

CONSEIL D'ÉTAT

Section du rapport et des études

REDEVANCES POUR SERVICE RENDU ET REDEVANCES POUR OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC

Étude adoptée le 24 octobre 2002
par l'assemblée générale du Conseil d'État

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Études et documents du Conseil d'État »

- Rapport public du Conseil d'État, 1998, Considérations générales : Sur le droit de la santé (EDCE, n° 49), 1998.
- Rapport public du Conseil d'État, 1999, Considérations générales : L'intérêt général (EDCE, n° 50), 1999.
- Rapport public du Conseil d'État, 2000, Considérations générales : Les associations et la loi de 1901, cent ans après (EDCE, n° 51), 2000.
- Rapport public du Conseil d'État, 2001, Considérations générales : Les autorités administratives indépendantes (EDCE, n° 52), 2001.
- Rapport public du Conseil d'État, 2002, Considérations générales : Collectivités publiques et concurrence (EDCE n° 53), 2002.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Statut et protection de l'enfant, 1991.
- L'Aide juridique : pour un meilleur accès au droit et à la justice, 1991.
- Sports : pouvoir et discipline, 1991.
- L'urbanisme : pour un droit plus efficace, 1992.
- Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 1993.
- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, 1995.
- La responsabilité pénale des agents publics, 1996.
- Les groupements d'intérêt public, 1997.
- Rendre plus attractif le droit des fondations, 1997.
- Pour une meilleure transparence de l'administration, 1998.
- Internet et les réseaux numériques, 1998.
- Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine, 1999.
- Le cumul d'activités et de rémunérations des agents publics, 1999.
- L'utilité publique aujourd'hui, 1999.
- Les lois de bioéthique : cinq ans après, 1999.
- La norme internationale en droit français, 2000.
- L'influence internationale du droit français, 2001
- La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001

Collection « Documents d'études » – Jurisprudence du Conseil d'État

- Années 1988 à 2000 (disponibles).
- Année 2001, Documents d'études 6.14.

Collection « Notes et études documentaires »

- Les établissements publics nationaux, ND n° 4784, 1985.
- Droit international et droit français, ND n° 4803, 1986.
- Sciences de la vie – De l'éthique au droit, ND n° 4855, nlle éd.1988.
- Administration et nouvelles technologies de l'information, ND n° 4851, 1988.
- Les établissements publics : transformation et suppression, ND n° 4876, 1989.

Collection « Les études de la Documentation française »

- Le Conseil d'État, par J. Massot et T. Girardot, 1999.

Hors collection

- La justice administrative en pratique, nlle édition, 2001.

Sommaire

Introduction	9
Première partie	
Les redevances pour service rendu	13
1.1. La problématique du financement du service public par le budget général ou par les bénéficiaires du service	14
1.1.1. Les éléments du choix	14
1.1.1.1. <i>L'analyse économique de la nature du service</i>	14
1.1.1.2. <i>La dimension politique du choix entre les deux modes de financement</i>	15
1.1.1.3. <i>La question de l'affectation et le lien avec la logique fiscale</i>	16
1.1.2. Les contraintes juridiques tenant à la distinction entre taxe et redevance	17
1.1.2.1. <i>La redevance est « demandée à des usagers »</i>	18
1.1.2.2. <i>La redevance doit être demandée « en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public »</i>	18
1.1.2.3. <i>La redevance doit « trouver sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage »</i>	19
1.1.2.4. <i>La non prise en compte par la redevance des externalités</i>	21
1.2. Les modalités d'institution des redevances	22
1.2.1. La compétence de principe des autorités administratives	22
1.2.2. L'intervention du législateur pour les règles mettant en cause l'autonomie des collectivités territoriales	23
1.2.3. L'hypothèse de l'application du droit de la commande publique	23
1.2.4. Le cas particulier des redevances instituées au profit de l'État	24
1.2.4.1. <i>La conception traditionnelle : la répartition entre décret en Conseil d'État et arrêté</i>	24
1.2.4.2. <i>Les conséquences à tirer de l'article 4 de la loi organique du 1^{er} août 2001</i>	25

1.3. Les difficultés engendrées par la mise en œuvre des critères jurisprudentiels	27
1.3.1. La remise en cause du financement par la redevance : le cas des missions de police et de sécurité	28
1.3.1.1. <i>Le financement des missions de police ne peut pas, en principe, être assuré par l'instauration d'une redevance</i>	28
1.3.1.2. <i>Le paiement par l'utilisateur est possible pour certaines prestations de sécurité spécifiques</i>	29
1.3.1.3. <i>Les incertitudes nées de la jurisprudence sur les redevances aériennes</i>	30
1.3.1.4. <i>Le financement des interventions des services de secours</i>	32
1.3.2. La substitution du financement par la taxe au financement par la redevance	33
1.3.2.1. <i>Les principales règles constitutionnelles</i>	34
1.3.2.2. <i>Des limites propres au droit budgétaire</i>	36
1.3.2.3. <i>La prise en compte du droit communautaire</i>	37
1.4. La tarification	38
1.4.1. L'assouplissement de la règle traditionnelle du plafonnement par la mise en œuvre de critères forfaitaires	39
1.4.1.1. <i>La portée de la règle du plafonnement en fonction du coût du service</i>	39
1.4.1.2. <i>L'utilisation de critères forfaitaires</i>	40
1.4.2. Les possibilités de modulation	41
1.4.2.1. <i>La modulation au regard de critères géographiques</i>	42
1.4.2.2. <i>La modulation au regard de critères sociaux</i>	43
1.4.2.3. <i>La difficile modulation des tarifs au regard de la gestion de l'ouvrage</i>	44
1.4.2.4. <i>La modulation au service d'une politique commerciale</i>	45
Deuxième partie	
Les redevances domaniales	47
2.1. Le caractère onéreux de l'occupation privative du domaine public	48
2.1.1. Le lien entre autorisation d'occupation et redevances domaniales	48
2.1.1.1. <i>Un régime lié au particularisme du domaine public</i>	48
2.1.1.2. <i>Modalités d'attribution des autorisations d'occupation</i>	49
2.1.1.3. <i>L'autorité compétente en matière de tarification</i>	50
2.1.2. Les principes de tarification	51
2.1.2.1. <i>La détermination du montant de la redevance domaniale</i>	51
2.1.2.2. <i>Le caractère révisable du tarif</i>	55
2.1.2.3. <i>Les modalités de paiement : la question du paiement d'avance</i>	56



2.2. Le cas particulier des redevances d'utilisation du spectre hertzien	57
2.2.1. L'assimilation de l'utilisation du spectre hertzien à une occupation privative du domaine public	58
2.2.1.1. Une qualification résultant de la loi	58
2.2.1.2. La gestion actuelle du spectre hertzien	60
2.2.2. La diversité des situations au regard de la soumission à redevance	60
2.2.2.1. Les télécommunications, seul cas de véritable contrepartie financière	61
2.2.2.2. L'audiovisuel, un mécanisme de contrepartie en nature	62
2.2.2.3. L'absence de paiement par l'État à lui-même pour ses propres usages	64
2.2.3. Le cas particulier des redevances UMTS	65
2.2.3.1. L'évaluation de l'avantage et le débat sur la fixation par enchères	66
2.2.3.2. La question du paiement anticipé et la révision du montant de la redevance	68

Troisième partie

L'évolution des règles applicables aux redevances : vers un rapprochement des régimes ?

3.1. Les facteurs d'évolution	71
3.1.1. Des éléments récents ont fait avancer la réflexion	71
3.1.1.1. La tarification des données publiques	71
3.1.1.2. La prise en compte de préoccupations nouvelles dans la tarification de l'utilisation d'ouvrages publics : le cas des péages autoroutiers	74
3.1.2. La nécessaire prise en compte du droit de la concurrence et du droit communautaire	76
3.1.2.1. Redevances pour service rendu et droit de la concurrence	77
3.1.2.2. Concurrence et gestion du domaine public	81
3.2. Les évolutions souhaitables	83
3.2.1. Les ajustements du régime de tarification des redevances domaniales	83
3.2.1.1. Ouvrir la possibilité de recourir à des mécanismes d'enchères	83
3.2.1.2. Clarifier les conditions de la gratuité	84
3.2.1.3. Aménager le rythme de paiement des redevances	85
3.2.1.4. Envisager la suppression du droit fixe	85
3.2.2. L'élargissement des critères de tarification avec la prise en compte de l'utilité retirée du service rendu	86
3.2.2.1. La tarification selon le seul coût du service peut s'avérer inadaptée	86



3.2.2.2. <i>Une tarification prenant en compte la valeur du service pour le bénéficiaire serait, dans bien des cas, préférable</i>	88
3.3. Les modalités de l'évolution : loi, règlement ou jurisprudence ?	90
3.3.1. Pour l'essentiel, l'intervention d'un texte normatif ne paraît pas s'imposer	90
3.3.1.1. <i>Le caractère partiellement constitutionnel de la matière</i>	90
3.3.1.2. <i>L'absence de nécessité de modifier la plupart des règles régissant les redevances</i>	91
3.3.2. Des solutions différentes pour les deux types de redevances	92
3.3.2.1. <i>Les modifications proposées en matière de tarification des services rendus pourraient procéder d'une évolution de la jurisprudence</i>	92
3.3.2.2. <i>L'ajustement des règles régissant les redevances domaniales devrait conduire à un reclassement des dispositions correspondantes du code du domaine de l'État</i>	92
Conclusion	94
Annexe I	
Lettre de mission du Premier ministre	95
Annexe II	
Composition du groupe de travail	97
Annexe III	
Personnalités auditionnées ou rencontrées	98
Annexe IV	
Évaluation chiffrée des redevances perçues par l'État	100



Introduction

« Le Conseil d'État admet que certains services publics aspirent à se procurer des ressources propres et soient aptes à en bénéficier pour des prestations déterminées qui s'ajoutent aux tâches normales des administrations... Mais il attire l'attention du gouvernement sur le risque d'altération de la notion de service public autour de laquelle notre administration est construite, si se développait la tendance à instituer des ressources annexes qui seraient demandées aux usagers en contrepartie de la mission naturelle des services ».

L'avertissement ainsi lancé par le Conseil d'État dans son rapport annuel pour 1987¹ ne paraît pas avoir été entendu, si l'on en juge par la multiplication de contentieux portant à la fois sur des redevances nouvelles et sur l'application des redevances existantes.

Dans quelle mesure le coût d'un service public peut-il être mis à la charge de ses usagers ? Cette obligation de payer doit-elle prendre la forme d'une taxe ou d'une redevance ?

Tel est le premier objet de la lettre de mission que le Premier ministre a adressée au vice-président du Conseil d'État le 11 mars 2002². Le Conseil d'État est ainsi invité à préciser les critères permettant d'identifier une redevance et de la distinguer d'une imposition, afin d'éclairer les administrations sur leurs possibilités d'action en la matière. Il s'agit aussi de définir les conditions de la tarification, en particulier de rechercher dans quelle mesure la rémunération du service peut aller au-delà du coût de celui-ci, pour tenir compte d'autres éléments, tels que la valeur de l'avantage procuré au redevable.

Le second objet de la saisine convie à une réflexion sur le régime applicable aux redevances d'occupation du domaine public. L'effort de clarification auquel le Conseil d'État est invité impose, en particulier, de préciser dans quelle mesure ces redevances constituent une catégorie autonome ou ne forment qu'un sous-ensemble de la catégorie générale des redevances pour service rendu. L'interrogation porte également sur le cas particulier de l'occupation du spectre hertzien, lequel se trouve assimilé au domaine public en vertu d'une disposition législative, et notamment sur le mode de fixation des redevances perçues au titre de cette occupation, à la lumière des incertitudes et des controverses qui ont accompagné l'attribution des licences de télécommunication mobile de troisième génération.

Pour répondre aux questions ainsi posées, un groupe de travail a été mis en place³. Après avoir réuni la documentation nécessaire et procédé à plusieurs

1 - *Études et documents 1988*, p. 218.

2 - Annexe I.

3 - Voir la composition de ce groupe en annexe II.



auditions ⁴, le groupe a débattu de ces questions et des orientations qui lui paraissaient devoir être retenues. Au terme de ses travaux, il a élaboré la présente étude qui, après avoir été soumise à la section du rapport et des études, a été adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 24 octobre 2002.

La réflexion ainsi conduite a fait d'emblée apparaître la nécessité de s'accorder, au préalable, sur des questions de définition et de terminologie, alors que les textes traitant de ces matières sont largement marqués, tout comme la jurisprudence elle-même a pu l'être à une certaine époque, par un certain « désordre des qualifications » ⁵.

– La qualification de *taxe* est fréquemment employée pour désigner des recettes fiscales perçues à l'occasion de l'utilisation ou de la mise à disposition d'un service public, même si ce terme est aussi couramment utilisé pour dénommer des impôts, comme la taxe sur la valeur ajoutée, qui ne remplissent pas cette condition ; il s'agit en tout cas d'impositions, au sens où l'entend l'article 34 de la Constitution, mais suivant la conception qui sous-tend cette distinction, et contrairement à l'impôt qui frappe la généralité des contribuables, la taxe suppose en principe un certain lien entre le contribuable et le service, sans que pour autant son montant soit en rapport avec le service rendu.

– Les termes de *redevance pour service rendu* ou de *rémunération pour service rendu* peuvent être considérés comme recouvrant la même notion, le second relevant plutôt de la terminologie qui prévaut en droit budgétaire ⁶ : l'un comme l'autre correspondent au montant, fixé unilatéralement par l'administration, que doivent acquitter les usagers de certains services publics ; présente le caractère d'une redevance pour service rendu, selon la définition qu'en a donnée en 1958 la décision Syndicat national des transporteurs aériens ⁷, « toute redevance demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public, et qui trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage ».

Cette définition met en évidence que la situation juridique de l'usager – réglementaire si le service public est administratif, contractuelle s'il est industriel et commercial – est sans incidence sur la qualification juridique de la contrepartie qui lui est demandée, même si c'est le mot de « prix » et non celui de « redevance » qui est couramment utilisé pour désigner la contrepartie financière mise à la charge des usagers de certains services publics industriels et commerciaux. En effet, la notion de *prix* désigne, de manière générale, la contrepartie financière d'une prestation de services ou de la vente d'un bien, alors même que cette contrepartie n'est pas, en droit, fixée contractuellement. C'est pourquoi les redevances pour service rendu ont toujours été regardées par la jurisprudence comme des prix pour l'application de l'ordonnance du 30 juin 1945. Cette assimilation – dont le champ n'est, contrairement à ce qui a pu

4 - Dont la liste figure en annexe III.

5 - Cf. F. Moderne, *Le désordre des qualifications en droit fiscal*, RJF 1976, p. 157.

6 - Article 5 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, auquel doit se substituer, à compter du 1^{er} janvier 2005, l'article 4 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

7 - CE Ass., 21 novembre 1958, p. 572.



être parfois soutenu en doctrine, nullement limité aux services à caractère industriel et commercial⁸ – reste valable pour l'application du droit de la concurrence, comme le montre en particulier la jurisprudence du Conseil de la concurrence. Toutefois, et comme on le verra plus loin⁹ cette assimilation n'implique pas que toutes les règles applicables à la détermination d'un prix s'appliquent aux redevances.

– Le *péage* désigne le « prix » réclamé pour l'utilisation d'un ouvrage public routier, ce qui concerne essentiellement les autoroutes, mais aussi les ponts et les tunnels. Les péages autoroutiers ont d'abord été qualifiés de taxes par le Tribunal des conflits¹⁰ ; mais ils ont ensuite été regardés par le Conseil d'État comme des redevances pour service rendu¹¹.

– La notion de *tarif* évoque un « prix » particulier appliqué à une catégorie d'usagers pour une prestation déterminée, généralement déterminé de manière unilatérale et sous la forme d'un barème préétabli et publié.

– Enfin les *redevances domaniales*, qui sont acquittées par l'occupant privatif du domaine public, sont incluses, du point de vue de la terminologie budgétaire, parmi les « *revenus du domaine* »¹².

Cette relative incertitude des qualifications, et en particulier le fait que la terminologie budgétaire ne corresponde pas nécessairement aux classifications juridiques, expliquent sans doute les difficultés que l'on éprouve à apprécier l'enjeu financier des questions qui font l'objet de la présente étude : il est à cet égard frappant de relever que, même en s'en tenant au budget de l'État, il n'existe aucune statistique permettant d'évaluer, de manière suffisamment exhaustive, le montant total des redevances perçues au titre de l'un ou de l'autre des deux régimes¹³.

* * *

Au-delà du caractère nettement différencié des régimes respectifs de la redevance pour service rendu et de la redevance domaniale – qu'il s'agisse de leurs sources, de leur mode d'institution et des règles de tarification – il est apparu que les sujets ainsi soumis à la réflexion du Conseil d'État présentaient une unité certaine. L'un et l'autre se ramènent en effet, dans une large mesure, à une même question : celle des conditions dans lesquelles les administrations peuvent, en dehors du cas où le Parlement les a autorisées à percevoir une taxe, réclamer un paiement en contrepartie de certains avantages dont bénéficient les

8 - Ainsi les péages autoroutiers ont-ils été qualifiés de prix, soumis à ce titre à la réglementation prévue par l'ordonnance de 1945 (CE, 13 mai 1977, *société Compagnie financière et industrielle des autoroutes et autres*, p. 219), bien que le service public en cause présente un caractère administratif.

9 - Cf. paragraphe 1.2.1.

10 - TC, 28 juin 1965, *Dlle Ruban*, p. 816.

11 - D'abord implicitement (CE Ass., 14 février 1975, *Époux Merlin*, p. 110), puis explicitement (CE, 13 mai 1977, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, précité).

12 - L'article 3 de la loi organique du 1^{er} août 2001 reprend, là aussi, l'expression qui figurait auparavant à l'article 3 de l'ordonnance du 1959.

13 - Voir cependant en annexe IV une note donnant quelques indications chiffrées.



administrés, que ces avantages procèdent des prestations fournies par un service public, de l'utilisation d'un ouvrage public ou de l'occupation du domaine public.

Aussi la présente étude s'efforce-t-elle, après avoir analysé dans ses deux premières parties les questions propres à chacune des deux catégories de redevances, de dégager, dans une troisième partie, des perspectives d'évolution, qui conduiraient à un certain rapprochement des règles de tarification applicables à chacun des deux régimes.



Les redevances pour service rendu

Abordant la question de la gratuité au terme des développements de son *Droit administratif général* consacré aux « lois du service public »¹, le professeur R. Chapus y énonce qu'elle n'est « d'une façon générale... certainement pas au nombre [de ces] lois ». De fait, on aurait quelque peine à y voir un principe reconnu par le droit positif. La jurisprudence ne lui a, en tout cas, trouvé aucun appui dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont l'article 13 prévoit une contribution commune pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration². Un tel principe, qui n'aurait guère de sens pour les services industriels et commerciaux, n'est pas non plus au nombre des règles essentielles qui régissent les services publics administratifs. La doctrine a pu ainsi parler d'un principe « introuvable »³.

L'absence d'un tel principe explique que la jurisprudence reconnaisse traditionnellement la compétence de l'autorité administrative pour instituer, sans habilitation législative particulière, des redevances pour service rendu.

La compétence ainsi reconnue à l'autorité administrative ne s'exerce naturellement pas sans limite. Il apparaît cependant que, telles qu'elles ont progressivement été dégagées par la jurisprudence, les règles régissant les redevances pour service rendu – et d'abord celles qui permettent de tracer la frontière entre les services qui peuvent donner lieu à rémunération et ceux qui doivent être financés par l'impôt – sont marquées par une complexité et parfois même une subtilité telles que les administrations ont quelque peine à les respecter. C'est en tout cas l'un des enseignements que l'on peut tirer de la multiplication, depuis quelques années, des contentieux portant sur ces questions.

Mais avant d'analyser les problèmes posés par ce régime (1.3.), il convient de cerner la problématique du financement du service public soit par l'ensemble des contribuables – c'est-à-dire par le budget général – soit par les bénéficiaires (1.1.), puis d'aborder les questions relatives aux modalités d'institution des redevances (1.2). Seront enfin abordées les questions de tarification (1.4.).

1 - Éditions Montchrestien, tome I, 15^e édition, n° 793.

2 - « Les principes généraux contenus dans la Déclaration des droits de l'homme [...] ne font pas obstacle à ce qu'en application de l'article 5 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 les charges d'un service public déterminé soient financées par ses usagers au moyen d'une redevance qui trouve sa contrepartie directe et proportionnelle dans les prestations fournies par ce service » (CE, 21 octobre 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, p. 374).

3 - Robert Hertzog, *Le prix du service public*, AJDA, 1997, numéro spécial, p. 55. Voir aussi C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981.

1.1. La problématique du financement du service public par le budget général ou par les bénéficiaires⁴ du service

La question de la gratuité du service public ou de son financement par ceux qui en bénéficient ne se limite pas à une dimension purement juridique. Elle doit aussi être appréhendée sous ses aspects économique, politique et budgétaire. Encore faut-il, au préalable, s'entendre sur la notion de gratuité. Celle-ci ne résulte pas du seul fait que le service ne donne pas lieu à paiement de redevance, au sens précis que la jurisprudence a donné à ce terme. Du point de vue de l'utilisateur – et, plus généralement, sur un plan économique – il n'est possible de parler de gratuité qu'en présence d'un financement assuré par le budget général, c'est-à-dire par l'ensemble des contribuables.

À ce stade de l'analyse, il peut paraître indifférent que la somme demandée à l'usager reçoive la qualification de taxe – auquel cas l'obligation de son versement ne peut résulter que d'une loi – ou de redevance – que l'administration ; la faculté d'instituer sans habilitation particulière – : cette question de qualification juridique, avec les conséquences qu'elle implique en termes de compétence pour instituer l'obligation de payer, ne se pose que dans un second temps, une fois qu'ont été déterminés les éléments du choix premier qu'elle s'offre à l'administration.

1.1.1. Les éléments du choix

1.1.1.1. L'analyse économique de la nature du service

La possibilité de réclamer un paiement à l'usager du service public paraît *a priori* dépendre assez largement de conditions d'ordre économique, voire de considérations pratiques.

Les travaux des économistes ont en effet montré qu'un paiement du service par l'usager suppose en principe que l'activité considérée porte sur des biens ou services pouvant être fournis séparément à des usagers dûment individualisés, autrement dit que ses prestations puissent être considérées comme divisibles. On peut alors parler de consommation privative, laquelle présente une double caractéristique : d'une part, elle suppose généralement une démarche active du « consommateur » en vue de bénéficier de la prestation, qui est alors conduit à révéler ses préférences en acceptant de payer un certain prix pour bénéficier d'une quantité donnée ; d'autre part, le fait qu'une personne

4 - La notion de bénéficiaire est entendue ici comme visant l'usager ou utilisateur ; la question de savoir s'il bénéficie effectivement du service au regard des critères jurisprudentiels permettant de distinguer redevance et taxe est examinée au paragraphe 1.1.2.



consomme une partie de la prestation exclut qu'une autre puisse simultanément en bénéficier.

À l'inverse, en présence de biens ou de services collectifs (également dénommés « biens publics purs » ou « non rivaux »⁵), le paiement par l'utilisateur s'avère *a priori* difficilement concevable, ne serait-ce que parce que de nombreux services publics relevant de cette catégorie n'ont pas, à proprement parler, d'utilisateurs directs, mais plutôt un ensemble indéterminé de bénéficiaires qu'il n'est pas possible d'identifier individuellement. Dans certains cas en effet, l'identification d'un lien suffisamment direct avec des usagers déterminés n'aurait guère de sens : il s'agit notamment de la diplomatie, de la défense nationale, des services d'administration générale ou de ceux dont la fonction est de préparer des textes législatifs ou réglementaires. Au surplus, si un individu supplémentaire bénéficie de la prestation, le coût total de production de cette prestation reste inchangé, et le coût marginal étant nul, le prix doit, selon les enseignements de la théorie économique, l'être également.

De telles distinctions rendent cependant assez mal compte de la réalité de certains services publics. Ainsi la justice peut-elle, suivant le point de vue, être regardée comme rendue au profit d'usagers déterminés, notamment lorsqu'elle tranche des litiges d'ordre civil, ou au contraire comme s'exerçant dans l'intérêt de la société tout entière, dans le cas de la justice pénale.

Aussi importe-t-il de prendre en compte d'autres éléments.

1.1.1.2. La dimension politique du choix entre les deux modes de financement

Si la possibilité même d'une rémunération par l'utilisateur est nécessairement exclue lorsque le service n'a pas de bénéficiaire direct, il peut en aller différemment dans les autres cas, où certains services, même ceux essentiellement assurés dans l'intérêt général, s'adressent en même temps à des utilisateurs déterminés. Le paiement par l'utilisateur peut alors être envisagé, mais il n'a rien d'inéluctable. C'est là affaire de choix politique. En fonction de la nature et de l'objet du service, le recours à la solidarité nationale, qui suppose un financement par l'impôt, peut être jugé préférable.

C'est ce que traduisent certaines dispositions législatives qui, notamment parce qu'elles prescrivent le caractère obligatoire d'une dépense pour une collectivité locale, sont interprétées comme excluant tout financement par le bénéficiaire : tel est par exemple le cas des services d'incendie et de secours⁶.

5 - C'est-à-dire de biens, tels la radio ou la télévision, ou, selon l'exemple classique, le service rendu par un phare, dont la consommation par l'un ne réduit en rien les possibilités de consommation par les autres.

6 - Cf. CE, 5 décembre 1984, *Ville de Versailles c/Lopez*, p. 399, qui se fonde sur les dispositions aujourd'hui codifiées au 7° de l'article L. 2321-2 du CGCT.

Il est même des hypothèses où l'interdiction de toute rémunération est issue de dispositions constitutionnelles ⁷.

À l'inverse, comme l'a souligné Marcel Waline ⁸, le caractère onéreux peut se justifier par l'idée qu'il n'y a aucune raison pour que les contribuables, en finançant des services dont ils ne bénéficient pas nécessairement, fassent des cadeaux aux usagers de ces services.

1.1.1.3. La question de l'affectation et le lien avec la logique fiscale

Le choix entre financement par le budget général et financement direct par l'usager répond aussi à des considérations d'ordre budgétaire ou financier. En effet, le financement par l'impôt est en principe lié à l'idée de solidarité fiscale et aux principes d'unité et d'universalité du budget, qui veulent que tous les impôts viennent financer toutes les dépenses au sein d'un compte unique. Dans ce schéma, les impôts, qui sont la « contribution commune » prévue par l'article 13 de la Déclaration de 1789, sont établis et perçus selon une logique purement fiscale et indépendamment des dépenses, auxquelles ils ne sont confrontés que globalement pour déterminer un équilibre d'ensemble du budget. Quant aux dépenses, elles sont ainsi placées à égalité en termes de contraintes financières ; l'utilité et le degré de priorité qui s'attachent aux services publics financés par le budget général ainsi que leur efficacité sont appréciés sans considération de leur capacité éventuelle à générer des recettes.

En revanche, le recours à un financement par l'usager a souvent, et logiquement, pour corollaire une liaison entre recettes et dépenses, soit que le service concerné bénéficie de l'autonomie financière, soit qu'il y ait, au sein du budget de l'État, affectation des recettes correspondant aux sommes versées par les usagers à la couverture des dépenses du service qui réalise les prestations. Dans ce cas, dépenses et recettes ne peuvent être déterminées indépendamment les unes des autres. Au demeurant, on trouve ici les idées de contrepartie et d'équivalence ⁹ qui fondent la notion de redevance réclamée à des usagers : dès lors que celle-ci est la contrepartie de services qui leur sont rendus et doit en refléter la valeur, il paraît naturel de rapprocher le produit de ces redevances du coût des services qu'elles financent.

Cette présentation, cependant, est assez théorique. En premier lieu, de nombreux impôts sont affectés à la couverture de dépenses particulières : le droit budgétaire comporte en effet des exceptions au principe de non-affectation au sein du budget de l'État, et surtout il est admis que des impôts soient affectés à des établissements publics ou même à des personnes privées chargées de

7 - Ainsi « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés » est-elle proclamée comme étant un devoir de l'État par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Toutefois, cette proclamation n'a pas empêché le législateur d'y apporter des tempéraments dont le juge administratif ne peut que tirer les conséquences (cf., à propos des droits d'inscription à l'université prévus par une loi de 1951, CE Ass., 28 janvier 1972, *Conseil transitoire de la faculté des lettres et sciences humaines de Paris*, p. 86).

8 - « *Gratuité ou rémunération des services publics* », RDP 1951, p. 497.

9 - Cf. *infra*, paragraphes 1.1.2.2. et 1.1.2.3.



missions de service public¹⁰, sans que les personnes assujetties à ces impôts soient nécessairement les bénéficiaires du service ainsi financé. Le plus souvent, on les dénomme alors taxe ou même « redevances »¹¹.

En second lieu et inversement, les sommes perçues sur l'usager à l'occasion de la fourniture d'un service – que ce soit sous forme de taxe ou de redevances – ne sont pas nécessairement affectées. Dans le cas du budget général, nombreuses sont les taxes spécifiques qui viennent l'abonder sans aucun rapprochement avec le financement des services dont la fourniture déclenche le paiement. Quant aux redevances, l'article 19 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances et l'article 17 de la loi organique du 1^{er} août 2001 qui lui succède prévoient la possibilité de « rattacher » en cours d'année aux dotations de l'administration intéressée, sous forme d'ouvertures de crédits supplémentaires, les recettes correspondant à des redevances pour service rendu, par assimilation à la procédure du fonds de concours.

Cette possibilité d'affectation d'une redevance au financement de dépenses des services de l'État, si elle est largement utilisée, notamment pour les rémunérations tirées des prestations annexes ou accessoires à l'activité principale des services administratifs (diffusion de documents, prêt de locaux, etc.) n'a rien d'obligatoire. Elle a en outre une limite, nettement marquée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹² : la procédure des fonds de concours, qui permet de financer par des recettes spécifiques des dépenses sans que celles-ci soient inscrites *ab initio* dans la loi de finances et donc soumises au vote préalable du Parlement, n'est pas admissible pour des charges qui présentent pour l'État un caractère permanent, c'est-à-dire indispensable et récurrent, telles que les rémunérations des fonctionnaires, y compris les primes et indemnités. Cette jurisprudence ne devrait pas être modifiée par le changement introduit par l'article 17 de la loi organique du 1^{er} août 2001, en application duquel une prévision des crédits susceptibles d'être ainsi ouverts en cours d'année devra figurer dans la loi de finances initiale en recettes et en dépenses.

1.1.2. Les contraintes juridiques tenant à la distinction entre taxe et redevance

Après une période d'incertitude, pendant laquelle la distinction paraissait parfois reposer sur le caractère obligatoire ou facultatif du service, ses critères se déduisent, depuis 1958, de la définition déjà citée, issue de la décision *Syndicat national des transporteurs aériens*. De la définition adoptée par la

10 - Cons. const., 28 décembre 1998, décision n° 98-405 DC.

11 - Le terme de « redevance » est parfois préféré pour des raisons symboliques, alors même que le caractère fiscal du prélèvement ne fait pas de doute : on en a un exemple récent avec la redevance archéologique créée par la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 en vue de financer les missions de l'établissement public national créé par la même loi, et dont la nature d'imposition a été soulignée par la décision du Conseil constitutionnel n° 2000-439DC du 16 janvier 2001.

12 - Cons. const., 29 décembre 1994, décision n° 94-351 DC.

jurisprudence depuis cet arrêt de principe ¹³, on peut dégager trois éléments en déduire un quatrième, dont la portée demeure incertaine.

1.1.2.1. La redevance est « demandée à des usagers »

Ce premier élément suppose l'identification de bénéficiaires du service. Lorsque le redevable n'est pas l'usager, pris en tant que tel, la somme mise à sa charge ne peut être considérée comme le prix d'un service ni, par suite, comme une redevance. Outre le cas des services collectifs qui n'ont pas d'usagers, on peut citer celui dans lequel le service, même exercé en direction d'une personne déterminée, est réputé assuré dans l'intérêt général, et non dans l'intérêt du bénéficiaire apparent. Ainsi le contrôle médical auquel sont assujettis les étrangers qui présentent une demande initiale de titre de séjour a-t-il essentiellement pour objet la protection de la santé publique ; il ne constitue dès lors pas un service rendu pouvant donner lieu à la perception d'une redevance ¹⁴.

De manière générale, la ligne de partage entre ce qui est assuré dans l'intérêt général et ce qui peut être regardé comme une prestation bénéficiant à des personnes déterminées n'est pas toujours aisément compréhensible. Elle soulève en particulier, des difficultés fréquentes qui seront examinées plus loin, à propos du financement des missions de police.

On peut aussi mentionner, au titre de l'identification des bénéficiaires d'un service, l'hypothèse dans laquelle ce n'est pas l'usage du service qui rend exigible le paiement. Ainsi, une « redevance » instituée par une commune pour financer l'enlèvement et la destruction des ordures ménagères, mais dont l'assiette est le nombre de mètres cubes d'eau potable consommés et facturés par la régie des eaux à ses abonnés, ne peut être considérée comme une redevance pour service rendu car y sont assujettis « *l'ensemble des abonnés au service de l'eau et non les seuls usagers des services d'enlèvement et de traitement des ordures ménagères* » ¹⁵.

1.1.2.2. La redevance doit être demandée « en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public »

Il résulte de ce deuxième critère qu'il n'y a redevance, et non pas taxe, que pour autant que la somme exigée n'incorpore pas des éléments qui n'auraient pas pour objet de couvrir les charges d'un service ou les frais d'établissement

13 - Cette jurisprudence est aussi celle du Conseil constitutionnel, qui met en œuvre les mêmes critères lorsqu'il lui revient de faire le partage entre les matières relevant des articles 34 et 37 de la Constitution. C'est ce que montrent notamment ses décisions n° 69-57 L du 24 octobre 1969, par laquelle il admet que des frais, « *trouvant leur contrepartie directe dans des prestations fournies par le service* », possèdent le caractère d'une rémunération pour service rendu et ne sont donc pas inclus dans les impositions de toutes natures et n° 77-100 L du 16 novembre 1977, rendue à propos d'une redevance pour le contrôle des organismes d'HLM qui n'est pas uniquement la contrepartie d'un service rendu et a dès lors le caractère d'une taxe.

14 - CE ? 20 mars 2000, *Groupement d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, p. 122.

15 - CE, 6 mai 1985, *Commune de Pointe-à-Pitre*, Tables p. 557.

et d'entretien d'un ouvrage public. Sur ce point, la jurisprudence est parfois perçue comme bienveillante, le juge ne semblant pas témoigner d'exigences très fermes, notamment en matière de justifications comptables, et ne censurant que les erreurs manifestes. Il faut cependant prendre garde à ne pas confondre deux exercices différents :

- d'une part, l'appréciation de la mesure dans laquelle le niveau de la redevance est effectivement proportionné au coût du service rendu aux usagers, le caractère délicat de cette appréciation expliquant que le juge s'en tienne à un contrôle restreint ;
- d'autre part, le contrôle de la nature des éléments pris en compte pour calculer les coûts dont la couverture est demandée à ces mêmes usagers.

Ce second contrôle, qui procède d'une autre préoccupation, tend, depuis quelque temps, à se renforcer, à la faveur de la multiplication des contentieux qui invitent le juge à l'exercer : il s'agit d'éviter le détournement de procédure consistant à faire supporter à l'usager des charges qui ne peuvent être imputées à la prestation pour laquelle une redevance est, *a priori*, valablement exigée. Cette imputation peut résulter de ce que certaines des dépenses incluses dans l'assiette procèdent d'une fonction qui ne peut donner lieu à tarification¹⁶, auquel cas on est ramené aux questions de principe, évoquées plus haut, sur le champ d'application de la notion de redevance. Mais le caractère erroné de l'imputation peut aussi provenir de ce que les frais pris en compte n'ont aucun rapport avec le service en cause¹⁷.

Les différentes questions soulevées par la mise en œuvre de ce deuxième critère, et plus généralement par la fixation du montant des redevances, seront examinées plus loin dans cette première partie.

1.1.2.3. La redevance doit « trouver sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage »

C'est là sans doute le critère fondamental, qui vient compléter le précédent et constituer avec lui le principe d'équivalence. En effet, le premier de ces trois critères – dont la présence est naturellement indispensable – n'est pas à lui seul déterminant car il est, en réalité, commun à la redevance et à la taxe : comme le soulignait le commissaire du gouvernement Chardeau dans ses conclusions sur l'arrêt de principe de 1958¹⁸, l'une comme l'autre est perçue, à la différence de l'impôt au sens large, à l'occasion de la fourniture d'un service. Aussi la jurisprudence établit-elle, pour caractériser la redevance, un lien

16 - Cf. par exemple, en matière de police au sens large, CE Sect., 10 février 1995, *Chambre syndicale du transport aérien* (1^{re} et 2^e espèces), p. 69 et 70 ; CE Ass., 30 octobre 1996, *M^{me} Wajs et M. Monnier*, p. 397.

17 - Cf., par exemple, à propos d'une surfacturation de l'eau pour dégager des ressources destinées au budget général d'une commune, CE, 30 septembre 1996, *Sté Stéphanoise des eaux et ville de Saint-Etienne*, p. 355, qui montre que les mêmes principes régissent le prix des services publics industriels et commerciaux faisant l'objet d'une gestion déléguée.

18 - Publiées au D. 1959 J., p. 476, avec une note Trotabas.

étroit entre paiement et service, qui la fait ainsi apparaître comme un prix, alors que la taxe est caractérisée par l'absence de contrepartie spécifique.

Dans la mise en œuvre de ce critère, la jurisprudence a pu, un temps, témoigner d'hésitations, dont on trouve un exemple avec la redevance d'assainissement. Alors que celle-ci est assise sur la consommation d'eau et sert à financer le service d'assainissement, le Conseil d'État l'avait d'abord regardée comme une taxe¹⁹, en se fondant notamment sur la circonstance que l'ancien article L. 35-5 du code de la santé publique²⁰ soumet les personnes qui négligent de se raccorder – et qui donc ne bénéficient pas du service – au paiement d'une somme au moins équivalente au montant de la redevance, éventuellement majorée par décision du conseil municipal. À la suite de l'intervention du Conseil constitutionnel²¹, une distinction est désormais établie entre le propriétaire qui bénéficie du raccordement et celui qui ne s'est pas conformé à cette obligation, et par suite entre les deux types de versement : le paiement exigé des personnes qui sont raccordées à un réseau a le caractère d'une redevance pour service rendu²². De fait, il y a bien contrepartie, puisque c'est le raccordement qui fonde l'obligation de payer, et le prix est fonction de la quantité d'eau utilisée. Au contraire, le versement auquel est astreint le propriétaire qui n'est pas raccordé présente un caractère fiscal, puisqu'il n'est la contrepartie d'aucun service.

Dans certains cas, les textes conduisent à opérer une distinction, quant au fondement de l'obligation de payer, suivant qu'elle résulte de l'utilisation effective du service ou seulement de sa disponibilité : une telle condition suffit, par exemple, à déclencher l'exigibilité de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères prévue par l'article 1520 du code général des impôts, alors que la redevance que les communes peuvent décider de lui substituer en application de l'article L. 2333-76 du code général des collectivités territoriales n'est pas due si l'intéressé n'utilise pas effectivement le service. Mais cela ne condamne pas nécessairement, sur un plan général, la possibilité de soumettre à redevance le simple fait de mettre un service à la disposition d'un utilisateur, par exemple sous la forme d'un abonnement, indépendamment même de l'utilisation effective qu'en fait le redevable.

On peut d'ailleurs aussi analyser comme relevant de l'absence de contrepartie le cas dans lequel fait défaut la nécessaire équivalence, selon la formule d'A. Mestre²³, entre « la somme fournie par [l'utilisateur] et la valeur rendue à lui par l'administration ». La qualification fiscale découle alors de ce que la première excède notablement la seconde et on est ainsi ramené aux questions touchant à la mise en œuvre du deuxième critère.

19 - CE Sect., 21 novembre 1975, *Sté la Grande Brasserie moderne*, p. 584.

20 - Article L. 1338-8 du nouveau code.

21 - Décision n° 83-166 DC du 29 décembre 1983.

22 - TC, 12 janvier 1987, *Compagnie des eaux et de l'ozone*, p. 442 et CE, 20 janvier 1988, *SCI la Colline c/Commune de Bénisson-Dieu*, p. 21, qui qualifie la redevance de « prix d'un service ».

23 - Cité par le commissaire du gouvernement J. Chardeau dans ses conclusions précitées.



1.1.2.4. La non prise en compte par la redevance des externalités

En présence d'« externalités négatives » (ou « désutilités »), telles que la pollution ou les nuisances sonores, il peut être tentant d'inclure l'évaluation de leur coût, s'il est mesurable, dans la facture présentée à l'utilisateur, lorsqu'elles sont imputables à son activité ou à la prestation dont il bénéficie. La redevance apparaît alors comme une modalité de mise en œuvre du principe « pollueur-payeur ». Une telle démarche peut se réclamer de la théorie économique : en « internalisant les externalités », on évite qu'un prix trop bas n'incite à une consommation excessive.

Dans une certaine mesure, le régime des redevances n'est pas *a priori* étranger à de telles préoccupations : si l'administration ou l'organisme qui fournit la prestation ou qui met à disposition l'ouvrage a aussi pour mission de remédier à ces nuisances, il peut sembler légitime d'inclure les sommes qu'il dépense effectivement à cette fin dans le prix réclamé à l'utilisateur. Ainsi le coût de construction de murs « anti-bruit » le long des autoroutes peut-il être inclus dans le montant des investissements répercuté sur l'utilisateur à travers le péage qui lui est réclamé ²⁴.

Il en va cependant autrement lorsque les dépenses engagées pour remédier à ces nuisances empruntent d'autres voies. C'est naturellement le cas lorsqu'elles sont à la charge d'un organisme tiers. Mais tel qu'il a été appliqué jusqu'ici par la jurisprudence, le critère de la contrepartie fait aussi obstacle à ce que les frais correspondants soient mis à la charge de l'utilisateur sous forme de redevance, lorsque les dépenses en cause, même à la charge du service qui assure la prestation, n'ont plus qu'un lien trop ténu avec elle. C'est ainsi qu'a été jugé illégal un décret qui avait institué une « redevance pour atténuation des nuisances phoniques » perçue sur certains aérodromes en complément de la redevance d'atterrissage, au motif que cette atténuation résultait principalement de travaux d'insonorisation des habitations et établissements divers ainsi que du rachat d'immeubles en vue de l'exercice d'activités moins sensibles à ces nuisances, de sorte que la contribution ainsi mise à la charge des compagnies aériennes, bien que perçue par l'exploitant de l'aérodrome, n'était la contrepartie d'aucune prestation servie par cet exploitant aux compagnies ²⁵.

Même si l'on peut percevoir la différence entre le financement des dépenses en cause dans cette affaire, qui ne profitent en rien à l'utilisateur de l'aérodrome mais bénéficient en revanche directement à des tiers, et celui du mur

24 - On peut relever que, du point de vue économique, il n'y a pas nécessairement équivalence entre les deux approches – celle qui consiste à faire ressentir à l'utilisateur les nuisances sonores qu'il provoque en mettant à sa charge un prélèvement public qui rend le prix supérieur à celui qui s'établit sur le marché, et celle qui tend à atténuer ces nuisances en consentant des dépenses d'isolation phonique – dans la mesure où le prélèvement ne sera pas nécessairement au même niveau que la dépense : si, par exemple, aucune dépense d'isolation phonique n'est effectuée, le bruit sera très gênant et il faudra beaucoup élever le prix pour limiter les activités bruyantes ; si, à l'inverse, de grosses dépenses ont permis d'isoler parfaitement tout le monde du bruit, il n'existe plus de raisons, faute de nuisance, de surfacturer les activités bruyantes. L'optimum se situe certes quelque part entre ces deux situations, mais pas nécessairement au point d'équilibre des dépenses et des recettes.

25 - CE, 13 novembre 1987, *Syndicat national des transporteurs aériens*, p. 355.



anti-bruit, qui s'incorpore à l'ouvrage mis à la disposition de l'automobiliste tenu d'acquitter un péage, il faut reconnaître que les conséquences qui s'en déduisent ne sont pas pleinement satisfaisantes. Sans doute la solution consiste-t-elle alors à transformer une telle « redevance » en taxe, c'est-à-dire à se tourner vers le législateur pour qu'il établisse l'obligation de payer. Sans doute aussi cette solution peut-elle se réclamer d'une certaine logique économique et politique : si le service fourni par un organisme tel qu'un aéroport est facturé au-delà de son coût, il peut paraître normal que ce supplément ne soit pas approprié par l'opérateur, mais par la puissance publique qui choisira les moyens les mieux adaptés pour compenser les nuisances occasionnées par le fonctionnement du service ou de l'ouvrage. Le prix facturé à l'utilisateur comporte alors deux parties : la première suit le principe d'équivalence ; la seconde, qui a le caractère d'une taxe, est reversée au budget général.

Mais, ainsi qu'on le verra plus loin ²⁶ à propos des difficultés engendrées par la mise en œuvre des critères jurisprudentiels, la substitution d'une taxe à une redevance est une opération qu'il peut être malaisé de mener à bien.

1.2. Les modalités d'institution des redevances

Lorsque les différents éléments du choix conduisent à privilégier un financement du service par ceux qui en bénéficient, et que les conditions de fond auxquelles la jurisprudence subordonne l'institution d'une redevance sont remplies, les modalités de cette institution sont *a priori* assez simples, dans la mesure où l'autorité administrative dispose, en ce domaine, d'une compétence de principe. Ce principe doit cependant être assorti de quelques nuances.

1.2.1. La compétence de principe des autorités administratives

Comme il a été dit plus haut, c'est parce que la gratuité n'est pas au nombre des « lois du service public » que la jurisprudence reconnaît traditionnellement – sous les réserves qui viennent d'être indiquées – la compétence de l'autorité administrative pour instituer, sans habilitation législative particulière, des redevances pour service rendu. Ne relevant d'aucune des rubriques de l'article 34 de la Constitution, l'institution d'une rémunération par l'utilisateur du service qui lui est rendu est donc une compétence du pouvoir exécutif lorsqu'il s'agit d'un service de l'État ²⁷.

26 - Paragraphe 1.3.

27 - C'est d'ailleurs tout l'enjeu de la plupart des précédents jurisprudentiels analysés ci-dessus que de déterminer si l'institution du prélèvement en cause relevait du pouvoir réglementaire ou nécessitait l'intervention du législateur.

De la même manière, la décision relève, pour un établissement public, de l'autorité à laquelle le statut attribue compétence (directeur ou, le plus souvent, conseil d'administration). Pour les collectivités locales, la jurisprudence reconnaît de longue date une telle compétence à leur organe délibérant²⁸.

Quelle que soit la collectivité concernée, la compétence de l'autorité administrative s'exerce en principe de manière unilatérale. Il importe en effet de relever que si l'assimilation des redevances à des prix²⁹ emporte sans doute des conséquences quant à l'application de certaines règles de fond – notamment, ainsi qu'on le verra plus loin³⁰, celles du droit de la concurrence – elle n'affecte *a priori* pas les règles de forme et de procédure suivant lesquelles est établie la redevance.

1.2.2. L'intervention du législateur pour les règles mettant en cause l'autonomie des collectivités territoriales

L'autorité locale à qui il appartient d'instituer la redevance n'est pas nécessairement celle qui est compétente pour en définir le régime. Lorsqu'il s'avère nécessaire de fixer des règles uniformes, notamment en matière de tarification, afin d'encadrer l'exercice, par les collectivités décentralisées, de leur compétence de principe, il appartient naturellement à l'État d'exercer son pouvoir normatif, lequel relève alors du Parlement : un tel encadrement met en effet en cause, au sens de l'article 34 de la Constitution, les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources.

C'est ce qui explique la codification, dans la partie législative du code général des collectivités territoriales, des dispositions relatives au régime juridique des redevances dont la loi a entendu prévoir et encadrer la perception³¹.

1.2.3. L'hypothèse de l'application du droit de la commande publique

La détermination unilatérale du montant de la redevance par un décret ou, le cas échéant, par un arrêté soulève une difficulté lorsque le bénéficiaire de la prestation est une personne soumise au droit de la commande publique et, en

28 - CE Sect., 30 juin 1939, *Commune de Granville*, p. 441 ; 27 juillet 1984, *Commune de la Teste-de-Buch*, p. 282.

29 - Voir les définitions proposées en introduction de la présente étude.

30 - Cf. paragraphe 3.1.2.1

31 - Cf. par exemple le cas des redevances pour enlèvement des déchets dont le régime est fixé par les articles L. 2333-76 à L. 2333-80 du CGCT.



particulier, une administration publique soumise au code des marchés publics. Dans cette hypothèse, en effet, la passation d'un marché public après appel à la concurrence est en principe nécessaire et la contrepartie financière de la prestation est prévue par le contrat. Tel est le cas notamment lorsque des prestations d'ingénierie sont assurées par l'État au bénéfice d'autres personnes morales de droit public³². La publication d'un tarif par le seul candidat public, préalablement aux dépôts des offres, serait incompatible avec le déroulement normal de la procédure de passation qui exige de préserver l'égalité entre les candidats.

Il peut donc s'avérer nécessaire de réserver cette hypothèse dans les décrets instituant des redevances pour service rendu, en prévoyant que le montant de la redevance est fixé soit par un tarif établi par le ministre compétent, soit, quand il y a lieu, dans le cadre d'un acte contractuel passé entre les deux personnes publiques concernées³³.

1.2.4. Le cas particulier des redevances instituées au profit de l'État

La détermination du niveau de norme adéquat pour instituer des redevances au profit de l'État s'avère plus complexe, surtout si l'on prend en compte l'innovation introduite par la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

1.2.4.1. La conception traditionnelle : la répartition entre décret en Conseil d'État et arrêté

Alors que l'on pourrait concevoir la matière des redevances comme relevant seulement de l'article 37 de la Constitution, les règles de procédure et de compétence qui les encadrent ont été définies par l'article 5 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances : « *La rémunération des services rendus par l'État ne peut être établie et perçue que si elle a été instituée par décret en Conseil d'État pris sur rapport du ministre des Finances et du ministre intéressé* ». Cette disposition n'a cependant pas été interprétée comme impliquant que le décret en Conseil d'État comporte tous les éléments nécessaires à cet établissement et à cette perception, c'est-à-dire les règles essentielles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement et de contrôle.

La pratique constante, expressément validée par la jurisprudence³⁴, a au contraire consisté à ne préciser par décret que les éléments relatifs à l'objet de la

32 - Voir sur ce point l'analyse figurant dans les considérations générales du rapport public du Conseil d'État pour 2002, « Collectivités publiques et concurrence », EDCE 2002, p. 317 et s.

33 - Cf. article 2 du décret n° 2002-835 du 2 mai 2002 relatif à la rémunération de certains services rendus par le ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement.

34 - Cf. par exemple CE Ass., 10 juillet 1996, *Société Direct mail promotion et autres*, p. 277.



redevance instituée et aux prestations donnant lieu à rémunération. Le surplus, en particulier le tarif de la redevance, est renvoyé à un arrêté ministériel, sans qu'il y ait nécessairement un encadrement précis.

1.2.4.2. Les conséquences à tirer de l'article 4 de la loi organique du 1^{er} août 2001

La volonté d'assurer une plus grande transparence des comptes et de renforcer le contrôle du Parlement qui constitue, avec l'idée de substituer une logique d'objectifs et de résultats à une logique de moyens, l'une des lignes directrices de la réforme de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, a trouvé une traduction en matière de redevances pour service rendu par les administrations de l'État : l'article 4 de la loi organique du 1^{er} août 2001, s'il reprend les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance de 1959 pour ce qui est des modalités de création des redevances (par décret en Conseil d'État pris sur le rapport du ministre des Finances et du ministre intéressé), innove en prévoyant une obligation de ratification des décrets institutifs : « *Ces décrets deviennent caducs en l'absence d'une ratification dans la plus prochaine loi de finances afférente à l'année concernée* ».

Cette nouveauté a suscité beaucoup de perplexité, notamment lors des débats au Parlement sur cet article³⁵. Cependant, l'examen de la loi organique par le Conseil constitutionnel l'a conduit à interpréter ces dispositions dans un sens qui résout l'essentiel des difficultés, et dont il conviendra de tenir compte lors de la mise en œuvre de la réforme³⁶.

Une incidence limitée sur le partage entre loi et règlement dans le domaine de la rémunération des services rendus par l'État

La première difficulté, assurément la principale, consistait à déterminer si cette nouvelle exigence de ratification avait pour effet de modifier le partage entre loi et règlement dans ce domaine, sous deux aspects : celui du contenu des décrets instituant les redevances et celui de l'effet juridique exact de leur ratification par la loi de finances. Une analogie avec le dispositif de l'article 38 de la Constitution qui prévoit aussi, pour les ordonnances prises par le pouvoir exécutif, une procédure de ratification, ou avec les dispositions relatives aux « décrets d'avance »³⁷, aurait pu en effet conduire à penser que les nouvelles règles traduisaient l'idée d'une intervention exceptionnelle et temporaire du pouvoir réglementaire dans un domaine relevant de la compétence du Parlement, ce qui aurait eu deux conséquences :

– si la matière relevait en principe du domaine de la loi de finances, les décrets sur la base desquels peut être « établie et perçue » la rémunération des

35 - En première lecture, le Sénat avait d'ailleurs estimé préférable de remplacer cette procédure de ratification par une disposition beaucoup moins contraignante, aux termes de laquelle les décrets instituant des redevances pour service rendu auraient simplement été annexés au projet de loi de règlement.

36 - Décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001.

37 - Article 13 de la loi organique du 1^{er} août 2001 reprenant, pour l'essentiel, les dispositions de l'article 11 de l'ordonnance de 1959.



services rendus par l'État et qui sont soumis à ratification devraient logiquement comporter tous les éléments nécessaires à cet établissement et à cette perception, c'est-à-dire les règles essentielles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement et de contrôle ;

– la seconde, dans le même esprit, serait qu'en ce cas la ratification aurait pour effet de donner aux décrets valeur législative, de sorte que la loi qui les ratifie pourrait éventuellement les modifier et qu'ils ne pourraient ensuite être modifiés ou abrogés que par la loi.

Sur ces deux points, la décision du Conseil constitutionnel apporte une réponse claire, dans le sens de la continuité par rapport au dispositif antérieur : c'est parce que ces redevances sont des ressources budgétaires de l'État que leur détermination entre dans l'objet des lois de finances ; mais « *la procédure de ratification résultant de ces dispositions ne vise que les décrets instituant la rémunération d'un service rendu par l'État, à l'exclusion des actes pris sur la base de ces décrets* » et elle « *n'a pour objet que d'autoriser, au-delà de la date d'entrée en vigueur de la prochaine loi de finances, la perception de ces rémunérations* ».

La matière des redevances pour service rendu par l'État n'est donc pas attraitée dans le domaine de la loi : la loi organique s'est bornée à définir dans quelles conditions et sous quelles réserves la loi de finances aurait à connaître de ces ressources, qui n'entrent pas par elles-mêmes, à la différence des impositions de toutes natures, dans le champ de compétence législative. Cette ratification, en définitive, s'analyse comme une sorte de confirmation par le législateur de dispositions prises par le pouvoir réglementaire dans l'exercice de ses compétences.

Le maintien du partage actuel entre décret et arrêté

On peut en déduire que le partage actuel entre décret et arrêté n'est pas non plus remis en cause, et que la portée de la ratification est celle qui s'attachait à la mention en annexe au projet de loi de finances des taxes parafiscales (lesquelles sont supprimées par la loi organique du 1^{er} août 2001 à compter du 31 décembre 2003). Ainsi – et cela est d'une grande portée pratique – les décrets instituant des redevances perçues au profit de l'État n'auront pas à entrer dans plus de précisions qu'ils ne le font actuellement, notamment en ce qui concerne le tarif des redevances, et leur ratification par la loi de finances n'aura pour effet ni de les hausser au niveau législatif, ni de les soustraire au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Les modalités de la ratification

Les autres questions que peut soulever l'article 4 de la nouvelle loi organique sont de moindre importance et il sortirait des limites de la présente étude de les envisager toutes. On signalera cependant que l'on peut s'interroger sur les termes « *ratification dans la plus prochaine loi de finances afférente à l'année concernée* ». Cette formulation, qui est la même que celle utilisée à l'article 13 pour la ratification des décrets d'avance, paraît renvoyer la ratification à la loi de finances rectificative de fin d'année ou à la loi de règlement de l'exercice au cours duquel a été pris le décret créant la redevance : la loi de finances initiale suivant la publication du décret institutif n'est en effet pas « *afférente à l'année concernée* », mais à l'année suivante.

En conséquence, et à la différence, cette fois-ci, du régime qui était celui des taxes parafiscales, la loi de finances initiale n'aura pas à connaître des redevances pour service rendu. Cela n'est pas sans paradoxe, compte tenu notamment de la portée donnée par le Conseil constitutionnel à la procédure de ratification : une redevance instituée à la fin de l'année, et donc trop tard pour que sa ratification puisse être proposée dans le cadre de la loi de finances rectificative, attendra sa ratification jusqu'au vote définitif de la loi de règlement afférente à cette année, et pourra être perçue jusqu'à ce vote sur la seule base du décret qui l'a instituée.

La question du traitement des redevances existantes

Enfin, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions au 1^{er} janvier 2005 pose la question du traitement à réserver au « stock » des redevances existantes. La loi organique n'a prévu aucune disposition particulière sur ce point, à la différence par exemple de ce qu'elle a fait, dans une situation assez similaire, pour les garanties ou les taxes parafiscales. On peut considérer que, pour les redevances instituées au cours d'exercices définitivement clos au 1^{er} janvier 2005 – c'est-à-dire ceux pour lesquels les lois de règlement ont été votées – la formalité est impossible, en l'absence de loi de finances « afférente à l'exercice concerné »³⁸. Cependant, une autre conception, plus constructive, consisterait à entreprendre en vue du 1^{er} janvier 2005 un exercice de recensement général des redevances existantes et à soumettre celles-ci à une ratification d'ensemble par le Parlement. En tout état de cause, un tel recensement, même s'il était effectué à titre seulement informatif, donnerait l'occasion de vérifier que ces redevances respectent les règles posées par la jurisprudence.

1.3. Les difficultés engendrées par la mise en œuvre des critères jurisprudentiels

Deux séries de difficultés principales ont été mises en évidence : les premières, qui sont essentiellement circonscrites au financement des missions de police entendues au sens large, conduisent, dans bien des cas, à remettre en cause le recours au mécanisme de la redevance ; les secondes, qui découlent pour une large part des premières, ont trait aux modalités de substitution d'une taxe à une redevance.

38 - Cela serait dans la logique de cette exigence de ratification à peine de caducité telle qu'elle a été interprétée par le Conseil constitutionnel, qui n'en fait en somme qu'une procédure à respecter lors de l'institution d'une nouvelle redevance, de sorte que la ratification des redevances existantes reviendrait à faire une application rétroactive de l'article 4 de la nouvelle loi organique.



1.3.1. La remise en cause du financement par la redevance : le cas des missions de police et de sécurité

Le domaine des missions de police – entendu au sens large – fournit une bonne illustration de la difficulté à déterminer concrètement et pratiquement une ligne de partage claire entre taxe et redevance. La matière donne lieu à des solutions nuancées, certaines étant parfois difficilement compréhensibles. C'est ce que montre la multiplication des contentieux portant sur des redevances établies dans ce domaine.

Trois séries d'hypothèses doivent, à cet égard, être distinguées, qui ne sont exposées ici qu'à titre d'exemple³⁹.

1.3.1.1. Le financement des missions de police ne peut pas, en principe, être assuré par l'instauration d'une redevance

C'est parce qu'ils sont établis avant tout dans l'intérêt général que les services chargés de ces missions sont en principe financés par l'impôt. D'une certaine manière, on est ici en présence de « biens collectifs purs ». Et même si cette notion ne rend pas toujours bien compte de la réalité de certains services, ce sont alors des motifs d'ordre politique – tels que la volonté de privilégier en ce domaine la solidarité nationale – qui expliquent que le financement par le bénéficiaire, lorsqu'il est possible d'en identifier un, soit en principe exclu.

Lorsque certains de ces services relèvent des collectivités territoriales, on trouve la traduction de cette idée dans les dispositions législatives rangeant les charges qui en découlent au nombre des dépenses obligatoires de la collectivité concernée. La jurisprudence en déduit alors que leur financement doit reposer sur la généralité des contribuables de cette collectivité, sans pouvoir donner lieu à rémunération par l'utilisateur.

Il est ainsi exclu que l'État puisse se faire rembourser par les exploitants d'autoroutes des dépenses de la gendarmerie, au motif que « *l'exercice par la gendarmerie nationale des missions de surveillance et de sécurité des usagers qui par nature incombe à l'État donne par là même lieu à des dépenses qui sont étrangères à l'exploitation du réseau concédé* »⁴⁰. Une solution semblable prévaut pour certains coûts de la police de la navigation aérienne, lorsqu'il s'agit de dépenses exposées dans l'intérêt de la sécurité des usagers et des populations survolées⁴¹.

De manière plus générale, la jurisprudence refuse tout autant de regarder comme de véritables bénéficiaires d'un service rendu les personnes à l'égard desquelles

39 - Les difficultés, relevées dans les développements qui suivent, à faire le partage entre taxe et redevance se retrouvent plus généralement dans de nombreux domaines où l'administration assure des missions de contrôle, en particulier dans celui de la régulation économique.

40 - CE Ass., 30 octobre 1996, *M^{me} Wajs et M. Monnier*, précité.

41 - CE Sect., 10 février 1995, *Chambre syndicale du transport aérien*, (2^e espèce), précité.

l'administration procède ou fait procéder, en les confiant à des organismes certificateurs indépendants, à certains contrôles, inspections ou vérifications ⁴². Dans ce cas, seule la loi ⁴³ peut prévoir que le coût de cette investigation est mis à la charge du bénéficiaire ou du demandeur de l'autorisation ⁴⁴.

1.3.1.2. Le paiement par l'utilisateur est possible pour certaines prestations de sécurité spécifiques

Il peut aussi arriver que les services de sécurité fournissent des prestations spéciales, au-delà de leurs missions obligatoires. Au regard de l'approche économique, on n'est en tout état de cause plus en présence de biens collectifs, mais de services publics divisibles, dont la « consommation » par une personne exclut qu'une autre puisse simultanément en bénéficier. À ces services publics peuvent, au demeurant, être substituées des prestations assurées par des entreprises privées spécialisées dans la sécurité et le gardiennage.

En outre, les considérations de principe, qui, au nom de la solidarité nationale, exigent un financement par l'impôt, perdent de leur force. Fournies par la collectivité publique au-delà des besoins auxquels elle est tenue de pourvoir gratuitement, de telles prestations correspondent, comme l'a montré Marcel Waline ⁴⁵, à une utilisation en quelque sorte privative du service public, qui doit être distinguée, comme pour le domaine public, de son utilisation collective. De telles utilisations privatives peuvent donc donner lieu à rémunération et il arrive d'ailleurs que le législateur intervienne pour consacrer une telle possibilité, que la jurisprudence aurait sans doute admise sans texte : c'est ainsi que l'article 23 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité ouvre expressément la possibilité de réclamer aux personnes pour le compte desquelles sont mis en place des services d'ordre « *qui ne peuvent être rattachés aux obligations normales incombant à la puissance publique en matière de maintien de l'ordre* », le remboursement des « *dépenses supplémentaires... supportées dans leur intérêt* » ⁴⁶.

42 - CE Sect., 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux et autres*, p. 526, à propos du contrôle des vins à appellation d'origine contrôlée ; Cons. const., 16 novembre 1977, n° 77-100 L, Rec., p. 65, à propos du contrôle des organismes d'HLM ; CE, 26 mars 1997, *Société Elf Antargaz*, p. 111, à propos des dépenses d'analyses et de contrôles institués pour l'application de la législation relative aux établissements classés pour la protection de l'environnement.

43 - Cf. s'agissant du coût des contrôles opérés en matière d'installations classées, l'article L. 514-8 du code de l'environnement.

44 - Cette hypothèse doit être distinguée de celle dans laquelle le demandeur d'une autorisation doit joindre à sa demande une expertise effectuée par un organisme agréé qu'il rémunère directement : une telle obligation, qui ne porte pas sur le financement d'un service assuré par l'administration, peut être instituée par décret.

45 - Cf. article précité à la RDP, 1951.

46 - Pris à la fois sur le fondement de ce texte et sur celui de l'article 5 de l'ordonnance organique de 1959, le décret n° 97-199 du 5 mars 1997 relatif au remboursement de certaines dépenses supportées par les forces de police précise que ces remboursements peuvent porter sur le coût de la mise à disposition d'agents, de véhicules, de matériels ou d'équipements, sur le remorquage de véhicules immobilisés ou accidentés et sur l'escorte de convois exceptionnels.



1.3.1.3. Les incertitudes nées de la jurisprudence sur les redevances aériennes

Mais entre ces deux hypothèses – le bien collectif et la prestation particulière fournie à la demande – il faut reconnaître qu'il existe une zone intermédiaire dans laquelle la possibilité d'exiger de l'utilisateur le paiement d'une redevance est subordonnée à des conditions de principe qui sont clairement établies par la jurisprudence mais dont le maniement par les administrations s'avère pourtant souvent malaisé. C'est ce que montre tout particulièrement le développement des contentieux affectant le secteur des transports aériens, dans lequel le financement des services par redevance est traditionnel.

Ainsi la jurisprudence a-t-elle accepté d'admettre « *que s'il appartient à l'État d'assurer la police de l'espace aérien et la sécurité des aéronefs dans un but d'intérêt général de protection des usagers et des populations survolées, la mission de contrôle d'approche est exercée principalement et directement au profit des exploitants des aéronefs guidés à leur arrivée et à leur départ, qu'en conséquence le gouvernement pouvait légalement instituer, pour financer ce contrôle et en contrepartie du service rendu, une redevance mise à charge des exploitants d'aéronefs* »⁴⁷.

Cette jurisprudence a été critiquée⁴⁸. On a pu, en particulier, lui opposer la doctrine des formations administratives du Conseil d'État, telle qu'exprimée notamment dans le rapport annuel pour 1987⁴⁹. On a aussi souligné que, si ces prestations présentent des traits particuliers qui justifient une participation, aurait été facile de la prévoir par la loi, autrement dit que l'instauration d'une taxe aurait été préférable.

Il est de fait que la jurisprudence relative aux redevances perçues dans le secteur du transport aérien ne se laisse pas aisément systématiser. Elle s'explique pour une large part, par une certaine spécificité de la matière aéronautique fortement marquée par le recours au mécanisme de la redevance. Un tel mode de financement, d'usage courant au sein de l'Organisation de l'aviation civile internationale, est expressément prévu et organisé par certains accords internationaux, tels que celui conclu au sein de l'organisation Eurocontrol à propos de la redevance perçue au profit de cette organisation pour assurer le financement du contrôle aérien dit « de route ».

Il faut cependant reconnaître qu'un tel argument n'est pas décisif : une chose est de constater l'habitude prise, dans la plupart des États comparables au nôtre, de facturer aux compagnies aériennes les services dont elles bénéficient et même d'admettre qu'un tel paiement peut se justifier ; une autre serait d'ignorer les qualifications propres au droit français. À cet égard, l'emploi du terme « redevance » dans le vocabulaire de l'aviation civile internationale ne peut évidemment être déterminant, sauf à négliger le fait qu'en France seul le législateur peut, dans certains cas, instituer de telles obligations financières.

47 - CE, 21 octobre 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, précité.

48 - Cf. notamment Y. Gaudemet, note sous l'arrêt du 21 octobre 1988 à la RDP, 1989, p. 1464 ; R. Hertzog, article précité.

49 - Cf. l'extrait cité en introduction de la présente étude.

Mais l'attitude compréhensive dont témoigne la jurisprudence en ce domaine s'explique aussi par l'idée que les activités de l'aviation civile ne sont pas de même nature que les missions régaliennes dont les principes traditionnels commandent qu'elles soient financées par l'impôt. On peut en effet considérer que c'est le développement du transport aérien et la multiplication des mouvements d'avions qui sont à l'origine de charges nouvelles auxquelles l'État doit faire face, notamment en matière de contrôle aérien. De ce point de vue, les dépenses publiques qui en résultent peuvent être regardées comme exposées pour répondre aux besoins propres des transporteurs aériens. La jurisprudence qui admet, en conséquence, le financement de ce service par redevance se situe ainsi dans le prolongement – certes poussé à l'extrême – de la jurisprudence ancienne relative au paiement par l'exploitant d'un cinéma de la « *surveillance spéciale* » dont il bénéficie⁵⁰ : on est en présence de missions « *excédant les besoins normaux de sécurité* » auxquels la collectivité est tenue de pourvoir gratuitement.

Encore faut-il se garder d'en retenir une interprétation extensive, alors que les décisions contentieuses récemment intervenues témoignent d'une volonté certaine d'en cantonner la portée : ce qui a pu être admis pour le contrôle aérien – lequel, tout en se rattachant incontestablement aux missions de police, peut s'analyser comme une activité impliquant des prestations spécifiques, moins éminemment régaliennes que les missions traditionnellement dévolues à l'État en ce domaine – ne vaut pas nécessairement pour l'ensemble des missions de sécurité.

On trouve en particulier une indication particulièrement explicite de ce souci de cantonnement dans la motivation d'une décision récente⁵¹ qui, à propos du financement des dépenses de sûreté dans les aéroports, commence par rappeler que « *en principe, les prélèvements perçus par voie d'autorité au profit des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public et qui n'ont ni le caractère d'une taxe parafiscale instituée sur le fondement de l'article 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, ni celui d'une redevance pour service rendu, constituent des impositions dont il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement* ». L'arrêt relève ensuite que les activités de sûreté pouvant être assurées par des agents relevant des entreprises de transport aérien ou les gestionnaires d'aérodromes ont pour objet d'assurer l'inspection et le filtrage des passagers et des bagages à main, le contrôle des bagages de soute, celui des personnes, des aéronefs et des véhicules ayant accès à des zones réservées des aérodromes, et que ces agents sont soumis à agrément conjoint du préfet et du procureur de la République et effectuent leur tâche sous les ordres d'officiers de police judiciaire. Il relève surtout, pour conclure à l'illégalité du décret ayant prévu le financement par redevance, que « *les opérations qui leur sont confiées ne revêtent pas un caractère occasionnel qui correspondrait à une exigence particulière découlant d'une initiative déterminée prise par une entreprise de transport*

50 - CE, 29 décembre 1949, *Sté Ciné Lorrain*, précité.

51 - CE, 23 juin 2000, *Chambre syndicale du transport aérien et Fédération nationale de l'aviation marchande*, p. 240.



aérien ou le gestionnaire d'un aérodrome » et qu'elles sont « au contraire effectuées à titre permanent dans l'intérêt général des usagers du transport aérien et des populations survolées et ne sont pas exercées directement et principalement au profit des transporteurs aériens dans des conditions susceptibles de donner lieu à l'établissement de redevances pour service rendu ».

Ainsi est-il clair que l'essentiel des « prestations » se rattachant à la sécurité du transport aérien ne peuvent être mises à la charge des compagnies qui en bénéficient que si le législateur accepte d'instituer à cette fin des taxes. La solution admettant le recours au financement du contrôle aérien par redevance se trouve ainsi strictement cantonnée. L'on ne saurait donc la généraliser à l'excès, ni surtout en déduire que tout service chargé de missions de sécurité, parce qu'il est en rapport direct avec des bénéficiaires identifiés et solvables, pourrait cesser d'être regardé comme assuré dans l'intérêt général, pour devenir un simple prestataire de services individualisés.

À la lumière de cette jurisprudence, il conviendrait donc de procéder à un examen de l'ensemble des redevances qui, sur la base d'une interprétation trop extensive des solutions dégagées à propos du contrôle aérien, ont pu être instituées dans d'autres secteurs pour financer des missions de sécurité ou de contrôle.

1.3.1.4. Le financement des interventions des services de secours

Une gratuité de principe

Même si les contentieux y sont moins abondants, l'application des critères jurisprudentiels au financement des services de secours donne également lieu à des difficultés. Celles-ci tiennent en particulier au défaut de cohérence dont souffre la matière, au moins en apparence : on peut en effet peiner à comprendre pourquoi l'intervention d'une ambulance privée ou relevant d'un service hospitalier sera facturée (sous réserve d'une prise en charge par la sécurité sociale), alors que celle des pompiers demeure en principe gratuite.

C'est que, pour les services de secours et de lutte contre l'incendie, le principe est ferme : ils ne peuvent donner lieu à paiement, ni de la part de catégories de personnes pouvant trouver un intérêt particulier à la défense contre l'incendie⁵², ni même lorsque ces services interviennent pour secourir une personne déterminée⁵³. Sans doute peut-on relever que la lutte contre l'incendie affectant les biens d'une personne déterminée vise en même temps à prévenir l'extension du sinistre. Mais plus généralement, on peut voir dans le principe de gratuité une illustration de la volonté politique, évoquée plus haut,

52 - CE, 18 janvier 1985, *D'Antin de Vaillac* et autres, p. 12, qui censure une contribution imposée par décret aux associations syndicales de propriétaires sylviculteurs, au motif que la mission de lutte contre les incendies de forêts est exercée non dans le seul intérêt de ces propriétaires, mais dans l'intérêt général de la population.

53 - CE, 5 décembre 1984, *Ville de Versailles c/Lopez*, p. 399, qui précise que la commune n'est fondée à poursuivre que le « remboursement des frais exposés pour des prestations particulières qui ne relèvent pas de la nécessité publique ».



de privilégier en cette matière la solidarité nationale. On peut aussi considérer – ce qui est une autre manière d'énoncer la même préoccupation – que la société décide dans ce domaine de privilégier l'idée d'assurance : personne ne pouvant savoir à l'avance qui aura besoin de tels secours, on préfère « cotiser » à travers l'impôt, pour ne pas avoir à supporter, le cas échéant, le coût éventuellement élevé d'une intervention.

L'existence de tempéraments

La fermeté de la jurisprudence n'exclut toutefois pas qu'il soit apporté des tempéraments au principe de gratuité.

Les uns sont admis par le juge lui-même. C'est d'ailleurs dans cette matière qu'on trouve les illustrations les plus anciennes de la notion de prestations « fournies par la collectivité publique au-delà des besoins auxquels elle est tenue de pourvoir gratuitement ». Ainsi l'utilisation « privative » des services de secours peut-elle donner lieu à rémunération, comme il a été jugé à propos de la présence particulière de pompiers dans les salles de spectacle⁵⁴.

Les autres tempéraments ont été apportés par le législateur, à propos de la pratique de loisirs ou d'activités sportives spécialement dangereux et sollicitant fréquemment les services de secours, pour des interventions particulièrement onéreuses. C'est ainsi que les dispositions législatives fixant le principe du caractère obligatoire, pour les communes, des dépenses liées aux services d'incendie et de secours, aujourd'hui codifiées au 7° de l'article L. 2321-2 du code général des collectivités territoriales, ont été complétées pour ouvrir expressément aux communes la possibilité d'exiger des intéressés ou de leurs ayants droit une participation aux frais qu'elles ont engagés à l'occasion de certaines opérations de secours, la rédaction adoptée en dernier lieu par le législateur englobant toutes celles qui sont consécutives à la pratique de toute activité sportive ou de loisir⁵⁵.

1.3.2. La substitution du financement par la taxe au financement par la redevance

Dans tous les cas où le versement exigé d'un administré ne répond pas aux critères fixés par la jurisprudence pour permettre l'institution d'une redevance – et en particulier dans les hypothèses qui viennent d'être envisagées – le juge administratif ne prétend pas exclure tout paiement par l'usager. Il s'agit simplement de constater qu'il ne peut y avoir rémunération du service, faute notamment de véritable service rendu à des usagers, et d'en déduire l'incompétence de l'autorité administrative pour mettre à leur charge une obligation de payer.

54 - CE Sect., 17 décembre 1937, *Garnier et Legris*, p. 1053 ; 28 décembre 1949, *Sté Ciné Lorrain*, p. 584.

55 - Loi n° 2002-276 du 27 février 2002, article 54.



Lorsque les conditions auxquelles est subordonnée la redevance ne sont pas remplies, on peut néanmoins trouver légitime de faire participer certains administrés au financement du service⁵⁶. On est alors en présence d'une taxe, c'est-à-dire de l'une des « *impositions de toutes natures* », au sens de l'article 34 de la Constitution, dont l'institution doit être autorisée par le Parlement, lequel est également seul compétent pour en déterminer les règles d'assiette, de taux et de recouvrement.

Une telle substitution est subordonnée à trois séries de conditions : celles qui viennent le plus naturellement à l'esprit procèdent de règles générales d'ordre constitutionnel ; mais l'importance des contraintes propres au droit budgétaire ne doit pas être sous-estimée ; enfin, il convient également d'être attentif au respect du droit communautaire.

1.3.2.1. Les principales règles constitutionnelles

Ces règles sont essentiellement de deux ordres.

L'étendue de la compétence du législateur

La première règle vient de ce que la matière fiscale relève, en vertu de l'article 34 de la Constitution, pour l'essentiel du domaine de la loi. Toutefois, il n'est pas souhaitable d'encombrer la loi de dispositions techniques, détaillées et évolutives comme peuvent l'être celles relatives aux règles d'assiette et au tarif de prélèvements spécifiques qui avaient initialement été établis sous forme de redevances.

Cette question s'est effectivement présentée lors de la transformation en impositions, intervenue récemment, de certains prélèvements jusqu'alors traités comme des redevances ou des taxes parafiscales, par exemple lors de la création de la taxe générale sur les activités polluantes. Le Conseil constitutionnel, qui avait de longue date reconnu la possibilité, pour le législateur, de déléguer au pouvoir réglementaire la fixation des taux des impôts, sous réserve d'un encadrement suffisant de cette délégation, a admis à cette occasion que des précisions techniques relevant des règles d'assiette soient renvoyées au décret⁵⁷.

Mais ces assouplissements ne peuvent que rester limités : le principe demeure que c'est au législateur de fixer lui-même les règles d'assiette, de taux et de recouvrement des impositions de toutes natures. Ainsi, par exemple, la « fiscalisation » de certaines des redevances perçues par les agences de l'eau, dont plusieurs sont fondées sur des données physiques ou des

56 - Nombreux sont ainsi les droits pour frais de contrôle, parfois d'ailleurs baptisés « redevances », perçus en vertu de la loi à l'occasion des contrôles et vérifications opérés sur certaines activités telles que les installations classées pour la protection de l'environnement, les installations nucléaires de base ou les médicaments. De même est-il usuel de mettre une imposition spécifique, le plus souvent sous la forme de droits de timbre, à la charge de l'administré en contact avec certains services auprès desquels il accomplit des démarches, notamment pour se procurer certains documents officiels tels que passeport, permis de conduire, carte grise.

57 - Voir, à propos de la transformation de l'ancienne redevance sur les installations classées, la décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999.



mesures chimiques, conduira-t-elle nécessairement à faire figurer dans la loi des éléments très techniques que l'on ne s'attend pas habituellement à y trouver.

Le respect du principe de l'égalité devant les charges publiques

La seconde règle d'ordre constitutionnel que doit respecter la substitution d'une taxe à une redevance découle du principe d'égalité.

De manière générale, si l'absence d'un véritable service rendu ferme la voie de la redevance établie par voie réglementaire, l'intervention du législateur peut *a priori* conduire à instituer une taxe ayant la même assiette spécifique et ne visant par conséquent qu'une catégorie restreinte de redevables. Au regard de l'égalité devant les charges publiques, la jurisprudence semble reconnaître volontiers la constitutionnalité de tels dispositifs, dans la mesure où il est généralement possible de mettre en évidence que les redevables concernés sont, par rapport à l'objet du prélèvement, dans une situation différente de celle de la généralité des contribuables⁵⁸.

Le Conseil constitutionnel admet en effet que des impôts ne soient pas établis seulement en fonction des capacités contributives des citoyens, comme une lecture stricte de l'article 13 de la Déclaration de 1789 pourrait conduire à le penser. Ainsi le principe d'égalité peut-il s'apprécier en fonction de considérations plus spécifiques : il a en particulier été récemment jugé que ce principe *« ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »*⁵⁹.

Mais il n'en demeure pas moins que le principe d'égalité revêt, en matière fiscale, une force particulière et que c'est sur son fondement qu'ont été le plus souvent prononcées les censures de dispositions législatives adoptées en cette matière. Aussi les **pouvoirs publics doivent-ils se montrer attentifs aux conséquences de la « remontée » au niveau législatif de dispositions réglementaires**⁶⁰ qui règlent parfois de manière très technique et différenciée l'assiette et le tarif des redevances. À cette occasion peuvent apparaître des ruptures d'égalité qui n'avaient pas été identifiées ni en tout cas soulevées jusque-là. L'administration devra alors s'assurer que de telles distinctions sont justifiées *« de manière objective et rationnelle »*, ainsi que le veut la jurisprudence, par une différence de situations ou un intérêt général suffisant, l'un et l'autre en rapport avec l'objet de la loi.

58 - Voir par exemple la décision du Conseil constitutionnel n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, à propos de la taxe créée par la loi de finances pour 1999 à la suite de la censure, par le Conseil d'État, du financement par redevances de certaines missions de sécurité et de secours sur les aéroports.

59 - Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, à propos de la taxe générale sur les activités polluantes.

60 - Parfois issues de décrets mais souvent aussi d'arrêtés, voire de délibérations ou de simples décisions.



1.3.2.2. Des limites propres au droit budgétaire

Certaines règles, propres au droit budgétaire, limitent plus nettement les possibilités de substitution, lorsqu'il s'agit de ressources destinées au budget de l'État. C'était déjà le cas sous l'empire de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances. Ces contraintes devraient en outre s'accroître avec l'entrée en vigueur de celles des dispositions de loi organique du 1^{er} août 2001 qui traitent de cette question.

Les contraintes résultant du droit budgétaire actuel

Un impôt, comme une redevance, peut être perçu au bénéfice d'une personne autre que l'État : collectivité territoriale, établissement public à caractère administratif ou à caractère industriel et commercial, voire personne privée chargée d'un service public. Cette dernière possibilité a d'ailleurs été explicitement confirmée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la transformation en taxe fiscale de la redevance destinée notamment à financer les services de sécurité des aéroports, ces derniers pouvant être exploités par des personnes de droit privé⁶¹.

Mais l'affectation de certaines ressources au sein du budget de l'État se heurte à davantage de contraintes. Les possibilités de dérogation au principe de non affectation des recettes et des dépenses s'avèrent restreintes : les services de l'État, s'ils peuvent se voir rattacher les recettes correspondant à la rémunération des services qu'ils rendent, peuvent plus difficilement être affectataires d'impôts ou taxes pour couvrir tout ou partie de leurs dépenses. Ne sont en effet ouvertes que la formule du compte spécial (compte d'affectation spéciale et compte de commerce) et celle du budget annexe.

• *Les comptes spéciaux*

Les comptes d'affectation spéciale ont pour objet de mettre en regard certaines recettes, fiscales ou non, et certaines dépenses. Mais il leur est interdit de financer directement des dépenses de personnel. Essentiellement utilisés pour isoler et « sécuriser » le financement de certaines dépenses d'intervention (en faveur, par exemple, du sport, du monde associatif, du cinéma ou de la presse quotidienne), ils ne sont guère adaptés pour identifier le coût global d'une prestation fournie par un service de l'État qui serait financée par une taxe. Leur nombre est, au demeurant, en constante réduction dans la période récente.

Quant aux comptes de commerce, ils retracent des opérations de caractère industriel et commercial effectuées à titre accessoire par les services de l'État et n'ont donc pas vocation à enregistrer des recettes ayant une autre nature.

• *Les budgets annexes*

Il n'est pas non plus dans la vocation des budgets annexes, dont l'objet, selon l'article 20 de l'ordonnance du 2 janvier 1959, est de « retracer les opérations financières de services de l'État dont l'activité tend essentiellement à produire

61 - Décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, précitée.



des biens ou à rendre des services donnant lieu à paiement de prix », de se voir affecter des ressources fiscales. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il été conduit, à propos du financement de l'administration de l'aviation civile, à marquer l'existence d'une limite à l'accroissement de la part fiscale des recettes du budget annexe de la navigation aérienne, devenu budget annexe de l'aviation civile⁶². Or cet accroissement était précisément dû aux difficultés contentieuses analysées plus haut, qu'avaient rencontrées certaines redevances perçues dans ce domaine. Selon un commentateur autorisé⁶³, cette jurisprudence paraît signifier qu'aux yeux du juge constitutionnel, cette limite pourrait être de l'ordre de 20 % des recettes totales d'un budget annexe.

Les conséquences de la loi organique du 1^{er} août 2001

L'article 21 de la loi organique du 1^{er} août 2001 n'apporte pas, en ce qui concerne les comptes d'affectation spéciale, de modification importante, sinon l'exigence d'une alimentation par des recettes *« qui sont, par nature, en relation directe avec les dépenses concernées »*.

S'agissant en revanche des budgets annexes, les changements qui résulteront de la mise en œuvre de ce nouveau cadre juridique seront plus significatifs. En effet, si elle a finalement maintenu cette catégorie – alors que les parlementaires avaient initialement envisagé de la supprimer – la nouvelle loi organique retient, à l'article 18, une formulation plus restrictive que celle de l'ordonnance de 1959 : les budgets annexes ne pourront retracer que *« les seules opérations des services de l'État non dotés de la personnalité morale résultant de leur activité de production de biens ou de prestation de services donnant lieu au paiement de redevances, lorsqu'elles sont effectuées à titre principal par ledit service »*.

Cette rédaction, qu'il y a lieu de lire à la lumière de travaux préparatoires marquant une volonté de réserver les budgets annexes à quelques cas nettement caractérisés, paraît signifier que **toute affectation d'une recette fiscale à un budget annexe doit être désormais exclue**. Dans le même sens, la décision du Conseil constitutionnel rendue sur cette loi⁶⁴ sonne comme un avertissement : *« Il appartiendra aux lois de finances, à compter de la date prévue à l'article 67 pour l'entrée en vigueur de la loi organique, de respecter le champ d'application ainsi défini »*.

1.3.2.3. La prise en compte du droit communautaire

S'il doit être affecté à un organisme autre que l'État ou une collectivité locale, un prélèvement fiscal, institué en substitution à un financement non obligatoire par les usagers, est également susceptible de se heurter à des difficultés au regard du droit communautaire. Il peut en effet entrer dans le champ de l'article 87 du Traité instituant la Communauté européenne qui prohibe *« les aides accordées par les États au moyen de ressources d'État sous quelque*

62 - Décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997.

63 - Voir la chronique de J.E. Schœttl, AJDA, 1998, p. 122.

64 - Décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001.



forme que ce soit qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

Cette interdiction n'étant cependant ni absolue ni inconditionnelle, il importe en ce cas de soumettre préalablement le projet au contrôle de la Commission, comme le prévoit l'article 88 du Traité. A pu ainsi être sanctionnée par le juge administratif l'absence de notification de l'institution d'une taxe parafiscale destinée à financer diverses actions en faveur du secteur de l'horticulture⁶⁵. Une telle solution est sans aucun doute transposable aux taxes fiscales.

La combinaison de ces différentes règles doit donc conduire les pouvoirs publics à ne pas rechercher trop systématiquement, dans la création d'une taxe spécifique affectée, un palliatif à toute censure contentieuse d'une redevance.

Pour ce qui est des redevances perçues par l'État, lorsque l'absence d'un véritable service rendu ferme la voie d'une rémunération par l'utilisateur établie par voie réglementaire et qu'il semble légitime d'instituer une taxe s'adressant à la même catégorie restreinte de redevables, il paraît inévitable, sauf à ce que le service prestataire soit doté de la personnalité morale, que cette « fiscalisation » soit mise en œuvre dans le respect du principe d'universalité budgétaire, c'est-à-dire qu'elle se traduise, quelle que soit la spécificité de ce prélèvement, par une affectation au budget général.

C'est au demeurant cette voie qui a été généralement suivie dans la période récente lorsque, pour faire suite à des décisions du Conseil constitutionnel censurant des utilisations abusives de la procédure des fonds de concours⁶⁶, la « fiscalisation » et la « rebudgétisation » de certains modes de financement des dépenses de l'État par des recettes spécifiques ont été opérées (prélèvement sur les exploitants d'installations nucléaires de base, qui finançait en grande part le service du ministère de l'Industrie chargé du contrôle de ces installations ; droits de chancellerie qui venaient abonder le budget des affaires étrangères ; « crédits d'articles » couvrant certaines dépenses de rémunérations du ministère des Finances à partir d'une fraction des redressements fiscaux et des frais d'assiette et de recouvrement des impôts locaux, etc.).

1.4. La tarification

La théorie économique assigne plusieurs objectifs aux tarifs publics⁶⁷. Ces derniers servent tout d'abord à collecter des recettes visant à couvrir, en tout ou partie, le coût du service. Ils ont également un objectif de redistribution,

65 - CE, 6 novembre 1998, *Comité national interprofessionnel de l'horticulture florale et ornementale et des pépinières (CNIH)*, p. 387.

66 - Décisions n° 94-351 DC du 29 décembre 1994, précitée, et n° 97-395 du 30 décembre 1997.

67 - « Quel sens donner aux tarifs publics ? », Maurice Marchandet et Henri Tulkens, *Annales de l'économie publique, sociale et coopérative*, université de Bruxelles, septembre 1979.



consistant à rendre le service accessible à toutes les classes de revenus, en prévoyant un niveau de prix abordable et des tarifs sociaux. En outre, les tarifs publics influencent le niveau général des prix et, au-delà, la compétitivité de l'économie nationale : ils ont donc longtemps constitué et sont toujours susceptibles d'être un instrument de politique économique. Enfin, dans le souci d'éviter le gaspillage des ressources, ils doivent orienter la demande des usagers en les rendant conscients des coûts que leur consommation entraîne.

La réalisation de ces objectifs doit se concilier avec les règles dégagées par la jurisprudence. Ainsi que cela a été dit, la somme exigée des usagers à titre de redevance ne peut en principe incorporer que des éléments visant à couvrir les coûts du service rendu, sous peine d'être requalifiée en taxe, ce qui rend délicate l'utilisation des redevances à des fins de politique économique. En revanche, la jurisprudence reconnaît, sous certaines conditions, la possibilité de moduler le tarif des redevances. Avant d'en exposer les principes, il faut s'arrêter quelques instants sur la règle du plafonnement, c'est-à-dire l'interdiction d'une facturation du service au-delà de son coût, dont l'apparente simplicité occulte la complexité de la tarification. Se pose en effet le problème de l'appréhension du coût du service, qui présente des aspects à la fois théoriques et pratiques. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet le recours à des critères forfaitaires de tarification.

1.4.1. L'assouplissement de la règle traditionnelle du plafonnement par la mise en œuvre de critères forfaitaires

L'application de la règle du plafonnement du montant de la redevance suppose que soit calculé le coût du service, sujet qui divise les économistes et se heurte souvent aux insuffisances de la comptabilité analytique des services publics. Dans un souci de simplification, la jurisprudence a admis l'utilisation de critères forfaitaires.

1.4.1.1. La portée de la règle du plafonnement en fonction du coût du service

Une fois identifiés les éléments qui peuvent être intégrés dans la redevance, quel coût faut-il retenir pour appliquer la règle du plafonnement du montant de celle-ci ? Ainsi que le souligne le professeur Robert Hertzog⁶⁸, les économistes ont des théories très élaborées pour définir le juste prix, mais celui-ci varie en fonction de l'objectif assigné à la redevance. Or ces objectifs sont susceptibles d'entrer en conflit. Par exemple, la recherche de l'équilibre budgétaire, qui suppose que les tarifs couvrent les coûts, y compris les coûts fixes, n'est pas toujours conciliable avec l'objectif d'efficacité productive, qui n'assure pas nécessairement la couverture du coût des investissements.

68 - *Le prix du service public*, par Robert Hertzog, numéro spécial de l'AJDA, 20 juin 1997, p. 55.



Après la guerre, le Commissariat au Plan recommandait aux établissements publics de l'État de facturer leurs services au coût marginal, c'est-à-dire en prenant en compte le supplément de coût résultant d'une augmentation unitaire de production. Cette recommandation a été progressivement abandonnée pour faire place à des orientations reposant sur la recherche de l'équilibre budgétaire. Pour y parvenir, les fournisseurs de services publics suivent des méthodes très hétérogènes. Au coût marginal est parfois préféré le coût total de production du service, qui intègre à la fois les coûts variables, dépendant de la quantité produite, et les coûts fixes, supportés indépendamment du volume de production, tels que, par exemple, les coûts de formation du personnel⁶⁹.

Au cours de la période récente, le concept de coût de développement, ou coût de long terme, a gagné du terrain. Ce coût est établi sur la base de la valeur de remplacement des équipements et des investissements, mais tient également compte de leur évolution anticipée. Si l'on suppose que les capacités de production vont tôt ou tard être saturées, ce raisonnement conduit à intégrer les équipements et investissements qui seront nécessaires à terme pour satisfaire un supplément de demande sans dégrader la qualité du bien offert.

Quel que soit le coût retenu, son calcul se heurte à de sérieuses difficultés pratiques. Le calcul du coût de développement repose ainsi sur des prévisions de demande, d'accroissement de capacité et de renouvellement du capital existant, mais aussi sur des prévisions de coûts correspondant à ceux que supporterait une entreprise efficace utilisant les meilleures technologies disponibles et dimensionnant ses équipements de façon optimale : autant d'hypothèses dont la fiabilité pèse sur la validité des tarifs. **Le raisonnement en coût marginal ou en coût total suppose quant à lui que puisse être isolée une entité économique et que son activité soit décrite par une comptabilité analytique détaillée susceptible de servir de justification devant le juge, conditions qui sont rarement satisfaites dans le cas des services publics.**

Cette complexité explique que, dans les faits, les fournisseurs de services publics déterminent le tarif des redevances avec une connaissance du coût du service d'autant plus faible que les sommes en cause font figure de recettes accessoires dans leur budget.

1.4.1.2. L'utilisation de critères forfaitaires

Si le Conseil d'État statuant au contentieux a su bâtir une jurisprudence qui décrit avec de plus en plus de précision la nature des éléments qui peuvent entrer dans le montant de la redevance, il semble plus circonspect lorsqu'il s'agit de définir une méthode permettant d'évaluer ces éléments. La jurisprudence s'abstient ainsi de fixer des règles trop rigides, préférant se borner à vérifier, sur la base des éléments apportés par les parties, que la fixation du montant de la redevance n'est pas manifestement erronée⁷⁰.

69 - CE Sect., 10 février 1995, *Chambre syndicale du transport aérien*, n° 148035, p. 70.

70 - CE, 17 novembre 1978, *Société Établissements Geismann frères*, p. 447 ; 2 novembre 1987, *Mansier*, p. 341.

Le juge admet également, dans certains cas, que puissent être retenus des critères forfaitaires de tarification. Deux exemples peuvent être mentionnés à cet égard.

Le premier concerne la matière, déjà évoquée, des redevances de contrôle aérien : ainsi a-t-il été admis, dans un souci de réalisme et de simplification, que la répartition de la redevance pour services terminaux de la circulation aérienne repose sur un critère de base prenant en compte la masse des aéronefs au décollage, et fasse en outre l'objet d'une péréquation, à travers un mécanisme de taux unitaire, entre des coûts de contrôle qui peuvent varier d'un aéroport à l'autre ⁷¹.

La jurisprudence a également admis une certaine « forfaitisation » de la redevance d'enlèvement des ordures ménagères. Un premier élément de souplesse a été introduit lorsqu'une décision s'est bornée à exiger qu'existe un « lien suffisant » entre le montant de la redevance et le service rendu ⁷². Il a par la suite été admis que la redevance soit fixée forfaitairement, au même niveau, pour un terrain de camping isolé et pour un foyer de résidents permanents, sans que soient méconnues les dispositions de l'article L. 233-78 du code des communes alors en vigueur qui prévoient que la redevance est calculée en fonction de l'importance du service rendu ⁷³.

Dans cette dernière hypothèse, la forfaitisation de la redevance doit toutefois être relativisée, dans la mesure où le Conseil d'État en justifie le principe en se fondant sur les charges fixes qu'entraînent, pour le service d'enlèvement des ordures, l'utilisation saisonnière des terrains de camping isolés et leur dispersion géographique. Il est à noter que, par cette dernière précision, le juge adopte le raisonnement en coût complet opéré par le syndicat intercommunal.

1.4.2. Les possibilités de modulation

La fixation du tarif des redevances peut poursuivre d'autres objectifs que la couverture du coût du service et s'inscrire dans une politique délibérée mise en œuvre par la collectivité. Il est alors fait usage de modulations du montant des redevances. En effet, si la règle du plafonnement interdit de mettre à la charge de l'utilisateur une redevance d'un montant supérieur au coût du service, au risque qu'elle revête une coloration fiscale, ce montant peut en revanche être inférieur sans que la somme demandée perde son caractère de redevance ⁷⁴. La jurisprudence a ainsi admis de nombreuses modulations, fondées

71 - CE, 21 octobre 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens*, p. 374.

72 - CE, 6 mai 1985, *Commune de Pointe-à-Pitre c/Martin*, Tables p. 557.

73 - CE, 4 juin 1986, *Association des propriétaires des terrains pour les loisirs en Oléron c/SIVOM d'Oléron*, Tables p. 431 ; les dispositions correspondantes sont aujourd'hui codifiées à l'article L. 2333-76 du code général des collectivités territoriales.

74 - CE, 3 décembre 1996, *OPHLM de la ville de Paris c/Commissaire de la République de la région Île-de-France*, p. 412.



sur des critères géographiques ou sociaux, ou encore, plus récemment, tenant compte de la congestion des ouvrages ou de considérations commerciales.

Ces modulations ont en commun d'être soumises au principe d'égalité devant le service public, énoncé en particulier par la décision *Denoyez et Chorques*⁷⁵, et selon lequel « *la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure* »⁷⁶.

Par construction, dès lors que le montant de la redevance ne peut être supérieur au coût du service rendu, un fournisseur de services qui pratique des modulations tarifaires ne peut atteindre l'équilibre budgétaire qu'au moyen d'une subvention, ce qui pose des problèmes de concurrence qui seront examinés dans la troisième partie de cette étude.

1.4.2.1. La modulation au regard de critères géographiques

C'est à l'occasion de l'affaire *Denoyez et Chorques* que le Conseil d'État a fixé les limites de la modulation tarifaire reposant sur des critères géographiques. Le conseil général de la Charente-Maritime avait fixé des tarifs différents pour le bac reliant alors la commune de La Pallice à l'île de Ré : un tarif réduit pour les insulaires, un tarif intermédiaire pour les habitants du département et un tarif général pour les autres passagers. Faisant application du principe d'égalité devant le service public, le Conseil d'État a jugé que si l'application d'un tarif différent aux habitants de l'île de Ré était justifiée par leur situation géographique, il n'en allait pas de même de la différence de tarif entre les habitants du département et les autres passagers.

Le législateur, déterminant le régime des bacs et ponts à péage, a mis fin aux effets de cette jurisprudence en rendant légale la discrimination tarifaire pratiquée au profit des usagers ayant « *leur domicile ou leur lieu de travail dans le ou les départements concernés* »⁷⁷.

Le Conseil d'État a, depuis 1974, fait application en plusieurs occasions du même raisonnement. C'est ainsi qu'il a admis la légalité d'une discrimination opérée dans les tarifs d'une cantine scolaire⁷⁸ et d'une école de musique⁷⁹, selon que les élèves sont ou non domiciliés sur le territoire de la commune. Il a également admis la légalité d'une telle discrimination entre des usagers d'un service de transport scolaire selon que les établissements qu'ils fréquentent

75 - CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, p. 274.

76 - CE, 13 octobre 1999, *Compagnie nationale Air France*, p. 303.

77 - Loi du 12 juillet 1979 relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, codifiée aux articles L. 152-1 et suivants du code de la voirie routière ; le Conseil constitutionnel ayant admis cette distinction par sa décision n° 79-107 DC 12 juillet 1979, on peut relever que, au regard du principe d'égalité, le législateur dispose ainsi de plus de latitude que le pouvoir réglementaire en matière de distinctions tarifaires.

78 - CE Sect., 13 mai 1984, *Commissaire de la République de l'Ariège*, p. 315.

79 - CE, 2 décembre 1987, *Commune de Romainville*, p. 556.

sont ou non situés à l'intérieur du secteur de ramassage⁸⁰. Le Conseil a toutefois précisé que le tarif le plus élevé pratiqué devait demeurer inférieur ou égal au coût des prestations.

1.4.2.2. La modulation au regard de critères sociaux

La jurisprudence admet la modulation tarifaire fondée sur des critères sociaux, suivant une pratique de « discrimination positive », pour reprendre l'expression utilisée en doctrine⁸¹. Alors qu'il avait initialement déclaré illégale la différenciation des tarifs d'une école de musique fondée sur les ressources financières des familles⁸², le Conseil d'État autorise désormais cette discrimination, admise depuis longtemps dans le cas des crèches collectives, à vocation sociale plus affichée⁸³. Il est toutefois intéressant de noter qu'il appuie son raisonnement non pas sur la différence de situation que pourraient représenter les disparités de ressources entre les familles, mais sur « l'intérêt général qui s'attache à ce qu'un conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent sans distinction de leurs possibilités financières »⁸⁴. C'est en ce sens que prend parti l'article 147 de la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, aux termes duquel : « Les tarifs des services publics administratifs à caractère facultatif peuvent être fixés en fonction du niveau du revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer. Les droits les plus élevés ainsi fixés ne peuvent être supérieurs au coût par usager de la prestation concernée. Les taux ainsi fixés ne font pas obstacle à l'égal accès de tous les usagers au service ».

Cette nouvelle orientation de la loi et de la jurisprudence justifie une politique tarifaire allant dans certains cas jusqu'à la gratuité. L'exonération de la redevance n'est jugée illégale que lorsque la loi peut être interprétée comme ne l'autorisant pas ou lorsqu'elle est sans rapport avec l'objet du service. Dans le premier cas, ont été jugés illégaux comme non conformes aux règles fixées par les articles L. 372-6 et suivants du code des communes alors en vigueur les dégrèvements de redevance d'assainissement consentis par un syndicat intercommunal aux bénéficiaires de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité, ainsi qu'à certaines personnes âgées ou atteintes d'une invalidité les rendant inaptes au travail⁸⁵. Dans le second cas, a été annulée la délibération d'un conseil municipal décidant d'exonérer de redevance pour enlèvement des ordures ménagères les personnes âgées de plus de soixante-dix ans, au motif que l'exonération était sans lien avec le service rendu⁸⁶.

80 - CE, 19 juin 1992, *Département du Puy-de-Dôme*, p. 237.

81 - Cf. notamment Guy Braibant et Bernard Stürn, *Le droit administratif français*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 5^e édition, p. 230.

82 - CE Sect., 26 avril 1985, *Ville de Tarbes*, p. 119.

83 - CE, 20 janvier 1989, *Centre communal d'action sociale de La Rochelle*, p. 8.

84 - CE Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers et commune de Nanterre*, p. 499.

85 - CE, 17 décembre 1982, *Préfet de la Charente-Maritime*, p. 427.

86 - CE, 27 février 1998, *Commune de Sassenay c/Loup*, Tables p. 777.



1.4.2.3. La difficile modulation des tarifs au regard de la congestion de l'ouvrage

La modulation du tarif de la redevance peut également intervenir afin d'éviter la congestion du service ou de l'ouvrage. L'assemblée générale du Conseil d'État a rendu le 24 juin 1993 un avis sur la tarification du TGV Nord Europe dans lequel, après avoir relevé que la SNCF est soumise au principe d'égalité de traitement des usagers d'un même service, elle admet la rupture de l'unicité du tarif de base, à la condition que cette mesure « soit assortie de certaines précautions destinées à la fois à limiter sa portée à ce qui est indispensable pour atteindre les objectifs légitimes poursuivis et à prendre en compte les autres obligations de service public qui s'imposent à la SNCF »⁸⁷. Dans cette limite, il est reconnu à la SNCF la possibilité d'opérer une modulation temporelle des tarifs.

Dans le même esprit, la modulation temporelle des tarifs a été expérimentée sur certains tronçons d'autoroute. Toutefois, en l'état du droit, cette pratique est fortement contrainte, même si le Conseil d'État statuant au contentieux a admis la légalité d'une variation du prix des péages autoroutiers en fonction de l'intensité du trafic⁸⁸. D'une part, l'article L. 122-4 du code de la voirie routière limite l'usage du péage au financement de l'infrastructure et à son exploitation. D'autre part, la modulation tarifaire est bornée par la règle du plafonnement en fonction du coût du service rendu, qui amoindrit sa portée incitative et pose en outre un problème d'équilibre financier.

En l'état de la jurisprudence, il n'est donc possible de relever le plafond que dans la mesure où le coût unitaire d'usage de l'autoroute croît en cas de congestion. Or une telle corrélation n'est pas évidente à démontrer. Il est vrai que le coût total augmente lorsqu'un surcroît de trafic rend nécessaires la multiplication des postes de péage et le recours à un nombre supérieur d'agents de service et de nettoyage des aires de repos, mais le coût unitaire n'augmente pas pour autant. Une telle augmentation ne peut être constatée qu'en tenant compte des externalités subies par les autres usagers de l'autoroute en raison de l'encombrement. Il est également tentant d'inclure dans le coût les dépenses supplémentaires auxquelles contraint la réglementation pour protéger l'environnement des conséquences néfastes des embouteillages. Mais on est alors confronté aux limites, évoquées plus haut, posées par la jurisprudence à propos du financement des coûts induits par les nuisances sonores autour des aérodromes⁸⁹. Dans le même esprit, la modulation serait facilitée si le juge adoptait un raisonnement intégrant le coût de développement de long terme que représente la nécessité de dédoubler les tronçons souffrant régulièrement de congestion.

Si l'évolution jurisprudentielle allait, comme cela est suggéré dans la troisième partie de cette étude, dans le sens d'un rapprochement des règles de tarification des redevances pour service rendu et des redevances

87 - Avis n° 353605, EDCE n° 45, p. 338.

88 - CE, 28 février 1996, *Association FO consommateurs*, p. 51, soulignant l'intérêt général qui s'attache à ce que le tarif favorise la fluidité du trafic.

89 - Cf. ci-dessus 1.1.2.4.



domaniales, il deviendrait possible de justifier un relèvement des péages en cas de congestion. En effet, il pourrait être considéré que l'utilisation des autoroutes en période de pointe correspond à un service d'une valeur supérieure, en raison même de l'accroissement de la demande⁹⁰.

C'est une logique compréhensive à l'égard de ces préoccupations qui sous-tend la directive 2001/14 du 26 février 2001, sur laquelle est fondé le régime des redevances versées par la SNCF à Réseau ferré de France. Ce texte prévoit en effet que les redevances d'utilisation de l'infrastructure ferroviaire – lesquelles, au regard du droit français, ont la nature de redevances pour service rendu – peuvent être modulées en fonction de la plus ou moins grande congestion du réseau mais aussi pour tenir compte du coût des effets sur l'environnement de l'exploitation ferroviaire. La directive opère donc une distinction claire entre la congestion et les coûts relatifs à l'environnement.

Des questions analogues se posent pour d'autres modes de transport. Ainsi, les aéroports français s'interrogent-ils actuellement sur les possibilités de modulation des tarifs en fonction des pics horaires, avec pour objectif d'améliorer l'utilisation des infrastructures existantes et de dégager de l'autofinancement pour la mise en place de nouvelles capacités, sur le modèle de ce qu'a fait l'aéroport britannique d'Heathrow pour la redevance d'atterrissage⁹¹. De leurs côtés les ports, confrontés eux aussi à des problèmes de congestion, ont engagé une réflexion similaire.

1.4.2.4. La modulation au service d'une politique commerciale

Enfin, la modulation du tarif de la redevance est parfois conçue comme l'instrument privilégié d'une politique commerciale. Elle bénéficie, sous certaines conditions, de l'aval du juge, ainsi que le Conseil d'État a eu l'occasion de l'affirmer s'agissant de la fixation par Aéroports de Paris du montant des redevances d'atterrissage des avions cargos. Le Conseil admet la justification d'un tarif progressif en fonction du tonnage de jauge atterrie annuelle par compagnie « *eu égard à l'intérêt général qui s'attache au développement des aérodromes parisiens comme plate-forme de fret international et à un élargissement de l'offre de fret aérien au départ de ces aérodromes* »⁹².

Cette tarification, qui avait au cas particulier pour effet de faire supporter une part essentielle du financement du service par le client captif qu'est Air France, n'est cependant pas sans bornes : l'écart de charge entre compagnies aériennes doit être limité à ce que permet la prise en compte de l'intérêt général, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. On peut néanmoins voir dans cette jurisprudence le souci de prendre en compte les contraintes économiques et commerciales auxquelles sont confrontés certains organismes publics : pour peu qu'elle demeure raisonnable, une politique tarifaire incitative peut être

90 - Sur le modèle des périodes bleues, blanches et rouges de la grille tarifaire de la SNCF.

91 - *British Airport Authority* a été récemment autorisé à augmenter ses redevances d'atterrissage de 20 % sur cinq ans pour financer la construction d'un nouveau terminal à l'aéroport d'Heathrow.

92 - CE, 13 octobre 1999, *Compagnie Air France*, p. 303.



menée à bien sans s'exposer à la censure du juge, à qui il incombe de veiller au respect du principe d'égalité des usagers devant le service public.

Ce sont de semblables préoccupations que connaissent les ports de commerce, confrontés à la concurrence des grands ports étrangers. Ainsi la modulation des tarifs à des fins commerciales est-elle également utilisée par les établissements publics gestionnaires, qui perçoivent les droits de port, institués par la loi⁹³ et dont l'assiette, les taux et l'affectation sont fixés par voie réglementaire. Ces droits ont la nature de redevances pour service rendu⁹⁴. Ils comprennent les droits sur les navires, la marchandise et les passagers et rémunèrent l'ensemble des services obligatoires utilisés ou offerts à l'occasion du simple passage ou du séjour dans un port.

Toutefois, la modulation des tarifs portuaires peut parfois être pratiquée dans des conditions dont la légalité n'apparaît pas assurée, dans la mesure où elles font apparaître un système de subventions croisées. En effet, certains droits de port sont aujourd'hui très supérieurs aux coûts du service qu'ils financent. Le surplus sert à combler le déficit causé par une politique commerciale agressive sur les redevances d'usage des installations, improprement appelées « taxes d'outillage », mais qui sont également des redevances pour service rendu. Le recours à l'outillage public n'étant pas obligatoire, le niveau de ces redevances est moins déterminé par les coûts que par les tarifs des ports concurrents.

Il convient de souligner que la directive 2000/52/CE du 26 juillet 2000⁹⁵ vise à mettre bon ordre à ces pratiques, et va contraindre les ports à tenir des comptabilités séparées pour leurs activités de nature régaliennne, d'une part, et de nature concurrentielle, d'autre part, avec la finalité de justifier les flux financiers entre ces types d'activité. Cette séparation va rendre plus direct le lien entre les droits de port et le coût des services qu'ils rémunèrent.

93 - Article L. 211-1 du code des ports maritimes.

94 - Cons. const., 6 octobre 1976, n° 76-92 L.

95 - Directive 2000/52 du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.



Deuxième partie

Les redevances domaniales

Bien que le point soit parfois controversé en doctrine, et même s'il est théoriquement concevable de considérer comme une prestation de service le fait de mettre une parcelle de domaine public à la disposition d'un occupant privatif, il est généralement admis que les redevances perçues par les personnes publiques en contrepartie de l'occupation privative de leur domaine ne relèvent pas de la catégorie des redevances pour service rendu. Cela tient essentiellement au fait que la perception de redevances domaniales correspond à des situations différentes de celles qui donnent lieu à rémunération d'un service rendu.

L'occupation privative n'est en effet pas, *a priori*, la destination normale du domaine public. Elle est subordonnée à une autorisation préalable, dont l'objet est normalement étranger à toute activité de service public : c'est, le plus souvent, en vue de fins propres au bénéficiaire que l'occupation domaniale est consentie et cette occupation n'est licite que sous réserve qu'elle soit compatible avec l'affectation de la dépendance¹, laquelle consiste, le plus souvent, à permettre un usage collectif. Ainsi l'article L. 28 du code du domaine de l'État énonce-t-il que nul ne peut, sans autorisation délivrée par l'autorité compétente, occuper une dépendance du domaine public ou l'utiliser dans des limites excédant le droit d'usage qui appartient à tous².

La spécificité des redevances domaniales tient ainsi largement à leur dimension patrimoniale : c'est dans l'exercice de son droit de propriété que la collectivité publique consent à des occupations privatives du domaine public. Le droit budgétaire y fait écho en mentionnant les revenus que l'État en retire dans la même rubrique que ceux qui proviennent de ses participations financières et de sa part dans les bénéfices des entreprises publiques³. Ces occupations justifient le versement de redevances dont il convient de rappeler les principales caractéristiques (2.1.).

Il existe cependant des dépendances domaniales dont l'utilisation privative constitue la destination normale et dont l'exploitation soulève des questions particulières. Ce particularisme est encore plus accentué lorsque, d'une

1 - CE Sect., 3 mai 1963, *Ministre des Travaux publics et des Transports c/Commune de Saint-Brévin-les-Pins et autres*, p. 259.

2 - Énoncée dans ce code à propos du seul « domaine public national », selon une formule ancienne, qui désigne aujourd'hui le domaine de l'État, cette règle s'applique à l'ensemble du domaine public, quelle qu'en soit la collectivité propriétaire : elle est en réalité issue d'une jurisprudence fondée sur l'égalité d'accès des usagers au domaine public (CE, 25 février 1928, *Société L'Éveil de Contres*, p. 272 ; Ass., 18 novembre 1949, *Cartier*, p. 490 ; Sect., 2 novembre 1956, *Bibéron*, p. 403).

3 - Article 3 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances.

certaine manière, c'est l'utilisation privative qui réalise l'affectation : tel est le cas du spectre hertzien, dont l'utilisation est assimilée par la loi à une telle occupation, tout en ayant des caractéristiques propres. L'originalité profonde de son régime et les difficultés auxquelles il a donné lieu justifient qu'une attention particulière soit apportée aux redevances perçues au titre de son occupation (2.2.).

2.1. Le caractère onéreux de l'occupation privative du domaine public

La légitimité du caractère onéreux de l'occupation privative du domaine public ne procède pas seulement d'un souci de bonne gestion patrimoniale. Elle vient aussi de ce que cette occupation porte atteinte au droit d'accès de tous les usagers au domaine. Est alors justifié le versement à la collectivité d'une redevance constituant la contrepartie des avantages individuels conférés au bénéficiaire de l'autorisation d'occupation au détriment de la jouissance commune.

Après avoir rappelé les principales caractéristiques des autorisations d'occupation du domaine public et de leurs modalités d'attribution (2.1.1.), on présentera les règles régissant la tarification des redevances domaniales (2.1.2.).

2.1.1. Le lien entre autorisation d'occupation et redevances domaniales

2.1.1.1. Un régime lié au particularisme du domaine public

À la différence du domaine privé, qui comprend les biens régis, en principe, par les règles du droit civil et dont le contentieux ressortit à la compétence des tribunaux judiciaires, le domaine public est soumis à un régime de droit public, marqué par des règles spéciales, et dont le contentieux relève de la juridiction administrative. Au nombre de celles-ci figure l'inaliénabilité, qui a pour corollaire l'imprescriptibilité des biens qui en font partie. Selon la définition habituelle, font partie du domaine public les biens qui sont affectés directement à l'usage du public ou aux besoins d'un service public et qui font l'objet d'un aménagement spécial.

Ce particularisme se retrouve naturellement dans les règles régissant l'occupation privative du domaine public. La première, qui n'est pas la plus déroga-toire, est que toute occupation privative est soumise à autorisation, ainsi que l'énonce, s'agissant du domaine public national, l'article L. 28 du code du domaine de l'État.

Plus spécifiques sont les trois autres règles régissant l'occupation du domaine public, que celle-ci procède d'une autorisation unilatérale ou même qu'elle ait



pour fonder un contrat. En premier lieu, le statut de l'occupation est marqué par sa précarité, l'autorisation étant révocable *ad nutum* par la collectivité, qui ne peut d'ailleurs légalement renoncer à ce pouvoir⁴. En second lieu, l'autorisation a un caractère personnel. En troisième lieu, elle n'est pas cessible⁵, sauf lorsque la loi en a ouvert la possibilité⁶.

Le respect de ces règles rigoureuses s'avère difficile à assurer dans la pratique. C'est ainsi que si la société détentrice d'une autorisation d'émettre sur le spectre hertzien ne peut la céder, il est difficile d'empêcher le rachat de cette société par une autre, laquelle devient, par personne interposée, détentrice de l'autorisation. La loi⁷ ou le décret⁸ tentent néanmoins d'encadrer de telles pratiques.

2.1.1.2. Modalités d'attribution des autorisations d'occupation

Parfois rattachée à l'exercice du pouvoir de police, la délivrance d'autorisations d'occupation procède surtout du pouvoir propre de gestion du domaine public que la jurisprudence a progressivement consacré au profit de l'autorité dont il dépend. C'est ainsi que dans ses conclusions sur l'arrêt de section du 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, le commissaire du gouvernement Chenot affirmait que « le domaine public n'est plus le seul objet de la police administrative », mais « l'assiette d'un nombre toujours croissant de services d'intérêt général et un bien dont l'administration doit assurer dans l'intérêt collectif la meilleure exploitation »⁹.

La jurisprudence reconnaît à l'autorité gestionnaire du domaine, non seulement le pouvoir d'attribuer les autorisations, mais aussi celui d'en déterminer par voie

4 - CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit foncier de France*, p. 141.

5 - CE, 10 mai 1989, *Munoz*, T. p. 675.

6 - Ainsi que le font, à la condition toutefois que le successeur soit agréé par l'autorité administrative, la loi du 5 janvier 1988 pour les baux emphytéotiques (article L. 1311-2 du CGCT), la loi du 25 juillet 1994 pour les autorisations d'occupation constitutives de droits réels (article L. 34-2 du code du domaine de l'État) et la loi du 20 janvier 1995 relative à l'accès à l'activité de conducteur et à la profession d'exploitant de taxi pour les autorisations de stationnement.

7 - Dans le domaine audiovisuel, l'article 40 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoit ainsi que « sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France, aucune personne de nationalité étrangère ne peut procéder à une acquisition ayant pour effet de porter, directement ou indirectement, la part du capital détenue par des étrangers à plus de 20 p. 100 du capital social ou des droits de vote dans les assemblées générales d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de radiodiffusion sonore ou de télévision par voie hertzienne terrestre assuré en langue française ». S'agissant des radios locales, le principe a été posé, comme pour la télévision, de la gratuité des autorisations d'utilisation des fréquences, afin de favoriser leur développement et la liberté d'expression ; mais est progressivement apparu un commerce indirect de fréquences dont les pouvoirs publics sont conscients et qui devrait être mieux encadré.

8 - Dans le domaine des télécommunications, l'article D. 98-1 du code des postes et télécommunications prévoit également que l'opérateur autorisé doit informer sans délai l'Autorité de régulation des télécommunications de toute modification dans le capital et les droits de vote, afin de permettre au régulateur de vérifier que l'opérateur continue à respecter les obligations fixées par son cahier des charges et que les conditions auxquelles était subordonné l'octroi de l'autorisation sont toujours satisfaites.

9 - Cité par C. Teitgen-Colly dans sa thèse sur *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981.



réglementaire les conditions d'attribution¹⁰. Ainsi a-t-il été jugé, à propos de l'occupation d'emplacements dans une foire, qu'il appartient à un maire de fixer les conditions d'attribution des emplacements situés sur le domaine public communal qui peuvent être occupés par les forains : à ce titre, il ne peut se fonder, pour définir ces règles, que sur des motifs tirés de l'ordre public, de l'hygiène et de la meilleure utilisation du domaine public, auxquels s'ajoute, au cas d'espèce, la prise en compte de la fidélité des candidats¹¹. Le retrait de l'autorisation doit quant à lui reposer sur des motifs d'intérêt général¹², cette notion étant largement entendue, puisqu'elle inclut notamment l'intérêt financier.

L'attribution des autorisations doit aussi être envisagée du point de vue économique, lorsqu'il existe plus d'opérateurs potentiellement intéressés que d'autorisations à délivrer. Le problème de choix soulève alors des questions d'efficacité économique, car l'administration ne connaît pas les opérateurs les plus performants. En outre, l'analyse économique insiste sur l'importance du choix du nombre d'autorisations, qui incombe à la puissance publique. Ce choix doit faire l'objet d'une attention accrue dans les cas où l'activité que rend possible l'autorisation entraîne d'importants coûts fixes. Ces coûts fixes vont en effet être multipliés par le nombre d'opérateurs autorisés, ce qui engendre un risque de gaspillage des ressources. Apparaît alors, au sein même de la préoccupation d'efficacité économique, une contradiction entre l'objectif de réduire le nombre de coûts fixes redondants et l'objectif d'accroître le nombre de concurrents dans le marché. Une solution pour sortir de ce dilemme peut consister à autoriser plusieurs opérateurs à exploiter la même infrastructure.

Ces réflexions, qui se sont enrichies à l'occasion du débat sur l'attribution des licences de télécommunication mobile de troisième génération, dites UMTS, ne se limitent pas à ce secteur. Elles se sont également développées au sujet d'autres occupations domaniales, telles que les boutiques dans les gares et les aéroports.

2.1.1.3. L'autorité compétente en matière de tarification

C'est à l'autorité en charge de la gestion du domaine qu'il incombe de fixer le tarif de la redevance d'occupation du domaine public. Des dispositions particulières régissent la tarification de l'occupation du domaine public de l'État. **L'article L. 30 du code du domaine de l'État donne compétence exclusive aux services du ministère des Finances¹³ pour « fixer définitivement, sur l'avis et sur la proposition des services techniques, les prix des locations et concessions relatives au domaine national, sans exception ni réserve pour le domaine militaire, quels que soient la forme et l'objet de ces locations et concessions ».**

¹⁰ - Ces compétences doivent toutefois être exercées dans le respect, notamment, du droit de la concurrence. Voir sur ce point le paragraphe 3.1.2.2.

¹¹ - CE Sect., 18 novembre 1966, *Froment*, p. 607.

¹² - CE, 6 mai 1932, *Taillandier*, p. 467.

¹³ - L'article R. 55 du code du domaine de l'État précise que cette compétence appartient aux directeurs des services fiscaux.

La jurisprudence a interprété ces dispositions de façon stricte : d'une part, la consultation des services techniques est une formalité substantielle, dont la méconnaissance entache d'illégalité la fixation des tarifs, même si le chef des services fiscaux n'est pas tenu de fixer les redevances aux taux qu'avait envisagés le chef du service technique¹⁴ ; d'autre part, une intention du ministre de la Défense ne peut pas légalement fixer le montant de la redevance due par les personnels civils et militaires en contrepartie de leur logement dans des immeubles domaniaux dépendant de l'administration militaire¹⁵.

S'agissant en outre de la révision des conditions financières des autorisations ou concessions, elle relève de la compétence du service des domaines en vertu de l'article L. 33 du code du domaine de l'État. Cette révision doit être opérée selon les modalités prévues à l'article L. 30 pour la fixation des conditions financières initiales¹⁶.

2.1.2. Les principes de tarification

L'étude des règles qui encadrent la tarification de la redevance domaniale suppose d'examiner successivement celles qui permettent d'en déterminer le montant, d'en réviser le tarif et enfin d'en fixer les modalités de paiement.

2.1.2.1. La détermination du montant de la redevance domaniale

Dues par l'occupant, qu'il soit ou non en possession d'un titre l'autorisant à utiliser de façon privative une partie du domaine public, les redevances doivent toujours être fixées en argent et non en nature¹⁷. Pour le surplus, la détermination de leur montant repose sur un principe essentiel, applicable à toutes les dépendances domaniales, celui de la prise en compte de l'avantage retiré par l'occupant, qu'il convient d'exposer avant d'aborder deux séries de règles qui concernent plus particulièrement le domaine de l'État.

La prise en compte de l'avantage retiré par l'occupant du domaine

C'est en 1923 que le Conseil d'État a abandonné la jurisprudence selon laquelle la redevance, à l'instar d'un loyer, devait être proportionnelle à la surface occupée : il admet depuis lors que le niveau de la redevance tienne compte de l'usage fait de la dépendance du domaine public et de la nature des commerces exercés¹⁸. La formulation devient ensuite plus explicite dans une décision qui juge que le conseil municipal peut « *fixer sur une base autre que*

14 - CE, 7 mai 1980, SA « *Les marines de Cogolin* », p. 215.

15 - CE, 28 septembre 2001, *Favot*, n° 205375 à paraître au recueil.

16 - CE Sect., 22 décembre 1989, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, p. 268.

17 - CE Ass., 8 mars 1929, *Bonneton*, p. 267.

18 - CE, 12 décembre 1923, *Peysson*, p. 826 ; solution confirmée par un arrêt du 22 mars 1929, *Société de construction d'embranchements industriels*, p. 355.

*la superficie des emplacements utilisés et en proportion de la valeur des poissons vendus les tarifs des droits perçus sur ceux qui occupent les places à la poissonnerie municipale »*¹⁹.

Cette jurisprudence a rapidement été transcrite dans les textes applicables au domaine de l'État, d'abord à l'article 3 du décret du 9 juillet 1934, puis à l'article 22 de la loi du 6 janvier 1948, aux termes duquel les redevances doivent « *correspondre à la valeur locative de l'emplacement ou du droit concédé et tenir compte des bénéfices dont la concession peut être la source* ». La notion de valeur locative, difficile à appréhender s'agissant de la propriété de personnes publiques, a été abandonnée, à l'occasion de l'édiction du code du domaine de l'État²⁰. A alors été posé le principe, aujourd'hui codifié à l'article R. 56 du code du domaine de l'État, suivant lequel « *toute redevance stipulée au profit du Trésor doit tenir compte des avantages de toute nature procurés au concessionnaire* ». Cette formulation n'exclut pas la possibilité de prendre en considération les conditions d'exploitation et de rentabilité de la concession d'occupation²¹.

Le chiffre d'affaires est fréquemment utilisé comme base de calcul de la redevance. C'est en se fondant sur cette grandeur qu'est, par exemple, fixé le montant de la redevance acquittée par les restaurants installés dans le domaine de Versailles ou par la salle de concert du Zénith, gérée par l'établissement public de la Villette.

Doit aussi entrer dans le calcul de la redevance l'avantage spécifique que constitue le seul fait d'être autorisé à jouir d'une façon privative d'une partie du domaine public²².

Le droit fixe

Indépendamment de ces éléments, les dispositions particulières de l'article L. 29 du code du domaine de l'État²³ conduisent en outre à subordonner la délivrance des autorisations de voirie sur le domaine public national au paiement d'un droit fixe correspondant aux frais exposés par la puissance publique, et qui vient s'ajouter aux droits et redevances perçus au profit de l'État ou, le cas échéant, des communes compétentes pour délivrer les autorisations.

À l'origine, ce droit a été institué au profit de l'État par le décret-loi du 30 octobre 1935 en vue de rémunérer les travaux occasionnés à ses agents par la délivrance et le contrôle de l'ensemble des autorisations de voirie sur le domaine public national. C'est par décret en Conseil d'État qu'est fixé le tarif du droit fixe, au regard du coût des procédures administratives à appliquer et des frais de fonctionnement des services dont l'intervention est nécessaire

19 - CE, 3 février 1933, *Syndicat des patrons et marins pêcheurs du Tréport*, p. 153.

20 - Par les décrets n° 62-298, 62-299 et 62-300 du 14 mars 1962.

21 - CE, 7 mai 1980, SA « *Les marines de Cogolin* », p. 215.

22 - CE, 10 février 1978, *Ministre de l'Économie et des Finances c/Scudier*, p. 66. Cette décision a également été l'occasion d'affirmer l'exercice d'un contrôle normal sur la fixation du montant des redevances (voir, pour une autre illustration de ce degré de contrôle, CE, 23 novembre 1984, *Société « Marchés aux cuirs de la Villette »*, aux Tables p. 716).

23 - Dans sa rédaction issue de la loi n° 70-601 du 9 juillet 1970.

pour l'instruction d'un dossier de délivrance d'une autorisation de voirie. La dernière révision a eu lieu en 1981 : l'article R. 54 du code du domaine de l'État fixe ainsi à 20 euros le montant du droit ²⁴.

Le fait générateur consistant dans la délivrance de l'autorisation de voirie, ce droit n'est perçu qu'une fois pour toute la durée du titre d'occupation. Il n'est pas exigé pour les permissions et autorisations accordées gratuitement dans un intérêt public mais il doit en revanche l'être dans les autres cas, même lorsque le montant de la redevance est modique.

La modulation du tarif des redevances et la gratuité

La faculté pour l'administration des finances de réduire la quotité, c'est-à-dire le montant d'une redevance ou d'accorder la gratuité pour l'occupation du domaine public national est ancienne. Elle est principalement issue d'instructions de la fin du XIX^e siècle et sa formulation actuelle provient directement de deux arrêtés du 3 août 1878. Ces dispositions ont été insérées en 1962 dans le code du domaine de l'État à l'article A. 15, dont la rédaction actuelle résulte de l'arrêté du 11 décembre 1970 qui portait révision générale de la partie « Arrêtés » de ce code.

L'article A. 15 permet au chef du service gestionnaire du domaine public de présenter au directeur des services fiscaux des propositions motivées, s'il estime que l'intérêt public le justifie, pour diminuer la quotité de la redevance fixée. Il s'agit donc d'un texte portant à la fois règle de fond et de compétence, dont le champ historique est lié à l'occupation et à l'utilisation du domaine public pour la réalisation de travaux d'utilité publique.

Les modulations sont, comme lorsqu'elles portent sur des redevances pour service rendu, soumises au respect du principe d'égalité. C'est notamment ce qui ressort d'une affaire dans laquelle il était reproché au préfet d'avoir prévu, dans le tableau des redevances d'occupation du marché d'intérêt national de Rungis, des différences de tarif pour les producteurs de fleurs coupées et de plantes en pot, d'une part, selon la durée de l'occupation sollicitée – les tarifs étant proportionnellement plus élevés pour les durées les plus courtes –, d'autre part, selon la nature des installations utilisées – sur le carreau intérieur des bâtiments ou sous les auvents extérieurs –, enfin selon que les occupants appartiennent ou non à une organisation professionnelle prenant directement en charge l'aménagement, le nettoyage et l'éclairage des installations ainsi que la collecte des redevances. Le Conseil d'État a jugé que ces tarifs ne portaient pas atteinte au principe de l'égalité des usagers du service public, les différences de traitement ainsi établies étant justifiées par des considérations d'intérêt général, notamment la nécessité d'amortir les installations du marché d'intérêt national de Rungis, et étant adaptées dans leur ampleur et leurs modalités aux différences objectives de situation des différents usagers concernés ²⁵.

24 - Ce montant est réduit de moitié lorsque l'occupation temporaire est autorisée par simple récépissé dans les conditions prévues par arrêté (articles A. 23 et A. 24 du code du domaine de l'État), ou lorsque l'autorisation nouvelle fait suite à une autorisation précédemment accordée sans apporter de modification à la nature, à l'étendue ou aux conditions techniques de l'occupation.

25 - CE, 15 février 1991, n° 70556, *SEM de gestion du marché d'intérêt national de Rungis et pré-fet du Val-de-Marne c/Syndicat des producteurs de fleurs coupées*.

La modulation ne va normalement pas jusqu'à la gratuité, à l'égard de laquelle l'administration s'est longtemps montrée réticente. La circulaire du 30 octobre 1958 relative à l'application du code du domaine de l'État précise ainsi, à propos des redevances domaniales, qu'il « *convient de ne pas laisser amoindrir une source de revenus non négligeable pour le Trésor* ». La circulaire du 13 septembre 1966 relative au domaine public communal est puisée à la même veine : « *Outre en effet que le domaine public peut être considéré comme un bien productif du meilleur revenu possible, les communes ne sont pas habilitées à consentir des libéralités aux particuliers* ».

Au demeurant, il n'existe pas de principe de gratuité des occupations privatives du domaine public, ainsi que le souligne une décision récente²⁶. De manière générale d'ailleurs, et même si la doctrine est loin d'être unanime sur ce point, on peut douter de l'existence d'un principe de gratuité du domaine public : il s'agit moins d'un principe général que d'une règle ponctuellement applicable à certaines dépendances domaniales en vertu de dispositions législatives, ou que la jurisprudence déduit de celles-ci²⁷. Ces règles sont le plus souvent assorties d'exceptions, telles que celles qui concernent les voies publiques.

Dans certains cas cependant, la gratuité de l'occupation est prévue par les textes. Elle peut être le fruit d'une exonération, à l'instar de celle que l'article L. 34 du code du domaine de l'État prévoit pour les communes qui gèrent elles-mêmes leur service d'eau potable, s'agissant des redevances qu'elles devraient acquitter en raison de l'occupation du domaine public par leurs canalisations ou réservoirs. La faculté de consentir la gratuité peut également être expressément prévue, indépendamment des cas d'exonération. C'est ce que fait l'article A. 15, précité, du code du domaine de l'État, dans une mesure que la direction générale des impôts, en sa qualité d'administration responsable du domaine, a précisée dans ce qu'il est convenu d'appeler la « doctrine administrative »²⁸. L'administration considère ainsi que l'octroi de la gratuité est subordonné à deux conditions de fond.

La première condition est que l'autorisation revête en totalité un caractère d'utilité publique. Si l'occupation du domaine public est, en principe, assujettie à une redevance, c'est parce qu'elle procure à celui qui en bénéficie un avantage personnel dont sont privés les autres membres de la communauté et parce qu'elle soustrait en même temps à la jouissance de tous une partie du domaine public. Or, l'occupation qui a pour seul objet un intérêt public ne produit ni l'un ni l'autre de ces effets²⁹.

26 - CE, 11 février 1998, *Ville de Paris c/Association pour la défense des droits des artistes peintres sur la place du Tertre*, p. 46.

27 - Yves Gaudemet, *La gratuité du domaine public*, Mélanges en l'honneur de P.-M. Gaudemet, p. 1023.

28 - Il s'agit des commentaires et instructions que la DGJ a regroupés à l'intention de ses agents dans une « documentation administrative de base ».

29 - Interrogé par le Gouvernement sur les conditions de gratuité de l'occupation du domaine public national par la pose du mobilier urbain, le Conseil d'État a mis l'accent, dans un avis dont le Conseil de la concurrence résume le sens dans la décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, sur la condition relative à l'intérêt public des ouvrages installés sur le domaine public.



La gratuité se conçoit ainsi :

- lorsque l'occupation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous, notamment ceux qui ont pour objet la sécurité et la salubrité publiques, tels qu'un poste de secours sur une plage ;
- lorsque l'occupation contribue à assurer la conservation du domaine public lui-même, comme c'est le cas pour les canalisations d'égout, d'eaux pluviales ou ménagères sous la chaussée des voies de communication, ou la sécurité de ses usagers que tend à assurer, par exemple, la piste d'accès dégageant la chaussée au droit d'un distributeur de carburant.

La nature et le but de l'occupation sont déterminants. En revanche, la qualité du permissionnaire ne doit pas, à cet égard, influencer sur la décision. Il ne suffit donc pas que l'autorisation soit accordée, par exemple, à un département, à une commune, à un établissement public ou à une association : si l'intérêt public est seulement prédominant, une modération de la redevance est envisageable mais les critères de gratuité ne sont pas remplis.

La seconde condition posée par la doctrine administrative à la gratuité de l'occupation est que celle-ci ne constitue pas, pour le permissionnaire, une source de recettes directes (perception sur les usagers d'une redevance d'utilisation ou d'une cotisation, cas des réseaux d'eau concédés) ou indirectes (publicité par exemple).

2.1.2.2. Le caractère révisable du tarif

Aux termes de l'article L. 33 du code du domaine de l'État, les redevances sont révisables à l'expiration de chaque période stipulée pour leur paiement, même en présence de dispositions contraires de l'acte d'autorisation ou de concession.

Pour un titre d'occupation triennal comprenant le paiement de redevances annuelles, les redevances peuvent être révisées chaque année. Toutefois, le paiement par périodes pluriannuelles et d'avance est parfois prévu pour les redevances de faible montant. Ainsi, l'article A. 39 du code du domaine de l'État précise que les redevances annuelles fixes dont le montant n'excède pas 76 euros sont acquittées d'avance. La révision du montant de ces redevances acquittées d'avance ne pourra être effectuée qu'à l'issue de la période pour laquelle le paiement a déjà été effectué.

La collectivité dispose d'une grande latitude dans la révision du montant de la redevance, puisque la jurisprudence admet que son relèvement soit opéré dans un but exclusivement financier³⁰. Une clause de révision incluant des indices de révision qui ne sont pas sans relation directe avec l'activité de l'une des parties au contrat de sous-concession a par ailleurs été jugée légale au regard de l'article 79 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de

30 - CE, 15 décembre 1923, *Peysson*, p. 826 ; 24 avril 1959, *Burfin*, p. 264 ; 2 mai 1969, *Société d'affichage Giraudy*, p. 238.

finances pour 1959, qui prohibe les clauses fondées sur des prix n'ayant pas de relation directe avec l'objet de la convention³¹.

Une décision a toutefois semblé encadrer un peu plus le pouvoir de révision, en jugeant que si celui-ci existe à tout moment, il ne saurait être légalement exercé qu'en raison de faits survenus ou portés à la connaissance de l'autorité gestionnaire du domaine postérieurement à la délivrance de ces autorisations³². En outre, dans le cadre d'une concession de service public, la révision de la redevance ne peut intervenir sur le fondement de l'article L. 33 du code du domaine de l'État que dans la mesure où le rehaussement ne remet pas en cause l'équilibre financier de la concession. C'est le sens de la référence faite par l'arrêt du 7 mai 1980 précité, SA « *Les marines de Cogolin* » aux « conditions d'exploitation » et à la « rentabilité de la concession ». L'équilibre financier du contrat est en effet un critère qui s'impose à l'autorité concédante. Par conséquent, lorsque le concessionnaire n'a pas le pouvoir juridique de répercuter sur les usagers la révision à la hausse de la redevance domaniale qui lui est réclamée, une telle révision, si elle remet en cause l'équilibre financier du contrat, est entachée d'une erreur d'appréciation.

Indépendamment de la révision prévue à l'article L. 33 du code du domaine de l'État, l'acte d'autorisation peut prévoir que la redevance sera actualisée en fonction de la variation d'un indice officiel en relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité du bénéficiaire de l'autorisation³³.

Enfin, les révisions peuvent intervenir à l'expiration de l'autorisation à l'occasion du renouvellement du titre au profit du même occupant. Cette révision ne constitue pas au plan juridique une véritable révision, mais la fixation d'une nouvelle redevance à l'occasion de la délivrance d'un nouveau titre.

2.1.2.3. Les modalités de paiement : la question du paiement d'avance

L'exigibilité d'une redevance d'occupation ou d'utilisation du domaine public est fixée par l'article A. 18 du code du domaine de l'État à la date de notification du titre ou à la date de l'occupation si elle est antérieure. Ces redevances sont annuelles et les titres prévoient leur versement en début de période.

Toutefois, dans sa rédaction issue de l'article 11-I de la loi n° 70-576 du 3 juillet 1970 portant simplifications fiscales, l'article L. 31 de ce code du domaine de l'État prévoit que les bénéficiaires d'autorisations et de concessions peuvent être tenus, à raison du chiffre et du mode de fixation des redevances, de se libérer par périodes triennales ou pour toute la durée de l'autorisation ou de la concession si cette durée n'excède pas cinq ans. L'article A. 39 précise que relèvent seules de ce dispositif dérogatoire les redevances domaniales fixes, c'est-à-dire celles dont l'assiette ne comporte pas de part variable, et qui n'excèdent pas un montant annuel fixé à 76 euros. Ce dispositif n'autorise

31 - CE, 29 juillet 1994, *Société « La main noire »*, p. 382.

32 - CE, 12 octobre 1994, *Visconti*, p. 442.

33 - Cf. documentation administrative 9 B 1245 n° 47 et instruction 9 B-3-86.

donc actuellement que le paiement anticipé de redevances d'un montant maximal de 380 euros.

L'étroitesse du champ d'application de cette mesure de simplification a une double justification :

- le paiement d'avance ne peut, par définition, être employé pour les redevances dont le montant définitif ne peut, en raison de la part variable qu'il contient, être déterminé qu'*a posteriori*, sur la base de données fournies à l'expiration de chaque année d'occupation soit par le service technique, soit par l'intéressé lui-même ;
- la simplification qui profite également aux usagers ne doit pas conduire à leur imposer un débours initial trop important.

S'il est mis fin à l'autorisation avant le terme prévu, le sort des redevances dont le paiement est anticipé est précisé par la doctrine administrative dans les termes suivants : les redevances payées d'avance sont définitivement acquises au Trésor dans les cas où le titulaire de l'autorisation renonce à celle-ci avant l'expiration de la période couverte par le paiement ; en revanche, une restitution peut être accordée *pro rata temporis* s'il est mis fin à l'occupation au cours de ladite période à la demande du service gestionnaire du domaine public.

2.2. Le cas particulier des redevances d'utilisation du spectre hertzien

Alors que les redevances domaniales sont généralement versées en contrepartie d'une occupation privative excédant le droit d'usage qui appartient en principe à tous, celles qui sont exigées des utilisateurs du spectre hertzien présentent des caractéristiques originales. Cette originalité tient, tout d'abord, à la nature particulière des fréquences hertziennes, puisque l'utilisation privative³⁴ en constitue la destination habituelle. Elle tient également à l'assimilation à des dépendances du domaine public résulte de la volonté du législateur.

Aussi convient-il de s'interroger d'abord sur cette qualification, qui fonde la possibilité d'obtenir des utilisateurs le versement de redevances domaniales (2.2.1.), avant de présenter la diversité des situations au regard de la soumission à redevance (2.2.2.), puis d'examiner les difficultés particulières auxquelles a donné lieu l'attribution des licences de téléphonie mobile de troisième génération, dites licences « UMTS » (2.2.3.).

34 - Qui peut être le fait d'une personne publique ou privée.

2.2.1. L'assimilation de l'utilisation du spectre hertzien à une occupation privative du domaine public

2.2.1.1. Une qualification résultant de la loi

L'appartenance du spectre hertzien au domaine public de l'État ne se déduit pas nécessairement des règles générales applicables à la matière. Certes, l'article L. 2 du code du domaine de l'État dispose que les biens du domaine national qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée sont considérés comme des dépendances du domaine public national. Pour autant, s'il est assez facile de considérer, à la lumière de cette définition, que les ondes ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, il n'est pas évident, en première analyse, de les regarder comme appartenant à l'État, condition posée par l'article L. 1 de ce code pour qu'elles fassent partie du domaine national.

Le spectre hertzien, constitué d'ondes immatérielles, pourrait en effet être considéré comme *res nullius* relevant des dispositions de l'article 714 du code civil, selon lequel « *il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ». La légitimité de l'État à y intervenir reposerait alors sur le principe, énoncé par le même article, suivant lequel « *des lois de police règlent la manière d'en jouir* »³⁵. Sur ce fondement, l'État pourrait donc exercer une mission de police des fréquences hertziennes, sans qu'il soit nécessaire de les intégrer dans son patrimoine. Au demeurant, son domaine public se compose essentiellement de biens matériels, immeubles ou meubles, qu'ils soient artificiels ou naturels³⁶.

Ce cadre juridique peut logiquement conduire à subordonner l'exercice d'une activité économique à un régime d'autorisation – à la fois pour préserver la permanence de la ressource et en permettre un usage commun à tous – mais il présente évidemment l'inconvénient, du point de vue des finances publiques, de ne pas permettre de subordonner les autorisations au paiement de redevances sur le fondement des articles L. 28 et L. 29 du code du domaine de l'État³⁷. Le versement d'une contrepartie financière nécessite alors que le législateur décide que la délivrance d'autorisations donne lieu au paiement de taxes.

35 - Certains commentateurs vont en ce sens (E. Guillaume, *Les principes d'égalité et de proportionnalité à l'épreuve des licences UMTS*, LPA, 12 octobre 2001, p. 4.).

36 - Le domaine public naturel comprend le rivage de la mer ainsi que les rives et fonds des lacs et fleuves mais l'eau de la mer ou des fleuves, qui n'appartient pas à l'État, n'en fait pas partie.

37 - Article L. 28 : « *Nul ne peut, sans autorisation délivrée par l'autorité compétente, occuper une dépendance du domaine public national ou l'utiliser dans des limites excédant le droit d'usage qui appartient à tous.*

Le service des domaines constate les infractions aux dispositions de l'alinéa précédent en vue de poursuivre, contre les occupants sans titre, le recouvrement des indemnités correspondant aux redevances dont le Trésor a été frustré, le tout sans préjudice de la répression des contraventions de grande voirie ».

Article L. 29 : « *La délivrance des autorisations de voirie sur le domaine public national est subordonnée au paiement, outre les droits et redevances perçus au profit soit de l'État, soit des communes, d'un droit fixe correspondant aux frais exposés par la puissance publique* ».

On peut certes relever que le Conseil d'État statuant au contentieux avait été invité, dès 1948, à se prononcer dans le sens d'une qualification domaniale par le commissaire du gouvernement Bernard Chenot dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Radio-Atlantique et société Radio club landais*³⁸ : soulignant que le progrès technique avait conduit à un renouvellement des conceptions juridiques du domaine public, et rappelant que le développement de l'aviation avait obligé les juristes à préciser la définition du domaine public aérien, il notait que « *les phénomènes radioélectriques font concevoir, dans l'espace où se propagent les ondes, la notion d'un domaine public qui leur est propre et dont l'État doit assurer la garde, la police, l'exploitation* » et proposait d'analyser l'utilisation des fréquences comme relevant d'une autorisation domaniale assortie d'obligations de service public.

Mais le Conseil d'État ne s'est pas engagé dans cette voie, se bornant à juger que l'exploitation des ondes hertziennes présentait le caractère d'un service public.

La question n'a pas non plus été tranchée par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il a examiné le texte qui devait devenir la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, alors qu'il était invité à le faire par les députés requérants qui contestaient que la télévision privée puisse être soumise à un régime d'autorisation administrative : il s'est borné à écarter le moyen, « *quelle que soit la nature juridique de l'espace hertzien* »³⁹.

C'est finalement à la loi du 17 janvier 1989 qu'il est revenu de se prononcer sur une question qui, en dépit de l'enjeu financier d'une qualification domaniale, a pu être qualifiée au cours des débats qui en ont précédé l'adoption de « *très théorique et quasi théologique* »⁴⁰ : dans sa rédaction issue de ce texte, l'article 22 de la loi du 30 septembre 1986 dispose désormais que « *l'utilisation par les titulaires d'autorisation des fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'État* ».

Cette qualification a ensuite été confirmée par des dispositions insérées dans le code des postes et télécommunications : ainsi l'article L. 32-5°, issu de la loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, dispose-t-il que « *on entend par réseau interne un réseau indépendant établi sur une même propriété, sans emprunter le domaine public – y compris hertzien – ni une propriété tierce* » ; de son côté, la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications a inséré dans le code un l'article L. 97-1, chargeant l'Agence nationale des fréquences d'assurer « *la planification, la gestion et le contrôle de l'utilisation, y compris privative, du domaine public des fréquences radioélectriques* ».

38 - CE Sect., 6 février 1948, p. 65 ; conclusions publiées à la RDP 1948, p. 244.

39 - Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.

40 - M. Gouteyron, sénateur, séance du 9 novembre 1988, *JO Débats Sénat*, p. 941. Il résulte cependant des débats, et notamment d'une réponse du ministre délégué à la communication à une interpellation du même sénateur, que la référence faite au régime de l'occupation domaniale, visait à opérer une « *clarification mettant un terme aux incertitudes doctrinales* ».

La qualification ainsi donnée aux ondes hertziennes emporte diverses conséquences, au nombre desquelles figurent l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des fréquences. C'est aussi cette qualification qui inspire l'organisation de l'affectation des fréquences.

2.2.1.2. La gestion actuelle du spectre hertzien

La nécessité d'une gestion coordonnée des ondes hertziennes procède de leur caractère de ressources rares : le spectre tout entier a en effet la même bande passante qu'une seule fibre optique. Or les ondes ne connaissent pas de frontières. Au plan international, la répartition des bandes de fréquences entre leurs différents usages est opérée par les conférences mondiales des radiocommunications, organisées par l'Union internationale des télécommunications (UIT) pour le monde entier qui est divisé en trois régions : l'Europe et l'Afrique (région 1), le continent américain (région 2) et le reste du monde (région 3). C'est à l'intérieur de ce cadre international que chaque pays opère la répartition nationale des bandes de fréquences entre ses différents affectataires.

La répartition des bandes de fréquences relève en France de l'Agence nationale des fréquences, établissement public à caractère administratif créé par la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, codifiée au code des postes et télécommunications. L'agence gère le spectre de façon globale. Elle prépare à cet effet la répartition des bandes de fréquences entre les administrations et les autorités affectataires. Ce tableau national de répartition des bandes de fréquences est ensuite approuvé par un arrêté du Premier ministre, après avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'Autorité de régulation des télécommunications⁴¹ et fait l'objet de mises à jour effectuées selon la même procédure.

On compte actuellement neuf affectataires principaux : aviation civile, ministère de la Défense, espace, ministère de l'Intérieur, météorologie, ports et navigation maritime, radioastronomie, auxquels s'ajoutent l'Autorité de régulation des télécommunications et le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Ces deux derniers affectataires ne sont pas des utilisateurs directs des fréquences mais procèdent, à titre secondaire, à leur affectation à d'autres utilisateurs pour des usages respectivement de télécommunications et de radiodiffusion sonore ou télévisuelle.

2.2.2. La diversité des situations au regard de la soumission à redevance

Bien que la qualification domaniale ait en principe pour effet de soumettre les utilisateurs au paiement de redevances, on rencontre en réalité des situations fort diverses, sans que le bien-fondé des solutions retenues

41 - Article R. 52-2-1 du code des postes et des télécommunications.

et leur cohérence soient à l'abri de la critique. Il convient à cet égard de distinguer trois hypothèses, suivant que les fréquences sont utilisées par les opérateurs de télécommunications, par le secteur de l'audiovisuel ou par les services de l'État.

Cette différence de traitement entre les télécommunications et l'audiovisuel est une source croissante de distorsion, sous l'influence du phénomène de la convergence des réseaux et des services, que traduit par exemple l'utilisation de fréquences audiovisuelles pour offrir des services de transmission de données.

2.2.2.1. *Les télécommunications, seul cas de véritable contrepartie financière*

Les opérateurs de télécommunications sont les seuls à acquitter des redevances pour occuper le domaine public hertzien. Ces redevances sont instituées par le décret du 3 février 1993 qui a été à maintes reprises modifié et qui atteint aujourd'hui une telle complexité que son application devient difficile et qu'une refonte d'ensemble apparaît nécessaire. Au surplus, toutes les redevances prévues par ce décret ne présentent-elles pas le caractère de redevances domaniales.

La *redevance de mise à disposition*, qui constitue en montant l'essentiel des redevances acquittées, relève de cette catégorie étant la contrepartie de la mise à disposition par l'État d'une ressource hertzienne en propre pour une durée déterminée.

Les utilisateurs de fréquences doivent en outre acquitter une *redevance de gestion*, qui a normalement pour objet de couvrir les coûts administratifs de gestion des autorisations et qui se rattache plutôt à la rémunération d'un service rendu.

La nature exacte de la *contribution au fonds de réaménagement du spectre* est davantage sujette à débat. Cette contribution répond en effet à une autre logique. L'État procède en permanence à des réajustements sur le spectre pour optimiser son occupation, ce qui implique le déplacement de certains opérateurs ou affectataires d'une bande de fréquences vers une autre⁴². Financé par les opérateurs entrants et par une subvention du budget de l'État, le fonds de réaménagement du spectre vise à inciter financièrement l'opérateur ou l'affectataire cédant à accepter ce déplacement, en prenant en charge tout ou partie du coût de remplacement ou d'adaptation des équipements existants.

Il convient également de souligner que les obligations pesant sur les opérateurs de télécommunications ne se limitent pas au versement de redevances. Ils sont également soumis par leurs cahiers des charges, dont une partie est déterminée par décret, à des sujétions d'intérêt général, comme l'acheminement gratuit des appels d'urgence, le respect de prescriptions en matière :

– de défense et de sécurité publique ;

42 - Ce type de déplacements a été rendu nécessaire notamment pour ménager, sur le spectre, une place pour les licences UMTS.

- de réalisation de dépenses de recherche ou de formation pour un montant annuel au moins égal à 5 % de leurs investissements ;
- de téléphonie mobile ;
- de boucle locale radio et d'UMTS ;
- de couverture territoriale.

Les charges du service universel, qui est assuré par France Telecom, sont en outre réparties entre tous les opérateurs de réseaux ouverts au public et les fournisseurs de service téléphonique au prorata de leur trafic, selon un mécanisme de mutualisation et dans le cadre d'un fonds géré par la Caisse des dépôts et consignations. L'existence simultanée de ces obligations d'intérêt général et de redevances dans le secteur des télécommunications conduit naturellement à s'interroger sur l'absence de redevances dans le secteur de l'audiovisuel, traditionnellement justifiée par l'imposition aux chaînes de contreparties non financières à l'occupation du domaine public hertzien.

2.2.2.2. L'audiovisuel, un mécanisme de contrepartie en nature

Une utilisation du spectre assortie de contreparties non financières

L'utilisation du spectre hertzien par le secteur de l'audiovisuel est marquée par un particularisme certain, largement dû à la politique de soutien et de développement des industries cinématographiques et audiovisuelles dans laquelle la France s'est engagée depuis de nombreuses années. Parallèlement, notre pays s'est attaché, non sans succès, à convaincre ses partenaires européens que le cinéma et la télévision ne sont pas des biens de consommation comme les autres. Le concept d'exception culturelle, consistant à entourer ces productions d'un minimum de protection face à la puissance des États-Unis et du Japon, a ainsi justifié l'adoption de la directive du 3 octobre 1989, dite « Télévision sans frontières ». Ce texte porte notamment sur la proportion minimale d'œuvres européennes devant figurer dans les programmes des chaînes de télévision et sur l'obligation qui leur est faite d'affecter une partie de leur budget à la production d'œuvres européennes émanant de producteurs indépendants des organismes de télévision.

Dans la logique de cette démarche, la France a opté, s'agissant de l'utilisation des fréquences hertziennes par les services de télévision, pour un mécanisme de contrepartie non financière, qui prend la forme d'un engagement des chaînes, dans le cadre de la convention qui assortit leur autorisation d'émettre, à aller au-delà des obligations minimales qu'impose, en termes de contenu, la directive « Télévision sans frontières ». Celle-ci pose en effet des règles minimales, son article 3 laissant les États membres libres de prévoir des obligations plus strictes ou plus détaillées.

Les contreparties, dont il revient au Conseil supérieur de l'audiovisuel de contrôler le respect, portent tout d'abord sur des contraintes de diffusion fondées sur l'intérêt public. C'est ainsi que la France impose un quota de diffusion de 60 % d'œuvres européennes, alors que la directive prévoit 50 %. Elle a prévu, à l'intérieur de ce quota, un sous-quota d'œuvres d'expression originale française qui est de 40 %. De même, alors que la directive interdit la diffusion de messages publicitaires pour le tabac et encadre la publicité pour l'alcool, la législation

française interdit la publicité non seulement pour le tabac, mais aussi pour les alcools, les livres, la presse, le cinéma et la grande distribution, ce qui représente un manque à gagner en termes de ressources pour les chaînes.

Les contreparties portent également sur des obligations de production. Les chaînes doivent ainsi consacrer, chaque année, une part de leur chiffre d'affaires annuel net à l'achat de nouvelles productions cinématographiques, et une part de ce chiffre d'affaires à l'achat de productions audiovisuelles de même nature.

Profitant de la croissance importante de leur chiffre d'affaires, la contribution des chaînes de télévision au financement de la production cinématographique et de la production audiovisuelle s'est fortement développée, au point de représenter aujourd'hui une part significative du financement du secteur. Le régime d'obligations a permis d'enrichir la programmation des chaînes tout en suscitant l'intérêt du public.

Un mécanisme sujet à débat

Néanmoins, ce mécanisme de contrepartie est aujourd'hui sujet à débat, à un double titre.

En premier lieu, il a été proposé d'assujettir les chaînes de télévision au versement d'une redevance⁴³. Cette proposition suscite d'assez vives réactions de la part des professionnels. Il faut toutefois noter que le principe est la subordination de l'utilisation du spectre au paiement de redevances. Les opérateurs de télécommunications, tout en étant soumis, comme ceux de l'audiovisuel, à des obligations fondées sur des motifs d'intérêt public, sont en outre tenus d'acquitter de telles redevances.

En second lieu, la question de la compatibilité du dispositif français avec le droit communautaire mérite attention pour les raisons suivantes.

Comme les réglementations nationales ne sont pas identiques et puisque les ondes ne s'arrêtent pas aux frontières, la directive « Télévision sans frontières » s'est efforcée de définir la réglementation applicable à une chaîne dont les programmes sont diffusés dans plusieurs pays, soit que ses émissions débordent la frontière, soit que l'éditeur émette dans plusieurs pays, par câble ou par satellite. La règle posée en la matière figure à l'article 2 de la directive : il s'agit du principe du pays du principal établissement, qui impose aux chaînes de respecter seulement les règles de droit applicables aux émissions télévisuelles dans l'État dont il relève, en vertu de critères posés aux points 3 et 4 de ce même article 2.

Le Conseil d'État statuant au contentieux a eu l'occasion de faire application de ce principe⁴⁴. La Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion, qui diffuse sur le câble la chaîne RTL 9, avait demandé en 1995 au CSA quelques amendements à la convention qu'elle avait passée avec lui, afin que ce

43 - Il est rappelé que la jurisprudence *Bonneton* du 8 mars 1929, p. 267, exclut la possibilité que les redevances pour occupation du domaine public soient fixées en nature ; une loi est nécessaire pour déroger à ce principe.

44 - CE, 25 novembre 1998, *Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion*, p. 443.

programme soit considéré comme émis depuis le Luxembourg et non depuis la France. Saisi du refus implicitement opposé à cette demande, le Conseil d'État a jugé, sur le fondement de la directive, que RTL 9 devait être regardé comme un service émis par une société établie au Luxembourg et que le CSA ne pouvait donc légalement refuser de modifier la convention pour la rendre compatible avec les obligations imposées à la chaîne par la réglementation luxembourgeoise.

Compte tenu de cette jurisprudence, la loi du 1^{er} août 2000 a modifié sur deux points la loi du 30 septembre 1986 : d'une part, les articles 43-2 et suivants excluent du conventionnement les chaînes de câble et du satellite relevant d'un autre État membre de la Communauté ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ; d'autre part, l'article 43-6 les soumet à une procédure de simple déclaration préalable, qui a été précisée par le décret n° 2001-610 du 9 juillet 2001.

Toutefois, l'article 43-6 de la loi exclut expressément la télévision hertzienne terrestre, analogique et numérique, du régime de la déclaration préalable. Les chaînes diffusées par voie hertzienne demeurent donc soumises au régime de droit commun, qui est celui de l'autorisation assortie d'un conventionnement. Or les décrets qui fixent le régime juridique de la télévision hertzienne ne pratiquent aucune distinction selon le pays du principal établissement du diffuseur : la procédure de l'autorisation avec conventionnement s'applique donc indistinctement à toutes les chaînes diffusant par cette voie, qui sont soumises, quelle que soit leur nationalité, à des contreparties en termes de programme régies par la réglementation française.

2.2.2.3. L'absence de paiement par l'État à lui-même pour ses propres usages

Utilisateur de plusieurs bandes de fréquences, l'État n'acquiesce à cet effet aucune redevance de mise à disposition. C'est *a priori* assez logique, dès lors que le spectre hertzien est une dépendance du domaine public national : l'État ne se verse pas davantage de redevance à lui-même au titre de l'occupation par ses agents des bureaux qui appartiennent au domaine public.

Plus critiquable peut paraître l'absence de versement par lui de toute redevance en vue de couvrir les coûts administratifs de gestion du spectre par l'Agence nationale des fréquences. Il faut toutefois relever que le fonds de réaménagement du spectre est subventionné par le budget de l'État.

Pour tenir compte de ces critiques, le décret du 22 mai 1997⁴⁵ a prévu l'institution d'une redevance généralisée qui au départ serait au moins symbolique et acquittée par tous les utilisateurs du spectre hertzien, dont le but était, s'agissant de l'État, de mettre en place une régulation budgétaire interne. Cependant, l'arrêté qui devait en fixer les modalités d'application n'a jamais été pris et cette disposition n'est donc pas appliquée.

45 - Décret n° 97-520 du 22 mai 1997 relatif à la redevance due par les affectataires de fréquences radioélectriques.



2.2.3. Le cas particulier des redevances UMTS

L'attribution des licences de télécommunication mobile de troisième génération, dites « UMTS », a donné lieu à de vifs débats qui ont porté tant sur ses modalités que sur la détermination des redevances dues à ce titre, les deux questions étant étroitement liées. La solution forfaitaire finalement adoptée en France a marqué une rupture avec les principes habituellement suivis dans le domaine des télécommunications et transcrits dans le décret du 3 février 1993 qui détermine un barème en fonction de la quantité de fréquences attribuées, de leur durée d'utilisation, de leur place dans le spectre et enfin de la population ou de la surface couvertes.

On peut d'emblée relever que les hésitations qui ont précédé le choix fait par le Gouvernement et les critiques auxquelles il s'est exposé sont, au moins pour partie, imputables à l'absence d'harmonisation, à l'échelon européen, des mécanismes nationaux d'attribution : la directive du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications n'impose en effet aux États membres aucune procédure déterminée pour l'octroi des licences, et se borne à prévoir que les procédures sont fondées sur des critères non discriminatoires et objectivement déterminés.

La Commission européenne, par un livre vert sur la politique en matière de spectre radioélectrique rendu public le 9 décembre 1998, a par la suite mis en garde contre des divergences entre États sur les conditions d'octroi des licences, qui risquaient selon elle d'avoir un impact néfaste sur la concurrence. Elle constatait toutefois l'absence de consensus sur le mécanisme le mieux adapté. Sur le fond, la Commission se livrait à une critique de l'onérosité de l'occupation du domaine public hertzien, en relevant qu'elle était de nature à « freiner l'innovation technologique et, à terme, d'engendrer une augmentation des prix pour le consommateur ». Elle paraissait lui préférer une « planification souple mais bien définie de l'utilisation du spectre radioélectrique, grâce à une assignation adéquate des fréquences par les administrations ».

La décision du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 1998 relative à l'introduction coordonnée dans la Communauté d'un système de communications mobiles et sans fil de troisième génération exprime, dans son exposé des motifs, le souhait que l'accès aux réseaux UMTS s'opère sans contraintes inutiles ni redevances excessives, afin que naisse un marché dynamique offrant une vaste gamme de services concurrentiels. Elle insiste sur la nécessité que les licences soient accordées sur la base de critères objectifs, non discriminatoires, détaillés et proportionnés. Mais la décision ne privilégie aucune méthode de tarification, sous réserve que les méthodes retenues n'aient pas d'incidence négative sur la structure concurrentielle du marché et respectent l'intérêt public, tout en assurant une utilisation efficace de la ressource précieuse que constitue le spectre hertzien.

Cette abstention a prêté le flanc à la critique. Les premiers pays à avoir vendu des licences, le Royaume-Uni et l'Allemagne, ont opté pour un système d'enchères qui a procuré des sommes très élevées⁴⁶. Ce coût a affecté

46 - L'attribution de six licences a rapporté près de 50 milliards d'euros en Allemagne.

l'économie européenne par deux canaux. En premier lieu, il a poussé les opérateurs à emprunter massivement, ce qui a réduit d'autant le crédit disponible, le cas échéant, pour d'autres types d'investissements productifs. En second lieu, ce coût s'est avéré *a posteriori* exagéré, et a placé les opérateurs tributaires dans une situation difficile qui a contribué à la déstabilisation du secteur des télécommunications en Europe et au retard dans le déploiement effectif des réseaux de troisième génération. D'autres pays, tels les pays scandinaves, ont opté pour un choix différent, en fixant un prix symbolique pour favoriser le développement de la société de l'information.

C'est dans ce contexte que s'est ouvert en France le débat relatif aux modalités d'attribution des licences de troisième génération, lequel a notamment porté, d'une part, sur l'opportunité et sur la possibilité juridique de recourir à un système d'enchères, comme l'ont fait le Royaume-Uni et l'Allemagne, d'autre part, sur les conditions dans lesquelles un paiement anticipé peut être obtenu des titulaires d'autorisations. Ce débat a également porté sur le montant des redevances.

2.2.3.1. L'évaluation de l'avantage et le débat sur la fixation par enchères

Le débat relatif à la possibilité de recourir à un mécanisme d'enchères s'est porté à la fois sur le terrain économique et sur le terrain juridique⁴⁷.

L'aspect économique

Le principe suivant lequel la redevance domaniale prend en compte, comme il a été rappelé plus haut, l'avantage tiré par le bénéficiaire de l'occupation privative du domaine public trouve des justifications économiques d'autant plus fortes en présence d'une ressource rare comme les fréquences hertziennes. En effet, le nombre des candidats étant *a priori* plus élevé que celui des places disponibles, la puissance publique doit opérer un choix la conduisant, dans un souci d'optimum socio-économique, à retenir les entreprises les plus efficaces, c'est-à-dire celles qui produiront au meilleur coût le plus de biens proposés aux consommateurs grâce à l'occupation du domaine public. Mais les opérateurs sélectionnés étant, par construction, en situation d'oligopole, leur prix de vente sera supérieur à leur coût marginal. Cet écart sera d'autant plus grand que la sensibilité au prix des utilisateurs de téléphones portables sera faible, faisant profiter les opérateurs d'une rente qui éloigne de l'optimum économique. La puissance publique est dès lors fondée à chercher à se rapprocher de l'optimum socio-économique en récupérant cette rente par la redevance d'occupation⁴⁸.

47 - Voir notamment : Jacques Crémer et Jean-Jacques Laffont, « Critique des procédures d'attribution des licences de téléphonie mobile », *Commentaire*, n° 93, printemps 2001, Plon ; Bertrand du Marais, *UMTS : l'idée de régulation est-elle encore soutenable ?*, Les Petites affiches, 15 mars 2001 ; Michel Didier et Jean-Hervé Lorenzi, *Enjeux économiques de l'UMTS*, Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2002.

48 - Cette récupération de la rente est d'autant plus pertinente que le « coût d'opportunité des fonds publics » est élevé.

Le principe d'un tel prélèvement n'étant pas contestable, sa mise en œuvre soulève une première question qui est de savoir si un système d'enchères est de nature à refléter fidèlement l'avantage retiré par le titulaire de la licence. En première analyse, cette question paraît appeler une réponse affirmative. En effet, la puissance publique ne connaît pas les coûts des entreprises : elle doit donc les mettre en concurrence⁴⁹ grâce à un mécanisme qui les conduise à révéler ces coûts. De ce point de vue, un mécanisme d'enchères, à la condition qu'il repose sur un cahier des charges précis assorti de sanctions détaillées, peut paraître plus pertinent qu'une soumission comparative reposant sur des critères qualitatifs. Toutefois, la difficulté naît des incertitudes affectant l'avenir de cette nouvelle génération de téléphonie mobile : à quelle date les technologies UMTS seront-elles réellement au point ? Quelle sera leur vitesse de diffusion dans le public ? La possibilité d'obtenir, par le biais d'enchères, un mode de fixation des redevances correspondant à l'avantage retiré par les bénéficiaires de licences, alors que ces incertitudes ne sont pas levées, ne va pas de soi.

En outre, dans un système d'enchères, le choix du nombre des opérateurs est crucial. L'enchère ne fonctionne en effet que si, *a priori*, le nombre des candidats est supérieur au nombre de places offertes : dans le cas contraire, le résultat de l'enchère est nul, sauf si l'on a fixé un plancher. Un article récemment publié par deux chercheurs⁵⁰ conduit à la conclusion que le nombre de candidats susceptibles de se lancer dans la « concurrence pour le marché » (pour acquérir une autorisation) est d'autant plus faible que la « concurrence dans le marché » (nombre d'autorisations prévues) est forte. Il en résulte que le nombre optimal d'autorisations à accorder doit être assez faible.

Une dernière objection d'ordre économique à la procédure des enchères est qu'elle consiste à prélever, dès le départ et *ne varietur*, la somme actualisée des profits futurs anticipés par le candidat. Cependant, les partisans des enchères font valoir qu'il ne s'agit de prélever que les sur-profits résultant de la situation oligopolistique, et non les profits normaux auxquels conduirait une situation concurrentielle (rémunération du capital au coût d'usage standard du capital, lié au taux d'intérêt réel, à la durée d'amortissement, plus une prime de risque). Ces profits normaux seront en principe conservés par les candidats, sauf s'ils se sont trompés dans leur enchère.

L'aspect juridique

Le débat sur l'attribution des licences UMTS par un système d'enchères a également été porté sur le terrain juridique. Cette technique était en effet assez étrangère à la pratique administrative française, ainsi que le Conseil d'État a eu l'occasion de le souligner dans son dernier rapport public⁵¹. Elle repose sur

49 - Il s'agit d'une concurrence « pour le marché », dans la mesure où les opérateurs ne seront pas ensuite en situation de « concurrence dans le marché », la structure du marché devant être par construction oligopolistique (voire monopolistique).

50 - Mougeot et Naegelen, *Designing a market structure when firms compete for the right to serve the market*, CRESE, université de Besançon, septembre 2002. Voir aussi l'étude d'Elie Cohen et Michel Mougeot, *Enchères et gestion publique*, Conseil d'analyse économique, 2001.

51 - *Collectivités publiques et concurrence*, Études et documents 2002, p. 382.

l'idée que le droit d'occupation privative du domaine public est un élément patrimonial qui doit pouvoir, au même titre que d'autres éléments d'actif, être acquis pour un prix déterminé par le jeu de la concurrence entre opérateurs économiques, sur la base des profits escomptés par eux de l'exploitation de ces éléments d'actif. Cette idée est assez éloignée des principes régissant l'occupation du domaine public, notamment de ceux, posés aux articles L. 30 et L. 33 du code du domaine de l'État, de la fixation administrative du tarif et de la possibilité, ouverte à l'administration, de réviser unilatéralement les conditions financières des autorisations, nonobstant toute disposition contraire de l'acte d'autorisation, à l'expiration de chaque période définie pour le paiement de la redevance.

S'agissant plus spécifiquement de l'attribution des fréquences hertziennes, l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications consacre un mécanisme d'autorisations unilatérales, et non de conventions d'occupation domaniale. C'est la licence, acte administratif unilatéral, qui fixe le montant de la redevance due. L'économie générale de ce mécanisme s'accommode donc mal d'une procédure d'enchères qui conduit à retenir par principe les offres les plus intéressantes, qui déterminent le montant de la redevance. Au surplus, le respect du principe d'égalité impose une contrainte supplémentaire sur le montant final de la redevance, dans l'hypothèse où des quantités de fréquences identiques sont mises aux enchères, le montant acquitté devant être identique. Cette contrainte pèse également lorsqu'il s'agit de réviser *a posteriori* le montant de la redevance.

2.2.3.2. La question du paiement anticipé et la révision du montant de la redevance

La France n'a, en définitive, pas retenu un mécanisme d'enchères analogue à celui mis en œuvre par le Royaume-Uni et l'Allemagne, mais aussi aux Pays-Bas, en Suisse et en Italie, et a opté au printemps 2000 pour un système de sélection sur dossier qui devait ménager la possibilité d'un choix qualitatif entre différents candidats tout en assurant des rentrées budgétaires appréciables. Le prix de chaque licence a, dans un premier temps, été fixé à 4,95 milliards d'euros et sa durée à quinze années. Le Gouvernement a par ailleurs souhaité, dans un souci financier, que le versement des redevances ne s'opère pas de façon régulière mais soit concentré en début de période. C'est ainsi que la moitié du prix de chaque licence devait être acquitté dans les deux premières années, le versement de la redevance étant par la suite lissé sur le reste de la période.

La pratique de ce paiement anticipé pose problème au regard des règles habituelles régissant les redevances domaniales. La redevance n'est traditionnellement pas entendue comme un prix à payer au départ pour disposer pendant une certaine durée d'un droit d'occupation d'une dépendance du domaine public. Si la jurisprudence admet la fixation de redevances forfaitaires, celles-ci sont dues périodiquement pendant tout le cours de l'occupation privative, en fonction des avantages qu'en tire l'occupant, ainsi que le prévoit l'article R. 56 du code du domaine de l'État. Ces règles ne s'accommodent pas aisément d'une capitalisation de la redevance au début de la période : le paiement anticipé ne peut être pratiqué que dans la mesure où l'attribution d'une

licence procure, par elle-même et indépendamment de toute exploitation de la bande de fréquences, un avantage au bénéficiaire. Encore cette approche est-elle compliquée par la précarité inhérente à toute autorisation d'occupation du domaine public.

De surcroît, la fixation par avance du montant des redevances, quel qu'en soit l'échéancier de paiement, se concilie mal, tant avec le principe du caractère révisable des redevances domaniales qu'avec celui de leur fixation en fonction de l'avantage retiré par l'utilisateur, le premier de ces principes devant, le cas échéant, assurer le respect du second : en raison des incertitudes déjà mentionnées, un tel mode de fixation a en effet peu de chances de refléter correctement cet avantage. Cet objectif serait plus facilement atteint par un mécanisme de prix contingent, c'est-à-dire de redevances tenant compte de l'évolution d'indicateurs économiques d'activité dans le secteur concerné, tels que le chiffre d'affaires ou le nombre de clients de l'ensemble des opérateurs autorisés, soit, plus simplement, d'un indicateur reflétant la seule activité du titulaire de l'autorisation.

En outre, si le droit positif n'exclut pas le paiement d'avance des redevances domaniales, il en encadre fortement la possibilité, puisque celle-ci ne concerne, selon l'article L. 31 du code du domaine de l'État, que les autorisations dont la durée n'excède pas cinq ans. C'est la raison pour laquelle l'intervention du législateur a été nécessaire pour permettre ce que le Gouvernement avait prévu d'exiger des attributaires de licences : l'article 36 de la loi de finances pour 2001 a ainsi fixé l'échéancier du paiement des redevances UMTS, exprimé en fraction du total à payer.

Au demeurant, la suite des événements a montré la fragilité économique, si ce n'est juridique, du schéma initialement retenu. En effet, deux seulement des quatre licences proposées le 18 août 2000 ont été finalement attribuées, à France Telecom Orange et à SFR-Cegetel. Le prix annoncé est en effet apparu trop élevé aux autres candidats initialement déclarés, en particulier Bouygues Telecom et Suez Telefonica, dans un contexte de très fort retournement boursier de la nouvelle économie. Il n'est pas impossible que la pratique des enchères en France, si elle avait été finalement retenue, aurait conduit à un prix nettement inférieur aux 4,95 milliards d'euros fixés, les agents se déterminant notamment sur la base de l'expérience malheureuse des opérateurs britanniques et allemands. On peut d'ailleurs relever que, dans sa proposition faite au Gouvernement le 7 mars 2000, l'Autorité de régulation des télécommunications avait suggéré un prix de 570 millions d'euros par licence, soit huit fois moins que la somme retenue.

La forte dégradation du marché des télécommunications a conduit le Gouvernement à décider, le 16 octobre 2001, une modification des principaux éléments de la procédure, dans la perspective de l'attribution des deux licences restantes. La durée des licences a été portée de quinze à vingt ans. Il a été décidé que leur prix se composerait d'un droit d'entrée et de redevances variables, calculées en fonction du chiffre d'affaires généré par l'activité UMTS de l'opérateur, le principe d'égalité de traitement imposant d'appliquer rétroactivement ces conditions aux deux opérateurs retenus pour les premières licences.

En définitive, le déroulement de cette procédure ne peut pas être considéré comme satisfaisant. En effet, indépendamment de ses conséquences négatives

sur la programmation budgétaire de l'État et sur l'usage que celui-ci comptait faire des sommes en cause⁵², l'attribution des licences en deux vagues⁵³ va à l'encontre de la préoccupation exprimée, tant par la Commission européenne que par l'Autorité de régulation des télécommunications, de ne pas voir les écarts se creuser trop entre les différents opérateurs, afin de favoriser une offre concurrentielle profitable aux consommateurs. Or les deux premiers titulaires des licences UMTS sont les deux premiers opérateurs de téléphonie mobile en France. À mesure que le temps passe, il y a tout lieu de penser que leur avance s'accroît sur les autres opérateurs potentiels, ce qui diminue nécessairement le prix que ceux-ci seraient prêts à payer pour acquérir les licences restantes.

Un tel contexte conduit les opérateurs, au lieu de chercher à obtenir de nouvelles licences, à privilégier la recherche d'interconnexions avec les réseaux en place⁵⁴. Ces opérateurs offrent donc des services aux clients finaux sans disposer de réseau en propre, en se bornant à louer de la capacité aux opérateurs existants, selon différentes formules techniques, qualifiées de « réseaux virtuels »⁵⁵.

Trois enseignements peuvent être esquissés au terme de cette étude des redevances pour utilisation des fréquences hertziennes. Le premier tient à la nature même du spectre : son appartenance au domaine public n'allait pas de soi, mais elle résulte de la qualification donnée par la loi.

Le deuxième enseignement tient aux conséquences qui découlent, pour le mode de fixation des redevances, de la qualification ainsi donnée. En l'état du droit, la procédure d'enchères, un temps envisagée en France, ne se concilie pas avec les règles applicables en matière de fixation des redevances domaniales. En admettant que cette procédure permette de révéler les opérateurs les plus performants et le niveau optimal de la redevance, ce qui n'est pas démontré par l'expérience, son usage nécessiterait, lui aussi, le vote de dispositions législatives.

Enfin, le troisième enseignement est que le système finalement retenu comme étant le plus adapté sur les plans économique et financier, celui d'un prix contingent dépendant du chiffre d'affaires de l'opérateur, se rapproche du mode habituel de fixation des redevances domaniales, codifié à l'article R. 56 du code du domaine de l'État, qui a donc, à cette occasion, démontré qu'il n'avait rien perdu de son utilité.

52 - Le produit de ces licences a été affecté, par l'article 36 de la loi de finances pour 2001 au financement du Fonds de réserve des retraites.

53 - La seconde a eu lieu le 27 septembre 2002 et a abouti à la sélection de Bouygues Telecom.

54 - Emmanuel Guillaume, *Les principes d'égalité et de proportionnalité à l'épreuve des licences UMTS*, Les Petites affiches, 12 octobre 2001, n° 204.

55 - Ce type d'opérateur est désigné sous l'acronyme MVNO (*Mobile Virtual Network Operator*) ; il loue le réseau d'infrastructures d'un opérateur existant, comme cela ce fait déjà dans certains pays (Royaume-Uni, Danemark) pour le réseau GSM.

L'évolution des règles applicables aux redevances : vers un rapprochement des régimes ?

Si les développements qui précèdent ont déjà fait apparaître, sur bien des points, la nécessité d'une évolution, cette nécessité se fait sentir plus nettement encore sous l'influence de deux séries de facteurs qu'il convient d'analyser avant d'exposer les principales pistes d'évolution, puis de tenter d'en définir les modalités.

3.1. Les facteurs d'évolution

Longtemps resté immuable, le régime des redevances pour service rendu – tout comme, dans une moindre mesure, celui des redevances domaniales – paraît devoir évoluer pour plusieurs raisons.

3.1.1. Des éléments récents ont fait avancer la réflexion

Le premier facteur d'évolution tient à l'émergence de questions nouvelles, de nature diverse, et qui mettent en évidence une certaine inadaptation du cadre juridique traditionnel. C'est d'abord le cas de la tarification des données publiques, pour laquelle il a fallu concevoir des règles particulières empruntant aux caractéristiques de chacun des deux régimes ; mais l'inadaptation du cadre traditionnel se manifeste aussi dès lors qu'on s'efforce de prendre en compte, pour tarifer l'utilisation de certains ouvrages publics, des préoccupations d'aménagement du territoire ou de lutte contre les congestions.

3.1.1.1. La tarification des données publiques

Les questions soulevées par la tarification des données publiques¹, et auxquelles la jurisprudence a déjà apporté des éléments de réponse, mettent en

1 - Voir, sur ces questions, Jean-Michel Bruguière, *Les données publiques et le droit*, Litec 2002.

évidence les limites d'une transposition pure et simple des règles traditionnelles de rémunération du service.

L'impact du débat sur la propriété intellectuelle des données publiques

La doctrine administrative s'est attachée à définir ce que recouvre la notion de diffusion des données publiques². Il s'agit de la communication au public, quel qu'en soit le support, de l'information collectée ou produite, sur fonds publics, sur n'importe quel support, dans le cadre de sa mission, par une personne publique. Jusqu'à une date récente, la diffusion de ces données ne s'opérait pas de façon gratuite : était mis à la charge du demandeur le coût de la reproduction et de l'envoi. Dans le cas de l'accès aux documents administratifs, l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978³ pose le principe de leur consultation gratuite, sur place. Il précise également que la délivrance de copies s'opère aux frais de la personne qui les sollicite. « *sans que ces frais puissent excéder le coût réel des charges de fonctionnement créées* ». Cette délivrance suit donc les règles classiques applicables aux redevances pour service rendu. L'article 10 de la loi « *exclut, pour les bénéficiaires du droit de communication, la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués* ».

La validité de ce système a été mise en cause par le débat qui a porté sur la notion même de données publiques. L'administration opère en effet une distinction entre les données brutes, sans mise en forme originale, et les données élaborées, auxquelles a été apportée une valeur ajoutée intellectuelle. Ainsi que le relève la circulaire du 14 février 1994, les premières ne sont en principe la propriété de personne, tandis que les secondes sont susceptibles d'appropriation intellectuelle par l'administration, laquelle peut en céder l'usage dans les conditions prévues par la législation sur la propriété intellectuelle. Pour aboutir à cette conclusion, la circulaire écarte la thèse selon laquelle la diffusion des données élaborées relèverait d'une exploitation purement privée, l'administration ne pouvant diffuser que des données brutes. En effet, une telle thèse « *reviendrait à interdire par principe à un organisme public de diffuser ou de faire diffuser des données enrichies par ses soins* ». Elle méconnaîtrait en outre « *le fait que l'administration a pu enrichir des données brutes pour les besoins mêmes du service et indépendamment de tout projet de diffusion* ».

Ce débat a une incidence sur la tarification de la diffusion des données publiques. En effet, si l'administration dispose de droits de propriété intellectuelle sur les données élaborées, elle peut légitimement intégrer la valeur de ces droits dans les tarifs de diffusion. Comment cette tarification s'articule-t-elle avec la règle traditionnelle selon laquelle le montant de la redevance ne peut excéder le coût du service rendu ?

Le Conseil d'État a été saisi de cette question à la faveur d'un contentieux dans lequel deux sociétés de publipostage contestaient la tarification par

2 - Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques.

3 - Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

l'INSEE de la communication de données extraites du répertoire « SIRENE », ensemble organisé et structuré d'informations relatives à l'identité et à l'activité des entreprises. À cette occasion, le Conseil d'État a jugé « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne font obstacle à ce qu'une rémunération perçue à l'occasion de la communication par l'État à des tiers de données publiques en vue de leur commercialisation puisse être assortie, [au titre des redevances pour service rendu], de la perception de droits privatifs fixés par contrat et relevant de la propriété intellectuelle, à la condition que cette communication puisse être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit* »⁴.

Le Conseil d'État admet donc que des « droits privatifs » puissent être réclamés, au titre des redevances pour service rendu, à l'occasion de la communication de données publiques élaborées. Mais sa réponse est circonscrite au cas où la communication de données est faite à des tiers « *en vue de leur commercialisation* ». **Le lien ainsi opéré entre les éléments entrant dans le montant de la redevance et l'utilisation qui est faite du service rendu tranche avec la jurisprudence traditionnelle. Il signifie implicitement que la facturation de droits en cause est liée à l'avantage financier que le bénéficiaire de la communication devrait tirer de l'exploitation commerciale qu'il compte faire des données.** Le rapprochement avec les règles applicables en matière de redevances domaniales n'est, toutefois, pas total. En effet, la décision ne va pas jusqu'à affirmer que le montant de la redevance perçue doit être en rapport avec les profits escomptés. Dans la logique retenue, il pouvait difficilement en aller ainsi, sauf à considérer que le montant des droits privatifs soit lui-même déterminé à partir d'une évaluation de ces profits.

Le système de tarification de l'INSEE n'est pas isolé. L'Institut géographique national (IGN) utilise un barème s'inspirant de principes analogues pour la commercialisation des données géographiques qu'il a établies. Ainsi, les « prix pour compte propre » s'adressent aux clients qui font un usage direct et strictement personnel des produits de l'IGN. Ils sont déterminés de manière unique. Au contraire, le montant des licences professionnelles est proportionnel au chiffre d'affaires réalisé par les clients.

L'influence des technologies de l'information et de la communication

Le débat sur la tarification des données publiques a pris un tour nouveau avec le développement des technologies de l'information. La consultation en ligne de ces données est en effet réalisée à un coup marginal si faible que sa facturation n'a plus guère de sens. Toutefois, la transposition du raisonnement de l'affaire *Direct Mail Promotion* aurait pu conduire à facturer l'accès aux données publiques lorsqu'il s'opère dans un but de commercialisation.

Telle n'est pas la position retenue par le Gouvernement, qui a très tôt affirmé sa volonté de s'engager dans le sens de la diffusion gratuite sur l'internet des « *données publiques les plus utiles aux concitoyens et aux entreprises* »⁵. Le

4 - CE Ass., 10 juillet 1996, *Direct Mail Promotion et autres*, p. 277.

5 - Discours du Premier ministre à l'université d'été de la communication, Hourtin, 26 août 1999.

champ de ces données devait être défini à l'occasion de la discussion du projet de loi sur la société de l'information, dont l'article 3 prévoyait que seraient mises à la disposition de toute personne qui en ferait la demande « *les données numérisées, collectées ou produites, dans l'exercice de leur mission de service public, par les personnes publiques ainsi que par les personnes privées chargées d'une telle mission* », à l'exception de celles qui ne sont pas communicables en application de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978⁶ ou de l'article L. 124-1 du code de l'environnement.

Ce texte n'ayant pu être soumis au Parlement avant la fin de la dernière législature, le champ de la diffusion gratuite des données publiques, dont il est entendu qu'il n'est pas infini, a été en parti délimité par le récent décret relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet⁷. Son article 1^{er} prévoit ainsi que ce service, qui a pour objet de faciliter l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence, met gratuitement à la disposition du public les principaux actes à caractère normatif, présentés tels qu'ils résultent de leurs modifications successives, les actes résultant des engagements internationaux de la France, la jurisprudence⁸ et un ensemble de publications officielles⁹. L'article 4 de ce texte soumet en outre la réutilisation des données par les personnes qui souhaitent en faire usage dans le cadre de leur activité, que celle-ci ait ou non un caractère commercial, à l'attribution de licences. Ces licences, accordées à titre gracieux, sont assorties d'une convention qui « *précise les conditions d'utilisation des données et, notamment, les engagements pris par le bénéficiaire afin de garantir que l'usage qui en sera fait répond à l'exigence de fiabilité qui s'impose pour la diffusion de telles données* ».

3.1.1.2. La prise en compte de préoccupations nouvelles dans la tarification de l'utilisation d'ouvrages publics : le cas des péages autoroutiers

La jurisprudence sur le calcul de la redevance pour service rendu montre également ses limites dans le cas d'ouvrages dont la construction répond à des préoccupations d'aménagement du territoire, telles les autoroutes. Elle limite également les possibilités de financement de modes de transport alternatifs, dans une perspective de décongestion du réseau.

6 - Il s'agit des informations dont la communication porterait atteinte, notamment, au secret des délibérations du Gouvernement, de la défense nationale, de la politique extérieure, de la monnaie et du crédit, de la sûreté de l'État ou de la vie privée.

7 - Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002.

8 - Jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits ; arrêts et jugements rendus par la Cour des comptes et les autres juridictions administratives, judiciaires et financières, sélectionnés selon les modalités propres à chaque ordre de juridiction ; arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et décisions de la Commission européenne des droits de l'homme ; décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance des Communautés européennes.

9 - L'édition « Lois et décrets » du *Journal officiel de la République française*, les bulletins officiels des ministères et le *Journal officiel des Communautés européennes*.

Quel financement pour les tronçons autoroutiers dans les régions enclavées ?

Alors que l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, issu de la loi du 8 avril 1955, dispose que « l'usage des autoroutes est en principe gratuit », l'utilisation des autoroutes françaises est généralement payante, donnant lieu à la perception de péages que le Conseil d'État range depuis les années soixante-dix dans la catégorie des redevances pour service rendu¹⁰. Cette particularité tient au fait que la France a fait le choix de développer son réseau autoroutier par le recours à la concession, de préférence à un financement budgétaire. C'est ainsi que 80 % des autoroutes sont actuellement concédées et réparties entre onze sociétés, dont six de statut public¹¹.

Le réseau autoroutier s'est étendu sans difficulté tant que les tronçons construits laissaient prévoir des recettes importantes. En revanche, les préoccupations d'aménagement du territoire ont justifié la construction de « barreaux » sur des parcours dont la rentabilité n'était pas garantie. À alors été utilisée la technique de l'adossement, qui consistait à faire financer la construction d'une section non rentable par la prolongation de la concession existante au-delà de la durée nécessaire à l'amortissement des ouvrages.

Le Conseil d'État, dans un avis rendu le 16 septembre 1999 par son assemblée générale¹², a estimé que la technique de l'adossement était illégale à plusieurs titres. Elle méconnaît tout d'abord les obligations de mise en concurrence qui s'imposent aux personnes publiques concédantes. Elle méconnaît également l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, qui prévoit que la durée du contrat ne peut dépasser la durée normale de l'amortissement des installations mises en œuvre. Elle est enfin contraire aux dispositions du même article qui interdisent d'inclure dans les conventions de délégation de service public des clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation.

La conséquence de cette position est que la construction de sections non rentables ne peut être financée que par une subvention du budget de l'État ou par une fraction des péages perçus sur les sections rentables. Or cette seconde solution est alors fortement encadrée par la jurisprudence, selon laquelle des dépenses, pour que leur remboursement puisse être assuré par la perception de péages, doivent présenter un lien suffisamment étroit avec la concession et tendre vers des objectifs dont la réalisation est nécessaire à la bonne exploitation de celle-ci¹³. Par conséquent, la seule voie juridiquement assurée semble être celle du financement par la taxe, dont les difficultés pratiques ont été exposées¹⁴.

10 - CE Ass., 14 février 1975, *Époux Merlin et Association de défense des habitants des quartiers de Super-La Ciotat et de Ceyreste*, p. 110 ; 13 mai 1977, *Société Cofiroute*, p. 219.

11 - Voir sur ce point la note sous l'avis n° 362908 du 16 septembre 1999, in *Les Grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, juin 2002.

12 - Publié aux *Grands avis du Conseil d'État*, n° 42.

13 - CE Ass., 9 octobre 1996, *M^{me} Wajs et M. Monnier*, p. 387.

14 - Au paragraphe I.3.2.

Les difficultés du financement, par les péages, d'autres modes de transport

La jurisprudence ne paraît pas s'opposer à ce que le tarif des péages tienne compte, dans une perspective de développement de long terme, des investissements d'entretien que l'utilisation des autoroutes rend nécessaires au bout d'un certain temps. En revanche, sa logique conduit à exclure que d'autres modes de transport, tel le ferroutage, soient financés par les péages autoroutiers. Lever cet obstacle supposerait que la jurisprudence accepte que soit inclus dans les coûts du service rendu l'ensemble des dépenses rendues nécessaires par la fréquence des embouteillages sur certains tronçons, y compris celles consacrées à la construction d'autres ouvrages.

Autant ce raisonnement n'appelle pas d'effort particulier s'il s'agit de dépenses visant à accroître le nombre de voies, autant le lien est plus difficile à établir s'agissant du financement d'autres modes de transport. Il en irait autrement si le problème était envisagé non pas sous l'angle du seul coût du service, mais également sous celui de l'avantage procuré à l'utilisateur qui emprunte l'autoroute. Dans cette hypothèse, il serait normal et conforme à la théorie économique que l'utilisateur acquitte un péage plus élevé sur des tronçons réputés encombrés pour lesquels la fluidité du trafic n'a été rendue possible que par des investissements accrus ou par le soutien à d'autres modes de transport.

En son état actuel, la jurisprudence n'autorise guère la mise en place d'un tel système de subventions croisées. C'est ainsi que, dans un domaine voisin, a été jugée illégale la prise en compte, dans les tarifs des ports de plaisance de Marseille, du coût des travaux d'extension du port voisin du Frioul et d'aménagement de 800 nouveaux postes à flot¹⁵. Il a donc fallu une loi pour autoriser le financement du pont de Normandie par les péages perçus sur le pont de Tancarville¹⁶.

3.1.2. La nécessaire prise en compte du droit de la concurrence et du droit communautaire

Le droit de la concurrence fait sentir son influence croissante sur le régime des redevances¹⁷. De façon générale, l'intervention économique de l'administration

15 - CE, 2 février 1996, n° 149427, *Fauquet et autres*.

16 - Loi n° 87 - 560 du 17 juillet 1987 facilitant la réalisation d'un nouveau franchissement de l'estuaire de la Seine.

17 - Il faut noter par ailleurs que, tel qu'il est formulé par référence au champ d'application du droit de la concurrence, déterminé par l'article L. 410-1 du code de commerce issu de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le champ d'application du droit de la consommation couvre les activités de production, de distribution et de services qui sont le fait de personnes publiques. Peut donc utilement être invoqué à l'encontre de la décision du Syndicat des transports parisiens fixant les régimes tarifaires applicables à l'ensemble des liaisons ferroviaires de l'Île-de-France un moyen tiré de l'interdiction de la vente liée énoncée par l'article L. 122-1 du code de la consommation (CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*, n° 177509 et 180544, AJDA 2002 n° 14, p. 976 avec note G. Guglielmi et G. Koubi).

est soumise aux règles de la concurrence applicables aux entreprises privées, qu'elles soient issues de normes internes¹⁸ ou communautaires¹⁹. La référence ainsi faite au droit de la concurrence marque une évolution de la jurisprudence, qui se référait jusqu'alors exclusivement, pour encadrer l'action économique de l'administration, à la liberté du commerce et de l'industrie ou à la liberté d'entreprendre. Elle emporte des conséquences pour le financement des services publics, la gestion du domaine public et la tarification.

3.1.2.1. *Redevances pour service rendu et droit de la concurrence*

L'application du droit de la concurrence à la perception des redevances pour service rendu est déterminée par la nature de l'activité donnant lieu à cette perception. Tout comme la jurisprudence nationale, la jurisprudence communautaire distingue les activités administratives, assimilables à des actes de souveraineté et non soumises aux règles de la concurrence, et les activités économiques, qui y sont soumises. Toutefois, au sein de ces activités économiques, les services économiques d'intérêt général bénéficient de certaines dérogations prévues par le traité de Rome.

La distinction entre les activités administratives et les activités économiques

La CJCE juge depuis longtemps que les activités des organismes de caractère public, même autonomes, ne relèvent pas des articles 81 et 82 du Traité CE²⁰, « si tant est que ces interventions ont lieu dans l'intérêt public et sont dépourvues de caractère commercial »²¹. La Cour juge également qu'une activité « qui se rattache, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, à l'exercice de prérogatives qui sont typiquement des règles de puissance publique » ne peut être considérée comme économique et soumise au droit de la concurrence²². Le même raisonnement est utilisé lorsque la mission de souveraineté dont il s'agit a été déléguée à une personne privée²³. Certaines activités sociales échappent à la qualification d'activités économiques. C'est le cas des organismes de sécurité sociale qui gèrent sans but lucratif des régimes reposant sur l'affiliation obligatoire²⁴. Dans les cas limites, le critère utilisé par la CJCE est celui du développement de la concurrence sur le marché où opère le prestataire : si la concurrence est importante, l'activité sera présumée économique.

18 - CE Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, p. 406, qui juge qu'un contrat de concession du service extérieur des pompes funèbres entre dans le champ d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

19 - CE Sect., 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurances*, p. 441, s'agissant des articles 85 (devenu 81) et 86 (devenu 82) du Traité instituant la Communauté européenne.

20 - L'article 81 (ex-article 85) prohibe les ententes, l'article 82 (ex-article 86) les abus de position dominante.

21 - CJCE, 18 juin 1975, *IGAV/Ente nazionale per la Cellulosa*, Rec., p. 699.

22 - CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Flugelgesellschaft*, C-364/92, Rec., p. I-43.

23 - CJCE, 21 septembre 1988, *Van Eycke/ASPA*, C-267/86, Rec., p. 4769.

24 - CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91, Rec., p. I-637.

En droit interne, c'est le Tribunal des conflits qui a, le premier, posé le principe de la distinction entre les actes de puissance publique et les actes de production, de distribution et de services pour déterminer le champ d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986²⁵, dont les dispositions sont désormais codifiées au livre IV du code de commerce. La chambre commerciale de la Cour de cassation a contribué à préciser le champ d'application de ce texte. Elle juge que les règles de la concurrence ne peuvent être opposées qu'à des activités qui font l'objet d'une offre commerciale, ce qui n'est pas le cas, par exemple, des informations météorologiques destinées aux seuls exploitants d'aéronefs « pour des raisons de sécurité liées aux obligations internationales de l'État dans le domaine aéronautique »²⁶.

Le caractère économique d'une activité est indépendant du statut juridique de l'organisme qui l'exerce et de son mode de financement²⁷. La notion d'entreprise, c'est-à-dire l'exercice d'une activité de production, de distribution, de services ou, plus généralement, d'une activité commerciale, ne dépend pas, lorsqu'il s'agit d'une société, de la propriété publique ou privée du capital. Le droit de la concurrence s'applique chaque fois que les actes et décisions d'une personne, publique ou privée, exerçant une activité de production, de distribution ou de services, ne relèvent pas d'une prérogative de puissance publique²⁸.

Les contours de la notion de service d'intérêt économique général

Le traité de Rome prévoit des dérogations aux règles de la concurrence pour les entreprises, publiques ou privées, chargées d'une mission d'intérêt économique général. La définition des services d'intérêt économique général (SIEG) relève des États membres, qui peuvent tenir compte de leurs objectifs de politique nationale. Elle s'opère sous le contrôle de la Commission européenne. La CJCE, saisie par la Commission, applique une jurisprudence qui s'attache à déterminer, au cas par cas, si les activités qualifiées d'intérêt général se distinguent des activités normales exercées par les opérateurs privés sur le marché. C'est ainsi que l'activité de chargement et déchargement des marchandises dans un port, exercée par de nombreuses entreprises privées, n'est pas considérée par la Cour comme caractéristique à elle seule d'un SIEG²⁹. En revanche, les activités de lamanage, qui participent à la sécurité des eaux portuaires et sont suffisamment spécifiques, sont qualifiées de SIEG³⁰.

Ont également été qualifiées de SIEG les émissions de radiotélévision d'intérêt public³¹, l'exploitation des lignes aériennes non rentables³², la distribution d'électricité³³, la mise à disposition des usagers d'un réseau public de

25 - TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, p. 293.

26 - Cass. com., 12 décembre 1995, *Direction de la météorologie nationale c/Société du journal téléphonique*, JCP N Semaine Juridique (édition notariale et immobilière), 2 mai 1996, p. 105-108.

27 - CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, Rec., p. I-1979.

28 - CA Paris, 10 février 1992, *Société « La Cinq » c/Fédération française de football*.

29 - CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, Rec., p. I-5889.

30 - CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries/Corpo dei piloti del porto di Genova*, C-18/93, Rec., p. I-1783.

31 - CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, C-155/73, Rec., p. 409.

32 - CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, C-66/86, Rec., p. 803.

33 - CJCE, 27 avril 1994, *Almelo*, C-393/92, Rec., p. I-1477.

téléphone³⁴, la distribution du courrier sur l'ensemble du territoire national³⁵ et la gestion de certains déchets en vue de faire face à un problème environnemental³⁶.

Les conséquences pratiques sur la perception des redevances pour service rendu de la soumission au droit de la concurrence

Les règles de la concurrence supposent que les services soient soumis à une obligation de rentabilité, c'est-à-dire que les tarifs qu'ils proposent couvrent leurs coûts³⁷. Les redevances pour service rendu perçues en situation de concurrence ne peuvent donc être inférieures à un certain montant ni, de manière générale, être conçues de manière à fausser la concurrence. Toutefois, l'intérêt général peut justifier que les services bénéficient de subventions, sous certaines conditions.

• Des tarifs ni trop bas, ni trop élevés

La soumission du service au droit de la concurrence interdit tout d'abord que les redevances soient fixées à un niveau trop bas, dit « prédateur », qui peut conduire à l'élimination de la concurrence. Les pratiques s'apparentant à du dumping, rendues possibles par un système de subventions croisées, sont donc prohibées³⁸. Le droit de la concurrence interdit également, à l'inverse, que le service profite d'une éventuelle position de quasi-monopole pour pratiquer des prix trop élevés, au détriment des usagers.

Ces règles sont bien connues. Encore faut-il que les administrations en prennent toute la mesure et procèdent, le cas échéant, aux réexamens qui s'imposent. C'est notamment le cas lorsque le service offert est un service intermédiaire qui entre dans la fonction de production d'une entreprise, laquelle est en concurrence, sur le marché du service « fini », avec l'organisme qui fournit le service intermédiaire. Une décision récente a éclairé ce cas de figure dans le domaine, évoqué plus haut, de la tarification des données publiques. Le litige portait sur les tarifs pratiqués par l'INSEE pour la cession du droit d'utilisation du répertoire « SIRENE ». Suivant l'analyse que lui suggérait le Conseil de la concurrence, dont il avait sollicité l'avis, le Conseil d'État a jugé que « *si l'État peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation, [...] ces droits ne peuvent faire obstacle, par leur caractère excessif, à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'État ; que, dans tel cas, la perception des droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante* » méconnaissant les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du

34 - CJCE, 13 décembre 1991, *GB-Inno-BM*, C-18/88, Rec., p. I-5941.

35 - CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec., p. I-2533.

36 - CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, Rec., p. I-3743.

37 - Parmi les coûts figure en principe la rémunération de tous les facteurs de production, y compris le capital productif, qui devrait être rémunéré à son coût d'usage, lequel incorpore l'amortissement et le taux d'intérêt, qui varie en fonction d'une prime de risque. En l'état de la comptabilité publique, le calcul de tels éléments peut s'avérer en pratique difficile.

38 - Sur ce point, voir Colonna, *op. cit.*, p. 102. PAGE 2000

1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 420-2 du code de commerce³⁹. Le Conseil d'État a jugé, dans cette affaire, que la redevance proportionnelle de vingt centimes par adresse rediffusée, qui provient principalement de l'existence de droits privatifs de l'INSEE sur le répertoire « SIRENE » et non de coûts liés à la reproduction de cette base de données, a pour effet d'empêcher les rediffuseurs de dégager une marge pour la cession des fichiers de grande taille élaborés par eux au regard du prix de cessions d'extraits pratiqué par l'INSEE. Ainsi, en l'espèce, ce qui a été admis sur le terrain des éléments incorporables dans la tarification d'un service rendu ne l'est pas sur le terrain de la concurrence.

Cette jurisprudence devrait conduire à reconsidérer les mécanismes de subventions croisées des structures publiques qui assurent à la fois des activités de service public et des activités concurrentielles, et qui sont financées à la fois par des subventions et des ressources propres.

• *La question des subventions d'équilibre*

Mais c'est sur la question des subventions d'équilibre que la réflexion s'est concentrée au cours des dernières années.

Longtemps, la position de la Commission européenne a été de considérer que ces subventions étaient des aides d'État. Cette opinion a été confortée dans un premier temps par la jurisprudence communautaire, lorsque le Tribunal de première instance, saisi par les sociétés d'assurances françaises contre La Poste, a estimé que la compensation financière des charges liées à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général était bien une aide d'État, mais qu'elle n'était pas nécessairement incompatible avec le marché commun. Le Tribunal a précisé qu'il en allait ainsi chaque fois que « *l'aide s'avère nécessaire pour que l'entreprise puisse assurer ses obligations de service public dans les conditions d'équilibre financier* »⁴⁰.

Cette jurisprudence a été récemment contredite par la CJCE, qui a jugé qu'il n'y a aide d'État que lorsque la subvention excède les surcoûts que supporte l'entreprise pour l'accomplissement des obligations de service public qui lui sont imposées par la réglementation⁴¹. Afin de s'assurer que le montant de la compensation ne dépasse pas celui des coûts, le juge communautaire s'appuie essentiellement sur la comptabilité analytique des entreprises⁴². Faute d'une telle comptabilité, la Cour commande une expertise pour évaluer le montant approximatif des charges liées à l'accomplissement de la mission d'intérêt général.

La Commission européenne se montre plus favorable à l'établissement d'un tel mécanisme de compensation financière qu'à une compensation par l'octroi

39 - CE, 29 juillet 2002, n° 200886, *Société Cegedim*, à paraître au recueil Lebon.

40 - TPI, 27 février 1997, *Fédération française des sociétés d'assurance*, T-106/95.

41 - CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring SA c/Agence centrale des organismes de sécurité sociale*, C-53/00.

42 - L'adoption d'une telle comptabilité par les entreprises chargées de missions de service public est désormais prévue par directive 2000/52/CE du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

de droits exclusifs ou spéciaux sur un marché, aux contours nécessairement flous et aux répercussions financières incertaines.

La jurisprudence communautaire est susceptible de se préciser. Dans les conclusions qu'il a déposées le 19 mars 2002 sur une affaire *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*⁴³, l'avocat général Léger se montre très critique à l'égard de l'approche compensatoire suivie par la Cour, à laquelle il reproche de confondre deux questions juridiques distinctes, à savoir la qualification d'une mesure d'aide et sa justification. Il relève également que l'approche compensatoire ôte à l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE et aux conditions qu'il impose tout effet utile dans l'analyse du financement étatique de services d'intérêt général. Enfin, selon lui, l'approche compensatoire a le défaut de placer le financement étatique de services d'intérêt général à l'abri du contrôle nécessaire de la Commission.

Dans les conclusions qu'il a déposées le 30 avril 2002 sur une affaire *GEMO*, au sujet de l'équarrissage en France⁴⁴, l'avocat général Jacobs propose pour sa part de réserver l'approche compensatoire aux cas dans lesquels les mesures de financement sont clairement destinées, en tant que stricte contrepartie, à des obligations d'intérêt général clairement définies. Dans les autres cas, il serait présumé que la mesure de financement est une aide d'État devant être notifiée à la Commission européenne.

Dans son rapport présenté à l'intention du Conseil européen de Laeken (décembre 2001), la Commission a émis le souhait que soit défini un cadre communautaire unique pour les aides d'État destinées aux SIEG et recommandé l'adoption d'un règlement exemptant certaines aides du domaine des SIEG de l'obligation de notification préalable prévue par l'article 88 § 3 (ex-article 93 § 3) du Traité. Elle avance l'idée que tel pourrait être le cas dès lors que l'attribution de la prestation du SIEG est intervenue par le biais d'une procédure d'appel d'offres équitable, transparente, non discriminatoire et concurrentielle⁴⁵.

3.1.2.2. Concurrence et gestion du domaine public

Acte administratif pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, l'attribution d'un titre d'occupation du domaine public échappe à la compétence du Conseil de la concurrence et des juridictions judiciaires en application de la jurisprudence issue de la décision *Ville de Pamiers* du Tribunal des conflits. Cela ne signifie pas pour autant que le gestionnaire du domaine public soit dispensé de se conformer aux règles de la concurrence.

La loi du 29 janvier 1993 rend ainsi obligatoire la mise en concurrence lorsque l'autorisation d'occupation du domaine public s'accompagne d'une délégation de service public. S'agissant de la jurisprudence, le Conseil d'État, dans le prolongement de sa décision *Société Million et Marais* de 1997, a considéré que la légalité des actes de gestion du domaine public devait être appréciée à

43 - Affaire C-280/00.

44 - Affaire C-126/01.

45 - Formulation qui n'exclut pas les enchères, qui sont une forme d'appel d'offres.

l'aune du droit de la concurrence. Il a ainsi jugé que « *s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités* »⁴⁶.

Les règles de concurrence s'appliquent aussi aux occupants du domaine lorsqu'ils se livrent à des activités de production, de distribution ou de services, ce qui a une incidence dans l'hypothèse où l'autorité administrative accorde des droits spéciaux à certains occupants. Une telle discrimination est susceptible de conduire à une distorsion de concurrence.

Certes, dans un contentieux où était en cause le contrat par lequel la société SCETA, filiale de la SNCF, avait accordé à la société Avis l'exclusivité de l'occupation du domaine public pour la location de voitures, le Conseil d'État a jugé que la décision refusant à une autre société d'occuper le domaine public ferroviaire « *n'a ni pour objet ni pour effet de créer un monopole en faveur de la société Avis dès lors que la location de véhicules automobiles sans chauffeur reste libre en dehors du domaine public ferroviaire* »⁴⁷.

La portée de cette décision doit toutefois être appréciée en liaison avec la jurisprudence du Conseil de la concurrence et de la cour d'appel de Paris, dont l'affaire *Héli-Inter Assistance* fournit une illustration. L'entreprise Héli-Inter Assistance, liée par un marché public à l'hôpital de Narbonne, avait obtenu en 1988 l'autorisation d'occuper et d'exploiter l'héliport municipal sous le régime de l'occupation temporaire du domaine public. En 1994, une autre entreprise avait remporté le marché public avec le centre hospitalier, mais Héli-Inter Assistance avait conservé la gestion de l'héliport. Saisi par la seconde entreprise, le Conseil de la concurrence a constaté qu'Héli-Inter Assistance mettait à son profit le monopole d'exploitation de l'héliport pour gêner, par des redevances domaniales d'un montant excessif, l'activité économique de son concurrent⁴⁸.

C'est selon une logique similaire que s'est développé, au cours de la dernière décennie, un débat sur l'accès aux infrastructures essentielles, et spécialement de celles qui appartiennent aux entreprises publiques de réseaux. La cour d'appel de Paris a défini ces infrastructures comme « *des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables* »⁴⁹.

46 - CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, p. 96.

47 - CE, 5 mai 1993, n° 91772, *Association « Liberté dans les gares »*.

48 - Décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996, confirmée par la cour d'appel de Paris le 9 septembre 1997.

49 - La décision *Cegedim* précitée du 29 juillet 2002 procède d'un raisonnement par lequel les données publiques sont assimilées à des facilités essentielles.



L'importance de l'accès aux infrastructures essentielles, le problème de sa tarification et le risque de voir l'opérateur historique abuser de sa position dominante ont justifié la création d'autorités de régulation indépendantes dans le domaine des télécommunications, de l'électricité et, prochainement, du gaz. L'extension de cette pratique, que rendent probable les objectifs communautaires de libéralisation, conduit à ce que les redevances d'accès aux infrastructures essentielles ne soient plus déterminées seulement par leur propriétaire, mais avec l'accord des autorités administratives indépendantes compétentes⁵⁰.

3.2. Les évolutions souhaitables

Les évolutions sur lesquelles il convient de mettre l'accent peuvent être regroupées en deux catégories d'inégale importance. La première porte sur les ajustements susceptibles d'être apportés au régime des redevances domaniales. La seconde, plus substantielle, a trait à l'élargissement des critères de tarification des redevances.

3.2.1. Les ajustements du régime de tarification des redevances domaniales

Les développements consacrés à ce sujet dans la deuxième partie de cette étude⁵¹ font apparaître que le régime des redevances domaniales pourrait faire l'objet d'ajustements, pour la plupart assez modestes, portant essentiellement sur quatre points.

3.2.1.1. Ouvrir la possibilité de recourir à des mécanismes d'enchères

La controverse à laquelle a donné lieu l'attribution des licences UMTS, qui n'a finalement pas donné lieu à des enchères, ne doit pas masquer la nécessité d'adapter les règles régissant la gestion du domaine public pour ouvrir la possibilité de recourir à un tel mécanisme, dans les cas où son utilisation s'avérerait souhaitable. Une chose en effet est de constater, comme le fait la présente étude, que ce mécanisme s'avère actuellement inconciliable avec le droit de la domanialité publique ; une autre serait d'exclure par principe toute faculté d'évolution en ce sens.

50 - Sur la question des infrastructures essentielles, voir *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE 2002, p. 237 et suivantes, p. 240 et suivantes.

51 - Cf. paragraphe 2.1., consacré au caractère onéreux de l'occupation privative du domaine public.

Or, et comme le soulignent déjà les développements que le Conseil d'État a consacrés à ce sujet dans son dernier rapport public ⁵², il serait utile d'ouvrir une telle possibilité dans les textes. Pour certaines activités économiques dont la condition d'exercice est l'occupation privative de dépendances du domaine public, un consensus peut apparaître autour de la conviction que la mise aux enchères du droit d'occupation entre des opérateurs concurrents devrait permettre la valorisation économique la plus rationnelle du domaine. Un tel dispositif devrait toutefois être soigneusement encadré, en prévoyant notamment l'établissement préalable d'un cahier des charges précis, afin de définir clairement les conditions à remplir et les engagements à souscrire par les candidats, ainsi que les modalités détaillées de la procédure d'enchères.

Il convient en outre d'insister sur les conséquences d'un tel mécanisme pour l'administration, qui doit être consciente qu'elle se trouvera ensuite mécaniquement liée quant au choix final, comme elle l'était dans l'ancienne procédure d'adjudication des marchés publics.

3.2.1.2. Clarifier les conditions de la gratuité

L'analyse du régime des redevances domaniales conduit ensuite à mettre en évidence le caractère peu satisfaisant des conditions dans lesquelles s'exerce la faculté, pour l'administration, d'accorder la gratuité pour l'occupation du domaine public national.

S'agissant du niveau de la norme, il est paradoxal de trouver, dans des dispositions réglementaires du code du domaine de l'État, les principales règles de fond applicables à la tarification, alors que les conditions de la gratuité sont, sur un point particulier, de niveau législatif ⁵³, tandis que l'essentiel de ces conditions résulte d'un simple arrêté ministériel ⁵⁴. Quelle que soit la base légale de la compétence qui a pu être accordée au ministre des Finances par d'autres dispositions de ce code, il paraîtrait préférable que les règles correspondantes soient au moins hissées au niveau du décret en Conseil d'État ⁵⁵, voire à celui de la loi si ces règles devaient affecter des matières, telles que les principes de la libre administration des collectivités locales et de leurs ressources, relevant de l'article 34 de la Constitution.

À cette occasion, pourraient utilement être reprises dans le texte du code les conditions de fond qui résultent aujourd'hui essentiellement de la doctrine administrative : utilité publique de l'autorisation d'occupation, le texte pouvant éventuellement être assorti de l'indication de critères d'appréciation de cette utilité ; absence de recettes directes ou indirectes procurées au permissionnaire par cette occupation. Il conviendrait également de prévoir, comme la pratique de l'administration du domaine en a montré la nécessité, la possibilité

52 - *Collectivités publiques et concurrence*, Études et documents 2002, p. 382.

53 - Article L. 34 du code du domaine de l'État relatif à l'exonération des communes qui gèrent elles-mêmes leur service d'eau potable, pour l'implantation sur le domaine public de leurs canalisations ou réservoirs.

54 - Article A. 15, issu d'un arrêté du 11 décembre 1970.

55 - La décision du Conseil constitutionnel n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001 affirme le caractère réglementaire de la matière des redevances domaniales.

de prendre clairement en compte certaines situations d'occupation très limitée du domaine public, telles que les marches établies sur la voie publique pour accéder à une porte.

3.2.1.3. Aménager le rythme de paiement des redevances

Les règles régissant le rythme de paiement des redevances, exposées dans la deuxième partie de ce rapport, ne sont pas satisfaisantes, notamment en raison du caractère strict du cadre dans lequel sont actuellement enfermées les possibilités de paiement d'avance. C'est en particulier ce qu'ont fait apparaître les difficultés auxquelles le Gouvernement s'est heurté, lorsqu'il a voulu obtenir le versement anticipé d'une partie des redevances dues au titre de l'attribution de licences de télécommunication mobile de troisième génération.

Il paraît donc souhaitable d'assouplir de manière générale le dispositif actuel et d'en permettre la généralisation, pour faire face à d'autres situations que celle-ci, dans laquelle le législateur est intervenu pour déroger ponctuellement aux dispositions de l'article L. 31 du code du domaine de l'État, sans en modifier la rédaction.

Alors que le premier alinéa de cet article prévoit actuellement que les bénéficiaires peuvent être tenus de se libérer par périodes triennales ou pour toute la durée de l'autorisation ou de la concession si cette durée n'excède pas cinq ans, cet encadrement trop contraignant pourrait être remplacé par une disposition plus générale⁵⁶.

3.2.1.4. Envisager la suppression du droit fixe

Prévu de manière générale par l'article L. 29 du code du domaine de l'État pour toute délivrance d'autorisation de voirie sur le domaine public national, le cas échéant au profit des communes, le droit fixe apparaît, dans une large mesure, comme une source de complications inutiles, tant pour l'administration, tenue de le percevoir alors que son montant n'a pas été actualisé depuis 1981, que pour l'occupant, qui en comprend mal l'objet, dès lors qu'il s'ajoute aux redevances domaniales. En tout état de cause, sa modicité fait qu'il ne répond plus à sa finalité, qui était de couvrir les frais d'établissement du titre d'occupation.

Sa suppression apparaîtrait donc comme une mesure de simplification. Il faut cependant être attentif au fait que, quelle que soit la modestie de son montant, ce droit concerne aussi les collectivités territoriales au titre des redevances qu'elles sont conduites à fixer sur certaines dépendances du domaine public national, ainsi que certains établissements publics gestionnaires du domaine public qui leur est confié. Aussi conviendrait-il d'étudier, au préalable, l'incidence financière d'une mesure de suppression.

56 - Elle pourrait consister à introduire au premier alinéa de l'article L. 31 une phrase ainsi rédigée : « Ils peuvent être tenus de se libérer soit par versement d'acomptes, soit d'avance, pour toute ou partie de la durée de l'autorisation ou de la concession ».

Les différents ajustements ainsi proposés au régime des redevances domaniales et dont, pour certains d'entre eux, le champ d'application pourrait dépasser le seul cadre des redevances perçues par l'État, conduisent à souligner, à cette occasion, l'intérêt qui s'attacherait à ce que soit mené à bonne fin le projet de refonte de l'ensemble des règles de gestion du domaine des collectivités publiques qui comporterait donc des modifications de fond et qui constituerait un *code des propriétés publiques*.

3.2.2. L'élargissement des critères de tarification avec la prise en compte de l'utilité retirée du service rendu

L'étude successive du régime des redevances pour service rendu et de celui des redevances domaniales ne peut manquer de susciter l'interrogation quant à la pertinence des distinctions sur lesquelles reposent leurs règles de tarification.

Sans doute le critère de la proportionnalité au coût peut-il difficilement trouver à s'appliquer en matière domaniale, ne serait-ce qu'en raison de l'absence, le plus souvent, de véritable coût de l'occupation de son domaine pour la collectivité propriétaire. En autorisant une occupation privative et en encaissant le produit de la redevance qui en résulte, la personne publique gère son patrimoine en cherchant à en assurer, dans l'intérêt collectif, la meilleure exploitation ; aussi est-il logique que la jurisprudence, relayée par le législateur et le pouvoir réglementaire, ait dégagé le critère de la tarification en fonction de l'avantage retiré de l'occupation. Pour l'essentiel, ce régime s'avère bien adapté à l'exploitation du domaine public et il n'y a pas lieu de le remettre en cause⁵⁷.

S'agissant en revanche des redevances pour service rendu, il paraît souhaitable d'admettre un assouplissement du critère traditionnel de plafonnement selon le coût du service, qui s'avère dans bien des cas inadapté.

3.2.2.1. *La tarification selon le seul coût du service peut s'avérer inadaptée*

Trois séries d'observations peuvent à cet égard être présentées.

Le cas des redevances mixtes

En premier lieu, le caractère mixte de certaines redevances rend difficile leur rattachement exclusif à l'un des régimes plutôt qu'à l'autre. La relative indétermination de leur nature réelle tient, pour une large part, à ce que la distinction entre occupation du domaine public et utilisation d'un ouvrage public est

57 - Sous réserve des orientations qui ont été proposées au point 3.2.1.

parfois assez ténue. C'est, en particulier, ce que met en évidence la jurisprudence sur les redevances portuaires.

C'est ainsi que le juge a pu qualifier de redevance d'usage du domaine public la rémunération perçue par une commune au titre de l'amarrage de bateaux sur les berges d'un cours d'eau domanial dont la gestion lui avait été transférée, tout en appliquant à ce prélèvement le régime des redevances pour service rendu, notamment le principe d'équivalence entre le montant de la redevance et le coût du service⁵⁸.

En sens inverse, les droits de port, prévus par l'article L. 211-1 du code des ports maritimes, ont, comme il a déjà été indiqué⁵⁹, le caractère de redevances pour service rendu ; mais ils présentent un caractère composite⁶⁰ et couvrent à la fois l'occupation du domaine et l'utilisation de l'ouvrage ou du service portuaire. S'agissant de la « redevance d'équipement » acquittée sur le fondement de ce texte par les navires de plaisance, un litige portant sur la mesure dans laquelle le coût de travaux d'extension pouvait être mis à la charge de l'utilisateur a conduit à retenir, comme en matière domaniale, le critère de l'avantage retiré par l'occupant⁶¹.

Se trouvent ainsi soulignées les limites d'une séparation trop nette des deux catégories de redevances.

Le financement des services publics industriels et commerciaux

En deuxième lieu, le critère traditionnel de plafonnement selon le coût du service peut, dans bien des cas, s'avérer inadapté au financement des services à caractère industriel et commercial. Ainsi peut-il sembler paradoxal d'admettre pour de tels services une modulation tarifaire, tout en subordonnant la légalité du tarif le plus élevé, comme le fait une décision⁶², à un plafonnement en

58 - CE, 8 juillet 1996, *Mérie*, p. 272.

59 - Cf. paragraphe 1.4.2.4.

60 - C'est ce que montre l'énumération figurant à l'article R. 211-1 du code des ports maritimes, aux termes duquel « Les éléments constitutifs du droit de port comprennent, dans les conditions définies au présent code, les redevances suivantes :

1° Pour les navires de commerce :

- a) Une redevance sur le navire ;
- b) Une redevance de stationnement ;
- c) Une redevance sur les marchandises ;
- d) Une redevance sur les passagers ;

2° Pour les navires de pêche, une redevance d'équipement des ports de pêche ;

3° Pour les redevances d'équipement acquittées par les navires de plaisance ou de sport, une redevance d'équipement des ports de plaisance ».

61 - Voir, à propos d'une redevance mise à la charge des bénéficiaires d'emplacements dans le port de plaisance de Marseille, CE, 2 février 1996, n° 149427, *Fauquet et autres* : après avoir admis que le tarif d'une telle redevance tiennent compte des dépenses de grosses réparations des ouvrages, cette décision énonce que l'autorité gestionnaire « ne peut légalement mettre à la charge des usagers les dépenses correspondant à une extension de la capacité des ouvrages existants, que si les usagers actuels sont susceptibles d'en tirer un avantage », puis, ayant relevé que les sommes litigieuses étaient affectées au service d'un emprunt à contracter en vue de financer, notamment, l'extension du port du Frioul et l'aménagement de huit cents nouveaux postes à flot, en déduit « que ces travaux qui sont insusceptibles d'apporter un avantage supplémentaire aux usagers actuels des ports de Marseille ne pouvaient pas être mis à la charge de ceux-ci ».

62 - CE, 2 avril 1997, *Commune de Montgeron*, T. p. 706.

fonction du coût par usager, alors que ces services, du moins lorsqu'ils relèvent des communes, sont simultanément soumis à une obligation légale d'équilibre budgétaire ⁶³.

De manière générale d'ailleurs, un tel plafonnement s'avère difficilement conciliable avec une modulation tarifaire, laquelle peut pourtant fournir des solutions particulièrement adaptées à certaines situations, ainsi que l'ont montré les développements de la première partie de ce rapport : par nature, les services industriels et commerciaux sont censés retirer l'essentiel de leurs ressources des sommes payées par leurs usagers, et non de dotations budgétaires.

La jurisprudence sur les données publiques a déjà ouvert la voie

En troisième lieu, on ne peut manquer de relever que, pour certaines prestations fournies par les administrations, la jurisprudence a, d'ores et déjà, admis des inflexions. Ainsi la décision d'assemblée du 10 juillet 1996, *Société Direct mail promotion et autres*, déjà citée, montré-t-elle que, tout en se situant en principe dans le cadre des règles applicables aux redevances pour service rendu, il est possible de s'évader des critères traditionnels, lorsqu'il apparaît que leur stricte application n'aurait guère de sens. En effet, à partir du moment où l'on admet de tenir compte de la propriété intellectuelle des administrations dans la tarification des données publiques, il est clair que la mise à disposition des informations qu'elle a permis de produire n'a qu'un coût tout à fait minime, alors que sa valeur pour l'utilisateur est bien supérieure, surtout s'il s'en sert pour une exploitation lucrative.

3.2.2.2. Une tarification prenant en compte la valeur du service pour le bénéficiaire serait, dans bien des cas, préférable

Il conviendrait donc de poser nettement le principe du caractère licite d'un tel mode de tarification, non seulement dans la matière des données publiques, où sa mise en œuvre s'avère particulièrement pertinente, mais aussi dans d'autres hypothèses où la détermination d'un « juste prix » conduit à privilégier des critères fondés sur l'utilité du service pour le bénéficiaire.

Au demeurant, il est intéressant de relever l'existence d'un régime ancien qui, en faisant reposer les règles de tarification sur un critère d'utilité, avait déjà ouvert la voie : c'est ainsi que les « taxes » perçues par les associations syndicales autorisées, qui ont le caractère de redevances pour service rendu ⁶⁴, sont réparties entre les propriétaires, selon l'article 41 du décret du 18 décembre

63 - Articles L. 2224-1 et L. 2224-2 du CGCT, le second limitant étroitement les possibilités de subventions par le budget communal.

64 - CE Sect., 28 juillet 1993, *Bernadet*, p. 232, qui se fonde sur le fait « qu'en contrepartie de la réalisation de travaux et d'ouvrages ou de leur entretien effectués au profit des propriétaires réunis par arrêté préfectoral dans une association syndicale autorisée constituée sur le fondement de la loi du 21 juin 1865, cette association est habilitée à demander aux intéressés, usagers de ce service public administratif, le versement de cotisations syndicales établies proportionnellement à l'intérêt qu'y trouve chaque propriétaire et destinées à couvrir les charges exposées par ce service dont ils bénéficient directement ».

1927, pris pour l'application de la loi du 21 juin 1865, en fonction de l'intérêt que présentent pour eux les travaux dont sont chargés ces établissements publics.

Il importe en outre de souligner que l'infléchissement préconisé ne remettrait pas fondamentalement en cause l'esprit dans lequel, depuis 1958, la jurisprudence a défini les critères de la redevance. Sans doute l'objet du paiement que l'administration peut réclamer à ce titre à des usagers est-il en principe, suivant cette définition, « *de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public* ». Mais l'objet de la redevance ne se confond pas nécessairement avec son mode de calcul. Qu'elle soit destinée à couvrir les charges ou les frais exposés par le service dont le financement est ainsi assuré est une chose ; qu'il faille toujours en déduire un strict plafonnement du prix en fonction du coût en est une autre, qui ne va pas de soi.

En réalité, il est permis de penser que, au regard de la finalité de cette définition – opérer le partage entre redevance et imposition – le critère fondamental sur lequel il y a lieu de mettre l'accent est plutôt celui de la contrepartie : la même définition jurisprudentielle souligne que la redevance pour service rendu doit trouver sa « *contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage* ». Tant qu'il y a contrepartie, la somme réclamée au bénéficiaire peut s'analyser comme le prix du service et n'a pas de caractère fiscal. C'est ce que soulignait en 1958 le commissaire du gouvernement Chardeau citant le professeur A. Mestre, pour qui « *si taxes et redevances supposent également un service rendu à l'usager, la redevance comporte toujours et nécessairement une équivalence entre la somme fournie par ce dernier et la valeur rendue à lui par l'administration alors que, en cas de taxe, la prestation du particulier peut dépasser cette valeur* ». Or il peut arriver que cette valeur se détermine autrement qu'en considération du seul coût, en tenant compte notamment de la structure de la demande, selon qu'elle est plus ou moins concurrentielle.

Aussi paraît-il souhaitable de recentrer le régime de la redevance sur ce critère, et de renoncer au strict plafonnement selon le coût chaque fois qu'il s'avère inadapté. Bien souvent, la valeur de la prestation se limitera à son coût, entendu le cas échéant de manière plus souple, conformément aux remarques faites dans la première partie⁶⁵ ; mais parfois, l'administration pourra légitimement justifier par d'autres éléments le respect de la condition d'équivalence.

Il reste, bien entendu, que cet assouplissement doit s'accompagner de garde-fous. À cet égard, la soumission du régime des redevances au droit de la concurrence devrait contribuer à éviter que la fixation du prix de la prestation ne débouche sur des montants abusifs, comme le montre, d'ores et déjà, la jurisprudence récente relative à la tarification des données de l'INSEE.

En outre, il ne faut pas se dissimuler que l'assouplissement ici proposé ne saurait suffire à régler toutes les difficultés relevées dans la présente étude, en particulier celle résultant, pour la tarification des autoroutes, de la condamnation de la technique de l'adossement.

3.3. Les modalités de l'évolution : loi, règlement ou jurisprudence ?

3.3.1. Pour l'essentiel, l'intervention d'un texte normatif ne paraît pas s'imposer

Sur bien des points, les conclusions qu'il convient de tirer de la présente étude ne nécessitent l'édiction d'aucune disposition normative, pour deux séries de raisons qui procèdent de considérations différentes.

3.3.1.1. *Le caractère partiellement constitutionnel de la matière*

Pour l'essentiel, la définition de la redevance, notamment celle de son champ d'application au regard de la notion de taxe, est d'ordre constitutionnel : comme le montrent la plupart des décisions du Conseil d'État citées dans la première partie de ce rapport – notamment l'arrêt fondateur du 21 novembre 1958 – et comme le souligne aussi l'intervention du Conseil constitutionnel, cette définition part de la nécessité d'interpréter les dispositions de notre loi fondamentale réservant au législateur la détermination des règles relatives aux « impositions de toutes natures », au nombre desquelles figurent les taxes. C'est après avoir vérifié que le paiement exigé de l'usager d'un service ou d'un ouvrage public n'a pas un tel caractère que le juge admet être en présence d'une redevance pour service rendu, et en déduit que l'autorité administrative a compétence pour l'établir.

La jurisprudence dégagée par le Conseil d'État ayant ensuite été adoptée par le Conseil constitutionnel et une modification de la Constitution qui aurait pour objet de déplacer la ligne de partage entre taxe et redevance n'étant guère envisageable, la modification des règles constitutives de la redevance pour service rendu peut difficilement être recommandée.

Au demeurant, les développements de la première partie de cette étude n'en font pas ressortir la nécessité : dès lors que le versement demandé à des usagers n'a plus pour contrepartie le service qui lui est rendu, il est sain que le Parlement soit appelé, au titre de sa compétence naturelle pour consentir à l'impôt, à prendre lui-même parti sur l'obligation de payer et sur la répartition



de la charge que l'on entend faire supporter par les intéressés ou par l'ensemble des contribuables.

En réalité, le principal enseignement que l'on retire, sur ce point, de l'étude à laquelle le Conseil d'État s'est livré, c'est que ces règles de délimitation ont parfois été perdues de vue. Plutôt que d'envisager leur modification, il faudrait donc surtout s'attacher à mieux en assurer le respect, quitte à procéder aux remises en ordre préconisées dans la première partie ⁶⁶ en renonçant à percevoir les redevances dont il s'avère qu'elles ont le caractère de taxes et en abrogeant les dispositions réglementaires qui les avaient instituées. Un effort en ce sens a déjà été engagé dans la période récente, pour faire suite aux décisions du Conseil constitutionnel relatives aux financements de dépenses de l'État par des fonds de concours ou des recettes extra-budgétaires. **Il conviendrait de le poursuivre, en mettant à profit l'entrée en vigueur prochaine des dispositions de la loi organique du 1^{er} août 2001 pour entreprendre un recensement complet des redevances perçues par les services de l'État.**

3.3.1.2. L'absence de nécessité de modifier la plupart des règles régissant les redevances

Laissant de côté les éléments constitutifs de la définition des redevances pour s'intéresser aux autres aspects de leur encadrement juridique, on constate aussi que, pour une large part, les règles applicables n'appellent pas de modifications de fond. Sans doute une remise en ordre s'avère-t-elle nécessaire, essentiellement en matière de tarification, afin d'assurer un meilleur respect de ces règles, lors de la mise en œuvre des textes prévoyant des redevances. Dans une certaine mesure, cette remise en ordre doit passer, le cas échéant, par une modification des arrêtés qui définissent les tarifs des redevances. Toutefois, pour l'essentiel, elle devrait consister à rappeler les règles en vigueur aux services qui ont à les appliquer.

S'agissant des redevances pour service rendu perçues au profit de l'État et de ses établissements publics, pour lesquelles l'encadrement juridique de la tarification demeure essentiellement jurisprudentiel, un tel rappel relève donc *a priori* plutôt de la circulaire. Il ne paraît en effet pas indispensable d'entreprendre la transcription de ces règles dans un texte normatif de portée générale, même si l'exemple de l'encadrement des redevances domaniales par le code du domaine de l'État montre que l'exercice n'a rien d'inconcevable.

Pour les collectivités locales, le législateur est déjà intervenu pour définir les règles de tarification de certaines redevances ⁶⁷. Pour le surplus, dans tous les cas où ces collectivités peuvent, sans texte, instituer des redevances dans les conditions définies par la jurisprudence, il n'apparaît pas que l'édition d'un

66 - Notamment à propos du financement des missions de sécurité.

67 - Par exemple, la redevance spéciale sur les terrains de camping qui peut être perçue par les communes ou leurs groupements sur les terrains de camping est, en vertu de l'article L. 2333-77 du CGCT, établie en fonction du nombre d'emplacements alors que, pour la redevance générale qui peut être instituée en vertu de l'article L. 2333-76, le texte se borne à rappeler la règle de tarification « en fonction de l'importance du service rendu ».

texte général – qui devrait alors être législatif – soit nécessaire pour rappeler les principes de tarification.

3.3.2. Des solutions différentes pour les deux types de redevances

Là où il y a matière à évolution des règles applicables, il peut sembler logique, par une sorte de parallélisme des formes, d'emprunter les voies déjà utilisées pour la détermination de ces règles, ce qui conduit à des solutions différentes selon qu'on envisage la tarification des services rendus ou le régime des redevances domaniales.

3.3.2.1. Les modifications proposées en matière de tarification des services rendus pourraient procéder d'une évolution de la jurisprudence

La jurisprudence dégagée en matière de données publiques – qui apparaît ainsi comme une sorte de laboratoire d'essai – a ouvert la voie à certaines des orientations préconisées par le présent rapport. Non seulement elle retient un critère d'utilité pour adapter à la spécificité du service rendu les règles traditionnelles de tarification, mais elle tire aussi parti des acquis issus du droit de la concurrence en matière de détermination du prix des prestations de services.

Cette évolution, si elle se poursuit dans le sens proposé plus haut, introduira plus de souplesse dans la manière d'appréhender le coût du service rendu et recentrera le contrôle du respect du principe d'équivalence autour des notions de valeur de la prestation et d'utilité pour son bénéficiaire.

À défaut, un tel changement nécessiterait l'intervention de textes législatifs, dont la rédaction pourrait toutefois se révéler malaisée.

3.3.2.2. L'ajustement des règles régissant les redevances domaniales devrait conduire à un reclassement des dispositions correspondantes du code du domaine de l'État

À s'en tenir à la répartition actuelle des matières entre les différentes parties du code du domaine de l'État, les ajustements proposés⁶⁸ pourraient tout naturellement trouver leur place au sein des dispositions qui traitent actuellement de ces questions⁶⁹.

68 - Paragraphe 3.2.1.

69 - Sous réserve de ce qui a été dit de la nécessité d'asseoir plus solidement les règles de gratuité actuellement issues d'un simple arrêté.

On ne peut cependant manquer de s'interroger sur la pertinence de la répartition actuelle ⁷⁰, qui conduit à énoncer les principes essentiels de la tarification dans une disposition réglementaire et à traiter dans un article législatif, tant la question des modalités de paiement anticipé des redevances que celle de la détermination des autorités de l'État compétentes pour prendre des décisions se rapportant à la gestion du domaine. Il n'entre cependant pas dans l'objet du présent rapport de procéder à une analyse approfondie des questions touchant à la compétence respective de la loi et du pouvoir réglementaire en la matière. Tout au plus peut-on formuler les deux remarques suivantes :

- si l'on devait s'engager, comme cela a déjà été envisagé, dans l'élaboration d'un code des propriétés publiques ayant vocation à régir à fois le domaine de l'État et celui des collectivités locales, l'édiction de règles communes passerait sans doute par une intervention du législateur, au titre de sa compétence pour fixer les principes fondamentaux de la libre administration de ces collectivités ;
- si, au contraire, les modifications devaient rester circonscrites au code du domaine de l'État, il conviendrait au moins de traiter sur le même plan les principales règles applicables aux redevances domaniales, qu'il s'agisse du principe de tarification selon l'avantage retiré par l'occupant du domaine, des conditions de la gratuité ou des possibilités de versement anticipé des redevances.

70 - Cette répartition a été opérée, pour l'essentiel, par deux décrets du 14 mars 1962, pris notamment sur le fondement de l'article 37, alinéa 2 de la Constitution ; mais certaines dispositions applicables aux redevances, en particulier l'article L. 31 du code du domaine de l'État sur le paiement anticipé, sont issues d'une loi n° 70-576 du 3 juillet 1970.



Conclusion

Les développements qui précèdent devraient conduire les administrations – et d’abord celles de l’État – à reconsidérer, dans bien des cas, les conditions dans lesquelles elles réclament un paiement en contrepartie de certains avantages dont bénéficient leurs usagers. Ce réexamen paraît devoir s’orienter dans une double direction.

Il devrait porter, en premier lieu, sur l’ensemble des redevances qui, à la faveur des incertitudes nées de la jurisprudence dégagée dans le domaine du transport aérien, ont pu être instituées dans d’autres secteurs pour financer des missions qui, telles celles de sécurité ou de contrôle, s’avèrent insusceptibles de donner lieu à paiement par l’usager. Il convient à cet égard de ne pas sous-estimer les difficultés auxquelles devrait donner lieu cette remise en ordre, notamment celles tenant aux limites des possibilités de transformation d’une redevance en taxe. Aussi est-il souhaitable que ce réexamen soit entrepris sans tarder et, en particulier, sans attendre que se développent de nouveaux contentieux.

En deuxième lieu, la présente étude montre également que les régimes applicables à chacune des deux catégories de redevances sont, sur bien des points, condamnés à évoluer et à se rapprocher sous l’influence de facteurs largement convergents.

Le premier tient à ce que les règles applicables sont désormais déterminées, pour une part significative, par la nécessité de prendre en compte le droit de la concurrence et le droit communautaire. Ce dernier est lui-même en pleine évolution, plusieurs directives en préparation, intéressant en particulier les secteurs des transports et de l’énergie, étant susceptibles d’affecter les règles de fond qui s’imposent à l’administration en matière de tarification. Aussi les pouvoirs publics doivent-ils être particulièrement attentifs à ces évolutions, en prenant le cas échéant, d’ores et déjà, les dispositions permettant d’adapter les règles du droit interne à celles de ces évolutions qui sont dès à présent prévisibles.

La nécessité de faire évoluer ces règles sans même attendre que la France y soit contrainte par le droit communautaire tient aussi à la dimension économique du sujet : la présente étude a cherché à montrer qu’en ce domaine, la réflexion juridique ne peut ignorer les enseignements tirés de l’analyse économique ; or, celle-ci inspire, dans une large mesure, le droit de la concurrence, qu’il ait pour source la législation nationale ou le droit communautaire.

Mais si la prise en compte de cette double dimension doit conduire à rapprocher les règles régissant la rémunération des services rendus par les collectivités publiques et celles applicables aux redevances domaniales, il importe de souligner que ce rapprochement ne concerne, pour l’essentiel, que les questions de tarification. Elle demeure sans incidence sur les différences qui séparent, pour le surplus, les deux régimes : ces différences, qui portent en particulier sur le mode d’institution des différentes redevances et sur leur traitement budgétaire, sont consacrées par des textes, dont certains ont valeur de loi organique et dont la présente étude n’a pas fait apparaître de motifs de remise en cause.



Lettre de mission du Premier ministre

Le Premier ministre
N° 316/02/SG

Paris, le 11 mars 2002

Le Premier ministre

à

Monsieur le Vice-Président
du Conseil d'État

La notion de redevance pour services rendus s'est progressivement enrichie avec le développement et la complexification des activités de l'État et de l'ensemble des personnes morales de droit public ainsi que des acteurs de droit privé intervenant pour le compte de l'administration.

Cet enrichissement s'est accompagné de la multiplication de litiges portant sur l'application de textes instituant des redevances, qui ont mis en évidence le caractère incertain des contours de cette notion. Cette incertitude porte en premier lieu sur le périmètre exact de la notion de redevance. Il existe en effet une grande hétérogénéité entre les bénéficiaires de la redevance (depuis l'État jusqu'au concessionnaire d'un ouvrage d'art) ainsi qu'entre les domaines couverts. Il paraît dès lors nécessaire de préciser les critères permettant d'identifier une redevance, en déterminant notamment les éléments de fond qui la distinguent des impositions de toute nature mentionnées à l'article 34 de la Constitution.

Par ailleurs, une jurisprudence constante du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel fait dépendre la légalité d'une redevance du caractère direct du service rendu et de la proportionnalité entre ce dernier et le montant de la redevance acquittée. S'agissant du premier point, il ressort de la jurisprudence que l'institution ou l'aménagement de redevances demandées à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public doit trouver sa contrepartie directe dans des prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage.

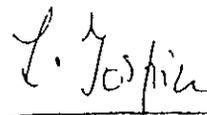


La notion de « contrepartie directe » est cependant susceptible d'appréciations plus ou moins extensives dont il serait utile de préciser les limites.

S'agissant de la proportionnalité, la question se pose de la possibilité d'intégrer d'autres éléments que le strict coût de la prestation fournie, prenant en compte, de manière plus large, la valeur de cette prestation pour le bénéficiaire.

Enfin, une réflexion me paraît devoir être conduite sur le régime applicable aux redevances d'occupation du domaine public. Cette question revêt une actualité particulière avec la possibilité de valorisation technique et économique de certains éléments du domaine public, en particulier dans le secteur des télécommunications. Il serait donc nécessaire de préciser dans quelle mesure les redevances pour occupation du domaine public se rattachent à la catégorie des redevances pour service rendu et, le cas échéant, quelles sont les spécificités de leur régime. En premier lieu, il est permis de s'interroger sur l'existence de limites à la possibilité d'obtenir de telles redevances en contrepartie d'une occupation privative. En second lieu, le principe suivant lequel le montant des redevances acquittées par le gestionnaire ou l'occupant du domaine public doit être fixé en fonction des avantages de toute nature qu'il retire de cette occupation permet-il de recourir à des procédures telles que celle de l'adjudication, où la valeur d'usage se détermine d'elle-même à partir des anticipations des opérateurs candidats ?

Compte tenu de l'ampleur des questions ainsi soulevées et de l'impact économique que peuvent recouvrir les solutions susceptibles d'être retenues, je souhaiterais que la section du rapport et des études du Conseil d'État puisse conduire une réflexion sur le sujet des redevances afin de clarifier les facultés offertes à l'administration dans ce domaine.



Lionel JOSPIN

Composition du groupe de travail

Président

Pierre-Alain JEANNENEY, conseiller d'État

Rapporteurs

Jacques ARRIGHI de CASANOVA, conseiller d'État

Laurent OLLEON, maître des requêtes

Membres

Rémi BOUCHEZ, conseiller d'État

Didier CASAS, maître des requêtes

Agnès CLARET de FLEURIEU, président de section au Conseil général des Ponts et Chaussées

Yves GAUDEMET, professeur à l'université de Paris II

Joël MAURICE, ingénieur général des Ponts et Chaussées, membre permanent du Conseil d'analyse économique (CAE)

Bruno ROUSSELET, administrateur civil, sous-directeur des affaires foncières, Direction générale des impôts, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Jean-Luc SCHNEIDER, administrateur de l'INSEE, sous-directeur des études sectorielles, Direction de la prévision, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Secrétaire du groupe

Christophe HUON, secrétaire de la Section du rapport et des études

Pierre-Alain PIONNIER, élève de l'École polytechnique, en stage au Conseil d'État, a apporté une utile contribution aux travaux des rapporteurs.

Personnalités auditionnées ou rencontrées

Alain ALEXIS, chargé des questions de service public, unité politique générale et législation, coordination et transparence des aides d'État, Direction générale de la concurrence, Commission européenne

Claude AZAM, chef du service des bases aériennes, Direction générale de l'aviation civile, ministère de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer

Simon BARRY, délégué au développement et à la société de l'information, Direction du développement des médias, services du Premier ministre

Axelle CAMUS, chef de l'unité fréquences, service opérateurs et ressources, Autorité de régulation des télécommunications

Emmanuel CAQUOT, chef du service des technologies et de la société de l'information, Direction générale de l'industrie, des technologies de l'information et des postes, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Jean-Marc CHADUC, directeur général de l'Agence nationale des fréquences

Julien DUBERTRET, chef du bureau de la synthèse, Direction du budget, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Claire-Françoise DURAND, chargée du marché intérieur, service juridique, Commission européenne

Alain FALQUE, directeur de la stratégie et de la politique commerciale, Aéroports de Paris

Laurent GALZY, directeur du contrôle de gestion et des affaires financières et juridiques, Aéroports de Paris

Patrick GANDIL, directeur des routes, ministère de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer

Alain GILLE, directeur du transport maritime, des ports et du littoral, ministère de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer

Emmanuel GLASER, sous-directeur du droit public et international, Direction des affaires juridiques, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Jean-François GRASSINEAU, adjoint au directeur général de l'aviation civile, ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement, du Tourisme et de la Mer

Roger GUESNERIE, professeur au Collège de France, directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales

Robert HANKIN, chef de l'unité politique générale et législation, coordination et transparence des aides d'État, Direction générale de la concurrence, Commission européenne

Alain LECOMTE, directeur adjoint des transports terrestres, ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement, du Tourisme et de la Mer

Jean-Marie LIENART, directeur du département du patrimoine, Régie autonome des transports parisiens

Jean MARIMBERT, conseiller d'État, directeur général de l'Autorité de régulation des télécommunications

Claude MARTINAND, président du conseil d'administration de Réseau ferré de France

Kirtikumar MEHTA, directeur de la politique de la concurrence, des affaires internationales et des relations avec les autres institutions, Direction générale de la concurrence, Commission européenne

Hubert du MESNIL, directeur général d'Aéroports de Paris

Jean-Claude PARAVY, sous-directeur du littoral des activités nautiques, Direction du transport maritime et des ports et du littoral, ministère de l'Équipement, des Transports et du Logement, du Tourisme et de la Mer

Michel PETITE, directeur général du service juridique, Commission européenne

Jean POULIT, directeur général de l'Institut géographique national

Patrice RAULIN, directeur des transports terrestres, ministère de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer

Laurent RICHER, professeur de droit public à l'université de Paris I

Jean-Claude ROUGES, chargé d'études à la Direction des transports terrestres, ministère de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer

Francisco SANTAOLALLA GADEA, chargé des aides d'État et du dumping, service juridique, Commission européenne

Philippe TERNEYRE, professeur de droit public à l'université de Pau et des Pays de l'Adour

Charles VALLEE, président directeur général des Éditions Dalloz

Patrick VIEU, sous-directeur des autoroutes et ouvrages concédés, Direction des routes, ministère de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer

Évaluation chiffrée des redevances perçues par l'État ¹

Redevances pour service rendu

Il est difficile d'évaluer avec précision le montant des redevances pour service rendu perçues par l'État, pour deux raisons principales :

- leur nombre est très élevé, mais il n'en existe pas de recensement exhaustif ;
- les imprécisions de terminologie et de définition qui caractérisent ces recettes se répercutent sur leur traitement dans les comptes de l'État.

Les chiffres qui suivent doivent donc être considérés avec beaucoup de prudence.

Cela étant, au sein du budget de l'État, les redevances peuvent recevoir trois sortes d'affectation :

- elles peuvent figurer parmi les recettes du budget général : elles sont alors retracées dans les recettes non fiscales ;
- elles peuvent venir abonder les crédits d'un budget spécifique : elles sont alors rattachées par voie de fonds de concours, en application de l'article 19 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 ;
- enfin, elles peuvent abonder les recettes d'un budget annexe ou d'un compte spécial du Trésor.

Certaines recettes du budget général ont le caractère de redevances

Parmi les recettes non fiscales du budget général, dont le produit total s'est élevé à 33,86 Mds€ en 2001, certaines recettes peuvent être analysées comme des redevances :

- les frais d'assiette et de recouvrement des impôts établis au profit de tiers (collectivités locales, Communautés européennes, administrations de sécurité sociale...), pour un montant de 2,88 Mds€ ;
- la rémunération des prestations assurées par le Trésor public au titre de la collecte de l'épargne, pour un montant de 0,16 Mds€ ;

1 - Sources : Direction du budget et Direction générale des impôts.

- les recettes tirées des prestations d'ingénierie publique effectuées par les services de l'Équipement et de l'Agriculture, pour un montant de 0,35 Mds€ ;
- la rémunération de la garantie accordée par l'État aux caisses et aux fonds d'épargne pour un montant de 3,05 Mds€ ;
- les redevances sanitaires d'abattage et de découpage, pour un montant de 60 M€ ;
- la redevance d'usage des fréquences radioélectriques, pour un montant de 28 M€ ;
- les redevances pour frais de contrôle, pour un montant total de 10 M€.

Ce dernier montant inclut vraisemblablement des prélèvements ayant en réalité une nature fiscale.

Au total, et sous cette réserve, les redevances imputées dans les recettes non fiscales représentent environ **6,5 Mds€**.

Des rémunérations pour service rendu viennent abonder par voie de fonds de concours les budgets des ministères

En nombre élevé (plus de 70) et représentant le plus souvent des montants modestes, elles se sont élevées au total à **160,96 M€** en 2001, dont 67,51 M€ au ministère de la Défense et 60,25 M€ au ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Les principales redevances perçues à ce titre sont les suivantes :

- **Défense** : redevances d'études, de concessions de licences et de cessions de droits de la propriété intellectuelle (21,9 M€) ; remboursement des frais de contrôle sur les commandes exécutées par l'industrie française pour les gouvernements étrangers (41,3 M€).
- **MINEFI** : diffusion de données et autres services rendus par l'INSEE (21,3 M€) ; rémunérations d'abonnements et d'utilisation versées par les utilisateurs du système de traitement automatique des opérations de dédouanement (18,2 M€) ; rémunérations au titre de la gestion comptable des OPHLM et des OPAC par les comptables du Trésor (3,3 M€) ; participations des opérateurs du commerce extérieur aux dépenses du service des douanes en dehors des bureaux ou des heures légales d'ouverture (5 M€).
- **Intérieur** : prestations de service d'ordre et de relations publiques (6,6 M€).
- **Santé et Solidarité** : frais de prélèvement et d'analyse d'échantillons d'eau pour la vérification de la qualité des eaux non minérales naturelles destinées à la consommation humaine (9 M€).
- **Agriculture et Pêche** : redevance perçue à l'occasion des contrôles vétérinaires à l'importation (3,4 M€).
- **Services communs de l'Équipement** : redevances versées par RFF et la SNCF au titre des frais de surveillance et de contrôle (2 M€) ; participation des concessionnaires du tunnel sous la Manche au fonctionnement de la

commission intergouvernementale et du comité de sécurité chargés de surveiller l'exploitation de l'ouvrage (1,2 M€).

Par ailleurs, plusieurs budgets annexes et comptes de commerce perçoivent des rémunérations pour service rendu

• Aviation civile (budget annexe)

Deux types de redevances sont perçus en matière de circulation aérienne :

- la redevance de route rémunère l'usage des installations et services mis en œuvre par l'État au-dessus du territoire métropolitain et dans son voisinage, pour la sécurité de la circulation en route et la rapidité de ses mouvements, y compris les services de radiocommunication et de météorologie. Cette redevance est régie par l'article R. 134-1 du code de l'aviation civile. En 2001, son montant s'est élevé à 749 M€ ;
- la redevance pour services terminaux de la circulation aérienne rémunère les services de la navigation aérienne fournis à proximité des principaux aéroports de métropole et d'outre-mer, au départ et à l'arrivée (contrôle d'approche et contrôle d'aéroport). Elle est régie par l'article R. 134-4 du code de l'aviation civile. En 2001, son produit s'est élevé à 187 M€.

• Journaux officiels (budget annexe)

En loi de finances initiale pour 2002, les recettes d'exploitation des Journaux officiels sont évaluées à 169,85 M€. Ces recettes proviennent à 87 % des annonces (marchés publics, annonces légales, annonces civiles et commerciales). Les ventes d'éditions au numéro ou par abonnement représentent 7 % des recettes. Les tarifs de ces prestations sont définis par décret.

• Documentation française (compte de commerce)

En loi de finances initiale pour 2002, les recettes commerciales de la Documentation française sont évaluées à 15,1 M€, soit 83 % des recettes de ce service. Ces recettes sont constituées par le produit des ventes de publications (9,3M€) et par les versements des administrations et organismes pour divers travaux et services.

• Parcs de l'équipement (compte de commerce)

Le montant des rémunérations perçues s'élève, en loi de finances initiale pour 2002, à 743 M€. Les parcs de l'équipement réalisent trois types de prestations pour le compte de l'État (31 % du chiffre d'affaires), des départements (55 %) et des communes (14 %) :

- la location et l'entretien des véhicules nécessaires à l'entretien routier (47 % du chiffre d'affaires) ;
- l'exécution des travaux (45 %) ;
- la fourniture de marchandises élémentaires (8 %).

Redevances domaniales

Le tableau ci-dessous retrace l'ensemble des produits domaniaux recouverts par le réseau comptable de la Direction générale des impôts au titre de l'occupation du domaine public national. Il ne prend pas en compte l'ensemble des produits relatifs aux domaines publics confiés en gestion à des établissements publics nationaux pour lesquels les agents comptables recouvrent directement les revenus correspondants (exemples : Voies navigables de France, Aéroports de Paris, ports autonomes maritimes et fluviaux, Centre des monuments historiques,...).

Par ailleurs, les redevances liées à l'occupation du domaine public hertzien ne sont ni gérées ni recouvrées par les comptables de la Direction générale des impôts. Elles ne figurent donc pas dans ce tableau.

Revenus du domaine public non militaire

Situation globale en compte	Année 2000	Année 2001
Redevances progressives dues par les titulaires de titres d'exploitation de mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux (articles 31-60 et 207 du code minier, produits à ventiler par le receveur divisionnaire)	70 549 159 F	117 384 496 F (17 895 151 €)
Autorisation d'exploitation de cultures marines	797 053 F	22 996 501 F (3 505 794 €)
Pêche et chasse sur les dépendances du domaine public	8 338 633 F	8 537 644 F (1 301 555 €)
Utilisation de l'énergie hydraulique (redevances fixes, redevances proportionnelles, redevances d'occupation du domaine public – entreprises autorisées et entreprises concédées)	8 913 093 F	9 006 602 F (1 373 048 €)
Concessions de ports de plaisance sur le domaine public maritime et fluvial	1 449 731 F	1 824 765 F (278 184 €)
Concessions d'outillage public (ports de commerce, ports de pêche)	593 463 F	447 141 F (68 166 €)
Droits de passage accordés sur le domaine public routier aux exploitants de réseaux de télécommunications (articles L. 47 et R. 20-45 et suivants du code des postes et télécommunications)	19 667 226 F	18 876 931 F (2 877 770 €)
Concessions ou autorisations d'occupation de toute nature dont la fixation de la redevance relève de la compétence du directeur des services fiscaux (article R. 55 du code du domaine de l'État)	157 454 541 F	173 648 761 F (26 472 583 €)
Occupations, concessions ou autorisations de toute nature autres que celles ci-dessus désignées, dont le tarif est fixé au plan national (décrets, arrêtés, barèmes)	15 832 181 F	20 327 307 F (3 098 878 €)
Recettes de biens acquis sur crédits FNAFU loués par convention d'occupation précaire (BOI *12 B-6-96)	41 966 225 F	90 542 075 F (13 803 050 €)
Redevances dues par les sociétés concessionnaires d'autoroutes pour occupation du domaine public (article R. 122-27 du code de la voirie routière)	880 382 019 F	905 151 124 F (137 989 399 €)
Autres redevances domaniales	2 090 918 F	1 261 386 F (192 297 €)
Total	1 208 034 242 F	1 370 004 733 F (208 855 875 €)

Revenus du domaine militaire immobilier

La nomenclature comptable de la Direction générale des impôts recense de manière globalisée l'ensemble des produits et revenus du domaine militaire, sans opérer de distinction entre les emprises relevant du domaine privé et du domaine public. Ces montants sont donc mentionnés à titre d'information, étant précisé que le domaine privé militaire est résiduel par rapport au domaine public administré par le ministère de la Défense.

Situation globale en compte	Année 2000	Année 2001
Redevances ou indemnités d'occupation et loyers	19 193 895 F	17 569 684 F (2 678 481 €)

