



## La classification des biens dans les délégations de service public.

Mémoire pour le Master 2 professionnel de droit des contrats publics  
présenté par Clément VO-DINH

Sous la direction de  
Mademoiselle le professeur Carine ROUSSEL  
et de  
Monsieur Olivier OCCHIPINTI

Année universitaire 2010/2011

*« Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis ».*

## **Remerciements :**

Je tiens à remercier sincèrement :

- M. Olivier OCCHIPINTI pour sa disponibilité et son suivi dans l'élaboration de ce mémoire malgré les impératifs qui lui incombent.
- Mme Khanh-Minh VU pour avoir pris le temps de répondre à mes nombreuses questions ainsi que pour l'aide et l'intérêt portés à l'égard de ce mémoire.
- Ma famille pour le soutien et la patience dont elle a fait preuve au quotidien.

## **Abréviations courantes :**

**ACCP** : Actualité des contrats et de la commande publique.

**AJDA** : Actualité juridique de droit administratif.

**al.** : Alinéa.

**art.** : Article.

**ass. plén.** : Assemblée plénière.

**BJCP** : Bulletin juridique des contrats publics.

**C. dom. Ét.** : Code du domaine de l'État.

**CGCT** : Code général des collectivités territoriales.

**CG3P** : Code général de la propriété des personnes publiques.

**concl.** : Conclusion.

**Cons. const.** : Conseil constitutionnel.

**CE** : Conseil d'État.

**Contrats marchés publ.** : Contrats et marchés publics.

**CAA** : Cour administrative d'appel.

**D.** : Dalloz (recueil).

**J.-CL.** : Juris-Classeur (Encyclopédies).

**JCP** : Juris-Classeur périodique.

**Jurispr.** : Jurisprudence.

**LPA** : Les Petites Affiches.

**RDP** : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.

**rec.** (ou **Lebon**) : Recueil Lebon.

**RFDA** : Revue française de droit administratif.

**S.** : Recueil Sirey.

**TA** : Tribunal administratif.

**T. confl.** : Tribunal des conflits.

## Sommaire :

Introduction.....	6
Partie 1 : Les fondements et principes de la classification, garantie de l'existence du service public.....	11
Chapitre 1 : Les fondements de la distinction des biens dans les délégations de service public.....	11
Chapitre 2 : La place de la volonté des parties au contrat dans la détermination des biens sous le contrôle du juge.....	25
Partie 2 : Les difficultés pratiques de la détermination des biens de la concession de service public.....	39
Chapitre 1 : Les exigences posées par le service public, obstacle à la catégorisation des biens.....	39
Chapitre 2 : Le classement des biens face aux règles protectrices de la domanialité publique.....	52
Conclusion.....	68

## **Introduction.**

La convention de délégation de service public est l'ensemble des « *contrats par lesquels une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat d'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* »<sup>1</sup>.

Au regard de cette définition, plusieurs questions ont pu être soulevées par la doctrine ou les juridictions. Ainsi, une grande partie des problématiques ont pu concerner la distinction entre marchés publics et délégations de service public<sup>2</sup>, ce qui peut s'expliquer par l'enjeu procédural et économique d'une telle distinction. En effet, alors que les marchés publics sont soumis aux règles strictes du code des marchés publics, les délégations de service public peuvent se conclure plus librement bien que devant respecter les grands principes de la commande publique. D'autre part, la rémunération en marché public est un prix, alors qu'en délégation de service public il s'agit d'une rémunération basée sur les risques et résultats de l'exploitation du service. Une autre question a pu faire l'objet de débats, au sujet de la rémunération du cocontractant dans la délégation de service public, qui est qualifiée de redevance pour service rendu. L'enjeu économique y est important, l'appréhension d'une telle notion permettant d'englober ou non certaines dépenses dans la définition de la dite redevance.

Cependant, un sujet a le mérite d'attirer l'attention mais n'a pourtant pas fait l'objet d'autant de littérature, il s'agit des biens des délégations de service public. Ce sujet a bénéficié d'un regain d'intérêt du fait de l'arrivée à terme de certaines délégations de service public. C'est notamment l'exemple des remontées mécaniques dont la moitié des contrats vont arriver à échéance dans les dix prochaines années<sup>3</sup>. De même, l'attrait pour ce sujet peut aussi s'expliquer par le désir des

---

1 Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite *loi MURCEF* insérant un alinéa supplémentaire à la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite *loi Sapin*. Définition codifiée à l'article L.1411-1 du CGCT.

2 CE 15 avril 1996 *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, rec. p.274, ; *RFDA* 1996, p. 751, concl. Ch. CHANTEPY, p.718, note Ph. TERNEYRE ; *AJDA* 1996, p. 729, chron. jurispr. D. CHAUVVAUX et T. -X. GIRARDOT ; *JCP E* 1997, II, n° 929. CE 30 juin 1999 *SMITOM*, *AJDA* 1999, concl. C. BERGEAL, p. 714.

3 « <http://www.domaines-skiables.fr/downloads/uploads/AssisesStations-RecommandationsauxElus29avril2011%281%29.pdf> ».

collectivités délégantes de mieux maîtriser et contrôler l'exploitation de ces services publics qu'elles avaient pu délaissier du fait de leur insuffisance technique et professionnelle lors de la décentralisation.

Or de la détermination de ces biens vont découler des conséquences pratiques qui ne sont pas à ignorer pour les parties au contrat. A titre d'exemple, il apparaît que la durée de la convention de délégation de service public dépendra notamment des investissements faits par le cocontractant pour construire les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service. De la même manière, la rémunération en cours d'exécution ou l'indemnisation du cocontractant à la fin du contrat sont liés à cette définition des biens. Une autre conséquence non négligeable qu'il convient de soulever touche la constitution de droits réels et le régime de propriété qui est attaché aux biens de la délégation de service public. Ainsi, selon le type de bien, le cocontractant disposera de certaines prérogatives plus ou moins étendues.

D'un point de vue historique la délégation de service public est un procédé contractuel qui a fait ses preuves. L'objectif triple étant de faire exploiter rationnellement le domaine utile par un tiers pour tirer profit du domaine public au sens large ; de mettre en valeur le domaine éminent par un tiers pour enrichir la collectivité ; d'autoriser, d'organiser et contracter avec un tiers la création d'infrastructures ou de services dans un but d'utilité générale<sup>4</sup>. Pour que les parties au contrat y trouvent leur compte, les montages contractuels ont dû prévoir des contreparties, qui ont évolué au cours du temps.

Des délégations de service public ont ainsi pu être prises dès le Moyen-Âge, où le roi concédait l'attribution d'un fief sur lequel les seigneurs avaient le pouvoir et le devoir de percevoir les droits de péages. La contrepartie ici consistait en l'obtention d'un droit de propriété, en l'espèce le fief. Tel que le rappelle X. Bezançon<sup>5</sup> : « *Le patrimoine du Roi n'est pas le seul en jeu. Le bien public l'est aussi et de multiples intérêts et contrats, entre personnes privées et publiques, vont résulter de ces contrats royaux.* ». Ainsi, le domaine sur lequel est implanté le bien fait l'objet de négociations, mais il ressort aussi que le bien lui-même revêt de l'importance. Cependant, les grandes théories tournant autour de la délégation de service public ne sont encore qu'une ébauche du régime connu actuellement. D'autre part, les délégations de cette période sont pour la plupart concédées

---

4 X. BEZANCON, Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France, *RFDA* 1997, annexe spéciale, p. 15.

5 X. BEZANCON, Essai sur les contrats de travaux et services publics, *LGDJ* 2001, Bibliothèque de droit public, p. 27.

unilatéralement et non par la voie contractuelle.

Dès les XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles la délégation de service public présente deux objets que sont l'obtention d'une recette ou de prestations à objet unique et de courte durée au profit de l'État, et d'obliger un tiers délégataire à atteindre un résultat de travaux ou de prestations de longue durée, offerts au public ou à l'État, et comportant des investissements dans un délai donné, en proposant en contrepartie un droit domanial, un monopole d'exploitation ou encore des protections diverses pour aider la réussite du contrat. On peut ainsi reconnaître une certaine forme de contractualisme, dans le sens où le cocontractant s'engage à fournir une prestation en échange de laquelle il obtiendra rémunération. Il convient de noter qu'auparavant il était possible pour le concessionnaire cocontractant d'obtenir des faveurs relativement importantes telles qu'un droit de propriété sur les biens servant à l'exploitation, se situant même pour la majorité d'entre eux sur le domaine du roi, ou de l'État. Cependant, suite à la Révolution française de 1789, va apparaître la dichotomie entre la propriété privée et la propriété publique dont la qualification dépendra de la personne propriétaire et de la nature des biens concernés. Il s'agit d'une ébauche de la distinction faite entre les notions de propriété des personnes privées et les règles de la domanialité publique. Or actuellement l'appropriation d'un bien situé sur le domaine public fait débat, d'où l'intérêt de définir la classification à donner aux différents biens qui composent la délégation de service public.

C'est à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle que la délégation de service public connaît un véritable succès. Elle prendra la forme le plus souvent de concession de travaux et services publics et permettra à l'État de se doter d'infrastructures dans le domaine des chemins de fer, mais aussi de réseaux de distribution d'eau ou encore d'électricité. L'idée était de permettre à l'Administration de se doter des moyens d'exploiter un service public sans qu'elle ait besoin de les financer personnellement, les structures nécessaires à l'exploitation étant très coûteuses. Ainsi à l'origine, dans les concessions de chemins de fer, en contrepartie des investissements faits, les concessionnaires étaient considérés comme propriétaires des lignes. Mais le Conseil d'État est venu modifier cette approche par deux arrêts de 1851<sup>6</sup>. Le juge administratif va en effet considérer que les compagnies ne disposent que d'un droit d'usage d'une durée limitée sur le domaine public. Ceci peut notamment s'expliquer par la nécessité de préserver la continuité du service offert au public. On peut y reconnaître une esquisse du débat actuel qui se pose pour la classification des biens.

---

6 CE 8 février 1851 *Compagnie du chemin de fer du Centre*, rec. p. 99 et CE 8 février 1851 *Compagnie du chemin de fer de Tours à Nantes*, rec. p.104.

Bien qu'il s'agisse d'un procédé contractuel daté, la délégation de service public demeure d'actualité. De telles conventions sont encore régulièrement passées, et cela dans des secteurs clés. Pour exemple, la plupart des réseaux de transports tels que les autoroutes, font l'objet de concessions de service public. De même, la plupart des services de distribution d'eau sont gérés par des contrats de concession de service public ou encore d'affermage.

On retrouve dans ces montages contractuels une logique qui se traduit par la recherche d'investissements privés pour permettre la construction de biens qui participeront à l'exécution d'un service public, ces biens revenant au concédant en fin de contrat.

De ce régime des biens vont découler certaines conséquences portant sur les droits et les obligations qu'ont les parties au contrat. Le problème étant qu'il est indispensable de faire appel à des concessionnaires ayant les moyens financiers de construire, entretenir et exploiter les structures nécessaires au service public. Activité de service public ne signifie pas absence de secteur concurrentiel pour autant<sup>7</sup>. Pour ne citer que cet exemple, les concessions de service public dans le domaine des remontées mécaniques se trouvent dans un environnement concurrentiel. Les collectivités territoriales disposant de telles infrastructures sont en concurrence les unes par rapport aux autres. Elles sont même en concurrence avec les stations de sport d'hiver étrangères. Or les collectivités n'ont pas toujours le budget pour maintenir une qualité de service permettant de faire face à cette concurrence. Il convient dès lors en contrepartie des financements apportés, de laisser une marge de manœuvre au concessionnaire dans l'exploitation du service. Mais la construction d'infrastructures ayant trait à l'exploitation d'un service public, il convient de limiter les prérogatives dont pourrait être doté le cocontractant. Il faut avant tout assurer la continuité du service, la fin du contrat ne signifiant pas la fin de l'activité.

Une autre difficulté est à rappeler et tient au fait que les divers textes régissant le droit des délégations de service public sont peu à traiter de la question du régime des biens qui y sont rattachés. Cependant, la doctrine et la jurisprudence ont tenté d'apporter une solution, et cela dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Le Conseil d'État va ainsi établir les prémices de la catégorisation entre biens de retour, biens de reprises et biens propres<sup>8</sup>, définition qui sera réitérée et précisée de manière ponctuelle jusqu'aujourd'hui.

---

7 Cour des comptes, *La gestion du domaine skiable en Rhône-Alpes*, rapport annuel 2011 – février 2011.

8 CE, 9 décembre 1898, *Compagnie du Gaz de Castelsarrasin* : S. 1901, III, p. 40., rec. p. 782.

Ce sujet évoquant une multitude de problématiques touchant à des aspects divers et variés, toutes ne pourront être étudiées. Le choix a donc été pris de ne pas traiter les aspects comptables et fiscaux que le sujet soulève bien que leur intérêt soit indéniable. Les développements concerneront donc les exigences qui s'imposent aux parties, qui bien que protectrices peuvent représenter un frein à la voie contractuelle qu'auraient choisi les parties.

Par conséquent, il semblera intéressant d'évoquer les principes directeurs s'appliquant aux parties à la concession de service public dans la détermination des biens (*Partie 1*), avant d'envisager les difficultés pratiques auxquelles elles peuvent être confrontées du fait de ces règles applicables (*Partie 2*).

## **Partie 1 : Les fondements et principes de la classification, garantie de l'existence du service public**

La classification des biens des délégations de service public bien que nécessaire, n'est pas pour autant aisée à mettre en place. En effet, il convient pour les parties de prendre en compte un certain nombre d'obligations découlant du contrat (*Chapitre 1*) qui ne cohabitent que difficilement avec la liberté contractuelle des parties (*Chapitre 2*).

### **Chapitre 1 : Les fondements de la distinction des biens dans les délégations de service public**

Les enjeux qui conduisent les parties à classer sous différentes catégories les biens d'une délégation de service public ne peuvent se comprendre qu'après étude du champ d'application et des principes qui dirigent un tel montage contractuel. Ainsi, il est nécessaire d'envisager ce qu'implique les principes régissant le service public (*Section 1*), avant de voir les règles régissant la propriété publique et au-delà la protection des deniers publics (*Section 2*).

#### **Section 1 : L'association d'une personne privée à la constitution et à l'exploitation d'un service public dans la concession de service public.**

La distinction des biens dans les délégations de service public est un mécanisme qui est propre à la logique concessive (§1). Dans ce montage contractuel, le service public tient un rôle primordial et va permettre d'établir les limites à la distinction (§2).

##### **§1. Les spécificités de la concession au sein des délégations de service public, cadre de la distinction des biens.**

La définition de la délégation de service public telle qu'énoncée par la loi Sapin et la loi

MURCEF est relativement générale. Elle n'évoque que les conditions nécessaires à la qualification d'un contrat en délégation de service public. Or la jurisprudence de son côté a établi une distinction entre plusieurs formes de conventions. Il a été consacré trois modes distincts : la concession de service public, l'affermage et la régie intéressée.

Ainsi, le Commissaire du gouvernement (aujourd'hui rapporteur public) Chardenet a pu donner une définition de la concession de service public. C'est « *un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subventions, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public* »<sup>9</sup>.

A la différence, l'affermage est « *le contrat par lequel une collectivité publique confie l'exploitation d'un ouvrage public ou d'un service public, au moyen de biens ou équipements qui lui sont fournis, à charge pour le cocontractant de se rémunérer auprès des usagers* »<sup>10</sup>.

La régie intéressée quant à elle est le contrat par lequel un régisseur assure, pour le compte d'une collectivité publique, la gestion et l'entretien d'un service public en contrepartie d'une rémunération versée par l'Administration et non par les usagers du service, mais dont le montant est fonction des résultats de l'exploitation et notamment de la fréquentation du service<sup>11</sup>.

Au regard des définitions qui ont été données, il convient de noter que l'affermage et la régie intéressée n'ont pas vocation à présenter un cadre adéquat à l'usage de la théorie de la distinction des biens. Dans l'hypothèse de l'affermage et de la régie intéressée, le matériel nécessaire à l'exploitation du service est fourni par la personne concédante. Dès lors la distinction ne s'applique pas, la totalité des biens appartenant à la personne publique. Or tout l'intérêt de la classification réside dans le fait que des régimes distincts vont s'appliquer selon la qualification qui est donnée, et permettront ou non aux parties de négocier une indemnité et un droit de propriété. Par conséquent, l'étude de la théorie de la classification des biens n'aura vocation qu'à s'appliquer dans les concessions de service public.

Dans les concessions de service public, l'idée est de permettre l'exploitation d'un service public. Mais pour pouvoir gérer une telle activité, il faut disposer de certains moyens, notamment matériels.

---

9 CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, concl. CHARDENET, *RDP* 1916, 213 ; *GAJA*, p. 189.

10 CE 29 avril 1987, *Commune d'Élancourt*, concl. ROBINEAU, *RFDA* 1987, 525 ; *AJDA* 1987, 543, obs. PRETOT.

11 CE 21 octobre 1985, *Société des transports automobiles Michel Delattre*, concl. O. FOUQUET, *AJDA* 1986, p. 105.

Il s'agit donc d'installer, construire, apporter les infrastructures et équipements qui serviront à l'exécution du service.

Si le contrat ne tenait qu'à ce mécanisme, on se situerait dans le champ des marchés publics. Or, la différence sera ici que la collectivité délégante n'aura pas à payer de prix puisque le concessionnaire sera autorisé à se rémunérer sur la base de redevances issues de l'exploitation du service qu'il aura mis en place. D'autre part, en marché public la maîtrise d'ouvrage appartient à la personne publique, donc il n'y a aucune appropriation possible des biens qui seront construits. Finalement, le système concessif a le mérite de diminuer les dettes dont pourrait être l'objet la personne publique. Les biens permettant l'exécution d'un service public peuvent se révéler coûteux. Les collectivités locales de petites tailles peuvent alors se trouver dans une position délicate du fait de l'imputation de sommes importantes sur leur budget. La mise en place d'un tel procédé contractuel permettrait d'éviter à l'autorité concédante d'avoir à contracter un prêt auprès d'organismes bancaires, ce qui pourrait représenter un handicap au regard des règles strictes concernant le budget des Administrations et le bon usage des deniers publics. La rémunération du cocontractant se fera sur la durée et il sera possible d'étaler les sommes dues. A la différence en marché public, le paiement différé est interdit, le prix est dû dès la remise de la chose. De même, ce régime se distingue du contrat de partenariat qui institue le paiement d'un loyer au cocontractant. Dans la concession de service public, la rémunération du délégataire dépendra uniquement de la bonne gestion du service. Il y a un véritable risque d'exploitation.

De plus, les concessions de service public ont vocation à s'appliquer dans des secteurs stratégiques. A ce titre on peut citer les services de transports comme en matière autoroutière ou de remontées mécaniques, les services de distribution d'eau ou d'électricité. Or les investissements nécessaires à l'établissement de ces activités sont très coûteux. Pour illustrer l'idée, dans le cas des remontées mécaniques, il va falloir s'équiper de gares d'arrivées et de départs, du matériel roulant qui permettra le transport des usagers sur les pistes mais aussi de véhicules pour le damage des pistes, de canons à neige pour pallier aux éventuels manques de neige. De plus les communes de montagne concédantes sont pour la plupart des communes de petites tailles, qui n'ont pas obligatoirement les moyens financiers de mettre en place ces activités. D'où l'intérêt de faire appel à des financements privés. A côté, certains biens pourront être apportés par l'autorité concédante. Pourra alors se poser la question d'une hétérogénéité des régimes des biens entre ceux qui sont issus d'un financement privé et ceux qui proviennent du concédant.

Cette mixité patrimoniale peut se ressentir d'autant plus eu égard à la durée longue de la concession

de service public. Ces contrats prévoient en général des durées relativement longues, de plusieurs dizaines d'années. Cela peut s'expliquer par la nécessité pour le concessionnaire de rentabiliser les investissements qu'il a pu faire pour permettre l'exécution des activités de service public sans pour autant imposer des tarifs excessifs aux usagers. Cette durée d'exécution du contrat va avoir un impact sur le patrimoine constitutif de la concession de service public. Pour la pérennité du service public, voir pour son amélioration, de nouveaux biens vont pouvoir être apportés. Inversement, des biens qui ne se révéleraient plus indispensables à l'exécution du service pourraient disparaître. De manière générale, sans disparaître, des biens nécessaires pourraient être jugés comme simplement utiles du fait de l'apparition de nouveaux biens qui les remplaceraient. De même les biens qui sont propres au concessionnaire sont d'un certain point de vue interchangeable, et cela sans aucune condition. De tels biens sont utilisés par le concessionnaire sans participer activement à l'exécution du service public. Ils ne bénéficient qu'à l'exploitant de l'activité. De ce fait, il ne semble pas qu'il soit nécessaire de respecter un formalisme spécifique pour les mettre en apport ou pour les supprimer. On ne peut dès lors que constater qu'il existera au cours de la période d'exécution du contrat une multitude de biens qui seront utilisés et qui pourront revêtir des formes et des régimes distincts.

L'existence de règles spécifiques régissant la concession de service public fait ressortir l'intérêt de classer les différents biens qui seront utilisés pour l'exploitation de l'activité. Au cadre dédié à cette théorie de la classification, sont affiliées des exigences issues de l'objet même du contrat et qui vont lui donner tout son sens.

## **§2. Les exigences propres au service public, justification à la classification des biens.**

*« Celui qui conclut un contrat administratif prend l'obligation non seulement de ne pas gêner le fonctionnement du service public, mais encore de faciliter le fonctionnement du service public »<sup>12</sup>.* Au regard de cette formule énoncée par G. Jèze, force est de constater que la notion de service public tient une place prépondérante en droit administratif, et en particulier dans les contrats de concession de service public dont l'objet est l'élaboration et l'exploitation même d'un service public. La présence d'un service public induit un certain nombre de conséquences, notamment quand il est affecté à l'objet d'un contrat. Ainsi, quelle que soit leur nature ou leur mode de gestion,

---

12 G. JEZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 volumes, 1927-1934, p. 8.

l'ensemble des services publics sont soumis aux « lois de Rolland », applicables même sans texte. Ces lois élèvent l'égalité, la continuité et la mutabilité des services publics en principes fondamentaux. Dans le cadre de ce sujet, ce sont davantage les principes de continuité et de mutabilité qui sont intéressants.

« *Le principe de continuité a, dans une première approche, vocation à garantir un fonctionnement régulier du service public [...] »*<sup>13</sup>. Une valeur constitutionnelle lui a même été consacrée<sup>14</sup>. Ainsi, le principe de continuité aura des incidences sur les usagers du service public qui bénéficient de celui-ci. Ils sont censés disposer d'un droit d'accès « normal » au service, à défaut ils auront la possibilité de faire valoir le respect d'un tel principe<sup>15</sup>. De même, le principe de continuité a des conséquences sur le fonctionnement général du service qui doit être régulier. Au regard d'une telle exigence, on peut douter de l'existence d'une liberté totale au profit des parties au contrat qui ne pourront déterminer les différents biens que dans la limite posée par cette continuité du service public. Il sera ainsi impossible de classer un bien de retour en bien propre, car son utilisation est indispensable au fonctionnement du service public. Il est donc probable que ce dernier serait amené à disparaître en cas d'appropriation par le concessionnaire en fin de contrat. Tout l'intérêt sera donc de préserver l'activité, même une fois que le contrat arrivera à son terme. C'est pourquoi, il convient pour le concédant de bénéficier des biens qui seraient indispensables à l'exécution du service public. La continuité du service public implique la survie de l'activité même au-delà du contrat.

Le principe de continuité se décline en quelque sorte sous la forme d'un véritable droit de pérennité. C'est ce qui permet de conserver les biens nécessaires à l'activité de service public. Cependant, ce même principe n'interdira pas pour autant la disparition des biens non nécessaires qui pourront notamment intégrer la propriété de la personne concessionnaire, voir être détruits.

D'autre part, les services publics étant nés dans le but de satisfaire l'intérêt général, ils doivent être en mesure de s'adapter à l'évolution de ce dernier. Une telle obligation est protégée et garantie par le principe de mutabilité (ou d'adaptation) du service public. De cette manière, il est permis à la personne publique concédante de modifier unilatéralement l'organisation d'un service public, et donc son fonctionnement. L'Administration étant en charge de l'intérêt général, elle doit être en position de faire évoluer le contrat au gré de cet intérêt général même en l'absence de consentement

---

13 S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, PUF droit, Thémis droit public 2003, p. 277.

14 Cons. const. décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 relative au droit de grève dans l'audiovisuel.

15 CE 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Séguey-Tivoli*, rec. p. 962, concl. ROMIEU ; S. 1907, 3, p. 33, note HAURIOU ; D. 1907, 3, p. 41, concl. ROMIEU ; GAJA p. 102.

du cocontractant. Cela implique la possibilité de modifier la qualification que les parties ont pu donner aux différents types de biens utilisés dans le cadre du contrat, que le concessionnaire soit d'accord ou non. La personne publique pourra imposer des modifications à la personne cocontractante en vertu des pouvoirs exorbitants dont elle dispose. Il est aussi possible dans le cadre de ce principe d'adaptation, que les parties négocient et se mettent d'accord sur la qualification à donner aux biens en cours d'exécution. Cette hypothèse est d'autant plus envisageable, que tel qu'il le sera développé plus loin, un rapport annuel doit être remis, celui-ci devant faire état d'un inventaire des biens concourant à l'exécution du service public.

De telles exigences relatives au service public sont reconnues de longues dates. Le commissaire du gouvernement Laurent sous l'arrêt *Compagnie de transports en commun de la région de Douai* avait fait coïncider sa recherche de la commune intention des parties avec le respect des règles du service public : « *la prééminence du service public en matière de concession [...] impliquait le maintien de l'œuvre prétorienne à laquelle le service public est redevable [...] ces exigences conduisent à adopter une méthode d'interprétation particulière des contrats de concession et notamment, à inscrire au premier plan de l'intention des parties le souci d'assurer le fonctionnement régulier et continu du service public* ». <sup>16</sup> Ainsi, bien que le Conseil d'État ait tranché dans le sens de la position du commissaire du gouvernement et donc en faveur de l'exécution du contrat, il en a été ainsi du fait de la volonté des parties d'assurer la continuité du service public. Si tel n'était pas le cas, il est concevable que la solution aurait été toute autre, et cela au bénéfice des exigences du service public.

De même le Conseil constitutionnel va conclure dans le sens d'une primauté des principes du service public, l'appartenance au domaine public des biens affectés au service public n'étant jamais constitutionnellement obligatoire seule l'est la soumission de ces biens à un régime de nature à préserver la continuité du service.

Cependant, pour certains auteurs, le critère du service public et des biens qui y sont affectés tend à être inadapté. La relation de proximité qu'entretiennent la notion de service public et de domaine public pose des difficultés, car couplés, ils restreignent d'une certaine manière la liberté contractuelle des parties <sup>17</sup>. Pour M. Duverger « *l'affectation est un moyen d'organisation d'un service public [...] alors que les biens destinés à l'usage de tous forment au contraire l'objet même*

---

16 *AJDA* 1956, 277, concl. LAURENT.

17 Que reste-t-il de la jurisprudence Société Le Béton ? *RFDA* 2010, p. 553, Ch. LAVIALLE.

de l'activité »<sup>18</sup>. La jurisprudence de son côté, a eu tendance à restreindre le champ du critère du service public et de ses exigences dans la qualification des biens. Donc la continuité du service public s'imposera tant qu'il s'agit d'un bien qui est nécessaire au service public mais plus si le bien est simplement utile. Dans ce dernier cas, la liberté contractuelle serait à nouveau prééminente tout en restant au bénéfice d'une plus grande reconnaissance de la catégorie des biens de retour.

Mais remettre en cause le critère du service public ainsi que les principes qui en découlent, ce serait remettre en cause l'essence même de la convention de délégation de service public. S'il n'existe plus de service public, un tel montage contractuel n'aura plus lieu d'exister et pourrait aisément être remplacé par un autre montage contractuel tel que le partenariat public-privé ou la convention d'occupation domaniale.

Au regard des exigences du service public et du cadre de la concession de service public, il existe un certain nombre de biens qui sont de natures et de vocations différentes. Pour garantir la pérennité et la survivance du service public au contrat, il convient de conserver les biens qui conditionnent son existence. Les règles relatives à la domanialité publique permettent d'atteindre un tel objectif.

## **Section 2 : Les biens de la concession au regard des règles de la propriété publique.**

La théorie de la domanialité publique est un outil d'une utilité certaine pour faire respecter les règles relevant du service public et est depuis longtemps admise (§1). Le bilan de cette protection qu'elle établit peut s'avérer efficace tout en restant encadré (§2).

### **§1. Fondements et détermination du domaine public.**

Il existe en droit administratif une distinction entre le domaine privé et le domaine public de la personne publique. Cette distinction fait l'objet de nombreux débats. Ces discussions ont notamment pu porter sur les fondements d'une telle théorie. Pour certains auteurs, il existe une origine dans des jurisconsultes sous l'Ancien Régime. Pour d'autres, l'origine d'une telle division serait davantage issue de la construction du législateur révolutionnaire. Mais pour la plupart, la

---

18 M. DUVERGER, L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics, thèse, Bordeaux, 1940, p. 3-4.

création de la théorie aurait pour origine la doctrine universitaire du début au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle. Au sein même des partisans de cette position des divergences ont pu être relevées. En effet, certains prennent position pour la reconnaissance d'une origine civiliste alors que d'autres prônent en faveur d'une théorie d'essence administrative.

La doctrine, consacrée par le *Code général de la propriété des personnes publiques* fait même une distinction au sein du domaine public, entre le domaine public naturel et le domaine public artificiel, qui peuvent être régis par des règles différentes.

L'intérêt de cette distinction domaine privé/domaine public tient au fait qu'il existe des régimes propres à chaque domaine. Si l'on se trouve dans le cadre du domaine public, les règles applicables seront issues en général du droit public et impliqueront une compétence du juge administratif en cas de litige. A la différence, le domaine privé de la personne publique sera régi par des règles proches du droit privé avec une possible compétence du juge judiciaire. Sans vouloir remettre en cause la *summa divisio* qu'avait pu énoncer la jurisprudence, le *Code général de la propriété des personnes publiques* a souhaité éclaircir et unifier le droit domanial autour de la notion de propriété des personnes publiques. Au regard de ce code, le domaine privé n'est défini que subsidiairement<sup>19</sup>.

Pour qu'il y ait domanialité publique, il faut d'une part l'existence d'une propriété publique. Un bien ne pourra donc pas faire partie du domaine public s'il appartient au concessionnaire. Cependant la propriété par une personne publique ne permet pas à elle seule de définir l'existence d'un domaine public, car la personne publique peut disposer d'un domaine privé autant que d'un domaine public.

De même il faut que le bien soit l'objet d'une affectation publique. Cette affectation publique peut s'exprimer sous deux formes. Soit par une affectation à l'usage direct du public, soit par une affectation au service public. En l'espèce ce sera davantage le second cas qui paraît intéressant, du fait de l'objet même de la convention de délégation de service public. Une telle hypothèse peut s'expliquer par la conception du domaine public comme un instrument de l'action administrative. Il s'agit donc de répondre à l'intérêt général.

Cette affectation au service public a été sujette à un certain nombre de débats de la part de la doctrine et de la jurisprudence. Tout d'abord, le droit français avant la codification du *Code général de la propriété des personnes publiques* a considéré qu'il était nécessaire que le bien ait subi un

19 Article L.2221-1 CG3P : « *Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre Ier du livre Ier [...]* ».

aménagement particulier qui manifeste de son adaptation au service public. C'est ainsi que la jurisprudence a pu consacrer l'exigence d'un « aménagement spécial » du bien pour être incorporé au domaine public<sup>20</sup>. L'idée était de réduire le domaine public aux biens qui étaient strictement nécessaires à ce service. Les décisions des tribunaux attestent d'une autre position. Souvent l'existence de cet aménagement spécial était présumé.

Le *Code général de la propriété des personnes publiques* a tenté de remédier aux difficultés de l'appartenance d'un bien au domaine public. Il a ainsi posé un nouveau critère, celui de « l'aménagement indispensable » qui se veut être plus réducteur quant à l'application du régime du domaine public sur les biens du service public.

Ainsi, dès lors qu'un bien fait l'objet d'un aménagement ayant vocation à participer à l'existence et à l'exploitation du service public, et que cet aménagement est indispensable, le bien sera affecté au domaine public et donc par la même occasion appartiendra à la personne publique. L'idée est de préserver ce qui relève de l'existence du service public. Sans ces biens, le service public risquerait de disparaître. Or, la fin du contrat ne signifie pas pour autant la fin du service public, et il est concevable que la collectivité concédante souhaite prévoir la continuité de telles activités.

Le Conseil constitutionnel avait lui-même plaider que les exigences constitutionnelles de protection du domaine public comprenaient en particulier trois facettes<sup>21</sup> : « *l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège [...] les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté [...] la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées* ».

Par ailleurs, il convient de noter la relation de proximité qu'il existe entre la définition d'ouvrage public et de domaine public. L'ouvrage public est un bien immobilier, qui a fait l'objet d'un aménagement particulier et qui a vocation à être affecté à l'intérêt général. Or un bien immobilier affecté à un service public répondra à l'aménagement particulier s'il doit participer à l'existence ou au fonctionnement de l'activité de service public. De même que l'affectation au service public remplira l'exigence de l'intérêt général qui est une condition de l'existence même du service public. Cependant, tous les ouvrages publics n'appartiennent pas au domaine public. En effet, certaines dépendances du domaine privé peuvent être des ouvrages publics. Ce sera notamment le cas de

---

20 CE, 19 octobre 1956, *Société Le Béton* : Rec. p. 375 ; *AJDA* 1956, II, p. 472, concl. Long, p. 488, chron. Fournier et Braibant ; *D.* 1956, jurispr. p. 681, concl. Long ; *JCP G* 1957, II, 9765, note Blaevoët ; *RD.P.* 1956, p. 310.

21 Cons. const. décision n° 2003-473 DC du 26 juillet 2003, *AJDA* 2003, p. 1391, note J-E SCHOETLL ; *RD.P.* 2003 p. 1163, note F. LICHERE.

chemins ruraux affectés. De même, le domaine public ne peut être restreint aux seuls ouvrages publics, car il peut incorporer autant des dépendances immobilières artificielles, que naturelles, voir même des dépendances mobilières.

Le domaine public est un élément protecteur important du fait de sa proximité avec les notions de service public ou d'intérêt général. Il semble être un outil efficace au bénéfice de la classification des biens dans les concessions de service public. Les parties disposent d'une certaine marge de manœuvre au titre de la liberté contractuelle. Cependant, l'objet même du contrat implique le respect d'impératifs allant au-delà de leur simple volonté. Il peut y avoir des risques d'entraver le service public pour les parties, intentionnellement ou non, s'il leur est laissé une trop grande liberté. C'est pourquoi la distinction entre les différents biens doit prendre en compte une catégorie qui relève de ce qui est indispensable au service public et qui mérite de faire l'objet d'une protection efficace et adéquate.

La qualification du domaine public entraîne la défense d'une catégorie de biens auxquels les parties ne pourront pas transiger. Les effets de cette incorporation à un tel domaine seront profitables au service public, bien que son champ d'application peut paraître quelque peu restrictif.

## **§2. Le régime du domaine public : Une application entre efficience et restriction.**

Le domaine public est intéressant dans la classification des biens car il permettra de conserver ceux-ci dès lors qu'ils répondront aux conditions posées par le *Code général de la propriété des personnes publiques* et la jurisprudence. En effet, de l'appartenance au domaine public vont découler un certains nombres d'effets bénéfiques au service public, issus d'un ensemble de règles exorbitantes du droit commun.

Deux grands principes ont vocation à s'appliquer aux biens du domaine public, il s'agit de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité. Ces principes concernent autant l'État que les collectivités et leurs groupements<sup>22</sup>. C'est l'affectation au domaine public qui est le fondement de ces éléments protecteurs. En effet, tant que les biens sont rattachés au domaine public, ils bénéficieront de l'efficacité de ces mesures. Mais si l'affectation devait cesser, alors le bien ne serait plus dans le domaine public et ne pourrait plus être l'objet des règles de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité.

---

<sup>22</sup> Article L.52 du *C. dom. Et.* pour l'État et article L.1311-1 du *CGCT* pour les collectivités territoriales et leurs groupements, abrogés par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 et remplacés par l'article L.3111-1 du *CG3P*.

Ainsi l'inaliénabilité ne signifiera pas pour autant que le bien ne pourra être vendu, cependant un certain nombre d'obligations devront être respectées avant de pouvoir le faire. Ce principe s'applique autant aux personnes privées délégataires qu'à la personne publique délégante. Pour que cette dernière puisse vendre le bien, elle devra avant tout procéder à un déclassement. Mais ce déclassement ne sera valablement admis que s'il est fait preuve que le bien est désaffecté, c'est-à-dire qu'il ne répond plus à l'exigence d'usage par le public ou pour le service public. Une telle obligation sera d'autant plus efficace si les compétences pour aliéner relèvent d'autorités différentes que l'autorité initiale. Au contraire, si la même personne dispose des pouvoirs de vendre et d'aliéner, il lui sera bien plus aisée de passer outre cette procédure. Il est dès lors possible de considérer sous un certain angle, que la personne publique pourra finalement disposer plus ou moins librement des biens qui font partie du domaine public.

Les biens domaniaux ne pourront être vendus sans déclassement<sup>23</sup>. Si tel était le cas, la vente serait déclarée nulle. Cette obligation de déclassement et de désaffectation est régulièrement rappelée par la jurisprudence, qui a par ailleurs récemment énoncé que le juge doit relever d'office une clause contractuelle qui aurait méconnu un tel principe<sup>24</sup>. De même, le domaine public permet de protéger les biens qui lui sont affectés en instituant une insaisissabilité de ces derniers. Cependant, une telle mesure relève davantage de la propriété de la personne publique que du domaine public en lui-même. De l'inaliénabilité découle une autre conséquence qui n'est pas à négliger pour l'autorité concédante, il s'agit de l'interdiction de mettre en place une procédure d'expropriation à l'égard des biens du domaine public. Du moins, il faudra passer par la procédure de la déclaration d'utilité publique pour qu'une telle possibilité soit admise.

Un autre principe découle de la domanialité publique d'un bien, il s'agit de l'imprescriptibilité, c'est-à-dire qu'est interdit à une personne privée de s'approprier un bien du domaine public. A la différence, en droit civil il est admis la prescription acquisitive de certains biens sous réserve de respecter un délai ainsi que des règles de formes.

Un des moyens les plus efficaces que peut révéler la domanialité publique d'un bien est l'interdiction de la constitution de droits réels par les personnes privées. Les droits réels sont des

---

23 CE 11 octobre 1995, *Tête*, rec. p. 781.

24 CE 4 mai 2011, *SEM du Queyras*, req. n° 340089, *AJDA* 2011, p. 925, note M.-C. de MONTECLER.

démembrements du droit de propriété. Ce peut être des droits d'usage, de servitudes, ou encore d'usufruit. C'est à la jurisprudence administrative que l'on doit l'énoncé de cette interdiction<sup>25</sup>.

L'arrêt du Conseil d'État *Eurolat* de 1985 qui a reconnu une telle interdiction avait aussi consacré une théorie de la domanialité publique qui venait compléter la définition classique qui était connue. Il s'agissait de la théorie de la « *domanialité publique virtuelle* » ou « *par anticipation* ». Une telle théorie avait le mérite de poursuivre efficacement son but, c'est-à-dire protéger les biens du domaine public, qui étaient affectés à l'usage du public ou du service public. L'idée était d'admettre qu'il n'était pas nécessaire que les travaux d'aménagement aient été effectifs. Pour qu'un bien soit incorporé au domaine public, il suffisait que l'incorporation ait été prévue de manière certaine, ou que les opérations d'aménagement aient été engagées<sup>26</sup>.

Une telle théorie bien que permettant la pleine consécration du domaine public pose malgré tout une certaine insécurité juridique et peut soulever des interrogations. La question peut se poser de savoir à partir de quel moment il est possible de considérer qu'un bien va bénéficier de l'affectation prévue et cela de façon certaine. Il semble fort difficile de placer une limite sur une hypothétique échelle de la domanialité publique. La jurisprudence a tenté d'y répondre sans apporter de solution claire et précise<sup>27</sup>. La Cour administrative d'appel de Paris a ainsi considéré qu'un immeuble à usage d'habitation acquis par l'institut de France n'est pas entré dans le domaine public par le simple fait que son changement d'affectation ait été décidé et qu'un projet de travaux ait été arrêté.

Cette théorie de la domanialité publique virtuelle paraît avoir été remise en cause, du moins abandonnée, avec l'arrivée du *Code général de la propriété des personnes publiques*. En effet, l'article L.2111-1 du *Code général de la propriété des personnes publiques* pose la nécessité d'un aménagement indispensable des biens pour leur incorporation au domaine public. Cela signifie que sans ces travaux d'aménagement, le bien ne peut servir le fonctionnement du service public, et donc celui-ci risque de ne jamais voir le jour, ou de disparaître. Dès lors, le seul fait que la personne publique prévoit une affectation au service public n'est plus suffisant. Il faut véritablement que les travaux aient été effectués et donc que le service public existe effectivement. On peut reconnaître ici une première remise en question de l'efficacité de la domanialité publique. Les biens devront avoir été l'objet d'un aménagement dans le sens physique du terme, le seul fait d'envisager son affectation

---

25 CE 6 mai 1985, *Association Eurolat, Crédit foncier de France*, rec. p. 141 ; *AJDA* 1985, E. FATÔME et J. MOREAU, p. 620 ; *RFDA* 1986, p. 21, concl. B. GENEVOIS ; *LPA* 23 octobre 1985, F. LLORENS.

26 CE 1<sup>er</sup> février 1995, *Préfet de la Meuse*, *RFDA* 1995, p. 413 ; *JCP G* 1995 IV, p. 193 ; *LPA* 26 janvier 1996, p. 4.

27 CAA Paris 27 septembre 2001, *Institut de France*, req. n° 00PA01633.

n'est plus suffisant.

Une autre limite peut être soulevée quant au champ d'application du régime de la domanialité publique. Il semble que tous les biens affectés au service public ne mériteraient pas une telle protection. La jurisprudence a récemment donné une définition des différentes catégories de biens qui participaient au service public<sup>28</sup>. Cette définition fera l'objet d'un développement ultérieur, mais il convient tout de même de noter qu'il est établi une distinction entre les biens de retour faisant l'objet d'une propriété *ab initio* de la personne publique, et les biens de retour objet d'une servitude sur le domaine privé au titre des articles *L.342-20 et suivants du Code du tourisme*. Ces derniers font exception au régime de propriété *ab initio* de la personne publique. Ils ne sont donc pas concernés par la protection instituée par le domaine public. Or ce sont des biens qualifiés de retour, ce qui implique qu'ils participent activement au fonctionnement et à l'existence du service public. Ne pas les intégrer au domaine public serait en quelque sorte mettre en péril la continuité dudit service.

*Le Code général de la propriété des personnes publiques* ne fait également qu'établir une liste plus ou moins exhaustive des biens mobiliers corporels qui pourront appartenir au domaine public<sup>29</sup>. Cette liste englobe uniquement des biens mobiliers qui rentrent dans des domaines particuliers. Une telle liste peut sembler quelque peu restrictive eu égard à l'importance que pourraient revêtir certains biens mobiliers.

Les biens mobiliers incorporels ne semblent pas non plus pouvoir être intégrés au domaine public des personnes publiques. Pourtant un grand nombre d'entre eux peut être qualifiés de biens affectés au service public, soit parce qu'ils en sont un instrument permettant son bon fonctionnement, soit parce que leur mise à disposition relève de l'objet même du service. Une distinction est cependant à faire entre droits et biens incorporels. Il apparaît donc que le *Code général de la propriété des personnes publiques* ne retient qu'une référence aux biens et non aux droits<sup>30</sup>. Les droits incorporels ne semblent donc pas pouvoir faire l'objet d'une incorporation au domaine public. *A priori* si un bien mobilier incorporel relève de l'article *L.2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques*, c'est-à-dire qu'il présente un intérêt d'un point de vue historique, artistique, archéologique, scientifique ou technique, il semble qu'il soit possible de l'intégrer au domaine

---

28 CE avis n° 371234 sect. TP du 19 avril 2005, EDCE 2005.

29 Article L.2112-1 du *CG3P*.

30 Articles L.2111-1 et L.2112-1 *CG3P*.

public mobilier. Ce pourrait être l'exemple d'une bibliothèque numérique, du fait de son intérêt historique<sup>31</sup>.

Ces quelques limites qui viennent d'être énoncées concernant les règles de la domanialité publique peuvent s'entendre comme la volonté de restreindre au mieux son application dans un souci de garantir un cadre minimum au bon fonctionnement du service public, tout en entravant le moins possible la liberté des cocontractants.

L'ensemble des règles qui viennent d'être énoncées posent le cadre et les enjeux de la classification des biens. Cette classification ayant lieu dans le cadre d'un contrat qui a pour but la création et l'exploitation d'un service public, la liberté contractuelle doit être en corrélation avec les exigences de continuité et de mutabilité du service.

---

31 T. SOLEILHAC, Les bibliothèques numériques, un domaine public immatériel, *AJDA* 2008, p. 1133.

## **Chapitre 2 : La catégorisation des biens, une garantie issue de la volonté des parties sous le contrôle du juge.**

La classification des biens dans la concession de service public permet aux parties de bénéficier d'une marge de manœuvre, d'où l'intérêt pour elles de s'y référer (*Section 1*). Le juge pourra intervenir pour garantir la pérennité de l'activité de service public s'il est considéré que la liberté contractuelle va à l'encontre des exigences d'une telle activité (*Section 2*).

### **Section 1 : La liberté contractuelle, garantie de la volonté des parties.**

Afin que la volonté des parties soit respectée, il sera possible et même conseillé à ces dernières d'établir un inventaire (§1). A défaut, le juge déterminera leur intention au regard de différents éléments et indices (§2).

#### **§1. La tenue d'un inventaire, sécurité à la libre détermination des biens par les parties.**

Tel que précédemment énoncé, la délégation de service public est une convention, ce qui implique de laisser aux parties une certaine liberté quant à l'appréciation du caractère d'un bien. Les biens de retour sont ceux nécessaires à l'exploitation du service public, les biens de reprise ceux simplement utiles, et les biens propres, catégorie résiduelle ne sont ni nécessaires ni utiles. Ainsi, il est justifié de penser que les parties au contrat sont les plus à même de savoir sous quelle catégorie les biens doivent entrer. C'est suite à un véritable processus de négociation que les parties vont pouvoir encadrer ce qui semble indispensable à l'exploitation du service public tout en faisant la distinction avec ce qui est simplement utile. Le contrat étant affaire de concessions réciproques et de contreparties de la part des contractants, il y a un enjeu dans la négociation du fait du régime attaché aux différents biens. En effet, les règles de droit, la doctrine ou encore la jurisprudence énoncent pour la plupart que les biens de retour reviennent gratuitement au concédant, alors que les biens de reprise peuvent faire l'objet d'une indemnisation.

Cependant il est légitime de supposer qu'au titre de la liberté contractuelle des parties, il serait alors possible d'envisager une indemnisation des biens de retour et une gratuité des biens de reprise. De même, il peut sembler possible pour les parties de qualifier un bien qui serait normalement un bien de retour en bien de reprise et inversement. La cour administrative d'appel de Douai a récemment rendu un arrêt allant dans ce sens : « *Sauf stipulation de la convention de délégation, les biens immeubles à usage de bureaux et les logements accessoires au contrat de travail des agents du délégataire ne constituent des biens de retour que s'il est établi qu'ils sont indispensables à l'exploitation du service public.* »<sup>32</sup>. Il ressort de cette jurisprudence que la volonté des parties prime sur les autres moyens de qualification qui ne s'appliqueront qu'en l'absence de stipulations contractuelles.

Par ailleurs, pour que la volonté des parties soit respectée, et donc pour éviter les risques de requalification, il conviendra d'établir un inventaire de chacune des catégories de biens. Cet inventaire peut contenir autant des biens mobiliers que des biens immobiliers. Pour ne pas créer de litige ultérieur, ce classement devrait être négocié avant la signature du contrat même s'il est possible de l'établir au cours de l'exécution du contrat. Un doute peut être émis quant à cette dernière hypothèse. Bien qu'il puisse être difficile d'appréhender les biens qui seront indispensables et ceux qui seront simplement utiles dès la phase de négociation, attendre le commencement d'exécution risque de générer une insécurité juridique. Les conséquences seront d'autant plus fâcheuses si les biens ont fait l'objet d'un début de construction, d'acquisition ou d'exploitation.

Afin que cet inventaire soit doté d'un plein effet juridique, il conviendrait de l'annexer au contrat. La liste aurait alors une valeur contractuelle, et par conséquent tiendrait lieu de loi entre les parties au contrat qui ne pourraient remettre en cause leurs engagements réciproques.

D'autre part, l'article L.1411-3 du *Code général des collectivités territoriales* énonce que le délégataire est tenu de transmettre un rapport annuel d'activité. Ce rapport est accompagné d' « *un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service délégué* »<sup>33</sup>. Il ressort de ces dispositions que la liberté de choix offerte aux parties est encadrée par une obligation. Une telle obligation s'applique dans de nombreux domaines. C'est notamment le cas des remontées mécaniques<sup>34</sup> ou encore des concessions autoroutières<sup>35</sup> pour ne citer que ces exemples.

---

32 CAA Douai, 30 juin 2010, n° 08DA01191, *Société ERDF*, Biens de retour : notion et inventaire, *Contrats marchés publ.* novembre 2010, G. ECKERT.

33 Article R.1411-7 du *CGCT*.

34 Article L.342-2-5 du *C. Tourisme*.

35 Article L.122-4-2 du *C. voirie routière*.

Une particularité tient au domaine du service public de l'eau et de l'assainissement : l'inventaire à fournir par le concessionnaire du réseau de distribution doit établir un référencement détaillé du patrimoine du délégant à la fin du contrat et non pas en cours d'exécution ou avant la signature<sup>36</sup>. Les parties sont donc forcées d'établir le classement des biens de retour et de reprise, à défaut elles se risqueront à une sanction. Force est de constater qu'en pratique, l'obligation de classement est peu exécutée. De même très peu de décisions de justice ont eu à se prononcer sur le non respect de l'établissement d'un inventaire.

Même si les textes imposent à la volonté des parties de recourir ou non à un inventaire, il leur est possible d'en tirer certains avantages. Le rapport annuel d'activité doit être rendu chaque année durant toute la période d'exécution du contrat. Or celui-ci doit s'accompagner de l'inventaire des biens. Ceci implique donc que l'inventaire peut être modifié, et cela de manière ponctuelle. Par conséquent, les parties au contrat pourront aisément revenir sur la qualification qu'elles auraient donné à certains biens. L'articulation entre les biens telle qu'elle a été décrite à la base ne sera alors plus figée. Le concessionnaire et le concédant retrouvent dès lors leur pleine liberté. Un bien qualifié de bien de retour à la base pourra faire l'objet d'une requalification en bien de reprise si en cours d'exécution il était avéré que le bien est plus utile que nécessaire. Cela permet donc aux parties qui auraient commis une erreur de jugement de revenir sur leur décision. Bien qu'il soit possible de considérer qu'une telle opportunité risque d'être une source d'insécurité juridique pour le contrat, on peut aussi y voir un mécanisme efficace d'adaptation par rapport aux exigences du service public exploité.

Mais il existe des cas où la tenue et la transmission d'un inventaire n'est pas une obligation. Les juges de la cour administrative d'appel de Douai ont récemment eu à juger d'une telle hypothèse<sup>37</sup>. Dans cette affaire, la commune réclamait au concessionnaire un inventaire détaillé. Les juges d'appel ont considéré « *qu'il n'y a de droit à l'information, au profit de la collectivité publique délégante que si un texte le prévoit expressément et dans les limites fixées par celui-ci* »<sup>38</sup> et qu'en l'espèce une telle obligation n'existait pas au regard des règles propres aux concessions d'électricité. Or il existait des règles communes au titre de l'article *L.1411-3 du Code général des collectivités territoriales* qui pouvait imposer la transmission de tels documents. En ce sens la décision paraît

---

36 Article *L.2224-11-4 du CGCT*.

37 CAA Douai, 30 juin 2010 *Société ERDF*, préc.

38 G. ECKERT, Biens de retour : notion et inventaire, *Contrats marchés publ.* novembre 2010, préc.

injustifiée. Cependant la cour administrative d'appel a jugé que de telles dispositions ne s'appliquaient pas, car la concession entrerait dans le cadre de l'article *L.1411-12 a) du Code général des collectivités territoriales*. L'article en cause exclut l'application des articles *L.1411-1 à L.1411-11 du Code général des collectivités territoriales* dès lors que la loi institue un monopole au profit d'une entreprise, ce qui était le cas en l'espèce.

L'intérêt pour les parties de passer par l'établissement d'un inventaire, est qu'en cas de litige, il sera possible et plus aisé pour chacune d'entre elles de faire valoir leurs droits devant le juge au titre des stipulations contractuelles. Ainsi, le juge saisi par un recours se verra confier la mission d'interpréter le contrat.

La tenue d'un inventaire par les parties au contrat peut donc s'avérer être un outil de classification dont l'utilité est incontestable. Cependant, l'obligation de tenir un tel document peut se voir opposer un certain nombre d'exceptions du fait de la particularité de certaines situations. De même, les sanctions en cas de non respect de l'article *L.1411-3 du Code général des collectivités territoriales* n'étant que très rarement appliquées par les parties, il faudra se référer à d'autres documents permettant d'établir l'intention des parties sur la classification qu'elles souhaitent donner.

## **§2. La recherche de la commune intention des parties, protection subsidiaire de la volonté contractuelle.**

L'inventaire est un document primordial pour régler les rapports complexes entre les parties concernant les droits et obligations de chacune d'elles ainsi que le sort des biens qui ont été utilisés dans la délégation de service public. Or comme il l'a été soulevé précédemment, cette obligation rencontre une certaine inapplication, ceci du fait de l'existence d'exceptions au principe mais aussi du défaut de sanctions infligées en cas de non respect.

Dès lors, il faudra se référer à d'autres documents de la convention pour établir la volonté des cocontractants sur le règlement de la situation en fin de contrat. Dans ce cas, ce sera au juge d'interpréter les documents contractuel afin de déterminer la commune intention des parties. Cette solution est admise de longue date par le Conseil d'État<sup>39</sup>.

---

39 CE 26 juillet 1912, *Compagnie Orléans-Midi*, rec. p. 889, concl. RIBOULET ; CE 1<sup>er</sup> mars 1928, *Société des transports en commun de la région toulousaine*, S. 1928, 3, 73, note MESTRE.

La jurisprudence « *Compagnie de transports en commun de la région de Douai* » illustre bien cette idée. Les juges du Conseil d'État sont allés dans le sens des conclusions du commissaire du gouvernement (aujourd'hui rapporteur public) Laurent. La convention de délégation de service public est un contrat qui est composé de plusieurs pièces, au même titre que d'autres montages contractuels tels que les marchés publics ou encore les partenariats public-privé. Dans l'arrêt précité, le juge a analysé une des pièces majeures du contrat, le cahier des charges dont il a interprété la volonté des parties.

Par déduction, même s'il n'existe pas d'inventaire auquel seraient normalement tenues les parties, l'issue du contrat ne sera pas pour autant entravée. Le juge disposera des prérogatives nécessaires à la recherche de l'intention des parties. Cet arrêt rendu par le Conseil d'État laisse présager que la liberté contractuelle des parties tient une place prépondérante. Une telle analyse peut être considérée comme cohérente eu égard aux précédents énoncés en la matière que ce soit par une partie de la doctrine ou même par les juridictions administratives. En effet, nombreux sont les écrits souhaitant la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle. Le Conseil d'État est même allé jusqu'à lui reconnaître la valeur de principe général du droit<sup>40</sup> ainsi que celle de liberté fondamentale<sup>41</sup>.

Cette promotion de la liberté contractuelle s'illustre d'autant plus à l'égard du cadre dans lequel intervient le juge du contrat. « *Il n'appartient pas au juge de prescrire au concessionnaire, au cours de son exploitation, des mesures d'exécution* »<sup>42</sup>, avec ou sans astreinte. Le juge n'interviendra donc pas pour condamner à exécuter le contrat. Il ne cherchera qu'à interpréter le contrat, lui donner un sens, une direction, afin que les parties puissent l'exécuter de la manière la plus fidèle. On peut voir dans cette solution un désir de préserver la volonté contractuelle des parties. Ceci s'explique aussi par le fait que la personne publique concédante dispose de prérogatives de puissance publique pour faire exécuter le contrat. Ainsi, en cas de défaut d'exécution de la part du concessionnaire, ce dernier pourrait se voir sanctionné ou obligé par l'Administration, sans que le juge ait à intervenir.

Malgré tout, le pouvoir d'interprétation du juge est relativement large. Il va forger sa décision sur un ensemble d'indices qui découlent des pièces contractuelles. Le juge ne s'en tiendra pas

---

40 CE 2 février 1983, *Union des transports publics et régionaux*, rec. p. 33 ; *RDJ* 1984, 212 note J.-M. AUBY.

41 CE ord. réf. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, rec. p. 551 ; *BJCP* 2002, n° 20, p. 77 ; *AJDA* 2002, 4.

42 CE 22 mai 1914, *Rougier-Labergerie*, rec. p. 626 ; CE 2 novembre 1927, *Ville de Saint-Pol-sur-Terroise*, rec. p. 1000.

obligatoirement à la lettre des différentes stipulations de la convention de délégation de service public. Il peut aller jusqu'à combiner plusieurs dispositions du cahier des charges<sup>43</sup>. Dans son arrêt *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, le Commissaire du gouvernement Laurent allait en faveur d'une interprétation combinée des articles 17 et 18 du cahier des charges de la convention en cause. De cette fusion des dispositions, il va déterminer la commune intention des parties au contrat.

De même, au titre des indices sur lesquels le juge se base, il peut se référer au comportement des parties au contrat. Dans la même jurisprudence précédemment citée, le Commissaire du gouvernement rappelle que même s'il y a eu un remplacement du matériel roulant, celui-ci s'est fait sans aucune demande de résiliation du contrat. Qu'ainsi, l'exécution du contrat n'était pas remise en cause et l'intention des parties avait été de continuer l'exploitation du service des transports publics. Afin que le juge puisse établir la réelle intention des parties, il sera nécessaire que ces dernières laissent un certain nombre de traces, de préférence écrites dans le contrat. On peut supposer qu'ainsi, les pouvoirs du juge seront d'autant plus limités par le cadre fourni par les parties. Il ne pourra que difficilement aller au-delà de ce qui était prévu par les cocontractants. En effet, plus les indices seront nombreux, moins son champ d'investigation sera large.

Malgré tout, la concession de service public a pour objet comme son nom l'indique une activité de service public, qui répond aux exigences de l'intérêt général. Cela implique que le contrat doit respecter la possible continuité du service public. Ce n'est pas parce que la convention arrive à son terme qu'il faut pour autant que l'activité disparaisse. Le service public se doit de survivre du fait de sa recherche de la satisfaction générale. Il serait admis qu'une telle activité puisse être amenée à disparaître si un tel objectif était rempli sinon désuet.

Même dans ces deux hypothèses, il est justifié de penser que l'activité de service public doit être maintenue. Si l'objectif est atteint et que l'intérêt général est donc satisfait, il conviendrait davantage de laisser en place l'activité de service public tant que les usagers décident d'en profiter. Dans la même idée, si le service public risquait de tomber en désuétude, il conviendrait de l'adapter au titre du principe directeur que représente l'exigence de mutabilité du service public, plutôt que de le laisser disparaître.

Ce ne serait que dans l'hypothèse où l'activité serait déficitaire qu'il faudrait envisager sa disparition. Cela signifierait que le service public ne répond effectivement plus aux besoins de l'intérêt général.

---

43 CE sect., 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, rec. 203 ; *AJDA* 1956, p. 275, concl. LAURENT.

Le concédant et le concessionnaire même s'ils disposent de la liberté contractuelle, devraient donc être tenus par ces limites lors de la classification qu'ils seraient susceptibles de donner aux biens. Leur commune intention devra donc répondre aux principes de continuité et de mutabilité du service public. Dans l'arrêt du Conseil d'État, *Compagnie de transports en commun de la région de Douai*, le juge n'a pas remis en cause la volonté des parties parce que celle-ci concordait avec les obligations découlant de la notion de service public. Il s'agissait en l'espèce de changer le matériel roulant. Ce qui répondait donc à la mutabilité du service public tout en permettant sa continuité. Dans ce sens, le contrat respectait son objet. On peut donc penser à juste titre que si leur intention avait été autre, le juge aurait relevé la nullité du contrat.

La liberté contractuelle qui est offerte aux parties tient donc une place certaine, *a contrario*, l'emploi du procédé contractuel en la matière serait remis en cause. Cependant, l'objet du contrat étant dirigé par des obligations impérieuses, le juge tient un rôle prépondérant dans le respect de ces dernières.

## **Section 2 : Les limites à la liberté contractuelle des parties.**

Les limites à la liberté des parties sont nombreuses et peuvent notamment être issues des prérogatives du juge. Du fait de ses fonctions, il peut être saisi dans le cadre d'un litige qu'il devra trancher, ce qui risquera de mettre en péril l'équilibre institué par les parties (§1). C'est dans le cadre d'un avis du Conseil d'État qu'il a ainsi pu donner une définition des différentes catégories de biens (§2).

### **§1. La saisine du juge, obstacle à la libre qualification par les parties.**

Le droit des contrats administratifs à ce jour connaît un grand nombre de procédures contentieuses. Il sera possible de saisir le juge pour contester le contrat que ce soit dans son exécution ou dans sa formation. Ces procédures pourront remettre en cause les décisions des parties quant à la classification des biens, de manière directe ou indirecte. Trois juges pourront ainsi intervenir, il s'agit du juge des référés, du juge du contrat et du juge de l'excès de pouvoir. Ils pourront être saisis par différentes personnes selon que l'on se trouve dans un contentieux lié à

l'élaboration du contrat c'est-à-dire avant signature du contrat, ou dans un contentieux de l'exécution du contrat.

Dans le cadre du contentieux de l'élaboration, les articles *L.551-1* à *-12* du *Code de justice administrative* ouvrent la possibilité de recourir au référé précontractuel. Cette procédure doit intervenir obligatoirement avant la signature du contrat. Seules les personnes susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué et qui ont un intérêt à conclure le contrat peuvent saisir le juge dans ce cadre. On pourrait entendre que ces personnes sont les seuls candidats évincés ou les parties au contrat. Mais, on peut considérer aussi qu'une telle définition pourrait être plus large que ces seuls candidats évincés. Le représentant de l'État peut lui aussi saisir le juge dans cette situation. Ce référé n'a que peu d'intérêt dans le sens où il sanctionne les mesures portant atteinte aux règles de mise en concurrence et de publicité, et cela avant que le contrat ait force exécutoire. Par conséquent, même si une classification des biens était établie, aucun préjudice ne serait subi du fait de l'absence de commencement d'exécution du contrat.

Tout comme pour le référé précontractuel, le référé contractuel est admis pour les délégations de service public. Les personnes pouvant agir sont les mêmes que précédemment énoncé, c'est-à-dire le préfet ou les personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. La différence est que les délais d'action sont de 31 jours à compter de la publication de l'avis d'attribution ou à défaut de 6 mois à compter du lendemain de la date de signature de la convention. Dans ce cas, il pourrait très bien y avoir un début d'exécution du contrat. Donc si la nullité du contrat est prononcée du fait du non respect des règles de publicité et de mise en concurrence, cela entraînera la nullité de la classification opérée par les parties et qui serait rattachée aux pièces contractuelles.

Toujours dans le contentieux de l'élaboration, il est possible de saisir le juge du contrat, qui sera un juge administratif du fait de la nature du contrat. Les personnes habilitées à introduire un recours sont les contractants, mais aussi les candidats évincés<sup>44</sup>. Ces candidats pour contester la validité du contrat disposeront d'un délai de 2 mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées. A défaut, le délai continue de courir. Les délais ouverts sont d'une durée qui permet de penser que là encore il pourrait y avoir un début d'exécution du contrat. Un tel recours est préjudiciable aux parties s'il était avéré qu'elles se sont mises d'accord sur la classification à donner

---

44 CE ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, *AJDA* 2007, p. 1577, chron. F. LENICA et J. BOUCHER ; *RFDA* 2007, concl. D. CASAS, p. 696 ; *BJCP* 2007, p. 391, obs. Ph. TERNEYRE, Ch. MAUGÛE et R. SCHWARTZ.

aux différents biens constitutifs de la délégation de service public. Si les moyens invoqués par le requérant sont validés, le juge pourra adresser des sanctions dont la plus lourde sera la nullité du contrat. Or si le contrat est annulé, tous les éléments s'y rattachant le seront aussi, ce qui implique notamment la classification des biens.

Le juge de l'excès de pouvoir pourra lui aussi être saisi dans le cadre de litiges portant sur l'élaboration du contrat. Le contrat en lui-même ne peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>45</sup>. Seul les actes détachables de ce contrat sont susceptibles d'être concernés par cette action. Les requérants pouvant agir dans l'optique d'un recours pour excès de pouvoir sont nombreux. Toute personne qui justifie d'un intérêt à agir est admise. Cela peut donc concerner des tiers au contrat. Ces tiers peuvent autant être des usagers du service public que des contribuables<sup>46</sup>. La sécurité juridique à laquelle peut s'attendre les parties au contrat est remise en question au regard du grand nombre de personnes pouvant intenter un recours pour excès de pouvoir. Cependant, l'action est exercée à l'égard d'un acte détachable du contrat et non pas contre le contrat lui-même. En général, la nullité de l'acte n'entraînera pas la nullité du contrat puisqu'il y a un détachement de ces deux pièces. Mais il existe une dépendance entre les deux actes. Dès lors, si l'acte détachable est annulé, il peut entraîner la disparition du contrat, qui pourra être constatée par la saisine d'un second juge qui sera le juge du contrat<sup>47</sup>. L'annulation de l'acte détachable ne conduira tout de même pas automatiquement à prononcer l'annulation du contrat.

Les tiers auraient aussi la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat<sup>48</sup>. Ces clauses ont trait au fonctionnement et à l'organisation du service public, d'où l'intérêt des tiers à agir. Ainsi, les clauses au contrat prévoyant le classement des biens peuvent sembler pouvoir faire l'objet d'une telle procédure. La qualification des biens peut avoir un impact sur les usagers qui feront l'objet d'une tarification dépendant des investissements pris par le concessionnaire. De même les contribuables seraient susceptibles d'agir au nom du bon emploi des deniers publics. Ce recours n'aurait pas pour effet d'annuler le contrat dans son ensemble, mais uniquement les clauses sujettes au recours pour excès de pouvoir.

Au titre du déféré préfectoral, il est possible de mettre en cause la validité du contrat des

---

45 CE 14 mars 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, *RFDA* 1997, note P. DELVOLVE, p. 349.

46 CE 25 avril 1994, *Aguila*, *D.* 1995, somm. p.124, obs. Ph. TERNEYRE.

47 CE 7 octobre 1994, *Lopez*, *AJDA* 1994, chron. L. TOUVET et J.-H. STAHL, p. 867 ; *RFDA* 1994, concl. R. SCHWARTZ, p. 1090, et note D. POUYAUD, p. 1098.

48 CE ass. 10 juillet 1996, *Cayzeele*, rec. p. 274 ; *AJDA* 1996, chron. CHAUVAUX et GIRARDOT ; *RFDA* 1997, note P. DELVOLVE, p. 89 ; *CJEG* 1996, note Ph. TERNEYRE, p. 382 ; *LPA* 18 décembre 1996, note VIVIANO.

collectivités territoriales. Pour cela, le représentant de l'État disposera d'un délai de deux mois pour agir à compter de la date à laquelle les actes en causes sont devenus exécutoires. Il lui sera possible d'exercer son contrôle sur des actes détachables au contrat, qui comme dans l'exemple du recours pour excès de pouvoir pourra entraîner éventuellement la nullité du contrat. Les contrats eux-mêmes peuvent être dans certaines situations obligatoirement soumis au déféré. Ce sera le cas des conventions de concessions et d'affermage de services publics locaux<sup>49</sup>.

Le contrat peut aussi être remis en cause à l'occasion de son exécution ou de l'arrivée de son terme, et cela par différents juges. Le juge des référés peut être saisi dans le cadre de l'exécution du contrat s'il s'agit de répondre à une situation particulière. Ainsi, le référé mesures-utiles de l'article L.521-3 du *Code de justice administrative* permet au juge de prescrire des mesures utiles à la bonne exécution du contrat à condition de répondre à une situation urgente, que la mesure soit réellement utile et qu'elle ne fasse pas obstacle à l'exécution d'une décision administrative. Il faut d'autre part l'absence de contestation sérieuse. Le juge a pu adresser une injonction au contractant qui aurait interrompu son activité, mettre à disposition de la personne publique le matériel nécessaire à la continuité du service public<sup>50</sup>. Ainsi, il pourrait être considéré que les biens nécessaires au service public vont au-delà ou en deçà de ce que les parties ont pu prévoir au contrat.

Sachant qu'il s'agit d'un contentieux liant l'exécution du contrat, et que ce dernier n'a qu'un effet relatif, on peut supposer que seuls les contractants auraient la capacité à agir dans cette situation.

Le juge du contrat peut aussi être saisi dans le cas où un litige tenant à l'exécution du contrat serait né. C'est dans ce cas qu'il disposera des prérogatives les plus importantes. Il peut se prononcer sur une demande de déclaration, d'annulation ou encore sur du contentieux de l'indemnisation. Dans le contentieux de la déclaration, le juge ne pourra qu'interpréter le contrat, sans possibilité d'annuler le contrat ou d'allouer des dommages-intérêts. Pour saisir le juge de l'interprétation, que ce soit en recours direct ou incident, il faut que le requérant démontre l'existence d'un litige né et actuel dont la résolution est subordonnée à l'interprétation demandée<sup>51</sup>. Il faut que les parties au contrat aient une interprétation différente des stipulations contractuelles qui risque de poser des problèmes quant à son exécution. Le juge donnera une interprétation au regard des obligations impérieuses du contrat

---

49 Article L.2131-2 *CGCT* ; article L.3131-2 *CGCT* ; article L.4141-2 *CGCT* ; article L1411-9 *CGCT*.

50 CE 30 octobre 1963, *SARL Sonetra*, rec. p. 520 ; en fin de contrat : CE 9 décembre 1988, *Société Les téléphériques du Mont-Blanc*, *AJDA* 1989, obs. X. PRETOT, p. 272.

51 CE sect. , 23 mai 1980, *Commune d'Evaux-les-Baux*, rec. p. 239.

et de son objet<sup>52</sup>.

En principe le juge du plein contentieux ne dispose pas des compétences pour annuler le contrat ou certaines de ses dispositions. En matière de concession de service public, il existe des exceptions<sup>53</sup>, mais elles ne concernent que les parties au contrat. Tout comme précédemment, le contrat dans son exécution n'a qu'un effet relatif, donc les tiers ne pourront pas saisir le juge du plein contentieux pour demander l'annulation du contrat. Ils ne pourront le faire qu'en adressant leur demande au juge du recours pour excès de pouvoir.

Le juge de l'excès de pouvoir pourra être saisi lors de l'exécution du contrat par les tiers s'il s'agit de faire annuler des clauses réglementaires, comme ce pourrait être le cas dans le contentieux portant sur l'élaboration du contrat.

Concernant les actes détachables, les tiers au contrat disposent du pouvoir d'exercer un recours pour excès de pouvoir, même si les actes détachables sont des mesures d'exécution du contrat<sup>54</sup>. Du fait de l'avantage qu'il peuvent retirer de l'exécution du contrat, ils peuvent être garants de la continuité du service public, et cela au-delà de la seule volonté des parties. Il faudra cependant que la mesure d'exécution en cause soit clairement détachable des relations purement contractuelles des contractants.

De la même manière, des actes pris pour l'exécution de la convention pourront être soumis au déferé préfectoral. Or le déferé peut être provoqué par toute personne qui s'estime lésée par une mesure d'exécution du contrat. Dès lors l'équilibre contractuel ne s'en retrouve que plus fragilisé.

Au regard de tout ce qui vient d'être énoncé, on ne peut que conclure à la précarité de la liberté contractuelle des parties à la convention. Cette liberté est d'autant plus réduite que les juridictions administratives ont eu l'occasion d'établir une définition, et donc un périmètre à la qualification des différents biens de la concession de service public.

## **§2. Les critères de distinction des biens énoncés par le juge.**

---

52 CE 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, préc.

53 CE 20 janvier 1965, *Société pompes funèbres générales*, rec. p. 42.

54 CE 24 avril 1964, *Société de livraisons industrielles et commerciales*, rec. p. 239 ; D. 1964, jurispr. note Ch. DEBBASCH, p. 665 ; CJEG 1965 p. 169.

La classification des biens a une importance capitale dans les concessions de service public. De cette distinction faite entre les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres va découler l'application de régimes respectifs à chacune des catégories. Ces régimes vont impliquer un certain nombre de droits et d'obligations qui sont différents selon que l'on se trouve dans l'une ou l'autre qualification. L'exercice pour les parties n'est alors pas à négliger, d'où la nécessité pour elles de passer par une phase de négociation. Cependant, il ne faut pas oublier que la convention de délégation de service public a pour objet un service public. Dès lors, les parties devront respecter les règles applicables. C'est pourquoi, la jurisprudence est venue poser une définition des différents biens composant la délégation de service public, dans le but d'un renfort de la protection du service public et donc pour éviter les dérives dont pourrait être sujet le contrat.

Bien que la jurisprudence soit intervenue depuis longtemps pour apporter une définition, elle a réitéré celle-ci plus récemment. Il a été ainsi jugé que les biens nécessaires au service devaient obligatoirement être qualifiés de biens de retour<sup>55</sup>. Le Conseil d'État a même admis une conception plus large des biens de retour qui regroupent « l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service public »<sup>56</sup>.

Les biens de retour sont donc des biens délégués et affectés à l'exploitation d'un service public concédé. Ces biens peuvent être acquis par le délégant et ensuite mis à la disposition du délégataire qui les utilisera. C'est notamment le cas lorsque le contrat est un affermage ou une régie intéressée où les frais de premier établissement sont pris en charge par l'autorité délégante. Ce peut aussi être le cas des concessions de services public mais les biens peuvent être acquis ou construits par le délégataire. La jurisprudence a eu l'occasion de déterminer les biens de retour comme des biens affectés au service public et nécessaires à son exploitation. Elle a aussi pu les qualifier de biens indispensables ou indissociables au service public.

Ces biens de retour doivent faire l'objet d'une clause de retour obligatoire vers le délégant au terme de la convention, ceci car ils sont supposés appartenir « *ab initio* »<sup>57</sup> à la personne publique concédante, c'est-à-dire dès leur acquisition ou dès l'achèvement de leur construction par le délégataire et cela même avant la fin du contrat. Cependant, c'est le délégataire qui demeure le responsable en vertu d'une mise à disposition de la part de l'autorité concédante. A défaut le contrat

---

55 CE 21 avril 1997, *Ministre du Budget c/ SAGIFA, RFDA* 1997, p. 935, note E. FATÔME et Ph. TERNEYRE.

56 CE sect. TP, avis n° 371234 du 19 avril 2005 EDCE 2005.

57 CE 9 décembre 1898, *Compagnie du gaz de Castelsarrasin*, S. 1901, 3, p. 40 ; CE 28 novembre 1984, *Ministre du Budget c/ Société des autoroutes du sud de la France*, rec. p. 563.

serait qualifié de marché public et ce serait l'Administration qui serait responsable en tant que maître de l'ouvrage.

Un autre critère a pu être soulevé par la doctrine et la jurisprudence et fait encore débat actuellement, il s'agit du retour gratuit de ces biens. Mais, des doutes ont été émis quant aux conséquences que cela pourrait engendrer sur le financement de tels biens. Il est arrivé que la jurisprudence se soit prononcée en faveur de la qualification de bien de retour sans faire référence au caractère gratuit de ce retour<sup>58</sup>.

Bien que les parties au contrat soient tenues par cette définition jurisprudentielle, rien ne les empêche de qualifier contractuellement un bien de retour qui ne l'est pas par essence. Si tel était le cas, c'est que les parties auraient volontairement recherché la propriété publique qui peut être plus protectrice du service public. A l'inverse, un bien considéré par nature comme un bien de retour ne pourra pas faire l'objet d'une qualification autre du fait de son caractère indispensable à l'égard du service public. D'autre part, il convient de soulever la question de l'implantation du bien de retour. En effet, dès lors que le bien est construit sur la propriété de la personne publique concédante, et qu'il fera l'objet d'un aménagement indispensable pour le service public, un tel bien sera incorporé au domaine public de l'autorité concédante. Une telle hypothèse est quasi-systématique. Le bien de retour bénéficiera alors d'une protection poussée, mais son financement privé sera quelque peu difficile à mettre en place. Cette question de la relation entre domanialité publique et bien de retour fera toutefois l'objet d'un développement ultérieur.

De même, un bien pourra être qualifié de retour dès lors qu'il est installé « [...] *sur des propriétés privées grâce à la servitude prévue aux articles L.342-20 et suivants du code du tourisme* »<sup>59</sup>. Ainsi, des équipements construits sur des propriétés privées et autorisés par une servitude ne sont pas la propriété *ab initio* de la personne publique bénéficiaire du service<sup>60</sup>.

Pour leur part les biens de reprises sont simplement utiles et non plus indispensables au service public. Ils sont la propriété du délégataire pendant toute la durée d'exécution du contrat, mais sont susceptibles d'appartenir au délégant en fin de contrat à la condition que ce dernier use de son droit de reprise. Ce droit de reprise n'est en aucun cas une obligation pesant sur l'autorité concédante. Cette reprise se fait généralement contre remise d'un prix au profit du concessionnaire, mais rien

---

58 CE 5 mai 1958, *Secrétaire d'État aux Finances*, CJEG 1960, note A.C.

59 CE sect. TP avis du 19 avril 2005, préc.

60 En ce sens : R. SCHWARTZ, Quelles sont les règles de modification par avenant et de résiliation des délégations de service public? Qui est le propriétaire des biens affectés au service public? *BJCP* 2006, n° 45, p. 197.

n'interdit d'en prévoir la gratuité<sup>61</sup>. Le concédant sera néanmoins tenu de verser une indemnité correspondant à la part non amortie de tels ouvrages. Si la reprise n'est pas exercée, le concessionnaire devra enlever les installations à ses frais, sans indemnités<sup>62</sup>.

Il semble relativement difficile de faire la distinction entre ce qui est utile au service public et ce qui lui est nécessaire. Cette définition pourrait faire l'objet d'une négociation entre les parties, mais il est probable qu'une telle appréciation relèvera en dernier ressort de l'analyse du juge, « *lequel devrait s'en tenir au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, mais pourrait aussi se rapprocher d'un contrôle de la qualification des faits* »<sup>63</sup>.

Les biens propres quant à eux représentent une catégorie résiduelle car ils ne font ni l'objet d'un retour vers le concédant, ni d'une reprise éventuelle. Ils sont la propriété du concessionnaire pendant la durée de la convention mais aussi au terme de celle-ci. Il s'agit de biens que l'on peut qualifier de banals par rapport au service public et qui ne permettent donc pas la continuité dudit service. De tels biens peuvent être construits ou acquis par le concessionnaire pour l'exercice d'une activité indépendante de la concession<sup>64</sup>. Mais le Conseil d'État a aussi pu admettre que des biens propres peuvent être affectés à l'exploitation du service concédé tout en demeurant la propriété du concessionnaire.

Force est de constater que la convention de concession de service public prend en compte un certain nombre d'obligations qui peuvent être qualifiées d'impérieuses, et qui encadrent la liberté contractuelle qui appartient aux parties. Ces règles protectrices bien qu'efficaces posent néanmoins des limites et des difficultés pratiques auxquelles il conviendrait de remédier.

---

61 CE 8 juin 1928, *Commune de Barges*, rec. p. 718.

62 CE 11 mai 1956 *Compagnie de transports en commun de la région de Douai*, préc.

63 J-F SESTIER, Retours sur la question des biens de retour, *BJCP* N° 48, 2006, p. 327.

64 CE 6 avril 1900, *Ville de Nantes*, rec. p. 271.

## **Partie 2 : Les difficultés pratiques découlant de la classification des biens de la concession de service public**

Les problèmes que peuvent rencontrer les parties sont d'ordre divers. Les obligations qui découlent de la notion de service public peuvent représenter une entrave à la liberté contractuelle qui risque de remettre en cause l'usage du procédé contractuel (*Chapitre 1*). Dans le même sens, les règles protectrices de la domanialité publique peuvent constituer un frein à l'utilisation de la délégation de service public, des effets contraignants pouvant s'appliquer à certains biens (*Chapitre 2*).

### **Chapitre 1 : Les exigences posées par le service public, obstacles à la catégorisation des biens**

Les impératifs liés au service public ont conduit à poser une définition qui établit une distinction peu aisée entre les différents biens (*Section 1*). Par ailleurs, du fait du service public et selon le type de biens, il sera nécessaire d'imposer une obligation de bon état d'usage à la fin de la concession (*Section 2*).

#### **Section 1 : La difficile distinction entre utilité et nécessité des biens.**

Bien qu'une définition ait eu le mérite d'intervenir afin de tenter une clarification, il n'en demeure pas moins que dans la pratique, il n'est pas aussi aisée d'effectuer le classement des biens (§1). Du fait de l'imprécision des notions employées, plusieurs interprétations peuvent apparaître opportunes (§2).

##### **§1. Les critères de qualification des biens et leurs inconvénients.**

A ce jour, les textes régissant les délégations de service public sont peu nombreux. Ils ne font que fixer un cadre minimal à l'exercice de ce procédé contractuel. Il n'existe donc pas de corpus de textes traitant expressément de la classification des biens qui doit être menée au sein de la

concession de service public. Or un tel exercice est essentiel au regard des enjeux qu'il entraîne. Il faut cependant préciser qu'il peut exister dans les contrats de concession de l'État des indications sur le contenu que peut ou doit prendre le classement.

De la classification qui va être établie au contrat vont découler un certain nombre de conséquences. L'un des intérêts sera notamment d'ordre financier. Tous les biens ne sont pas susceptibles d'être indemnisés. En effet, les biens de retour sont censés revenir gratuitement à la collectivité publique délégante, alors que les biens de reprises sont généralement remis contre une indemnisation au concessionnaire. Cependant, tel qu'il l'a été énoncé plus haut, ce critère de la gratuité n'est pas toujours repris par la jurisprudence.

De la classification qui est donnée va aussi dépendre la durée de la concession. Celle-ci est déterminée en fonction « [...] de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre »<sup>65</sup>.

Un des autres effets de la détermination et qui n'est pas à négliger concerne le financement de ces biens. Ces biens à construire et à exploiter peuvent représenter un coût très important. Il est alors judicieux, si pas nécessaire pour le concessionnaire de constituer des garanties auprès des banques. Or le régime qui s'attache à certains biens interdit la constitution d'hypothèques et autres mécanismes de sûretés. Du moins cela nécessite l'exercice d'un droit de propriété sur les biens, ce qui n'est pas possible pour la totalité des biens de la concession.

C'est au regard des différents intérêts en jeu que la jurisprudence a tenté à maintes reprises d'établir une typologie des biens intégrant la concession de service public. Cette tentative a abouti à l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État du 19 avril 2005. Sont donc classés dans les biens de retour, les biens nécessaires au fonctionnement du service public. A la différence, les biens de reprise sont les biens qui sont simplement utiles au fonctionnement du service public. Enfin les biens propres sont ceux qui ne sont qualifiables ni de biens de retour, ni de biens de reprise. Au regard du sens que l'on peut donner à ces deux qualificatifs, il y a une distinction claire et précise. Le caractère nécessaire peut se définir comme quelque chose dont la présence ou l'action rend seule possible une fin, un effet. Ce serait une chose dont on ne pourrait se passer. Ces biens de retour ont aussi pu être qualifiés d'indispensables. En ce sens, on peut entendre par ce qui est indispensable, quelque chose qui est essentiel, vital à la raison d'être, au fonctionnement du service.

---

65 Article L.1411-2 *CGCT*.

A l'opposé, peut être considéré comme utile quelque chose qui peut servir, être profitable, ou encore procurer un avantage sans pour autant constituer la finalité du service public. Dès lors le bien de retour est un bien sans lequel le service public ne peut survivre, alors que le bien de reprise permet davantage de le pérenniser, de l'améliorer.

Le Conseil d'État ne semble pas persuadé de la justesse du critère à employer actuellement. Au cours de ses arrêts il a pu considérer que des biens de retours sont indispensables<sup>66</sup> au service public, ou encore qu'ils sont nécessaires<sup>67</sup>, voir même indissociables. Dans son avis de 2005 il a réitéré sa tentative de définition en qualifiant de biens de retour les biens nécessaires au « *fonctionnement du service public* », et non plus au service public lui-même.

Il est donc difficile de savoir où s'arrête l'utilité et où commence la nécessité, et cela que ce soit pour les parties ou même pour le juge. Il n'existe pas d'échelle qui définisse les différents degrés d'intégration à l'activité de service public et sur laquelle pourraient se baser les contractants ou le juge. Il apparaît que cette délimitation dépend de différents éléments à prendre en compte par le délégataire ou le délégant. De même qu'il n'existe pas de convention type, il n'existe pas de classification type. Le patrimoine servant au fonctionnement du service public est propre à chaque situation. Ceci est d'autant plus vrai lorsque l'on compare des concessions de service public de secteurs différents. Les besoins ne seront jamais les mêmes. Cette analyse est légitime dans le sens où le service public est régi par la règle de la mutabilité. Il y a une adaptation de ces nécessités. Le service public n'est pas figé, le patrimoine nécessaire à son exploitation est donc forcément en mouvement constant.

Pour illustrer de tels propos, la question peut se poser de la qualification du matériel roulant dans le cadre d'un service public de transport. De prime abord, ce matériel pourrait revêtir la qualification de bien de retour car permet le fonctionnement du service public. Sans lui les usagers ne pourraient plus se déplacer et les infrastructures accueillant ce matériel ne seraient plus d'aucun intérêt, du moins si elles étaient spécialement adaptées à ce type de bien.

Selon un autre point de vue, le matériel pourrait être considéré comme du bien de reprise car seulement utile à l'exécution de la mission de service public. Une telle interprétation a pu être validée par le Conseil d'État dans son arrêt du *11 mai 1956 Compagnie de transports en commun de la région de Douai*. Le juge avait considéré que le fait de changer le matériel roulant n'entravait point

---

66 CE 11 mai 1956, *Compagnie de transports en commun de la région de Douai*, préc.

67 CAA Douai 30 juin 2010, *ERDF*, préc.

l'exécution du service public de transport. Si ce matériel est interchangeable sans bouleverser le fonctionnement du service, on peut supposer que celui-ci ne présente qu'un caractère utile.

Une question reste en suspens par rapport à cette analyse. En pratique, le contrat ne se sera pas simplement attaché à définir la mise en place d'un service de transport. En général, la convention va aller jusqu'à déterminer les moyens à mettre en œuvre, c'est-à-dire la forme que prendra le moyen de transport. Dès lors le matériel roulant ne peut que difficilement faire l'objet de modifications, sans risquer de créer un bouleversement dans l'objet du contrat, donc dans sa substance.

Dans le même ordre d'idée, il pourrait s'avérer en cours d'exécution, du fait du principe de mutabilité du service public, qu'un bien initialement qualifié d'indispensable au fonctionnement de l'activité se révèle par la suite simplement utile, et inversement. Cela pourrait-il entraîner un bouleversement économique du contrat tel que celui-ci ne pourrait davantage être exécuté ?

Les obstacles à la détermination du caractère utile et nécessaire conduisant à la qualification de biens de retour ou de biens de reprise sont d'autant plus accentués qu'il est possible d'appliquer dans certains cas la théorie de l'accessoire indissociable. Ce ne serait alors plus le caractère utile ou indispensable qui rentrerait en compte pour classer le bien en question, mais uniquement le fait que ce bien soit rattaché à un bien indispensable au fonctionnement du service public.

La limite et la distinction entre le caractère utile ou nécessaire d'un bien n'est pas non plus évidente à mettre en place lorsque ce bien possède une destination mixte. C'est le cas des biens qui peuvent être qualifiés d'ouvrages complexes ou d'ouvrages multifonctionnels. Ces ouvrages peuvent exister notamment dans les concessions de remontées mécaniques. C'est l'exemple d'une infrastructure faisant office à la fois de gare de départ et d'arrivée, servant de hangar pour le matériel de damage et de balisage des pistes et accueillant aussi des restaurants ou des commerces. L'infrastructure pourra autant revêtir un caractère utile que nécessaire. Convient-il de faire primer une qualification sur une autre ? L'ouvrage doit-il revêtir les différentes qualifications ? Faut-il faire un découpage du bien selon l'utilisation qui en est faite ?

Toutes les interrogations qui viennent d'être soulevées apportent la preuve de la complexité de la situation, et cela malgré la définition qui a pu être énoncée par la jurisprudence. Le débat reste donc ouvert tant qu'une position claire et précise ne sera pas intervenue.

## **§2. Les solutions envisageables au bénéfice d'une tentative de clarification de la situation.**

Face à la situation actuelle de la classification des biens qui vient d'être précédemment développée, plusieurs analyses et interprétations peuvent être données selon la position qui est prise et défendue.

Le professeur L. Richer a pu proposer de faire référence à une quatrième catégorie de biens<sup>68</sup> pour tenter de capter au mieux les différentes situations, ce qui n'a pas été pour autant admis par les tribunaux. Cette catégorie regrouperait les biens qui sont indispensables au service public mais qui sont la propriété du délégataire. Une telle catégorisation semble restreinte dans le sens où ces biens n'apparaissent que dans des cas particuliers ou à titre exceptionnel comme dans les montages complexes couplant une autorisation d'occupation ou un bail emphytéotique administratif à une convention de délégation de service public ou encore lorsque la loi intervient. C'est aussi le cas du bien qualifié de bien de retour et qui est édifié sur le domaine privé en vertu de la servitude prévue aux articles *L.342-20 et suivants* du *Code du tourisme*.

Plutôt que de s'essayer à la difficile tâche que représente la définition de ces différentes catégories de biens participant à l'exercice du service public dans le cadre concessif, il conviendrait d'envisager la mise en place de la méthode du faisceau d'indice qui est une solution appréciée en droit administratif et dont l'efficacité n'est plus à prouver. D'autre part, l'avantage d'une telle technique est qu'elle ne figerait pas la consistance du patrimoine et s'adapterait à l'objet même de la convention qu'est le service public.

Un bien pourrait être ainsi qualifié de bien de retour si sa participation au fonctionnement du service public est active, effective et surtout directe. De même, pourrait constituer un autre indice le fait que le bien soit consubstantiel au service public. L'idée serait que si le bien venait à disparaître le service public ne pourrait pas davantage exister.

Ainsi la question de la classification qui peut se poser à l'égard des mesures compensatoires environnementales pourrait être réglée. Ces mesures compensatoires environnementales ont pour but, notamment dans le cadre de projet d'infrastructures tels que les délégations de service public, d'aménager un espace de préservation d'espèces biologiques animales ou végétales. Pour ne citer que cet exemple, ce serait le cas des crapauduc ou autres ouvrages permettant le franchissement de constructions autoroutières par des animaux. Ces aménagements sont principalement créés pour la

---

68 L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2008, p. 602.

préservation des espèces, mais ils participent aussi à la sécurité de l'utilisation des routes par les usagers. En ce sens, ces aménagements ne pourraient-ils pas être qualifiés de nécessaires au fonctionnement du service public ? Il convient de noter qu'ils participent activement au service public en assurant son fonctionnement dans les meilleures conditions. Cependant ces mesures compensatoires environnementales ne participent pas directement au service public et ne semblent pas être consubstantielles au service public. Dès lors la solution qui apparaît serait de qualifier davantage de tels biens en biens de reprises car ils permettent l'optimisation du service et non son existence.

De même concernant les biens immobiliers, l'ensemble des infrastructures servant à l'exploitation et au fonctionnement du service public pourrait être qualifié de biens de retour. Même si le matériel roulant venait à disparaître, l'infrastructure pourrait faire l'objet d'une adaptation du fait du principe de mutabilité du service public, à moins que cela soit trop coûteux, auquel cas, l'opération n'aboutirait pas, le principe de bon usage des deniers publics devant s'appliquer en complément des exigences du service public. En général ces infrastructures participent de l'existence même du service public, en leur absence le service public ne pourrait survivre. Ce serait le cas par exemple des stations de départs et d'arrivée des téléphériques dans les stations de montagnes, ou encore des pylonnes et câbles servant le déplacement des cabines.

Mais tous les biens immobiliers servant à l'exploitation du service public ne sont pas obligatoirement qualifiables de biens de retour. La question a fait débat concernant les immeubles de bureaux et les logements de fonction<sup>69</sup>. Il a été interprété que de tels immeubles ne constituaient pas à l'origine et compte tenu de leur nature, des biens de retour à moins que les parties en aient décidé autrement. Or, il peut être nécessaire dans certaines concessions qu'une présence humaine soit à proximité des immeubles permettant la bonne exploitation du réseau de distribution, et donc la continuité du service. Dès lors pourquoi ne pas considérer qu'il s'agit de biens nécessaires au fonctionnement du service public ? Ils participent de manière directe, active au service et de tels biens pourraient même être consubstantiels à l'existence du service public. Si un problème technique venait à se produire et qu'il n'y a personne à proximité, on peut penser que la continuité du service public sera mise en péril.

Dans son avis du 19 avril 2005, le Conseil d'État reste muet sur la possibilité qu'auraient les parties de qualifier un bien utile en tant que bien de retour. Il en va de même concernant un bien qui lui-

---

69 CAA Douai 30 juin 2010, *ERDF*, préc.

même ne serait pas un bien de retour mais qui en serait un complément indispensable au service public. On peut ainsi penser qu'une telle hypothèse est admise et la volonté contractuelle bien que quelque peu limitée par l'encadrement jurisprudentiel demeurerait le principe. « *Si un équipement nécessaire est obligatoirement un bien de retour, c'est simplement pour que le service public puisse détenir les moyens d'un bon fonctionnement à l'issue de la convention* »<sup>70</sup>. Ces biens de retour représentent un seuil de protection minimum, « un minimum domanial incompressible », les parties pouvant décider d'établir une protection bien plus étendue.

Une autre solution serait envisageable et reviendrait à poser une présomption de qualification. Cette qualification pourrait être celle de bien de retour ou de bien de reprise selon l'angle choisi.

L'intérêt est que par principe tous les biens seront considérés comme nécessaires et feront donc retour gratuitement à la collectivité concédante. L'inconvénient est que le retour de biens en bon état mais obsolètes ne seraient pas obligatoirement intéressants pour la personne publique. La position pourrait donc plutôt porter sur une présomption de qualification en bien de reprise, sachant que les biens pourront revenir gratuitement à la fin à la personne publique du fait que l'évaluation du bien se fait à dire d'expert en tenant compte de la valeur économique réelle. De même, le concessionnaire pourra être propriétaire du bien pendant la période d'exploitation et donc faire financer le bien.

La classification des biens qui découle de la préservation du service public n'est pas chose aisée à mettre en place en pratique bien que des éclaircissements aient été tentés. La situation actuelle est telle qu'une grande place est laissée à la libre interprétation des parties ou même de la doctrine. Cette qualification dans le respect des exigences de continuité et de mutabilité est d'autant plus importante que des droits et obligations vont en découler.

## **Section 2 : La remise en bon état d'usage, exigence découlant du service public.**

La remise en bon état d'usage des biens en fin de concession est une obligation répondant à des enjeux qui ne sont pas à négliger par les parties (§1). Bien qu'une telle obligation soit nécessaire au regard des exigences du service public, sa mise en place en pratique demeure particulièrement complexe (§2).

---

70 J-F SESTIER, Retours sur la question des biens de retour, préc.

## **§1. Les enjeux de l'obligation de bon état d'usage.**

En principe, l'État ou les collectivités concédantes doivent récupérer les biens permettant l'exploitation et le fonctionnement du service public. Or l'action du temps et l'utilisation en continu de ces biens, fait que leur état a tendance à se détériorer et cela jusqu'à la fin de la délégation. Pour remédier à cela ces biens doivent être rendus dans un état suffisamment correcte pour respecter ces exigences. *A contrario*, l'activité du service public et donc le service public risqueraient de disparaître. Au titre de la continuité du service public, il est donc possible et même indispensable pour le concédant d'imposer au délégataire de lui remettre les biens dans un état acceptable pour permettre la bonne exécution de l'activité même lorsque le contrat est arrivé à terme. Comme il l'a déjà été rappelé, le service public survit au contrat. Le contrat n'est qu'un moyen d'action du service. Or si les moyens matériels nécessaires au bon fonctionnement sont dans un état de dégradation trop avancé, la continuité de l'activité ne pourra être garantie. L'entretien du patrimoine de la concession consiste donc à assurer en permanence le déroulement de l'activité dans de bonnes conditions de sécurité et de commodité pour les usagers. Par ailleurs il faut noter que l'exploitation du service public constitue un ensemble de tâches allant de la conduite de travaux jusqu'au renouvellement des équipements en passant par leur entretien et leur réparation.

Cette obligation concerne autant les biens de retour que les biens de reprises. Ces derniers faisant l'objet d'une indemnisation en fin de contrat, le concessionnaire aura tout intérêt à entretenir le bien et faire en sorte qu'il soit remis dans le meilleur état possible. En effet, le prix versé par l'autorité concédante dépendra notamment de l'état de vétusté du bien. De même, étant donné que le bien de reprise fait l'objet d'une option, et non d'une obligation, si la personne concédante considère que le bien n'est pas dans un bon état d'usage, elle ne sera pas obligée de le reprendre. Elle pourra même obliger le délégataire à démonter le ou les biens et cela à ses frais. En effet, si la personne publique ne fait pas jouer son droit de reprise, le concessionnaire demeure le propriétaire et responsable du bien de reprise. Or si celui-ci est installé sur le domaine public ou privé de la personne publique, il ne peut y demeurer<sup>71</sup>.

D'autre part, de nombreuses activités de service public faisant l'objet de concessions de service

---

71 CE, 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, préc.

public sont des activités de nature industrielles et commerciales. Pour exemple, le service public de remontées mécaniques a été qualifié de service public industriel et commercial par le Conseil d'État<sup>72</sup>. Or ces activités interviennent normalement dans un secteur économique privé et concurrentiel. Pour maintenir une activité de service public dans un tel environnement, il apparaît donc que les biens nécessaires à l'exploitation des remontées mécaniques doivent au minimum être dans un bon état d'utilisation. À défaut, il y a un risque pour la station de voir sa clientèle se diriger vers d'autres stations nationales voir même internationales qui auront un matériel plus adéquat. L'enjeu économique n'est donc pas à dénigrer par les parties, d'où l'intérêt de faire entretenir les différents biens par le délégataire.

Un autre enjeux permet d'inciter les parties à respecter cette obligation de bon état d'usage, il s'agit du risque pesant sur leur éventuelle mise en responsabilité pour défaut d'entretien du matériel. La responsabilité d'un concessionnaire par des usagers du service public du fait d'un défaut d'entretien ou du fonctionnement défectueux des installations a été admise par la jurisprudence<sup>73</sup>. Il convient de rappeler que pour de tels dommages dans le cadre d'un service public industriel et commercial, le litige ressort de la compétence du juge judiciaire<sup>74</sup>. La responsabilité contractuelle du délégataire pourrait tout autant être envisagée. L'obligation d'entretien qui découle du bon état d'usage dans lequel doit être remis le bien fait l'objet de dispositions diverses. Ainsi, l'article R.1411-7 du *Code général des collectivités territoriales* traitant du rapport annuel d'activités rappelle qu'il doit être fait état du suivi du programme d'investissement et de renouvellement des biens notamment au regard des normes environnementales et de sécurité. Ces dispositions sont retranscrites la plupart du temps par des clauses contractuelles, d'où la possibilité pour le concédant d'imposer ces travaux au concessionnaire.

Mais, il existe à côté une responsabilité subsidiaire de l'autorité délégante qui persiste et qui est depuis longtemps admise, et ce, dès lors que le concessionnaire est insolvable<sup>75</sup>. Ce qui pourrait être le cas dans les concessions de service public de moindre taille.

Au titre des dispositions posant l'obligation d'un rapport annuel, le concédant est tenu de contrôler notamment la qualité du service. Cette qualité de l'activité peut dépendre de l'entretien des infrastructures et équipements mais aussi des investissements pris par le délégataire. On peut

---

72 CE 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, rec. p. 67.

73 CE 26 novembre 2007, *M. Migliore*, *AJDA* 2008, obs. J.-D. DREYFUS, p. 210 ; *BJCP* 2008 n° 57, concl. D. CASAS, p. 113.

74 T. confl. 19 février 1990, *Thomas c/ commune de Francazal*, rec. tables, p. 618.

75 CE sect. 13 novembre 1970, *Ville de Royan*, rec. p. 683

supposer que si l'Administration n'effectue pas ce contrôle de qualité du service, une part de responsabilité pourrait lui être imputable quand bien même l'exploitation d'un service public implique l'existence de risques et périls.

L'obligation de remise en bon état découle essentiellement des exigences du service public, mais d'autres facteurs rentrent en ligne de compte pour faire appliquer cette règle. Bien que les parties y soient normalement tenues, elles peuvent néanmoins éprouver des difficultés d'un point de vue pratique.

## **§2. Les difficultés posées par l'obligation de bon état d'usage.**

La remise des biens en bon état d'usage peut faire l'objet d'un simple entretien ou d'un renouvellement. Cette distinction représente une première difficulté d'ordre pratique. Un véritable choix s'offre au concessionnaire. Si le cocontractant choisit l'entretien régulier et préventif, il pourra éviter d'être confronté à des renouvellements intempestifs. Si le choix porte davantage sur une politique de renouvellement, cela réduira la fréquence des immobilisations d'ouvrages en vue de leur entretien. Initialement, les textes d'origine législative ou réglementaire étaient peu nombreux à traiter de cette distinction. Actuellement encore, la distinction ne semble pas aisée.

On pourrait donc entendre par entretien le fait de tenir, de conserver en bon état les équipements, ouvrages et infrastructures. Une telle obligation consisterait donc davantage dans la réparation du matériel d'un service pour le maintenir en bon état. L'idée serait donc de répondre au bon fonctionnement du service public en y répondant par une continuité de l'entretien des équipements. Cela éviterait donc des investissements substantiels au délégataire. Serait donc qualifié de travaux d'entretien tout ce qui a trait à la maintenance des biens nécessaires au fonctionnement de la concession de service public.

A la différence, le renouvellement se définirait plutôt comme un changement complet de la structure du bien. Cela impliquerait donc que le bien doit être changé compte tenu du mauvais entretien mené par le concessionnaire, soit pour répondre à des exigences issues des textes. Ce serait l'exemple d'une nouvelle norme de sécurité qui tendrait à s'appliquer au matériel employé dans le cadre de la délégation de service public. Donc l'obligation d'entretien et de renouvellement ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Il est probable que même en ayant respecté son devoir d'entretien des ouvrages, le cocontractant soit malgré tout tenu par un ou des renouvellements dans le cadre de son exploitation.

La distinction entre renouvellement et entretien n'est pas évidente à faire, mais un autre problème plus en amont peut se rencontrer. Il s'agit de savoir à partir de quel moment un équipement ou une infrastructure ne seront plus considérés comme en « bon état ». Pour cela, il conviendrait aux parties d'être en capacité d'appréhender dans les meilleures conditions les échéances de fin de concession. Il faudrait donc qu'elles définissent par catégorie d'objet ou de concession un rapport entre un état cible et une date cible, qui ferait l'objet d'un contrôle régulier. Cette tâche peut sembler délicate du fait de la prise en compte de plusieurs facteurs qu'ils soient techniques, économiques ou juridiques. Ainsi les contractants devraient se rattacher à leurs services financiers, techniques ou juridiques afin d'établir de la manière la plus adéquate ce rapport cible.

Concernant cette obligation de renouvellement, il est envisageable de faire une distinction entre deux logiques différentes<sup>76</sup>. Si le renouvellement consiste à assurer la continuité immédiate et permanente du fonctionnement du service, on se trouve dans un renouvellement d'ordre fonctionnel. A la différence, si l'obligation de renouvellement devait découler d'un choix purement politique de la part de l'autorité concédante et visant à préserver ou valoriser le patrimoine, alors on se situerait plutôt dans le renouvellement patrimonial. Cette distinction bien qu'intéressante complexifie la classification à faire entre les différents biens. Au sein d'une même délégation certains biens pourront relever d'une logique fonctionnelle alors que d'autres pourront relever d'une logique patrimoniale. Cette difficulté est accentuée par d'autres situations. Il serait envisageable qu'un même bien réponde aux deux logiques. Ce serait l'exemple cité par l'association des maires de France<sup>77</sup> en matière de service d'eau potable où le contrat peut charger le délégataire du renouvellement fonctionnel des compteurs d'eau, mais aussi de leur renouvellement patrimonial à partir d'une limite d'ancienneté.

Le fait est qu'il existe une différenciation des contrôles de la collectivité selon que l'on se trouve dans une obligation de renouvellement patrimonial ou fonctionnel. Le contrôle du renouvellement patrimonial pourra être effectué à l'occasion de la remise du rapport annuel du délégataire qui contient un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens. Si une telle obligation n'était pas respectée, le délégataire pourrait se voir contraint de rembourser les montants affectés à de telles opérations. Dans ce cas, l'Administration

---

76 S. BRACONNIER et B. DUTOUR, Les clauses relatives aux travaux de renouvellement dans les contrats de délégation de service public, *Contrats marché publ.* n° 12, décembre 2008, 11.

77 Association des maires de France, *Guide de l'affermage du service de distribution de l'eau potable*, 2001.

délégante pourra, voir devra affecter les sommes nécessaires à la réalisation de l'objectif de renouvellement patrimonial. A la différence, le renouvellement fonctionnel ne donne lieu à aucune indemnisation ou régularisation financière car cette obligation découle des devoirs qui incombent au concessionnaire au titre de la bonne exécution et du bon fonctionnement de l'activité de service public.

Ces exigences de renouvellement et d'entretien étant primordiales pour la survie du service public, elles peuvent faire l'objet de mécanismes contraignants ou incitatifs. Tout dépendra de la politique choisie et des relations qu'entreprendront les parties au contrat.

Certaines convention peuvent donc prévoir des fonds contractuels qui peuvent prendre la forme de comptes de renouvellement et qui imposent au délégataire le prélèvement annuel sur ses produits d'un montant déterminé, basé sur un forfait ou sur la fréquentation du service public et qui est affecté aux dépenses de renouvellement. L'avantage est que le renouvellement, qu'il soit fonctionnel ou patrimonial, sera limité au montant affecté au compte de renouvellement.

Dans le même registre, dans les concessions autoroutières, il existe un système de programme d'entretien qui doit être établi par les parties. Ce programme fait l'objet d'une négociation entre les parties avant l'arrivée à terme de la concession de service public. En général, ce délai est de cinq à sept ans. Ce programme d'entretien est fixé en fonction du rapport entre l'état et la date cible du bien qui établit la limite à partir de laquelle il n'est plus considéré en bon état.

Un autre mécanisme peut être employé par les parties au contrat, il s'agit de la mise en place de comptes de travaux. Il s'agit de fonds financiers constitués sur le patrimoine et gérés par le cocontractant. C'est un mécanisme qui permet de dédier un pourcentage sur les sommes perçues par le délégataire au titre de l'exploitation, aux travaux d'entretien et de renouvellement qui lui incombent du fait des exigences du service public. Malgré l'affectation de ces comptes à l'entretien et au renouvellement des biens de la délégation de service public, la propriété semble à première vue relever du cocontractant. Cependant, le Conseil d'État a pu en décider autrement et a considéré que le solde positif d'un compte de travaux devait revenir à l'autorité concédante à la fin de la concession<sup>78</sup>. Une telle décision peut paraître curieuse dans le sens où le cocontractant s'était acquitté des obligations qui lui incombent et que les sommes du compte de travaux étaient issues d'un pourcentage prélevé sur les redevances qu'il avait pu percevoir.

Les exigences du service public méritent d'être respectées. Si tel n'était pas le cas, ce serait

---

78 CE 7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> ss-sect., 23 décembre 2009, n°305478, *Société des pompes funèbres OGF*.

tout le procédé contractuel de la délégation de service public qui se trouverait être remis en cause. Cependant, les rigidités qu'imposent la continuité et la mutabilité du service public représentent un frein à la bonne exécution du contrat par les parties. Ces problèmes sont d'autant plus accentués que la domanialité publique s'avère être un outil efficace de protection du service public.

## **Chapitre 2 : Le classement des biens face aux règles protectrices de la domanialité publique.**

La domanialité publique représente un bouclier efficace contre les atteintes qui pourraient être portées au service public par les parties. En ce sens, ce domaine protecteur est nécessaire. Mais il pose des limites, notamment à l'égard de la liberté contractuelle des parties qui devrait un minimum être préservée afin de leur laisser une marge de manœuvre pour classer les biens de la concession (*Section 1*). De même la protection issue des règles du domaine public est un frein réel au financement des biens servant au fonctionnement du service public (*Section 2*).

### **Section 1 : La qualification biens de retour, biens de reprise ou bien propres face à la distinction bien meubles et biens immeubles.**

L'attractivité de la notion d'ouvrage public crée une protection particulière à l'égard des biens concernés qui sont des biens de retour. S'agissant des biens immeubles, il existe une certaine proximité entre la notion de bien de retour et de domanialité publique, même si de tels biens peuvent aussi entrer sous la qualification de biens de reprise ou de biens propres (§1). A côté, les biens meubles sont pour leur part moins enclins à être qualifiés de biens de retour (§2).

#### **§1. Nature immobilière et détermination des biens.**

Les biens immeubles sont qualifiés en tant que tels, du fait de leur nature, de leur destination ou de leur objet. Ainsi sont des biens immeubles par nature les biens qui ne peuvent pas être déplacés et qui n'ont pas vocation à l'être. Ce sera le cas de terrains, installations ou d'ouvrages incorporés à un terrain. A la différence, les biens sont immeubles par destination en raison de l'étroite relation de tels biens avec un bien immeuble. Un bien meuble par nature pourra être qualifié de bien immeuble du fait de sa proximité avec un bien immeuble auquel il est rattaché. Les immeubles par objet sont évoqués par le code civil qui envisage la qualification de bien immeuble dès lors que l'on se trouve dans la situation d'un usufruit, d'une action en revendication d'un

immeuble ou d'une servitude<sup>79</sup>.

Le *Code général de la propriété de la personne publique* de son côté énonce que « *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* »<sup>80</sup>. L'article L.1 du *CG3P* évoque les biens et droits à caractère mobiliers et immobiliers de l'État, des collectivités territoriales et de leurs groupements.

Or, la définition des biens de retour retenue par la jurisprudence évoque des biens nécessaires ou indispensables au service public, voir à son fonctionnement. De ce point de vue, le bien immobilier étant affecté à l'exécution de la mission de service public fera l'objet d'un aménagement indispensable et cela quasi-systématiquement. E. Fatôme observait d'ailleurs que « *tout aménagement [...] d'un bien pour l'exécution d'un tel service (public) est, tout au moins on peut l'espérer sinon il serait superflu, indispensable pour l'exécution de ce service* »<sup>81</sup>. Un tel bien sera alors qualifié d'ouvrage public, car il réunit trois conditions que sont la nature immobilière d'un tel bien ; l'existence d'une intervention humaine, ce qui sera le cas dès lors qu'il y a une adaptation du bien à l'activité de service public ; l'affectation à une mission de service public, condition qui sera tout autant remplie, *a contrario* le contrat en cause ne saurait être une concession de service public. Les biens de reprise ayant un caractère immobilier peuvent aussi être qualifiés d'ouvrages publics, car des ouvrages publics peuvent appartenir à des personnes privées<sup>82</sup>.

Il y a donc un recoupement des critères définissant l'affectation des biens avec la propriété publique, et même avec le domaine public. Par conséquent, on ne peut que constater l'étroite relation qu'il existe entre la qualification de bien de retour et son appartenance au domaine public de la personne publique concédante.

Cependant, le bien immobilier peut être un bien de retour sans obligatoirement appartenir au domaine public pour autant. L'avis du Conseil d'État de 2005 énonce dans ce sens que : « *l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, installés [...] sur des propriétés*

79 Article 526 *C. civ.*

80 Article L. 2111-1 *CG3P*.

81 E. FATÔME, La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions, *AJDA* 2006, p. 1089.

82 CE 20 novembre 1964, *Ville de Carcassonne*, rec. p. 753 ; *AJDA* 1965 II, p. 183, concl. BERTRAND.

*privées grâce à la servitude prévue aux articles L.342-20 et suivants du code de tourisme, appartiennent dès l'origine à la personne publique [...] »<sup>83</sup>. Ce ne sera ainsi pas tant le lieu d'implantation que l'affectation au service public qui fera que le bien sera qualifié de bien de retour. La servitude prévue au code du tourisme permettra de déroger au principe de l'incorporation au domaine public. En effet, normalement, le bien immeuble étant implanté sur le domaine privé, considéré comme nécessaire au fonctionnement du service public devrait être affecté au domaine public dès lors qu'il a subi un aménagement indispensable. Or la servitude empêchera cette incorporation de force.*

Une distinction de régime doit alors être faite au sein même des biens de retour, qui pourront bénéficier soit des règles protectrices de la domanialité publique soit des règles communes de protection au titre de la propriété privée de la personne publique.

Une question peut se poser concernant les biens de reprise ayant un caractère immobilier. De tels biens sont affectés au service public, bien que n'étant qu'utiles. A ce titre, on peut considérer qu'ils peuvent être l'objet d'un aménagement indispensable afin de répondre au mieux à l'exécution de la mission de service public. Certes, la propriété de ces biens de reprise est supposée appartenir au cocontractant concessionnaire, mais dès lors que l'Administration fait jouer son droit de reprise, ces biens deviendront sa propriété. Ainsi, les critères permettant l'incorporation au domaine public seraient remplis. Si de tels biens appartiennent au domaine public, ne pourraient-ils pas alors revêtir la qualification de biens de retour ? Le Conseil d'État dans son avis de 2005 semble aller dans le sens d'une conception large de la notion de biens de retour car il y englobe « l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service » et non les seuls biens indispensables au service public.

Mais dans un arrêt plus récent, la cour administrative de Douai a pu prendre une position différente<sup>84</sup>. La cour s'est fondée sur le cahier des charges pour rendre sa décision et est allée dans le sens d'une interprétation stricte de celui-ci. Elle a considéré qu'en dehors des immeubles et ouvrages de la distribution d'électricité qui sont nommément désignés dans le cahier des charges comme des biens de retour, les autres immeubles constituent des biens de retour sous réserve qu'ils soient indispensables à l'exploitation. Donc les immeubles de bureaux du délégataire et les logements de fonction de ses salariés ne peuvent être qualifiés de biens de retour, à moins que la preuve soit apportée qu'ils sont indispensables à l'exploitation. On aurait pu penser malgré tout que de tels biens

---

83 CE sect. TP, avis du 19 avril 2005, préc.

84 CAA Douai 30 juin 2010, *Société ERDF*, préc.

immobiliers auraient pu être rangés dans la catégorie des biens de reprises car ils peuvent avoir une certaine utilité. Il semble que la doctrine soutient davantage la position d'une classification dans les biens propres<sup>85</sup>.

Une autre difficulté peut se poser quant à la qualification de biens de nature immobilière en vertu de la théorie de « l'accessoire indissociable »<sup>86</sup>. Cette théorie est évoquée par l'article L.2111-2 du *Code général des personnes publiques* qui fait référence à des « biens des personnes publiques [...] qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constitue un accessoire indissociable ». Cette théorie relève de deux logiques, une concernant l'existence d'un lien physique et une concernant l'existence d'un lien fonctionnel.

Le lien est physique en référence à la théorie civiliste de l'accession prévue à l'article 552 du *code civil*, c'est-à-dire que le propriétaire du sol a vocation à exercer ses droits sur le sous-sol et le sur-sol. Ce qui se situe en-dessous du terrain et ce qui est construit dessus aura vocation à devenir la propriété de la personne publique. L'emploi d'un tel principe pourrait régler l'épineuse question du devenir des mesures compensatoires environnementales dans le cadre des concessions autoroutières. De telles mesures permettent d'établir des friches qui serviront à la préservation d'espèces animales et végétales. Or une telle opération ne participe pas directement au service public de transport dont la concession autoroutière fait l'objet. Mais il existe un lien de dépendance entre ces mesures compensatoires et la construction des biens nécessaires à l'exploitation du service. De même, ces terrains sont physiquement et géographiquement proches des biens servant l'exploitation du service. Dès lors ne serait-il pas possible de qualifier ces lieux de protection de l'environnement en biens de retour au titre de la théorie de l'accessoire indissociable ? On ne peut que constater que de telles mesures n'auraient peut-être pas été prises si n'avait pas été décidé la passation d'une délégation de service public.

Dans le cas d'un lien fonctionnel, il existe un rapport de complémentarité entre un bien et le patrimoine de la personne publique alors même qu'il ne devrait pas y être incorporé. Pour reprendre l'exemple de L. Rapp<sup>87</sup>, ce serait le cas d'une librairie-papeterie située sur un campus universitaire qui représente un accessoire au service public de l'enseignement supérieur du fait des produits et services qu'elle propose. Les juridictions administratives ont pu réitérer cette solution dans de

---

85 Voir dans ce sens G. ECKERT, Biens de retour : notion et inventaire, *Contrats marchés publ.*, préc.

86 L. RAPP, Le code général de la propriété des personnes publiques (1) : Entrée et sortie des biens (la propriété « choisie »), *RFDA* 2006, p. 916.

87 L. RAPP, Le code général de la propriété des personnes publiques (1) : Entrée et sortie des biens (la propriété « choisie »), préc.

nombreux arrêts et jugements<sup>88</sup>. Ainsi, rien n'empêcherait de qualifier un bien immeuble devant être un bien de reprise en bien de retour, qui bien que seulement utile, concourt au service public. Même s'il peut être intéressant d'utiliser cette technique de l'accessoire indissociable pour obtenir les faveurs liées à la qualification de bien de retour, le risque qui en découle pourrait être de faire fuir les concessionnaires potentiels qui souhaitent tirer un minimum d'avantages du contrat.

La qualification des biens dans les délégations de service public n'est à l'origine pas chose aisée, force est de constater que les spécificités liées au régime des biens immobiliers ne facilitent en rien la situation. Le *Code général de la propriété des personnes publiques* a malgré tout tenté de simplifier les choses concernant les biens mobiliers.

## **§2. La tentative de simplification de la qualification des biens meubles.**

Les biens meubles tels que définis par l'article 528 du *Code civil* sont les biens « *qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes [...], soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère [...]* ». A côté il existe des biens meubles incorporels qui sont les droits portant sur une chose mobilière par nature.

Ces biens meubles, tout comme les biens immeubles feront l'objet d'un classement dans le cadre de la délégation de service public à laquelle ils sont rattachés. De la même manière, le classement va dépendre de nombreux paramètres et va produire un certain nombre d'effets. Or dans ce cas aussi, il semble que le *Code général de la propriété des personnes publiques* soit allé en faveur d'une délimitation du domaine public alors que le lien ne serait pas aussi évident à mettre en place pour de tels biens. Or il peut être intéressant de fixer les conditions d'appartenance du bien mobilier au domaine public, car une telle affectation conduira à la qualification du meuble en bien de retour, qui par la même occasion bénéficiera des règles protectrices liées au domaine public.

L'article L.2112-1 du *Code général de la propriété des personnes publiques* innove en procédant à la qualification d'une liste de biens mobiliers appartenant au domaine public. Avant cela, la jurisprudence faisait référence au critère de rattachement pour rechercher la qualification à donner à un bien meuble. Une telle théorie avait pour inconvénient que les biens meubles étaient totalement dépendants des biens immeubles qu'ils accompagnaient. De nombreux débats ont accompagné les

---

88 CE sect. 12 mai 2004, *Commune de la Ferté-Milon*, AJDA 2004, p. 1378, note J-D DREYFUS.

incertitudes qui pesaient sur l'incorporation au domaine public de tels biens<sup>89</sup>. Ce à quoi le *Code général de la propriété des personnes publiques* à tenter de répondre.

Ce code a procédé directement à la qualification d'une liste d'objets mobiliers intégrant automatiquement le domaine public. Figurent ainsi dans le domaine public mobilier des biens qui présentent un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique. Aux premiers abords, cette liste de biens peut paraître restrictive et donc permettre de déroger au régime de la domanialité pour de nombreux biens. Mais comme l'énonce Ph. Yolka<sup>90</sup> : « *Qu'est-ce que « l'intérêt public » ? Où passe le trait entre « l'art », la « science » et la « technique » ? Où s'arrête « l'histoire » [...] ?* ». Cette définition qui a été donnée par le *CG3P* et qui aurait pu cantonner le nombre de biens meubles concernés a finalement introduit une certaine souplesse dans l'incorporation au domaine public.

L'article *L.2112-1* du *Code général de la propriété des personnes publiques* poursuit sa définition avec l'énumération d'objets susceptibles de rentrer dans les catégories citées. A la lecture des différents exemples évoqués, on aurait pu penser qu'ils étaient les seuls à pouvoir rentrer dans la liste établie par le code. Cependant, l'emploi de l'adverbe « notamment » peut laisser pour le moins dubitatif sur l'étendue du domaine public mobilier<sup>91</sup>. D'un autre côté le code de la propriété publique reste muet sur une quelconque définition du domaine public mobilier à la différence du domaine public immobilier de l'article *L.2111-1*.

L'idée que l'on pourrait se faire serait donc que le domaine public mobilier est un domaine spécial qui a vocation à s'appliquer uniquement parce que les biens qui y sont englobés sont d'une certaine rareté, ce qui impose de les protéger de manière plus spécifique.

En l'absence d'une vraie définition du domaine public mobilier, une incertitude a pu perdurer quant au régime des meubles qui ne font pas partie de la liste du code. On peut supposer que ces biens meubles pourraient être des biens de retour figurant dans le domaine privé de la personne publique. Cependant, on avait pu noter, du moins pour les biens immobiliers, que s'ils ne faisaient pas l'objet d'une servitude au titre de l'article *L.342-20 et suivants* du *code du tourisme*, ils ne peuvent revêtir la qualité de biens de retour<sup>92</sup>.

---

89 CE 28 mai 2004 *Aéroport de Paris*, requête n° 241304.

90 Ph. YOLKA, Les meubles de l'Administration (1), *AJDA* 2007, p. 964.

91 En ce sens F. MELLERAY, Définitions et critères du domaine public, *RFDA* 2006, 906, spéc. p. 915.

92 En ce sens : R. SCHWARTZ, Quelles sont les règles de modification par avenant et de résiliation des délégations de service public ? Qui est propriétaire des biens affectés au service public ? préc.

Ces biens ne rentrant pas dans le champ de l'article *L.2112-1* pourront alors tomber sous la qualification de biens de reprises, propriété du délégataire au moins jusqu'à la fin du contrat, voir après si la personne publique concédante décide de ne pas user de son droit de reprise. La qualité de bien propre pourra aussi quant à elle s'exprimer, mais cela de manière résiduelle, car il faudra que le bien ne soit ni nécessaire, ni utile au fonctionnement du service public.

Mais au regard de la définition de la jurisprudence qui considère qu'un bien nécessaire au fonctionnement du service public est un bien de retour, on peut penser que les parties au contrat seront plus ou moins libres. Rien ne les empêcherait de qualifier de biens de retour un parc automobile ou encore du matériel informatique.

Ce faisant, cette restriction apportée par le code permet aux biens d'équipement ou de mobilier courant d'échapper à la domanialité publique. Or de tels biens sont plus régulièrement l'objet d'une utilisation dans le cadre d'une concession de service public, à la différence des biens mobiliers artistiques et culturels cités par le *CG3P*. Cette solution semble confirmer la position qu'a pu prendre la doctrine ou la jurisprudence<sup>93</sup>. L'intérêt sera alors de permettre l'externalisation du financement et de la protection des biens.

Au regard de l'évolution des techniques, mais aussi des politiques, un certain nombre de biens qui n'étaient pas envisagés initialement par la doctrine ont le mérite de soulever certaines interrogations. A ce titre, les pouvoirs publics ont pu faire la promotion de la nécessaire valorisation de biens qualifiés d'immatériels. Or de tels biens peuvent participer activement au fonctionnement du service public. Leur intérêt financier ne peut être écarté du fait du milieu concurrentiel dans lequel peut évoluer le service public.

Ainsi une illustration peut être sujette à interrogation et concerne les quotas de gaz à effet de serre. Le droit de l'environnement tient une place de plus en plus probante dans les politiques publiques et a ainsi apporté un certain nombre de réformes et de nouveautés. Dès lors, les délégations de service public ne pouvaient faire exception à la règle du fait des secteurs dans lesquels elles peuvent intervenir.

Le protocole de Kyoto<sup>94</sup> a fixé des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Une des mesures prise dans cette optique a été la mise en place d'un système d'échange des quotas

---

93 CE 12 février 1954, *Simon*, rec. p. 97 ; Réponse ministérielle n° 13489, *JOAN Q* 19 mai 2005, p. 3871 à propos d'emblèmes officiels.

94 Protocole signé le 11 décembre 1997 lors de la 3<sup>ème</sup> conférence annuelle de la convention COP 3, entré en vigueur le 16 février 2005.

d'émission de gaz à effet de serre<sup>95</sup>. Par la suite, les articles *L.229-5 et suivants* du *code de l'environnement* ont institué un système de quotas d'émission de ces gaz à effet de serre. L'idée qui émane de ces textes est de contrôler ces émissions qui devront respecter le seuil posé.

Une question est à soulever et concerne la propriété du bien. Le *Code de l'environnement* et la directive communautaire attribuent ces quotas d'émission à l'exploitant de l'installation et non pas à l'installation elle-même<sup>96</sup>. Or il est envisageable qu'une installation affectée à un service public soit émettrice de gaz à effet de serre. Si cette installation fait l'objet d'une délégation de service public, c'est à l'exploitant, et donc au délégataire que seront distribués les quotas. Ce sera donc le délégataire qui sera propriétaire des quotas. Sous cet angle, de tels biens ne peuvent être que des biens de reprise. En effet, pour être qualifiés de biens de retour, il aurait fallu une propriété *ab initio* de la part de l'autorité concédante. Cette qualification semble d'autant plus probable que de tels biens meubles ne paraissent pas pouvoir rentrer dans la catégorie des biens de retour.

Mais ces quotas peuvent apparaître indispensables à la gestion du service public, « [...] et, dans le cas où la collectivité délégante déciderait de reprendre le service en régie, elle deviendrait exploitante de l'installation et les quotas lui seraient transférés »<sup>97</sup>. Le droit de retour de ces quotas est donc obligatoire et se fait à titre gratuit.

En tant que propriétaire des quotas, le concessionnaire est supposé pouvoir disposer comme il l'entend de ses biens. Cette interprétation est confrontée à l'obstacle que représente l'obligation de transmission de ces quotas au nouvel exploitant ou à l'autorité concédante à la fin de la convention. De même, la continuité du service public sous-entend que le concessionnaire ne dispose pas d'une liberté totale.

Une autre illustration mérite d'être évoquée pour démontrer la complexité des situations dans lesquelles peuvent se trouver les parties au contrat quant à la détermination du statut des biens employés dans le cadre de missions de service public. Cet exemple concerne les fichiers et bases de données qui peuvent être constitués dans cette optique.

Bien que cette question ne soit pas l'objet central des délégations de service public, l'intérêt que peuvent représenter de telles informations ne peut être nié. L'optimisation des services offerts par les différents prestataires facilitée par l'informatisation ont poussé certains opérateurs à constituer des fichiers à caractère informatifs sur leur clientèle. Ce peut notamment être le cas dans le domaine

---

95 Directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003, transposée par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004.

96 Articles L.229-7, L.229-11, L.229-15 *C. env.* et article 11 de la directive 2003/87/CE.

97 M. RICHER, *Le devenir des quotas de gaz à effet de serre à la fin de la DSP*, ACCP n° 88, mai 2009, p.43.

des services publics de transport ou de distribution. Dès lors l'enjeu que couvre de tels biens sera de déterminer s'il s'agit d'un bien de retour indispensable au fonctionnement du service public et revenant gratuitement au délégant, d'un bien de reprise simplement utile et pouvant faire l'objet d'une indemnisation, ou d'un bien propre.

La question de la qualification de ces biens est difficile à trancher, mais on ne peut qu'imaginer que l'absence ou la disparition de ces bases de données entraverait fortement la continuité du service public. Pour illustrer une telle idée, ce serait l'exemple des fichiers clientèles constitués des personnes abonnées à un service de transport en commun. Dans cette optique, imposer au nouveau délégataire de reconstituer une base de données clients serait nuisible au bon déroulement du service public. Ces informations ne peuvent donc pas porter la dénomination de biens propres. Le choix se fera alors entre la classification en bien de retour ou en bien de reprise. L'avantage dans la consécration en bien de retour est qu'en principe le bien reviendra gratuitement, contrairement au bien de reprise qui devra faire l'objet d'une indemnisation du délégataire.

Or l'application de la théorie des biens de retour fait l'objet d'une controverse pour ces biens en particulier. Une telle théorie implique l'existence d'un droit de propriété, or cela semble difficilement admissible pour ce qui est des informations contenues dans un fichier. Mais l'absence de droit de propriété n'implique pas pour autant l'absence de droit en général. En effet, « *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel [...]* »<sup>98</sup>.

D'autre part, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) a indiqué dans une délibération du 16 septembre 2003 que les traitements automatisés d'informations nominatives par les sociétés de transports collectifs doivent faire l'objet d'un avis préalable auprès de la Commission, en cas de délégation de service public<sup>99</sup>. A défaut, des sanctions pourront être prononcées. A ce titre, les collectivités territoriales pourraient être responsables en tant qu'autorité organisatrice du service public, des fichiers qu'elles auraient constitué sans les autorisations nécessaires.

Dans ce cas, le bien en question bénéficiera d'un régime *sui generis* entre la qualification de bien de retour du fait de son caractère indispensable, et celle de bien de reprise du fait de l'impossibilité de

---

98 Article L.341-1 C. propr. intell.

99 Cnil délibération n° 03-038 du 16 septembre 2003.

constituer un droit de propriété sur des données personnelles.

Suite à ce qui vient d'être évoqué, il est compréhensible que les parties puissent se trouver face à un certain désarroi dès qu'il s'agit pour elles de déterminer le statut des biens qui sont utilisés dans le cadre du service public concédé. Les difficultés sont multiples et d'origines diverses, et démontrent la complexité de l'objet même de la convention de délégation de service public. Or, cette délimitation possède un caractère fondamental du fait des conséquences notamment financières qu'elle va emporter pour les parties au contrat.

## **Section 2 : Domanialité publique et financement des biens.**

Pour construire, apporter et exploiter les biens du cadre concessif il est obligatoire pour les parties de disposer de fonds suffisants. Le délégataire n'a pourtant pas toujours les moyens financiers pour répondre à ses obligations. Il lui faut donc rechercher les financements qui permettront la construction des équipements. Cependant, le régime de la domanialité publique qui s'applique à certains biens pose un des limites à de telles possibilités (§1). C'est pourquoi, les parties devront avoir recours à des montages contractuels complexes pour contourner ces règles contraignantes (§2).

### **§1. Les limites du financement des biens.**

Pour construire et exploiter les biens qui serviront au fonctionnement du service public, il faut disposer de moyens matériels, mais aussi financiers. Les moyens financiers des entreprises concessionnaires ne sont pas toujours suffisant pour assurer la mission qui leur est confiée en vertu de la convention. C'est pourquoi, elles peuvent faire appel à des financements extérieurs. Ces financements seront pour la plupart assurés par le concours d'organismes bancaires. Pour que ces derniers acceptent le prêt des sommes permettant de remplir les objectifs fixés au contrat, il faudra leur offrir des garanties. Les sûretés assurant l'obtention des fonds impliquent notamment qu'il existe un droit de propriété sur les biens qui vont être construits et exploités. Cela ne pose pas de problème à l'égard des biens propres qui eux appartiennent au cocontractant pendant l'exécution de la convention mais aussi à son issue. Il en va de même pour les biens de reprise qui sont la propriété du concessionnaire pendant toute la durée d'exécution, voir au-delà si l'Administration délégante ne

fait pas jouer son droit de reprise à l'arrivée à terme du contrat.

Les difficultés surviennent lorsque l'on se trouve face à un bien de retour. Comme il l'a été développé précédemment, de nombreux biens de retour sont soumis au régime de la domanialité publique. Or ces biens de retour représentent des investissements importants. Ne pas permettre leur financement constitue un frein au financement et représente par conséquent un obstacle à la réalisation de l'objet du contrat. Ces règles qui peuvent paraître aux premiers abords contraignantes sont néanmoins efficaces pour assurer le respect des principes de continuité et de mutabilité du service public. Elles permettent d'éviter les abus que le cocontractant serait susceptible de commettre en se comportant comme le propriétaire des biens, ces biens de retour étant indispensables au fonctionnement du service public. Sans eux, l'existence du service public serait mis en péril.

Ce sont les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité qui empêchent le titulaire du contrat d'obtenir la propriété des biens de retour. L'imprescriptibilité induit une interdiction d'un quelconque droit de propriété, et cela même si un temps certain ce serait écoulé. C'est une exception au principe de la prescription acquisitive telle qu'elle est connue en droit privé.

Le principe d'inaliénabilité quant à lui pose des conditions au droit de constituer des droits réels sur les biens nécessaires au fonctionnement du service public. Il faut que le bien soit désaffecté et qu'il ait subi un déclassement. Pour que le bien soit désaffecté, celui-ci ne doit plus correspondre aux attentes du service public. Une telle désaffectation ne sera effective qu'à la condition que le principe de mutabilité du service public ne puisse être respecté. La mutabilité permet une adaptation malléable des équipements et infrastructures au service public. Ce n'est que s'il n'est pas possible d'adapter les biens aux nécessités du service que la désaffectation pourrait être envisagée. Le bien ne répondrait donc plus aux attentes de l'activité. Il peut aussi y avoir désaffectation dès lors que le bien n'est plus utilisé par le public ou le service public.

La désaffectation n'est pas suffisante pour que le bien puisse faire l'objet d'une appropriation privée. Il faut qu'un acte de déclassement soit intervenu. Le *Code général de la propriété des personnes publiques* pose cette exigence à l'article L.2141-1. Inversement, un acte de déclassement ne pourra pas intervenir si le bien n'est pas désaffecté. La désaffectation ne doit cependant pas obligatoirement précéder l'acte de déclassement<sup>100</sup>. Il peut y avoir une désaffectation de fait postérieure. Cependant, si les biens de retour devaient être désaffectés du service public, il n'y aurait plus aucun intérêt à les

---

100 CE 9 juillet 1997, *Association de défense de la forêt de Caboche*, req. n° 168852.

faire financer. De même les désaffecter implique qu'ils aient déjà existé, donc ce régime n'est pas intéressant pour les biens qui doivent être construits.

Les biens propres et les biens de reprise pourront bénéficier d'apports financiers sous réserve de constituer certaines garanties. Les biens de retour aussi, sous certaines conditions, qui mériteront un développement ultérieur, pourront faire l'objet de ces financements et garanties. Le Conseil constitutionnel avait pu estimer que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipée pour financer des ouvrages publics ne se heurtait en principe à aucun impératif constitutionnel. Le crédit-bail est défini par l'article L.313-7 du *Code monétaire et financier* qui dispose que les opérations de crédit-bail « *sont les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire [...]* ». Le contrat de crédit-bail utilise donc la propriété d'un bien immobilier comme sûreté. L'objectif sera de retarder le transfert définitif de propriété pour palier aux défaillances du crédit-preneur. Mais la généralisation de telles dérogations au droit de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à la protection des propriétés publiques<sup>101</sup>. Le Commissaire du gouvernement dans une décision du Tribunal des conflits a pu valider la notion de « bien de retour différé » afin de permettre l'emploi du crédit-bail pour les biens de retour<sup>102</sup>. Une autre limite est posée par l'article L.2122-13 du *Code général de la propriété des personnes publiques*. Le recours au crédit-bail est donc interdit concernant l'État et ses établissements publics.

Dès lors que le délégataire disposera de droits réels sur les biens, il lui sera aussi possible de souscrire un crédit hypothécaire. Il s'agit d'un emprunt garanti par la constitution d'une sûreté ou droit réel que représente l'hypothèque sur l'immeuble, la propriété de l'immeuble pouvant être retenue en garantie. Cette hypothèque n'entraîne pas la dépossession du bien immobilier, le débiteur reste le propriétaire et l'utilisateur. Mais le créancier bénéficiera d'un droit de préférence qui jouera

---

101 Cons. const. Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; E. FATÔME et L. RICHER, Le Conseil Constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique, *AJDA* 2003, p. 2348 ; F. LINDITCH, Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel, *Contrats-Marchés publ.* 2003, chron. 18.

102 T. confl. 21 mars 2005, *Slibail Énergie c/ Ville de Conflans-Sainte-Honorine*.

en cas de défaillance du débiteur et pourra conduire à la vente du bien. De même il dispose aussi d'un droit de suite qui lui permet de saisir l'immeuble dans le patrimoine d'un tiers acquéreur. Mais en vertu de l'article L.2122-7 du *Code général de la propriété des personnes publiques*, aucune hypothèque ne peut porter sur des biens immeubles existant et relevant de la domanialité publique. D'autre part, les hypothèques s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation.

Aucuns textes de droit public ne traitent expressément de la technique de l'antichrèse. Elle mérite cependant d'être envisagée au regard des interrogations qu'elle soulève. Le *Code civil* dans son article 2387 dispose qu'il s'agit de l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation. Cela laisse supposer qu'il ne peut y avoir antichrèse que sur un immeuble déjà existant. Or les biens immeubles qualifiés de biens de retour sont affectés au domaine public, et donc sont inaliénables. Mais comme le rappelle E. Pourcel<sup>103</sup>, « *ce qu'imposent réellement les textes et le juge judiciaire au regard de l'antichrèse, c'est la dépossession de l'immeuble et la jouissance des fruits de l'immeuble affecté en garantie, ce qui n'implique pas nécessairement son existence mais nécessite a minima la certitude de son existence future [...]* ». Dans le silence des textes, des interrogations sur la possible utilisation de ce mécanisme persistent.

Afin de contourner les règles parfois trop strictes de la domanialité publique, les parties vont devoir user de montages juridiques complexes leur permettant la constitution de droits réels sur le domaine public.

## **§2. L'usage de montages contractuels complexes, permission à la constitution de droits réels sur le domaine public.**

Afin d'obtenir des investissements pour la construction, l'installation et l'exploitation de biens sur le domaine public des personnes publiques, il est nécessaire de reconnaître des droits réels à ceux qui sont chargés d'une telle mission. Sans cela, ils ne pourront constituer des garanties, et par conséquent ne pourront obtenir de financement. Il existe de nombreuses dispositions permettant de contourner les obstacles que représentent l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité du domaine public. Pour la constitution de droits réels sur le domaine public, il existe deux sortes de titres qui peuvent être identifiés. Il s'agit de l'autorisation d'occupation temporaire et des titres résultants de contrats

---

103 E. POURCEL, À qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droit réels ? *JCP A* n° 52, 26 décembre 2006, 1319.

spéciaux, et plus précisément du bail emphytéotique administratif.

L'autorisation d'occupation temporaire peut résulter soit d'un acte unilatéral, soit d'une convention. La distinction est relative, car les effets seront les mêmes. La différence tient au fait que dans le cadre de l'autorisation unilatérale, c'est le bénéficiaire qui demande une autorisation d'occupation temporaire à l'autorité compétente. Alors que dans la convention d'occupation domaniale, il y a une rencontre de deux volontés.

L'article *L.2122-6* du *Code général de la propriété des personnes publiques* dispose que l'octroi d'une autorisation d'occupation temporaire par l'État et ses établissements publics donne par elle-même à son bénéficiaire un droit réel sauf prescription contraire de son titre. Cependant, l'article *L.2122-10* implique la solution contraire, c'est-à-dire qu'il faut une précision expresse de l'attribution de droits réels. Sachant que l'autorisation sera couplée à la concession de service public, il faudra que le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il faut satisfaire pour respecter les exigences du service public.

L'article *L.2122-20-2°* pose deux conditions à l'attribution de droits réels par l'autorisation d'occupation temporaire. Il faut d'une part que l'acte prévoit expressément cette attribution. D'autre part, les droits réels ne peuvent être conférés qu'en vue de l'accomplissement pour le compte de la collectivité qui l'accorde, d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence. Cette seconde condition sera facilement remplie étant donné que la constitution de droits réels se fait au profit de la bonne exécution de la convention de délégation de service public.

Normalement, il faut que le bénéficiaire de l'autorisation paie une redevance en contrepartie des avantages qu'il en tire.

Concernant les baux emphytéotiques administratifs, ces contrats ont été à l'origine expressément prévus pour permettre aux collectivités locales d'accorder des droits réels à leurs cocontractants pour la réalisation de certaines activités. Ils ont par la suite été étendus à d'autres domaines. Ce sont des montages contractuels qui ont pour base le bail emphytéotique de droit privé, qui est un bail d'origine rural.

Pour que le bail soit valable, il doit avoir pour objet l'accomplissement, pour le compte de la personne publique contractante, d'une mission de service public ou la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité. Le bail emphytéotique administratif étant couplé à une concession de service public, cet objectif sera aisément rempli. De même, le fait que le bail soit utilisé en complément de la convention de délégation de service public fera qu'ils

seront indissociables l'un de l'autre et revêtiront la forme de délégation de service public avec constitution de droits réels sur le domaine public.

On sait que ces montages contractuels permettent la constitution de droits réels. Mais il semble que le concept de droits réels demeure quelque peu flou. Le problème résulte dans le fait qu'il n'existe aucune définition légale tant en droit privé qu'en droit public. Cependant le *Code général de la propriété des personnes publiques* et le *Code général des collectivités territoriales* en dessinent les contours en employant la notion de « *prérogatives et obligations du propriétaire* »<sup>104</sup>. Mais ces différents textes ne traitent pas expressément de la notion de droits réels et ne la délimitent pas davantage. On peut supposer qu'il appartient par conséquent aux personnes publiques de définir la consistance des droits réels en visant expressément ce qu'elles autorisent ou non à ce titre. Cette définition doit se faire tout en garantissant le respect de l'objet du contrat, c'est-à-dire du service public et des exigences qui en découlent, et ce dès lors que les biens immobiliers concernés par la constitution de droits réels sont indispensables au fonctionnement du service public<sup>105</sup>.

Une limite est à rappeler et concerne la durée de jouissance des droits réels. Ils ne peuvent pas excéder la durée d'exécution du contrat. Ainsi la durée du bail emphytéotique administratif ou de l'autorisation d'occupation temporaire seront plafonnés à la durée d'exécution de la convention de délégation de service public. Cette limite est fixée en vertu des articles *L.2122-9 alinéa 2* du *Code général de la propriété des personnes publiques* et *L.1311-7* du *Code général des collectivités territoriales*. Ces dispositions prévoient que tous les ouvrages immobiliers dont le maintien est prévu à l'échéance du titre d'occupation deviennent la propriété des collectivités territoriales sans qu'ils puissent être grevés par un privilège ou une hypothèque.

De même, les droits réels conférés par les titres d'occupation ne sont justifiés que dans la mesure où ils permettront l'édification et l'exploitation des installations sur le domaine public dans le cadre du fonctionnement du service public. Le concessionnaire ne disposera donc des prérogatives du propriétaire qu'en tant qu'il répond aux obligations qui découlent du contrat qu'il a conclu avec l'autorité concédante. Cette solution permet de trouver un juste milieu entre la nécessité de financer les biens de la concession et le respect de la continuité et de la mutabilité du service public.

Le domaine public pose des limites que les parties doivent contourner à l'aide de procédures contractuelles complexes. Or ces procédures ne font pas preuve d'uniformité ce qui rend d'autant

---

104 Article L.2122-6 *CG3P* ; articles L.1311-5 I al.2 et L1414-16 du *CGCT*

105 En ce sens, E. POURCEL, A qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels ? préc.

plus difficile leur mise en place.

## **Conclusion.**

La délégation de service public est un montage contractuel efficace dont l'existence ne saurait être remise en cause. C'est un contrat qui intervient dans des domaines stratégiques, dont le caractère est fortement concurrentiel. Dès lors, l'intervention d'acteurs du secteur privé ne peut être qu'un avantage au regard de leur maîtrise et de leur connaissance de ce terrain. Pour faire appel à ces intervenants, le meilleur moyen reste la passation d'une convention de délégation de service public.

Cependant, il ne faut pas oublier que même si cette activité est concurrentielle, son objet est un service public qui bénéficiera à des usagers au titre d'un intérêt général impérieux. La liberté contractuelle ne pourrait donc pas tout permettre au cocontractant de l'Administration délégante. C'est pourquoi il convient d'établir un cadre strict au respect des exigences qui découlent de la notion de service public.

L'idéal serait de trouver le juste équilibre entre promotion d'une activité dans un milieu concurrentiel et respect de la continuité et de la mutabilité du service public. Le problème est qu'au regard de la multiplicité des situations qu'il existe, il est difficile d'établir un modèle type de convention de concession de service public. De trop nombreux paramètres sont à prendre en compte par les parties. De plus, pour un même domaine, l'assiette des biens qui serviront à la réalisation et au fonctionnement du service public pourra être différente. Il apparaît donc vain de vouloir appréhender un ensemble de règles et de régimes homogènes. Il conviendrait davantage d'établir un corpus minimal de droits et d'obligations permettant le bon déroulement du contrat.

Pour cela, les deux parties à la convention devraient chercher à mieux maîtriser l'élaboration de leurs besoins respectifs, et cela avant d'arriver au processus de négociation qui aboutira à la signature de la délégation de service public. Pour cela, elles devraient faire appel à un personnel ou des intervenants extérieurs compétents et qualifiés, que ce soit pour une meilleure maîtrise des aspects juridiques mais aussi financiers et techniques. Dans le même ordre d'idée, il faudrait avant tout que les contractants respectent les obligations imposées par les textes, notamment concernant les inventaires et les rapports annuels qui doivent être fournis. Cela permettra une meilleure maîtrise du patrimoine constitutif de la concession de service public.

## **Bibliographie :**

### **Ouvrages généraux :**

- **BEZANCON X.** *Essai sur les contrats de travaux et de services publics.* Paris : LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2001.
- **BRACONNIER S.** *Droit des services publics.* Paris : PUF, Thémis Droit public, 2003.
- **DUFAU J.** *Les concessions de service public.* Paris : Éditions du Moniteur, Collection actualité juridique, 1979.
- **GAUDEMET Y.** *Traité de droit administratif : la propriété publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics.* Tome 2 : droit administratif des biens. Paris : LGDJ, 2007.
- **PICARD A.** *Traité des chemins de fer.* Tome 2. Paris : J. Rotschild, 1887.
- **RICHER L.** *Droit des contrats administratifs.* Paris : Lextenso éditions, LGDJ, 2008.

### **Mémoires et thèses :**

- **BLONDEAU A.** *La concession de service public.* Thèse doctorat droit. Grenoble : Faculté de droit de l'université de Grenoble, 1929.
- **JANSSE L.** *L'évolution de la notion de concession en matière de chemins de fer.* Thèse doctorat droit. Paris : Faculté de droit et des sciences économiques, 1924.

## Guides et rapports :

- **Association Nationale des Maires de Stations de Montagne.** *Délégation de service public et domaine skiable : mode d'emploi.* Guide, 2006.
- **Institut de la Gestion Déléguée.** *La gestion patrimoniale du domaine public.* Rapport du groupe de travail, avril 2001.
- **RATHEAUX O.** *Paradoxes et pièges financiers des concessions.* Agence Française de Développement, Repères pour le non souverain n° 8, septembre 2005.

## Articles :

- **BRACONNIER S. et DUTOUR B.** Les clauses relatives aux travaux de renouvellement dans les contrats de délégation de service public. *Contrats marchés publ.* décembre 2008, n° 12, 11.
- **CROCHEMORE E.** Le sort des biens au terme de la délégation de service public. *ACCP* mai 2009, n° 88, p. 34.
- **DREYFUS J-D.** Fichiers, bases de données : quel droit de propriété? *ACCP* mai 2009, n° 88, p.39.
- **ECKERT G.** Propriété des installations réalisées par l'occupant privatif. *Contrats marchés publ.* Octobre 2010, n° 10, commentaire 350.
- **ECKERT G.** Biens de retour : notion et inventaire. *Contrats marchés publ.* novembre 2010, n° 11, comm. 390.

- **FATÔME E. et TERNEYRE Ph.** Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public ? Note sous CE, 21 avril 1997, Ministre du Budget c/ Société Sagifa. *RFDA* 1997, p. 935.
  
- **FATÔME E.** Le régime juridique des biens affectés au service public, A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2005. *AJDA* 2006, p. 178.
  
- **FATÔME E.** Externalisation et protection des biens affectés au service public. *AJDA* 2007, p. 959.
  
- **LAVIALLE Ch.** Que reste-t-il de la jurisprudence Société Le Béton ? *RFDA* 2010, p. 533.
  
- **LLORENS F. et SOLER-COUTEAUX P.** Le code général de la propriété des personnes publiques, les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu. *RFDA* 2006, p. 935.
  
- **MOLLION G.** La gestion déléguée des remontées mécaniques ou la remise en question du droit des délégations de service public. *RDP* 20 août 2008, n° 3.
  
- **MOLLION G.** Statut des remontées mécaniques et conditions d'indemnisation d'un ex-concessionnaire. *JCP A* 27 septembre 2010, n° 39.
  
- **MOLLION G.** Vers l'érosion de la théorie des biens de retour? *AJDA* 2011, p. 363.
  
- **POURCEL E.** A qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels? *JCP A* 26 avril 2006, n° 52, 1319.
  
- **RAPPL.** Le Code général de la propriété des personnes publiques, Entrée et sortie des biens (la propriété « choisie »). *RFDA* 2006, p.916.
  
- **RICHER M.** Le devenir des quotas de gaz à effet de serre à la fin de la DSP. *ACCP* mai 2009, n° 88, p. 43.

- **SCHWARTZ R. et TERNEYRE Ph.** Quelles sont les règles de modification par avenant et de résiliation des délégations de service public? Qui est propriétaire des biens affectés au service public? *BJCP* 2006, n° 45, p. 107.
- **SESTIER J-F.** Retours sur la question des biens de retour. *BJCP* 2006, n° 48, p. 327.
- **SYMCHOWICZ N. et PROOT Ph.** L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégations de service public. *AJDA* 2006, p. 1371.
- **TENAILLEAU F. et TIXIER J-L.** Le financement par crédit-bail des délégataires de service public : A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 21 mars 2005, Slibail Énergie c/ Ville de Conflans-Sainte-Honorine. *Contrats marchés publ.* juillet 2005, n° 7, étude 14.
- **YOLKA Ph.** Démonteur les remontées mécaniques : regard juridique sur « l'après-ski ». *JCP A* 3 mai 2010, n° 18.

#### Ressources en ligne :

- **Cabinet RICHER.** Publications du Cabinet, sort des biens à la fin d'une délégation de service public. Disponible sur : < <http://www.cabinet-richer.com/articles/sort-bien-fin-delegation-service-public.htm> > . (Consulté le 11/04/2011).
- **JODEAU M.** Délégations légales, montages complexes et biens en DSP. Disponible sur : < <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-administratif/droit-administratif-des-biens/delegations-legales-montages-complexes-et-biens-en-dsp> > (Consulté le 11/04/2011).
- **ZKIRIM Y.** La distinction classique des biens en délégation de service public. Disponible sur : < <http://www.lepetitjuriste.fr/droit-administratif/droit-administratif-des-biens/la-distinction-classique-des-biens-en-delegation-de-service-public> > (Consulté le 11/04/2011).

## **Table des matières.**

Introduction.....	6
Partie 1 : Les fondements et principes de la classification, garantie de l'existence du service public.....	11
Chapitre 1 : Les fondements de la distinction des biens dans les délégations de service public.....	11
Section 1 : L'association d'une personne privée à la constitution et à l'exploitation d'un service public dans la concession de service public.....	11
§1 : Les spécificités de la concession au sein des délégations de service public, cadre de la distinction des biens.....	11
§2 : Les exigences propres au service public, justification à la classification des biens.....	14
Section 2 : Les biens de la concession au regard des règles de la propriété publique.....	17
§1 : Fondements et détermination du domaine public.....	17
§2 : Le régime du domaine public : Une application entre efficience et restriction...20	
Chapitre 2 : La catégorisation des biens, une garantie issue de la volonté des parties sous le contrôle du juge.....	25
Section 1 : La liberté contractuelle, garantie de la volonté des parties.....	25
§1 : La tenue d'un inventaire, sécurité à la libre détermination des biens par les parties.....	25
§2 : La recherche de la commune intention des parties, protection subsidiaire de la volonté contractuelle.....	28
Section 2 : Les limites à la liberté contractuelle des parties.....	31
§1 : La saisine du juge, obstacle à la libre qualification par les parties.....	31
§2 : Les critères de distinction des biens énoncés par le juge.....	36
Partie 2 : Les difficultés pratiques découlant de la classification des biens de la concession de	

service public.....	39
Chapitre 1 : Les exigences posées par le service public, obstacles à la catégorisation des biens.....	39
Section 1 : La difficile distinction entre utilité et nécessité des biens.....	39
§1 : Les critères de qualification des biens et leurs incommodités.....	39
§2 : Les solutions envisageables au bénéfice d'une tentative de clarification de la situation.....	43
Section 2 : La remise en bon état d'usage, exigence découlant du service public.....	45
§1 : Les enjeux de l'obligation de bon état d'usage.....	46
§2 : Les difficultés posées par l'obligation de bon état d'usage.....	48
Chapitre 2 : Le classement des biens face aux règles protectrices de la domanialité publique.....	52
Section 1 : La qualification biens de retour, biens de reprise ou bien propres face à la distinction bien meubles et biens immeubles.....	52
§1 : Nature immobilière et détermination des biens.....	52
§2 : La tentative de simplification de la qualification des biens meubles.....	56
Section 2 : Domanialité publique et financement des biens.....	61
§1 : Les limites du financement des biens.....	61
§2 : L'usage de montages contractuels complexes, permission à la constitution de droits réels sur le domaine public.....	64
Conclusion.....	67
Bibliographie.....	68