la distribution publique d'énergie électrique du 17 décembre 1923 conclu avec la société Saint-Quentinoise d'Eclairage, comme conférant la qualité de biens de retour aux immeubles et ouvrages de la distribution électrique présentant un caractère technique et aux immeubles et ouvrages accessoires utiles au service de la distribution électrique, a déclaré que cet article devait être interprété comme signifiant que les immeubles et ouvrages de la distribution concédée ainsi que leurs dépendances, dont font partie les sous-stations et postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique ainsi que les canalisations de branchement, constituent des biens de retour mais que les autres immeubles ne revêtent ce caractère que s'ils sont indispensables à l'exploitation constituée par l'activité de distribution et a rejeté la demande de la commune tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Electricité Réseau Distribution France (ERDF) de lui fournir un inventaire des biens de la concession ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à sa demande présentée devant le tribunal administratif de Lille ;

3°) de mettre la somme de 4 000 € à la charge de la société ERDF en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 ;

Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 ;

Vu la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 ;

Vu le décret n° 47-1998 du 15 octobre 1947 ;

Vu le décret n° 2001-630 du 16 juillet 2001 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Nicolas Polge, maître des requêtes,
- les observations de la SCP Odent, Poulet, avocat de la commune de Douai et de la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la société Electricité réseau distribution France venant aux droits de la société EDF,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Odent, Poulet, avocat de la commune de Douai et à la SCP Coutard, Munier-Apaire, avocat de la société Électricité réseau distribution France venant aux droits de la société EDF ;

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

Sur les règles applicables aux biens de la concession :

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

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

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

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

6. Considérant, en deuxième lieu, qu'à l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application des principes énoncés ci-dessus, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de

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

7. Considérant, par ailleurs, que les parties peuvent convenir d'une faculté de reprise par la personne publique, à l'expiration de la délégation ou de la concession, et moyennant un prix, des biens appartenant au délégataire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service ; que, toutefois, aucun principe ni aucune règle ne fait obstacle, s'agissant de ces biens susceptibles d'une reprise, à ce que le contrat 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 constituant des biens de retour dont font partie les sous-stations et postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique ainsi que les canalisations et branchements », les autres immeubles constituant des biens de retour « sous réserve qu'ils soient indispensables à l'exploitation constituée par l'activité de distribution » ; qu'elle n'a ainsi, par une motivation suffisante, ni méconnu les principes énoncés ci-dessus, ni inexactement qualifié de biens de retour, outre les sous-stations, les postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique et les canalisations et branchements, expressément inclus dans cette catégorie par le deuxième alinéa de l'article 22 du cahier des charges, les immeubles nécessaires au fonctionnement du service concédé à un moment quelconque de l'exécution de la convention ; qu'en écartant comme inopérantes, pour l'interprétation du cahier des charges, eu égard, expressément, à la date de celui-ci, les dispositions postérieures du décret du 15 octobre 1947 déterminant aux fins d'application de l'article 15 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 la nature des éléments d'actifs affectés à la production, au transport ou à la distribution de l'électricité et du gaz, la cour administrative d'appel, contrairement à ce que soutient la commune de Douai, a nécessairement, par une motivation suffisante, et sans erreur de droit, interprété à la date de leur conclusion les stipulations contractuelles relatives à la nature des biens de la concession ; que l'interprétation qu'elle en a faite, étant exempte de dénaturation, n'est pas susceptible d'être contestée en cassation ;

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

Sur l'arrêt en tant qu'il statue sur la demande de la commune tendant à obtenir communication de l'inventaire des ouvrages concédés :

11. Considérant qu'il résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation ; que s'agissant des concessions de distribution d'électricité ou de gaz consenties par les collectivités territoriales, l'article L. 2224-31

du code général des collectivités territoriales dispose : « [...] les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité et de gaz en application de l'article 6 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie et de l'article 36 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions. / Les autorités concédantes précitées assurent le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz. A cette fin, elles désignent un agent du contrôle distinct du gestionnaire du réseau public de distribution. / Chaque organisme de distribution d'électricité et de gaz tient à la disposition de chacune des autorités concédantes précitées dont il dépend les informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique utiles à l'exercice des compétences de celle-ci, dans les conditions prévues par les dispositions de l'article 20 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et de l'article 9 de la loi du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie. Il communique chaque année, notamment, la valeur brute, la valeur nette comptable et la valeur de remplacement des ouvrages concédés. [...] » ; qu'il résulte de ces dispositions que le concessionnaire est tenu, pour permettre à l'autorité concédante d'exercer son contrôle sur le service public concédé, de lui communiquer, à sa demande, toutes informations utiles, notamment un inventaire précis des ouvrages de la concession, avec la détermination de leur valeur brute, de leur valeur nette comptable et de leur valeur de remplacement ; que, par suite, en jugeant que la société ERDF n'était pas tenue de communiquer à la commune de Douai un inventaire des biens de la concession, la cour a commis une erreur de droit ; que, dès lors, son arrêt doit être annulé dans cette mesure ;

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

13. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions de la commune de Douai et de la société ERDF présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'arrêt du 30 juin 2010 de la cour administrative d'appel de Douai est annulé, en tant que, d'une part, il a omis de qualifier les biens autres que les sous-stations, les postes transformateurs, le matériel électrique et mécanique, les canalisations et les branchements de la concession de distribution électrique de la commune de Douai et, d'autre part, il a annulé le jugement du tribunal administratif de Lille du 6 juin 2008 en tant qu'il a enjoint à la société ERDF de fournir à la commune de Douai un inventaire des biens de cette concession.

Article 2 : Dans la limite de la cassation ainsi prononcée, l'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Douai.

Article 3 : Les conclusions de la société ERDF présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le surplus des conclusions du pourvoi de la commune de Douai est rejeté.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la commune de Douai et à la société ERDF.

Demandeur : Douai (Cne)

Composition de la juridiction : (sera publié au Lebon)

Mots clés :

CONTRAT * Délégation de service public * Exécution de la délégation de service public * Régime des biens

AJDA 2013 p.457

Biens de retour : gare aux boomerangs

Xavier Domino, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques

Aurélie Bretonneau, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques

Lorsque le visiteur vient au Palais-Royal assister à une séance de jugement et qu'après avoir emprunté l'escalier d'honneur, il entre dans la salle du contentieux, il aperçoit, au centre du mur du fond, juste au-dessus du fauteuil où siège le président de la séance, une peinture de Benjamin Ullmann, ayant pour titre *Allégorie du droit* ou *La justice*.

Cette oeuvre réalisée en 1876, soit peu après l'installation du Conseil d'Etat dans les murs, est d'une facture et d'une symbolique on ne peut plus classiques pour le genre. Une femme, vêtue d'une tunique verte et d'un péplum rouge, coiffée d'une couronne de lauriers et d'un ruban, est assise sur un trône de pierre, entourée des incontournables symboles de la justice (Tables de la loi, faisceaux, tablettes, etc.)(1).

Mais le regard du visiteur pourra aussi s'attarder un moment sur le cartouche doré surmontant la toile, sur lequel figure une inscription latine qui n'a jamais été plus appropriée que lors de l'examen de l'affaire dont il sera question dans la présente chronique : « *SUUM CUIQUE* ». L'expression, que l'on peut traduire par « A chacun ce qui lui revient », est, probablement depuis la Grèce ancienne(2), l'une des devises de la justice, et Cicéron l'a popularisée dans son *De Natura Deorum* (III, 38) en rappelant que la justice distribue à chacun ce qui lui revient (« *Justitia suum cuique distribuit* »).

« Distribuer à chacun ce qui lui revient » : tel était bien le programme de l'assemblée du contentieux au moment où, à l'occasion de la décision *Commune de Douai*, elle s'est engagée pour la première fois dans une formulation explicite et complète de la théorie des biens dits « de retour ». Et à vrai dire, la décision ne peut et ne doit se comprendre qu'avec cette devise en tête, qui a servi de fil conducteur aux solutions adoptées.

Une théorie vénérable, contestée mais confirmée

Le premier enseignement de la décision *Commune de Douai* est que la vénérable théorie des biens de retour, qu'on a dite (v. encadré Pour en savoir plus) « à l'épreuve », en voie d'« érosion », et dont certains se sont même demandés s'il ne fallait pas la « dépasser », voire « l'abandonner », est confirmée dans son existence et son principe même. La voilà qui s'affirme plus fortement que jamais, avec les honneurs de considérants de principe que le contentieux ne lui avait pas encore consacrés.

Avant que d'en venir à ces principes énoncés par l'assemblée du contentieux, il faut dire deux mots : l'un de l'« épure » de la théorie et l'autre des critiques qu'elle a inspirées.

Une théorie vénérable

Depuis qu'il a été progressivement élaboré, au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, le droit des concessions est organisé autour d'un triptyque distinguant biens de retour, biens de reprise et biens propres du concessionnaire. Il faut toutefois préciser qu'on ne touche là, avec les questions relatives à la sortie du contrat, qu'à l'un des paramètres qui définissent tous ensemble l'équilibre économique du contrat, parmi lesquels on trouve, aux côtés de la question du prix des biens, la durée des contrats, le tarif demandé aux usagers, et le montant des investissements.

Les biens de retour se distinguent essentiellement par le fait qu'ils font obligatoirement retour au concédant en fin de concession (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 685 ; CE 16 nov. 1988, *Commune d'Arcachon*, req. n° 60584, Lebon T. 823). Le concédant doit être regardé comme le propriétaire de ces biens *ab initio*, ce qui implique que c'est lui qui est imposable au titre des taxes foncières.

La seconde caractéristique essentielle des biens de retour est que ce « retour » en fin de concession se fait en principe à titre gratuit. Mais il faut présenter cette affirmation avec prudence dans la mesure où, comme on le verra, ce principe du retour gratuit n'est en réalité valable que si par ailleurs l'équilibre économique du contrat est respecté. C'est la raison pour laquelle on trouve dans la jurisprudence tant des décisions qui relèvent expressément que le retour était prévu sans indemnité (CE 9 nov. 1895, *Ville de Paris*, S. 1897. III. 142 ; CE 9 déc. 1898, *Compagnie du gaz de Castelsarrasin*, Lebon 782 ; CE 21 janv. 1906, *Ville de Briennon*, S. 1908. III. 24 ; CE 31 mars 1922, *Compagnie de l'éclairage des villes*, Lebon 304 ; CE 28 mars 1928, *Société « L'énergie électrique de la Basse-Isère »*, Lebon 457 ; CE 8 mai 1939, *Société électricité et gaz des Pyrénées*, Lebon 293) que des décisions qui passent sous silence la question d'une éventuelle mention d'une indemnité au cahier des charges (CE 28 juin 1889, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, préc. ; CE 9 mai 1891 *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, Lebon 359 ; CE 12 nov. 1897, *Société nouvelle du casino municipal de Nice*, préc.).

A l'inverse, le concessionnaire est regardé comme propriétaire des biens dits « de reprise », pour lesquels le concédant s'est seulement réservé la faculté de reprendre les biens en fin de concession, avec indemnité (CE 8 juin 1928, *Communes de Barges, Gésincourt, Cemboing et Combeaufontaine c/ Société d'intérêt collectif agricole d'électricité de Ray-Cendrecourt*, Lebon 718), ou bien gratuitement (CE 1^{er} févr. 1929, *Compagnie centrale d'énergie électrique*, Lebon 133), ou encore sans que l'absence ou la présence d'une indemnité soit mentionnée par la décision (CE 10 janv. 1938, *Compagnie industrielle maritime*, Lebon 2).

Enfin à l'autre bout du spectre, les biens propres du concédant restent en toute hypothèse sa propriété en fin de contrat.

Les contestations

Toute vénérable qu'elle soit, la théorie des biens dits « de retour » a fait l'objet de critiques récurrentes en doctrine, lesquelles se concentrent autour de la question des marges dont les parties à un contrat de concession disposent pour déroger à l'ordonnement « naturel » résultant du triptyque décrit ci-dessus, 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 derrière la question est économique et il est de première importance, puisque la reconnaissance d'éléments du droit de propriété au concessionnaire sur les ouvrages de la concession permet d'accéder à des techniques de financement plus avantageuses, impliquant, de la part du financeur, la prise de sûretés sur le bien. Comme, en outre, depuis plus d'un siècle les contraintes pesant sur les autres paramètres composant l'équilibre économique du contrat (tarifs demandé aux usagers, amortissement et durée de la convention) ne sont pas allées en décroissant et comme l'on prend trop souvent pour une contrainte indépassable le caractère gratuit du retour des biens en question, cette question a graduellement pris de l'ampleur.

Dans ses formations consultatives, le Conseil d'Etat avait semblé exclure clairement l'existence d'une quelconque marge de manoeuvre contractuelle sur le sujet. Après un premier avis annonciateur, rendu le 30 mars 1989 à propos des infrastructures ferroviaires (*Rapport annuel*, pp. 236-237), la section des travaux publics avait ainsi, par un avis rendu le 19 avril 2005 (*Rapport annuel*, pp. 197-202), adopté, à partir du cas d'une délégation du service public des remontées mécaniques, une solution générale selon laquelle : « 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 précisait 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 ».

La doctrine s'est beaucoup émue de ces avis. D'autant qu'elle a pensé y trouver, entretemps, un écho contentieux dans la décision du 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Société Sagifa* (inédite au Lebon), au bénéfice d'une lecture *a contrario* du texte, il est vrai un peu ambigu, de la décision. Une lecture qui n'avait pourtant pas lieu d'être, cette décision ne tranchant ni n'impliquant en réalité rien sur le sujet qui nous occupe, ainsi d'ailleurs que son absence totale de mention au Lebon pouvait le laisser penser.

Quoi qu'il en soit, la critique de la théorie des biens de retour ainsi formulée porte essentiellement sur deux

points : cette solution serait nuisible en raison des handicaps de financement qu'elle induit et elle serait inutile, puisque aucun principe supérieur, notamment constitutionnel, ne l'impliquerait. On notera que les objections portent essentiellement sur le statut des biens pendant l'exécution du contrat, alors qu'est tout aussi importante pour les parties la question de la liberté de convenir des conditions de retour relatives à ces biens en fin de contrat.

Une théorie confirmée

Malgré ces critiques, l'assemblée du contentieux a confirmé dans son principe l'existence de biens de retour, tout en apportant d'utiles, même si limités, assouplissements aux contraintes qui en découlent.

La confirmation ne se fait pas attendre dans la décision, puisque c'est dès son point 2 qu'on lit 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 ».

Cette affirmation générale fonctionne comme une sorte de codification de la jurisprudence, au moins sur trois points.

Elle confirme, en premier lieu, que les biens de retour, meubles ou immeubles s'identifient avant tout comme ceux qui sont nécessaires au service public. A cet égard, la décision stabilise la taxinomie en utilisant la notion de biens « nécessaires au service public », là où les précédentes décisions utilisaient parfois d'autres épithètes, au sens en réalité équivalent (v. ainsi pour une utilisation alternée des termes « nécessaires » et « indispensables », CE 29 juill. 1983, *Société anonyme « Union thermale pyrénéenne »*, req. n° 34710).

Pour ce faire, la décision reprend, en deuxième lieu, l'idée selon laquelle il convient de postuler que, dans le silence de la convention, 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 » (CE, sect., 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, Lebon 203). C'est là la raison d'être même de la théorie des biens de retour, qui repose tout entière sur l'idée selon laquelle lorsqu'elle externalise une mission de service public et lorsque la réalisation de cette mission implique la mobilisation de biens, la personne publique doit toujours disposer, en fin de contrat, de tous les éléments nécessaires pour poursuivre l'exécution du service public.

La rédaction de la décision, qui fait partir la propriété de la personne publique de la réalisation ou l'acquisition des biens, est par ailleurs en ligne avec la jurisprudence antérieure, selon laquelle c'est le concessionnaire qui est maître d'ouvrage des travaux, et non la collectivité concédante, alors même que le maître d'ouvrage est en principe celui pour lequel l'ouvrage est construit et qui en devient propriétaire dès la fin des travaux, comme l'indique *a contrario*, la décision *Sofap-Marignan* (CE 25 févr. 1994, *SA Sofap-Marignan immobilier*, req. n° 144641, Lebon ; AJDA 1994. 550, note H. Périnet-Marquet ; D. 1994. 536, note M. Lombard ; RDI 1994. 229, obs. J.-B. Auby et 240, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; RFDA 1994. 510, concl. J. Arrighi de Casanova). Les marchés de travaux conclus par le concessionnaire avec une entreprise privée sont donc en principe des contrats de droit privé, sauf dans les cas prévus par la décision *Société entreprise Peyrot* (T. confl. 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Estérel Côte-d'Azur*, req. n° 1804, Lebon). Et la taxe locale d'équipement, dont sont exclues les constructions édifiées par l'Etat, est due par le concessionnaire pour les bâtiments qu'il construit, alors même que ceux-ci sont, dès leur édification, propriété de l'Etat (CE, sect., 22 mars 1985, *Ministre de l'urbanisme et du logement c/ Société des autoroutes du Sud de la France*, req. n° 52845, Lebon 88).

Derrière cette affirmation de principe, rappelée de façon générale et à laquelle la suite de la décision apporte les tempéraments que l'on verra plus loin, on devine que le Conseil d'Etat n'a pas été entièrement convaincu par les objections et critiques rappelées ci-dessus.

S'agissant du droit constitutionnel, en premier lieu, s'il est vrai que rien n'y implique une analogie stricte entre propriété publique et besoins du service public, le Conseil d'Etat a peut-être tout de même vu dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel une forme d'indice, pour déterminer de quels côtés devaient respectivement pencher le plateau des principes, et celui des exceptions. Le Conseil constitutionnel a en effet

été conduit à rappeler que le législateur ne saurait priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics (Cons. const. 21 juill. 1994, n° 94-346 DC, AJDA 1994. 786, note G. Gondouin ; D. 1995. 347, obs. J. Pini ; RDI 1994. 427, obs. J.-B. Auby et C. Maugué ; RFDA 1994. 1106, étude C. Lavalleye ; RTD civ. 1995. 656, obs. F. Zenati). Ce qui implique que des garanties appropriées soient prévues lorsque le bien n'est plus une propriété publique (Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, AJDA 1996. 694, note O. Schrameck et Cons. const. 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, AJDA 2006. 178, étude E. Fatôme).

S'agissant, en second lieu, de la critique stigmatisant l'entrave que cette théorie des biens de retour représente pour le recours à des techniques de financement complexe, le Conseil d'Etat a probablement jugé que les nombreuses interventions du législateur avaient progressivement résorbé le problème. Depuis 1988, ont en effet été consacrées la possibilité de délivrer des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels conférant à leur titulaire, pour la durée de l'autorisation, les prérogatives et obligations du propriétaire et susceptibles d'être hypothéqués ; la possibilité de conclure des contrats de crédit-bail pour la réalisation d'ouvrages sur le domaine public ou encore de conclure des baux emphytéotiques administratifs sur le domaine public ou privé des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (art. L. 2122-6 à L. 2122-14 du CGPPP pour l'Etat et, en ce qui concerne les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, art. L. 1311-2 à L. 1311-8 du CGCT). On peut en outre noter que l'ordonnance du 17 juin 2004 a précisé que les contrats de partenariat qu'elle instituait valaient autorisation d'occupation du domaine public, avec possibilité de constitution de droits réels, sauf stipulation contraire.

Pour autant, la décision témoigne du souci de préciser quelles sont exactement les marges de manoeuvre dont disposent les parties pour les deux grandes questions qui les intéressent : celle de l'exécution du contrat, d'une part et celle de sa fin, d'autre part.

Avant le retour : le régime des biens pendant l'exécution du contrat

La décision *Commune de Douai* se fait l'écho des principes et des évolutions législatives décrits ci-dessus puisque son point 3 énonce :

- 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 (CGPPP) ou aux articles L. 1311-2 à L. 1311-8 du code général des collectivités territoriales (CGCT) et à condition que la nature et l'usage des droits consentis ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public.

Le Conseil d'Etat rappelle ainsi l'existence du lien entre propriété foncière de la personne publique, d'une part, et propriété publique des biens nécessaires au fonctionnement du service public, d'autre part. Mais pour souligner immédiatement après que les dérogations ou les tempéraments apportés à ce principe par le législateur existent : en somme, l'énoncé du principe n'est complet qu'avec la mention de ses exceptions, qui confèrent à l'ensemble l'équilibre et le réalisme nécessaires.

La décision aborde ensuite un point plus délicat, relatif à la propriété des biens qui sont nécessaires au service public, mais qui ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique. Cette configuration recouvre diverses hypothèses : soit les ouvrages concernés sont installés sur des propriétés privées n'appartenant pas au délégataire, au moyen de servitudes par exemple, soit ce dernier acquiert un terrain pour installer les ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, soit enfin, il les implante sur un terrain qu'il possédait déjà. Dans tous ces cas, la décision précise que, sous réserve de prévoir des garanties propres à assurer la continuité du service public, le contrat « peut attribuer » au délégataire ou concessionnaire la propriété des ouvrages en question, ou des droits réels sur ces biens.

Ces motifs appellent trois commentaires.

En premier lieu, si la décision pose une sorte de présomption de propriété des biens en faveur de la personne

publique, on voit que les parties peuvent en convenir autrement : jamais la jurisprudence n'avait aussi explicitement consacré un tel assouplissement. Ce dernier concerne seulement l'exécution du contrat et non la sortie, mais il est essentiel au regard des objections formulées ci-dessus. Deux blocs se dessinent ainsi : celui qui concerne les terrains dont la personne publique est propriétaire, où seuls les aménagements prévus par le législateur peuvent venir tempérer le principe de la personne publique propriétaire des biens nécessaires au service public ; et celui qui concerne les terrains dont une personne publique n'est pas propriétaire, pour lequel le Conseil d'Etat reconnaît une grande liberté contractuelle, dans le respect des exigences constitutionnelles relatives au service public.

En deuxième lieu, la ligne de démarcation dessinée par la décision entre ces deux blocs est la propriété, publique ou privée, des terrains qui sont le « fonds » sur lequel l'ouvrage ou les biens sont implantés. On peut noter à cet égard que l'assemblée du contentieux n'a pas été jusqu'à épouser complètement la thèse du rapporteur public, qui estimait possible d'interpréter les dispositions de l'article L. 2111-1 du CGPPP, selon lesquelles « le domaine public d'une personne publique [...] 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 » comme n'excluant pas que soit implanté sur un terrain relevant du domaine privé d'une collectivité un ouvrage nécessaire au fonctionnement d'un service public, édifié par une personne privée qui en conserverait la propriété durant la concession, alors même que cet ouvrage serait nécessaire au service public. Elle a préféré une interprétation plus englobante de la notion de domaine public et, partant, a fait basculer dans le premier bloc, celui de la dérogation limitée décidée par le législateur, les biens construits sur un terrain appartenant initialement au domaine privé d'une personne publique.

Enfin, en troisième lieu, il résulte de la décision que même au sein du « second bloc » identifié, celui où une plus grande liberté contractuelle est reconnue aux parties, en l'absence de toute stipulation contraire, c'est la personne publique qui sera propriétaire des biens. Ce qui, dans l'hypothèse d'un bien édifié sur un terrain appartenant au délégataire, induirait une sorte de dissociation de la propriété du fonds et de l'ouvrage qui n'aurait rien d'évident à démêler. Il nous semble à cet égard préférable que les parties conviennent ensemble de la façon dont elles entendent régler le sort de ces biens, ou les modalités accompagnant cette configuration particulière.

Ainsi, pour ce qui concerne la période d'exécution du contrat, le Conseil d'Etat a, nous semble-t-il, ouvert autant qu'il lui a paru possible le champ des voies et moyens à disposition des parties pour déjouer les inconvénients du régime des biens de retour dont il a, par ailleurs, et par là même, réaffirmé et raffermi la légitimité.

Quand sonne l'heure du retour

La deuxième grande question abordée par la décision est celle... du retour des biens de retour, qui est au moins aussi lourde d'enjeux, financiers et juridiques, que la première. Et sur ce point, la décision du Conseil d'Etat peut, après une lecture un peu rapide, faire craindre des effets boomerangs. Nous croyons pouvoir dire que ces craintes n'ont pas lieu d'être et allons donc tenter d'expliquer pourquoi.

La décision commence, à son point 6, par décrire le principe du retour obligatoire des biens nécessaires au service public. Elle pose ainsi le principe selon lequel « à l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés 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 ».

L'énoncé de ce principe est assorti de deux précisions et il appelle surtout un commentaire sur ce qu'il laisse dans l'ombre.

A propos des deux précisions, on n'ose écrire qu'elles vont sans dire, tant on va voir plus loin que sur ces sujets délicats et à lourd enjeu financier, les choses vont mieux en le disant, mais on peut en tous cas affirmer qu'elles ne sont guère surprenantes.

La première tient à ce que le principe ainsi énoncé vaut sous réserve des clauses qui permettent à la personne publique, dans les conditions stipulées, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. C'est la conséquence d'une jurisprudence déjà établie, mais d'application peu fréquente, selon laquelle les parties peuvent prévoir la destruction, le cas échéant aux frais du concessionnaire, de biens pourtant identifiés comme étant biens de retour (CE 5 mai 1958, *Secrétaire d'Etat aux*

finances et aux affaires économiques).

La deuxième précision concerne les hypothèses dans lesquelles les parties avaient prévu que, en cours d'exécution, le délégataire ou concessionnaire aurait, 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. Une telle circonstance, indique la décision, ne peut faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de délégation. Exécution et fin du contrat sont deux facettes bien distinctes du régime des biens de retour et il n'y a pas d'effet de contamination des dérogations apportées dans l'une aux règles régissant l'autre.

Surtout, le commentaire concerne un point sur lequel la décision n'apporte qu'une lumière tamisée : le principe de la gratuité du retour qu'elle pose ne vaut en effet, ainsi qu'il est expressément écrit, que pour les biens qui ont été amortis au cours de l'exécution du contrat. Ce principe de la gratuité connaît donc des exceptions dans deux hypothèses. La première hypothèse est celle dans laquelle la convention est résiliée en cours d'exécution, avant que les biens ne soient tous amortis. La seconde est celle dans laquelle les parties conviennent ensemble d'une durée d'exécution de la délégation ou de la concession inférieure à la durée d'amortissement des biens, avec en fin de contrat une indemnisation de la part non amortie des biens. La faculté des parties de recourir à une telle formule a récemment été confirmée, dans une décision *Communauté d'agglomération de Chartres métropole* (CE 4 juill. 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres métropole [CACM], Veolia eau - Compagnie générale des eaux*, req. n° 352417, Lebon T. ; AJDA 2012. 1376) et elle n'est nullement remise en cause par la décision *Commune de Douai*, ainsi que le fait comprendre la lecture des conclusions ou celle du fichage de la décision. Sur ce point donc, il n'y pas d'entrechoc des jurisprudences, pas d'effet boomerang à craindre : *Commune de Douai* ne percuté en aucune façon *Communauté d'agglomération de Chartres métropole*.

Cette précision est évidemment de toute première importance. Et à vrai dire, elle est la clé d'une seconde précision qui vaut pour la lecture de la suite de la décision : celle-ci doit être lue comme énonçant des règles et des principes concernant l'hypothèse qu'on qualifiera de « normale », dans laquelle, initialement, les parties avaient prévu la gratuité du retour des biens de retour. Pour autant, elle ne constitue en aucune manière une remise en cause de l'hypothèse *Communauté d'agglomération de Chartres métropole*, d'une indemnisation de la part non amortie de ces biens.

Le dernier considérant de principe important de la décision est celui qu'on trouve au point 8. On lit d'abord 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 ». On trouve là bien sûr, décliné à la question des biens, un succédané classique du droit du cocontractant au maintien de l'équilibre économique du contrat qu'il a signé avec la personne publique : la part non amortie des biens et qui aurait dû l'être en cours de contrat doit donc être indemnisée (v. pour des précédents, CE 20 mars 1957, *Société des établissements thermaux, hôtels, casino et grottes d'Ussat-les-Bains*, Lebon 182 ; CE 5 juill. 1967, *Commune de Donville-les-Bains c/ Société générale technique*, req. n° 60931, Lebon 297 ; CE 31 juill. 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, req. n° 126594, Lebon 33 ; AJDA 1996. 788).

Viennent ensuite les questions de montant de cette indemnisation qu'alors même qu'elle n'y était pas tenue pour régler le litige qui lui était soumis, l'assemblée du contentieux a abordées.

La première hypothèse est assez paisible : lorsque l'amortissement des biens avait été calculé sur la base d'une durée d'utilisation (qui est la référence de l'amortissement comptable ou industriel) inférieure à la durée du contrat, l'indemnité due est, nous dit la décision, égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan : c'est-à-dire à sa part non amortie. Le recours à la valeur nette comptable est couramment admis comme la bonne référence à prendre en compte pour l'indemnisation de cette perte (v. not., Ph. S. Hansen, *Calculer la durée d'amortissement des biens réalisés*, *Contrats publics* nov. 2011, pp. 43-45), le manque à gagner étant également indemnisable par ailleurs.

Moins évidente est l'hypothèse dans laquelle la durée d'utilisation des biens était supérieure à la durée du contrat : la décision précise alors en effet que « l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat ». Cette formule un peu mystérieuse à première lecture appelle quelques précisions. D'abord, quant à sa portée : elle vise en réalité à indiquer que l'indemnisation est égale à la valeur nette comptable qui résulte de la pratique d'amortissements de caducité. De tels

amortissements, qui permettent d'accélérer l'amortissement d'un bien sur la durée du contrat, sont habituellement pratiqués lorsque deux conditions sont réunies : durée d'amortissement comptable supérieure à celle de la convention et retour gratuit des biens au terme du contrat. Le principe ainsi énoncé par le Conseil d'Etat ne devrait pas heurter les concessionnaires, rompus à cette logique. Il faut cependant noter que ce principe conduit à pénaliser ceux des concessionnaires et délégataires qui, tout en ayant prévu un retour gratuit des biens de l'exploitation en fin de contrat, n'ont pas pratiqué d'amortissement de caducité, qui permet un amortissement plus rapide. A vrai dire, sauf bizarrerie, une telle configuration ne répond à aucune rationalité et il est assez normal que la personne publique, et donc *in fine* les usagers sur lesquels ce surcoût serait répercuté, n'en payent pas le prix. Peut-être une telle configuration pourrait-elle se rencontrer si, en réalité, le cocontractant de l'administration avait pris en compte, pour le calcul de son amortissement, une clause de tacite reconduction alors même qu'une telle clause est illégale (CE 29 nov. 2000, *Commune de Païta*, req. n° 205143, Lebon 573 ; AJDA 2001. 101 et 219, étude L. Richer ; RDI 2001. 156, obs. F. Llorens ; RTD com. 2001. 417, obs. G. Orsoni ; CE 23 mai 2011, *Département de Guyane*, req. n° 314715, Lebon T. 1005-1025 ; AJDA 2011. 1109 et 1564, note S. Ziani). Dans une telle hypothèse, une indemnité au titre de la faute à avoir conclu une telle clause pourrait être envisagée, mais les torts des parties seraient à évaluer et ils seraient sûrement partagés. Dernière précision, le principe d'un amortissement « sur la durée de la convention » énoncé par la décision ne vaut, nous semble-t-il, pour les nouveaux investissements réalisés en cours de contrat, qu'à partir de la date de réalisation des ouvrages et non à compter du début de la convention.

Enfin, dans une formule peut-être excessivement catégorique, la décision précise : « 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 ». C'est évidemment la seconde partie de la phrase qui mérite des explications.

Il faut, en premier lieu, dissiper d'éventuels malentendus quant au champ d'application de la règle de plafonnement de l'indemnisation à la valeur nette comptable qu'elle énonce. L'emploi de la formule « en toute hypothèse » est à cet égard trompeur et même doublement trompeur.

Premier malentendu à prévenir : ce principe de plafonnement ne vaut que pour l'indemnisation due au titre du retour anticipé des biens à titre gratuit à la personne publique. Il n'est pas exclusif d'autres indemnités qui seraient dues au cocontractant. C'est d'ailleurs l'ensemble du point 8 de la décision qui doit être ainsi lu comme ne concernant que l'indemnisation au titre des biens de retour, et non pas l'indemnisation totale du cocontractant.

Second malentendu à dissiper : ce plafonnement ne saurait concerner toutes les concessions ou délégations de service public. Comme on l'a dit, la décision *Commune de Douai* énonce des principes qui ne valent, en tant que tels, que pour l'hypothèse « normale » d'un retour gratuit des biens en fin de contrat. Dans une telle hypothèse, la règle énoncée ne surprend guère : soit la durée d'amortissement des biens était en tout état de cause inférieure à la durée de la convention, soit elle était supérieure, mais la pratique d'amortissements de caducité a permis au délégataire ou concessionnaire d'intégrer économiquement le caractère gratuit du retour des biens. Mais il est évident que la règle ainsi énoncée ne vaut pas et ne saurait valoir pour les cas où les parties ont fait usage de la faculté *Communauté d'agglomération de Chartres métropole*, c'est-à-dire pour les cas où une indemnisation de la part non amortie des biens était prévue en fin normale de contrat, en contrepartie soit d'une durée moins longue, soit de tarifs « maîtrisés », et sans amortissement de caducité. Dans une telle hypothèse, il faudrait en effet ajouter à l'indemnisation à la valeur nette comptable l'indemnité contractuellement prévue, faute de quoi les concédants seraient mis dans une situation où ils auraient un intérêt systématique à résilier la convention en cours d'exécution pour obtenir une ristourne sur le coût qu'ils auraient normalement dû supporter en fin de contrat. Ce n'est évidemment ni l'objet ni l'effet de la décision *Commune de Douai* qui, ainsi qu'on l'a dit, doit être lue comme énonçant les règles valant pour les hypothèses de retour gratuit : elle ne s'applique pas aux cas où une indemnité de sortie est prévue, et elle implique au contraire une solution différente, qui trouve son inspiration à la même source : équité et respect de l'équilibre économique du contrat.

Mais, même une fois ce périmètre bien compris, force est de constater que ce plafonnement de principe posé par la décision *Commune de Douai* peut apparaître comme un resserrement de la jurisprudence. A notre avis, la décision d'assemblée dissipe plutôt un mirage. Ce mirage est né avec la décision *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* (CE 4 mai 2011, req. n° 334280, Lebon ; AJDA 2011. 929 ; RDI 2011. 396, obs. S. Braconnier) qui, après avoir rappelé que l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, rappelle que « l'étendue et les modalités de l'indemnisation du concessionnaire peuvent être

déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ». En reprenant, sûrement pour lui faire écho, la formulation d'un arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles (CAA Versailles, plén., 7 mars 2006, *Commune de Draveil*, req. n° 04VE01381, Lebon 592 ; AJDA 2006. 1044, concl. P. Bresse), le Conseil d'Etat, nous semble, dans cette décision, avoir involontairement introduit une ambiguïté. Contrairement à ce que sa rédaction maladroite laisse penser, la décision *CCI de Nîmes* ne consacre pas un espace de liberté pour les parties qui permettrait, sous réserve de ne pas tomber dans la disproportion manifeste, de prévoir une indemnité excédant le préjudice du cocontractant. La décision reste tout entière sous l'égide de la décision *Mergui* (CE 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, req. n° 79962, Lebon 235), ainsi d'ailleurs que le fait bien comprendre la lecture des conclusions du rapporteur public. Ce que la décision signale simplement, c'est que ce principe du plafonnement de l'indemnisation du cocontractant à hauteur de son préjudice fait l'objet par le juge d'un contrôle restreint. La décision, qui concernait le problème inverse de savoir si un contrat public pouvait prévoir une indemnisation du cocontractant inférieure à son préjudice, aurait donc pu être rédigée de façon un peu différente. Mais toujours est-il qu'une fois ce mirage dissipé, le principe du plafonnement de l'indemnisation à la valeur nette comptable énoncé par la décision *Commune de Douai*, dès lors qu'on le cantonne au périmètre tracé ci-dessus, est en ligne avec la jurisprudence, qui s'attache à éviter qu'une personne publique consente la moindre libéralité. L'équilibre du contrat, c'est et cela reste la couverture totale des charges supportées par le cocontractant et une rémunération raisonnable, rien de plus.

Coup d'oeil sur un autre apport de la décision : à propos du contrôle et de l'inventaire des biens

Enfin, si cette chronique a pris délibérément le parti de s'en tenir aux pures questions de principe tranchées dans la décision *Commune de Douai* sans entrer dans les détails de son espèce, elle ne saurait éclairer complètement le lecteur sur cette décision sans mentionner un autre point de principe tranché par la décision. Il concerne la problématique du contrôle du concédant ou du délégant sur son cocontractant.

L'assemblée du contentieux n'est pas allée jusqu'à consacrer l'existence d'un pouvoir général de contrôle de l'administration que la doctrine voit parfois exister même sans texte. Elle a sûrement été arrêtée par le caractère protéiforme que revêtirait un tel pouvoir, lequel comporterait certaines prérogatives pour l'existence desquelles la jurisprudence exige un texte.

Mais elle a tout de même jugé qu'il résulte des principes mêmes de la délégation de service public que « le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation ». En toute logique, puisque les biens de la concession ou de la délégation intéressent les personnes publiques qui peuvent être conduites soit à les récupérer soit à les racheter en fin de contrat, il importe de les informer sur ces biens pendant la convention.

De façon intéressante, le Conseil d'Etat juge ensuite que cette obligation générale est déclinée de façon opérationnelle et précise par les dispositions propres à chaque type de contrat. En l'espèce, il s'agissait des dispositions de l'article L. 2224-31 du CGCT, dont le Conseil d'Etat a déduit que le concessionnaire était tenu de communiquer au concédant, si ce dernier le demandait, toutes informations utiles, notamment un inventaire précis des ouvrages de la concession, avec la détermination de leur valeur brute, de leur valeur nette comptable et de leur valeur de remplacement.

En consacrant ainsi les obligations d'information du concédant, qui sont le corollaire du pouvoir de contrôle de l'administration au moins sur les biens, la décision du Conseil d'Etat implique nécessairement que les concessionnaires ou délégataires tiennent des comptes diligents et séparés, concession par concession, ou délégation par délégation, ce qui ne semble pas toujours être la pratique, mais qui est pleinement justifié eu égard aux principes et aux règles que nous venons d'évoquer au fil de ces trop longues pages.

En définitive, on le voit, la décision *Commune de Douai*, tout en apportant d'utiles assouplissements au régime des biens de retour en cours d'exécution du contrat, ne doit pas être lue comme aboutissant à des solutions inévitables pour les cocontractants en fin de contrat. C'est bien de son début jusqu'à sa fin qu'elle se place sous l'égide de la devise « *SUJUM CUIQUE* » que nous évoquions pour commencer, et qu'il convient toujours de garder en tête, enserrée dans son cartouche doré, comme une lueur qui nous guide lorsque l'on se perd dans les ombres portées des considérants de principe qui visent les sommets.

Pour en savoir plus

F. Llorens et P. Soler-Couteaux, La théorie des biens de retour à l'épreuve de la loi, Contrats Marchés publ. 2012. Repère 4.

G. Mollion, Vers l'érosion de la théorie des biens de retour ?, AJDA 2011. 363.

B. Neveu, Dépasser la théorie des biens de retour, Contrats publics nov. 2011, n° 115.

E. Fatôme et P. Terneyre, *Faut-il abandonner la théorie des biens de retour dans les délégations de service public ?*, Contrats et propriété publics, Débats et Colloques, LexisNexis, 2011, pp. 217 et s.

CE 21 avr. 1997, *Ministre du budget c/ Société Sagifa*, req. n° 147602, RFDA 1997. 935, note E. Fatôme et P. Terneyre ; JCP N 2007, n° 1190, note E. Pource.

Mots clés :

CONTRAT * Délégation de service public * Exécution de la délégation de service public * Régime des biens

(1) Pour une description complète, on pourra consulter l'ouvrage de Marc Sanson, *Le Conseil d'Etat au Palais-Royal*, Ed. du Patrimoine, 2006.

(2) Il faut aussi rappeler qu'elle a connu le plus funeste des détournements en étant inscrite sur la grille d'entrée du camp de Buchenwald.

Copyright 2020 - Dalloz – Tous droits réservés