

N° 342788
Commune de Douai

Assemblée du contentieux

Séance du 7 décembre 2012
Lecture du 21 décembre 2012

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, rapporteur public

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

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

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

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

A Douai comme, peut-être, ailleurs sur le territoire national, EDF a décidé de vendre une partie de ce que cette société estime relever de son patrimoine immobilier, constituée de logements et d'immeubles de bureaux. La commune, estimant que ces biens étaient des biens de retour, s'y est opposée. Après avoir d'abord saisi le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz, elle s'est finalement retournée, lorsque cette instance a été privée de sa mission arbitrale par la loi du 13 juillet 2005, vers le tribunal administratif de Lille. Elle a présenté deux demandes. L'une tendait à ce qu'il soit enjoint à EDF de fournir un inventaire complet des

1
Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

biens de la concession. L'autre était un recours en interprétation portant notamment sur l'article 22 du cahier des charges de la convention et sur le sort des immeubles de bureaux et des logements. Le tribunal a jugé qu'il résultait de ces stipulations que la qualité de biens de retour avait été donnée, en l'espèce, non seulement aux immeubles et ouvrages à caractère technique, mais aussi aux immeubles et ouvrages accessoires utiles à l'activité de distribution, y compris, donc, les immeubles de bureaux du concessionnaire ainsi que ceux à usage de logement des agents. En d'autres termes, les premiers juges ont estimé que la commune intention des parties avait été de donner la qualification de biens de retour à des biens qui, en l'absence d'une telle intention, auraient pu être regardés comme de simples biens de reprise. Le tribunal a, par ailleurs, enjoint à ERDF de communiquer annuellement à la commune un inventaire physique individualisé de l'ensemble des biens immobiliers et mobiliers utilisés par l'opérateur pour la gestion du service de distribution de l'électricité.

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

Avant de procéder à son examen, rappelons que le juge administratif a été saisi à un double titre : en tant que juge du contrat, s'agissant des conclusions relatives à l'inventaire, et en tant que juge de plein contentieux s'agissant du recours en interprétation. Le tribunal administratif, puis la cour à sa suite, ont jugé que le recours en interprétation était recevable, la question de la qualification des immeubles ayant entraîné un « litige né et actuel » au sens de votre jurisprudence. Cette appréciation ne nous semble pas contestable, et n'est d'ailleurs pas contestée : le désaccord des parties à un contrat quant à ce que seront leurs droits et obligations futurs constitue bien un litige né et actuel (CE, 26 juillet 1912, Compagnie d'Orléans et du Midi, p. 889).

* * *

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

Le droit des concessions se réfère traditionnellement, depuis la seconde partie du XIX^{ème} siècle, au triptyque biens de retour / biens de reprise / biens propres du concessionnaire.

Les biens de retour présentent, pour simplifier, une double caractéristique : ils reviennent obligatoirement au concédant en fin de concession et celui-ci doit en être regardé comme le propriétaire ab initio, avec les conséquences qui s'en déduisent, notamment sur le plan fiscal : c'est le concédant qui est imposable au titre des taxes foncières (CE, 28 juin 1889, Compagnie des chemins de fer de l'Est, S. 1891, III-82 ; CE, 12 novembre 1897, Société nouvelle du casino municipal de Nice, p. 685 ; CE, 16 novembre 1988, Ministre de la Mer et Commune d'Arcachon, T., n° 47685).

Un certain nombre de décisions ajoutent que le propre des biens de retour est aussi de revenir gratuitement au concédant (CE, 9 novembre 1895, Ville de Paris, p. 142 ; CE, 9

2

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

décembre 1898, Compagnie du Gaz de Castelsarrazin, p. 782 ; CE, 31 mars 1922, Compagnie de l'éclairage des villes, p. 304 ; CE, 28 mars 1928, Société « L'Énergie électrique de la Basse-Isère », p. 457). Cette mention est habituellement interprétée comme signifiant que le retour du bien n'implique aucune indemnisation au bénéficiaire du concessionnaire, dans l'hypothèse où il a été totalement amorti ; en revanche, on le verra, la qualité de bien de retour peut ne pas être exclusive d'une indemnisation de la part non amortie du bien¹.

A contrario, si le concédant ne dispose que de la simple faculté de prendre possession d'un bien à l'expiration du contrat, le concessionnaire a, jusqu'à cette date, la qualité de propriétaire de ce bien, et ce dernier entre dans la catégorie des biens de reprise (CE, 8 juin 1928, Communes de Barges, Gésincourt, Cemboing et Combeaufontaine c/ Société d'intérêt collectif agricole électrique de Ray-Cendrecourt, p. 718 ; CE, 1er février 1929, Compagnie centrale d'énergie électrique, p. 133, qui précise qu'« à raison du caractère essentiellement facultatif du droit de reprise de l'Etat, ce dernier ne peut être considéré comme actuellement propriétaire des sous-stations et postes de transformateurs établis par la société en dehors des voies publiques » ; dans le même sens CE, 10 janvier 1938, Compagnie industrielle maritime, p. 2). Le Tribunal des conflits a fait sienne cette analyse par une décision du 2 décembre 1968, Electricité de France c/ dame veuve F... (p. 803) : lorsque les installations de la concession ne doivent revenir à la collectivité concédante que si celle-ci use de la faculté de les reprendre en fin de concession, elles restent la propriété du concessionnaire tant que le concédant n'a pas exercé son droit de reprise. Cette reprise, sauf stipulation contraire du contrat, se fait à leur valeur vénale (cf. CE, 5 juillet 1967, Commune de Donville-les-Bains c/ Société générale technique, p. 297, n° 60391).

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

Précisons que si le concédant est propriétaire des ouvrages qui ont la qualité de biens de retour, il n'acquiert cette qualité, en réalité, qu'à compter de leur achèvement. C'est le concessionnaire qui est maître d'ouvrage des travaux, et non la collectivité concédante. Les marchés de travaux conclus par le concessionnaire avec une entreprise privée sont donc des contrats de droit privé, réserve faite de l'application éventuelle de la jurisprudence Société Entreprise Peyrot. Dans le même ordre d'idées, vous avez jugé, à propos d'une concession autoroutière, que la taxe locale d'équipement, dont sont exclues les constructions édifiées par l'Etat, est bien due par le concessionnaire pour les bâtiments qu'il construit, alors même que ceux-ci sont, dès leur édification, propriété de l'Etat (CE, Section, 22 mars 1985, Ministre de l'urbanisme et du logement c/ Société des autoroutes du Sud de la France, p. 88, n°52845). Par ailleurs, durant la vie du contrat, le concessionnaire dispose d'un droit de jouissance exclusif sur l'ouvrage. Simplement, comme le relève la Cour de cassation, « la jouissance exclusive des biens litigieux par le concessionnaire, pendant la durée de la concession ne fait pas obstacle à leur appartenance à l'autorité concédante » (1^{ère} Civ., 3 mars 2010, n° 08-21.311). Mais ce droit de jouissance exclusif justifie, par exemple, qu'en comptabilité, les biens de retour soient inscrits à l'actif du bilan de la société concessionnaire et puissent faire l'objet d'un amortissement, y compris, sur le plan fiscal, un amortissement dit de caducité.

¹ Sur le critère de la gratuité, cf. note A. Mestre sous CE, 5 mai 1958, Secrétaire d'Etat aux finances et aux affaires économiques, CJEG 1959.187

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

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

Il arrive, cependant, que les stipulations contractuelles ne permettent pas de trancher le litige. En ce cas, vous n'hésitez pas à dégager l'intention commune des parties, et, pour ce faire, à considérer que celles-ci « *ont eu essentiellement comme but de laisser à la disposition de l'autorité concédante en fin de concession les moyens matériels de continuer l'exploitation des services concédés* » (CE, Section, 11 mai 1956, Compagnie des transports en commun de la région de Douai, p. 203). Ainsi, dans le silence de la convention, joue le principe selon lequel les biens nécessaires à l'exploitation du service doivent être regardés comme des biens de retour. Cette nécessité s'apprécie à la cessation du contrat. C'est ainsi qu'à l'expiration d'une concession portant initialement sur la construction et l'installation d'un réseau de transports en commun par tramways, auxquels s'étaient substitués au fil du temps des autobus, les installations fixes nécessaires à ce nouveau mode de transport (garages, ateliers) doivent être remis gratuitement au concédant.

Dans cette logique, de simples locaux administratifs dont dispose le concessionnaire ne sont pas des biens de retour, en l'absence de stipulations en ce sens (CE, Section, 10 mai 1929, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, p. 485).

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

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

* * *

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

Sur le plan contentieux, la moisson est modeste, même si vos rares décisions ne sont pas passées inaperçues, et notamment la première d'entre elles, Ministre du budget c/ Société SAGIFA du 21 avril 1997 (n° 147602), décision qui n'est pourtant pas fichée. La question posée était de savoir qui, de la SNCF ou d'une société titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public ferroviaire, était redevable de la taxe foncière sur les propriétés bâties. Vous avez jugé, à cette occasion, que « *l'appropriation privative*

d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté. » Vous en avez déduit qu'en l'espèce la convention conclue entre la SNCF et la société Sagifa pour les seuls besoins de l'activité du permissionnaire avait pu légalement prévoir que celui-ci demeurerait propriétaire pendant la validité du contrat des installations et constructions réalisées par lui sur le domaine public.

Cette décision a été interprétée par la doctrine – et parfois critiquée à ce titre – comme excluant, a contrario, qu'un ouvrage édifié par l'occupant du domaine public pour les besoins du service public puisse faire l'objet d'une appropriation privée (cf. notamment la note des professeurs Fatôme et Terneyre à la RFDA 1997, pp. 935-939).

La solution n'en a pas moins été réitérée par une décision du 23 juillet 2010, Mme Montravers, agissant en qualité de liquidateur judiciaire de la société Neville Foster Delaunay Belleville (n° 320188), fichée sur un autre point. Elle s'est attiré les mêmes critiques².

Indiquons aussi que, par une décision Communauté de communes du Queyras du 4 mai 2011 (p. 200), vous avez jugé illicites des stipulations permettant le transfert à la société délégataire de la propriété de biens relevant du domaine public de la personne publique délégante, mais le précédent n'est pas topique, car il s'agissait d'ouvrages qui étaient la propriété du délégant avant que le contrat ne soit noué, et qui n'avaient donc pas été construits par le délégataire.

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

La section des travaux publics, par un avis rendu le 30 mars 1989 (rapport annuel, pp. 236-237), a ainsi estimé que les infrastructures ferroviaires faisaient partie du domaine public de l'Etat et ne pouvaient, « *par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit* ».

Et, surtout, par un avis rendu le 19 avril 2005 (rapport annuel, pp. 197-202), elle a considéré, dans le cas d'une délégation du service public des remontées mécaniques (mais la solution a une portée générale), que « *l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service installés sur des propriétés publiques (...) appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention.* » L'avis précise que « *les conventions ne pourraient d'ailleurs légalement prévoir une propriété privée de ces installations pendant la durée de l'exploitation, sous réserve de la mise en œuvre de baux emphytéotiques en application de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 ou de la procédure de crédit-bail en application de l'article 87-II de la loi de finances n° 86-1137 du 30 décembre 1986.* »

² Cf. F. Brenet, « La propriété des installations édifiées ou acquises par l'occupant ordinaire du domaine public », DA 2010, comm. 140.

Là encore, les commentaires d'une partie de la doctrine ont été, sur ce point précis, pour le moins réservés.³

En réalité, au-delà même de ces critiques ponctuelles, c'est la théorie des biens de retour qui, plus globalement, voit parfois sa pertinence remise en cause. On vous invite ainsi à la « dépasser », pour reprendre l'intitulé d'un dossier consacré à ce thème dans un numéro récent de la revue Contrats publics, voire à envisager son abandon pur et simple, sous la plume des professeurs Fatôme et Terneyre, dans leur contribution à un ouvrage récent consacré aux contrats et à la propriété publique⁴. A tout le moins son érosion est-elle soulignée⁵.

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

- d'une part, l'affirmation selon laquelle les biens nécessaires au service public doivent être la propriété du concédant ne repose sur aucune exigence constitutionnelle ;
- d'autre part, l'application de ce principe rend plus difficile le financement des ouvrages implantés sur le domaine public et nuit ainsi à sa valorisation.

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

Qu'en est-il ?

Sur le premier point, il est exact que, pour le Conseil constitutionnel, les besoins du service public ne supposent pas nécessairement une appropriation publique des ouvrages concernés dès le début du contrat. Comme il le relève régulièrement, le législateur ne doit pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics (cf. par exemple CC, décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 sur la loi complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public). Cependant, ces exigences constitutionnelles n'impliquent pas le maintien de la propriété publique sur les biens concernés, si des garanties appropriées sont prévues (cf. notamment les décisions n° 96-380 DC du 23 juillet 1996 sur la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom et la décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005 sur la loi relative aux aéroports). Aussi la loi peut-elle organiser le transfert à une personne privée de dépendances du domaine public de l'Etat, dès lors que celui-ci dispose de la capacité de s'opposer à toute forme d'aliénation d'un ouvrage ou d'un terrain nécessaire à la bonne exécution ou au développement des missions de service public en cause (cf., a contrario, la décision n° 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, qui censure une disposition législative transférant à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes des biens

³ Cf. en particulier les observations du professeur Terneyre au BJCP 2006, pp. 111-112 ; cf. également J.-F. Sestier, « Retours sur la question des biens de retour », BJCP 2006.327 et L. Richer, « Droit des contrats administratifs », 7^e éd., p. 558 ; cf. également F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La théorie des biens de retour à l'épreuve de la loi », CMP avril 2012, repère n° 4

⁴ LexisNexis, Colloques et débats, sous la direction de G. Clamour, septembre 2011

⁵ G. Mollion, « Vers l'érosion des biens de retour », AJDA 2011.363

immobiliers appartenant à l'Etat, en raison de l'absence de garanties quant au maintien de l'affectation de ces biens aux missions de service public dévolues à l'association).

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

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

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

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

La deuxième étape a été constituée par la loi du 25 juillet 1994, aujourd'hui codifiée aux articles L. 2122-6 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques, qui a posé le principe selon lequel *« le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre. »* Cette présomption ne joue pas si les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public ; mais l'Etat peut, même en ce cas, décider l'attribution d'un droit réel (cf. l'article L. 2122-10). Le mécanisme n'est pas limité aux autorisations unilatérales : l'article L. 2122-11 prévoit qu'il est également applicable *« aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public »*. Le texte précise que, *« lorsque ce droit d'occupation du domaine public résulte d'une concession de service public ou d'outillage public, le cahier des charges précise les conditions particulières auxquelles il doit être satisfait pour tenir compte des nécessités du service public. »* Le droit réel peut être hypothéqué et, depuis l'intervention d'une loi du 12 mai 2009, *« la réalisation des ouvrages, constructions et installations peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail »*, y compris lorsque le bien est affecté au service public, ce qui était auparavant exclu, sauf exceptions.

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, les collectivités territoriales bénéficient, elles aussi, de la possibilité de délivrer des autorisations d'occupation

temporaire du domaine public constitutives de droits réels « *en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence* » (cf. l'article L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales). Ces autorisations ont un régime analogue à celui des autorisations délivrées par l'Etat.

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

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

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

Enfin, rappelons qu'au-delà de ces autorisations temporaires (qui peuvent malgré tout avoir une durée de 70 ans dans le cadre de la loi de 1994, et de 99 ans pour les baux emphytéotiques administratifs⁶), la loi a transformé différents établissements publics industriels et commerciaux en sociétés commerciales (France Télécom, EDF, GDF, Aéroports de Paris), cette transformation s'accompagnant du transfert définitif à ces sociétés de biens appartenant antérieurement au domaine public.

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

On peut simplement regretter que l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques n'ait pas été l'occasion de simplifier et d'harmoniser les différents mécanismes (nous renvoyons sur ce point à la présentation du code, sous la plume des présidents Maugué et Bachelier, publiée à l'AJDA en 2006, pp. 1073 et s.⁷).

⁶ Mais, dans le cadre d'une concession, la durée du droit réel est limitée par la durée de la convention elle-même, qui ne peut excéder la durée normale d'amortissement des installations réalisées par le concessionnaire.

⁷ Cf. également F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », RFDA 2006.935 ; Y. Gaudemet, Les droits réels sur le domaine public », AJDA 2006.1094 ; E. Pourcel, « A qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le

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

Ce point n'a pas échappé à la doctrine. Ainsi, dès 1995, dans un commentaire du décret du 6 mai 1995 relatif à la constitution de droits réels sur le domaine public⁸, les professeurs Fatôme et Terneyre relèvent-ils que « *les ouvrages sur lesquels le contrat de concession confère un droit réel au concessionnaire constituent une nouvelle catégorie de ce qu'il est convenu d'appeler les biens de la concession.* » Pour les auteurs, il ne peut s'agir de biens de retour, puisque le concessionnaire dispose sur eux, pendant toute la concession, d'une forme de droit de propriété. Mais il ne s'agit pas non plus de biens de reprise, puisque, selon la loi, ils doivent, à l'expiration du contrat, être démolis par le titulaire de l'autorisation, « *à moins que leur maintien en l'état n'ait été prévu expressément par le titre d'occupation ou que l'autorité compétente ne renonce en tout ou partie à leur démolition* », auquel cas, ils deviennent de plein droit et gratuitement la propriété du concédant. Les signataires de l'article proposent la qualification de « *biens de reprise automatique* ».

On peut aussi estimer – et c'est plutôt notre analyse – que, compte tenu de leurs caractéristiques, il s'agit de biens de retour d'un genre nouveau, qui ne diffèrent des autres biens de retour qu'au regard de leur propriété durant la concession⁹.

Quel que soit l'intérêt théorique de ce débat, un point nous paraît devoir être explicitement affirmé par votre décision : en prévoyant que la possibilité pour l'occupant du domaine public d'être titulaire de droits réels joue également dans le cadre des conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public, y compris les concessions de service public, la loi interfère directement avec le triptyque traditionnel biens de retour/biens de reprise/biens propres. Cette interprétation est d'ailleurs parfaitement cohérente avec l'avis de la section des travaux publics de 2005 qui, après avoir rappelé qu'une concession de remontées mécaniques par une collectivité territoriale ne pouvait légalement prévoir une propriété privée des installations pendant la durée de l'exploitation, réservait la mise en œuvre de baux emphytéotiques administratifs. A l'époque où l'avis a été rendu, les collectivités territoriales ne pouvaient délivrer d'autorisations d'occupation temporaire du domaine public assorties de droits réels, mais l'idée était bien que, de façon générale, seule la loi pouvait déroger au principe¹⁰.

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

domaine public constitutifs de droits réels ? », JCP N 2007.1190 ; P. Delvolvé, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », RFDA 2011.1125

⁸ AJDA 1995.905

⁹ Cf. en ce sens G. Mollion, article préc. ; cf. également L. Vidal, « Interrogations sur les biens de retour, biens de reprise et biens propres », Contrats publics, novembre 2011, pp. 29-35

¹⁰ Sur cette question cf. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La théorie des biens de retour à l'épreuve de la loi », préc.

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

Comme le relevait Achille Mestre dans une note sous votre décision du 1^{er} mars 1929, Société des transports en commun de la région toulousaine¹¹, « *le but essentiel de la concession, c'est de doter la collectivité, sans appel à l'emprunt ou à l'impôt, d'ouvrages d'utilité publique, prêts à fonctionner ; le droit de retour n'est que le moyen juridique par lequel cet objectif sera un jour atteint.* »

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

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

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

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

¹¹ Sirey 1929, 6^e cahier, pp. 73-76

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

Commençons par le cas des ouvrages qui sont édifiés sur une propriété privée ainsi que des biens meubles. En ce qui les concerne, ce n'est pas la problématique de la domanialité publique qui fait obstacle à ce qu'ils soient la propriété du concessionnaire, si l'on admet qu'une personne privée peut être propriétaire d'un bien nécessaire au service public. C'est d'ailleurs le cas lorsque le bien est apporté par le concessionnaire lors de la conclusion du contrat. On peut rencontrer notamment cette hypothèse dans le cas des remontées mécaniques (cf. sur ce cas de figure un intéressant arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon, rendu le 16 février 2012, Société Télépente des Gets, n° 10LY02351). Vous avez ainsi déjà jugé que, dans le cadre de la concession d'un port de plaisance, la convention puisse aménager les conditions et le calendrier du transfert au concédant de terrains appartenant au concessionnaire (CE, 18 janvier 1988, S.A. « Yacht Club International de Marina Baie des Angés », T., n°46879)

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

Or, nous l'avons vu, cette lecture ne repose pas sur une contrainte constitutionnelle : à cet égard, il faut et il suffit de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics. En revanche, la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Constitution, comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel au terme d'une évolution jurisprudentielle marquée notamment par sa décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Elle s'applique aux collectivités territoriales (cf. la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 sur la loi relative au secteur de l'énergie). Vous l'avez d'ailleurs vous-mêmes consacrée par votre décision de section Société Borg Warner du 28 janvier 1998 (p. 20, n°138650). Certes, il peut être porté atteinte à cette liberté dans la mesure nécessaire à la satisfaction d'autres motifs d'intérêt général. Mais on peut parfaitement concevoir que des stipulations contractuelles ménagent au profit du concédant des prérogatives et garanties propres à assurer la continuité du service public, comparables à celles qu'a prévues le législateur s'agissant du domaine public.

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

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

Si l'évolution des techniques a pour conséquence l'obsolescence de certains biens, le contrat peut prévoir, pour ceux-ci, d'autres solutions que le retour pur et simple au concédant, par exemple leur destruction, le cas échéant aux frais du concessionnaire (cf. par exemple en ce sens CE, 5 mai 1958, Secrétaire d'Etat aux finances et aux affaires économiques¹²). L'essentiel est que la fin du contrat ne fasse pas obstacle à la poursuite de l'exécution du service public dans son dernier état.

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

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

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

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

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

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

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

¹² Cf. note 1

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

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

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

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

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

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

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

En d'autres termes, permettre de qualifier un bien nécessaire au service public de bien de reprise peut soumettre aux aléas des négociations contractuelles le coût de rachat de biens qui auront été amortis (et donc financés par l'utilisateur), et dont la collectivité, par définition, ne pourra pas se passer, sauf à interrompre le fonctionnement du service. La position des collectivités publiques, du moins de certaines d'entre elles, pourrait s'en trouver fragilisée. Les commentateurs critiques de l'avis de 2005 reconnaissent d'ailleurs eux-mêmes que celui-ci peut « *renforcer, en cours de négociation du contrat, la position des collectivités locales réputées faibles, face à des puissances économiques oligopolistiques.* »¹³

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

Nous vous invitons donc à confirmer que de tels biens doivent être regardés comme des biens de retour. Vous pourrez également saisir cette occasion pour rappeler qu'en revanche nul texte ou principe ne s'oppose à ce que les parties décident d'inclure dans la catégorie des biens de retour des biens qui ne seraient pas nécessaires, mais simplement utiles, au fonctionnement du service public. Là, la liberté contractuelle ne rencontre pas d'obstacle : vous avez d'ailleurs déjà jugé que des biens qui n'ont pas été affectés en pratique au service public ou dont l'affectation a cessé avant la fin de la concession peuvent se voir reconnaître la qualité de biens de retour si le contrat le prévoit (CE, 13 avril 1985, *Gaz de France c/ Ville de Nice*, n° 45966, CJEG 1986.7).

* * *

La problématique des biens de retour comporte un second volet, qui a trait aux conditions de l'éventuelle indemnisation de leur valeur non amortie à l'issue du contrat. Comme nous vous l'avons déjà indiqué en concluant sur la même affaire voici quelques mois devant votre section du contentieux, vous n'êtes pas tenus de vous pencher sur cette délicate question pour statuer sur le pourvoi dont vous êtes saisis, même si une prise de position de votre part est, semble-t-il, très attendue, notamment dans le secteur des remontées mécaniques. Nous vous en dirons donc quelques mots.

Commençons, sur ce point, par rappeler les grandes lignes du régime comptable et fiscal applicable à l'amortissement des biens de retour.

Depuis l'intervention d'un règlement du 12 décembre 2002 du Comité de la réglementation comptable, qui a modifié diverses dispositions du plan comptable général (PCG), les entreprises arrêtent désormais le plan d'amortissement de leurs actifs selon le rythme de consommation des avantages économiques attendus en fonction de leur utilisation probable (cf. l'article 322-1 du PCG). Les immobilisations faisant l'objet d'une concession ne sont pas expressément exclues du champ d'application de cet article. Toutefois, en ce qui les concerne, il existe des règles spécifiques, qui figurent à l'article 393-1 du PCG. Le Conseil

¹³ J.-F. Sestier, article préc.

national de la comptabilité estime donc que les concessions sont hors champ du règlement du 12 décembre 2002. De fait, le texte spécial doit être regardé comme dérogeant au texte général et, en pratique, les entreprises concessionnaires utilisent, semble-t-il, le plan comptable de 1975 qui leur est propre, avec un amortissement selon les usages de la profession.

Outre l'amortissement comptable, une entreprise concessionnaire peut pratiquer un amortissement de nature financière dit « amortissement de caducité », dès lors qu'elle est « *dans l'obligation de détruire ou abandonner sans indemnité ses équipements et installations à la collectivité concédante à l'expiration de la durée de la concession* » (cf. par exemple CE, 22 octobre 1990, Société « Compagnie parisienne de chauffage urbain », T.). L'amortissement de caducité a pour objet de permettre la reconstitution des capitaux investis (capitaux propres et emprunts) sur la durée prévue de la concession. Créé par une instruction administrative du 31 janvier 1928, il a été rapidement entériné par votre jurisprudence fiscale (CE, 31 juillet 1942, Société X, p. 241). Il n'est pas autorisé dès lors que le contrat prévoit une indemnisation de la valeur non amortie des biens en fin de contrat (CE, 14 janvier 2008, Société Sogeparc France, n° 297541, T.).

Lorsque l'immobilisation est renouvelable, elle peut donner lieu à une provision pour renouvellement, mais qui, fiscalement, ne peut se cumuler avec l'amortissement de caducité (CE, 16 mars 1977, SARL X, p. 140).

Ceci étant, dans quelles hypothèses des biens de retour peuvent-ils donner lieu à indemnisation ?

Depuis l'intervention de la loi « Sapin », la durée des délégations de service public est encadrée : elle est « *déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre*¹⁴. »

Vous avez jugé, par une décision Société Maison Comba du 11 août 2009 (n° 303517, T.), que « *la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante, peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements.* » Vous avez donc considéré que les parties pouvaient raisonner en termes d'amortissement économique¹⁵.

Il existe donc une marge de manœuvre pour les parties et le système est conçu de telle sorte que la durée du contrat permette d'amortir l'intégralité du coût de l'investissement initial et de dégager un bénéfice raisonnable pour le concessionnaire, avec un retour gratuit du bien

¹⁴ Article 40 de la loi du 29 janvier 1993, article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales.

¹⁵ Le point de départ à prendre en compte, pour le calcul de la durée d'amortissement, est la date d'achèvement des investissements et de mise en service de l'ouvrage (CE, 8 février 2010, Commune de Chartres, n° 323158, T.).

en fin de concession, et ceci alors même qu'il y aurait eu, en cours de concession, des investissements de renouvellement, qui sont normalement à la charge du délégataire, comme le rappelle d'ailleurs l'avis de 2005. Il ne peut alors y avoir ni indemnisation, ni a fortiori « rachats », d'installations déjà intégralement financées par les usagers (avec le concours éventuel de la collectivité).

Le principe de gratuité des biens de retour, s'agissant de contrats qui viennent à leur terme, ne peut céder, à notre sens, que dans deux hypothèses.

La première est celle où les parties se seraient volontairement accordées sur une durée du contrat inférieure à celle permettant d'amortir les biens. On en trouve des illustrations dans votre jurisprudence (cf. par exemple la décision Société Sogeparc France du 14 janvier 2008 déjà mentionnée¹⁶). Vous avez tout récemment jugé que si les dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT « limitent la durée de la convention et imposent qu'elle tienne compte, pour la déterminer, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser, elles n'interdisent pas, par principe, que cette durée puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés et ne font pas obstacle au droit du délégataire d'être indemnisé à hauteur des investissements non amortis à l'issue du contrat » ; une convention peut donc légalement prévoir une indemnisation à ce titre (CE, 4 juillet 2012, Communauté d'agglomération de Chartres Métropole, n°352417, à mentionner aux tables).

La seconde hypothèse est celle où auraient été mis à la charge du concessionnaire, en cours de contrat, des investissements nouveaux non prévus initialement, sans modification de la durée de la concession. C'est une configuration qui peut survenir dans le droit commun des délégations de service public, puisque les conditions mises par la loi « Sapin » à une éventuelle prolongation de la durée d'une délégation de service public sont très strictes¹⁷ : il faut que le délégataire soit « contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. » On doit cependant garder à l'esprit qu'un nouvel investissement ne peut être demandé au concessionnaire s'il révèle une modification de l'objet de la concession ou de l'un de ses éléments essentiels, de nature à remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale. Le cas est également prévu pour les remontées mécaniques par l'article L. 342-3 du code du tourisme¹⁸.

Par ailleurs, la résiliation anticipée d'une concession pour motif d'intérêt général ouvre droit en principe à indemnisation de la valeur non amortie des investissements (cf.

¹⁶ Il s'agissait de parcs de stationnement amortissables sur 45 ans, avec une durée de la concession fixée à 30 ans, le concédant s'engageant à verser à l'expiration de cette durée une indemnité correspondant aux 15/45èmes du montant de la valeur des installations au moment de leur construction, sauf prorogation de la concession pour une durée de quinze ans supplémentaire.

¹⁷ Au-delà de la prolongation d'un an pour motif d'intérêt général autorisée par le texte.

¹⁸ « Lorsque la durée résiduelle d'un contrat (...) est insuffisante pour permettre l'amortissement normal d'investissements supplémentaires demandés par la personne publique délégante pour moderniser les infrastructures existantes (...), les parties peuvent convenir, par voie d'avenant, des conditions d'indemnisation du délégataire pour lesdits investissements qui ne seraient pas amortis au terme du contrat. »

notamment CE, 5 juillet 1967, Commune de Donville-les-Bains c/Société générale technique, p. 297, n°60931 ; CE 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, p. 33, n°126594). Ce droit joue d'ailleurs aussi en cas de résiliation pour faute, afin d'éviter un enrichissement sans cause du concédant (CE, 20 mars 1957, Société des établissements thermaux, hôtels, casino et grottes d'Ussat-les-Bains, p. 182).

Dans ces différents cas de figure, comment calculer la valeur non amortie des biens ?

L'avis de 2005 de la section des travaux publics indique que les investissements nouveaux « *peuvent être compensés par une subvention d'exploitation ou par le versement d'une indemnité au délégataire. Dans ce cas, et sauf faute de l'autorité délégante ou stipulation contraire de la convention, l'indemnisation du délégataire par le délégant en fin de délégation ne peut couvrir que le coût des investissements non amortis évalués à leur valeur nette comptable, sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à leur valeur réelle.* » La même règle est affirmée s'agissant d'une résiliation pour motif d'intérêt général. La mention « *sauf stipulation contraire de la convention* » semble ouvrir aux parties la possibilité de déroger à la règle ainsi posée, mais la portée exacte de cette réserve a donné lieu à des interprétations divergentes. L'avis est muet sur le cas de la convention dont la durée serait inférieure à la durée normale d'amortissement des biens de la concession.

Convient-il de fixer une règle générale, en prévoyant que, dans tous les cas de figure, l'indemnisation doit être fixée à la valeur nette comptable, sans que les parties puissent y déroger (position adoptée par le tribunal administratif de Grenoble dans un jugement remarqué du 27 mars 2012).

Dans le silence du contrat, en cas de résiliation anticipée, et lorsque la durée de la concession n'est pas plus longue que la durée de l'amortissement comptable des immobilisations, la logique plaide, a priori, pour l'application de la règle de la valeur nette comptable telle qu'elle figure au bilan, puisque, par ailleurs, le manque à gagner doit être indemnisé. En effet, « *retenir un mode de calcul de l'indemnité qui reposerait sur un amortissement économique reviendrait à indemniser le gain manqué deux fois (puisque) l'amortissement économique tient compte du bénéfice attendu par le délégataire.*¹⁹ » La valeur nette comptable est donc un outil a priori pertinent, sous réserve, peut-être, des incidences d'une politique d'amortissement accéléré ou retardé.

Si la durée de la concession est inférieure à la durée d'amortissement comptable des immobilisations, le concessionnaire a logiquement procédé à des amortissements de caducité. La valeur économique du bien est ainsi égale à zéro en fin de contrat. En cas de résiliation anticipée, et pour parvenir à une indemnisation représentative de la valeur économique résiduelle, il suffit donc de calculer la valeur nette comptable des installations à la date de la résiliation si celles-ci avaient été amorties non sur leur durée d'utilisation mais sur la durée de la concession.

Pour prendre un exemple chiffré. Une concession est conclue pour 20 ans avec des installations d'une valeur de 3000 dont la durée d'utilisation comptable est de 30 ans.

¹⁹ Philippe S. Hansen, « Calculer la durée d'amortissement des biens réalisés », Contrats publics, novembre 2011, pp. 43-45

L'amortissement comptable est donc de 100 par an, auxquels s'ajoutent normalement 50 d'amortissement de caducité, pour parvenir à une valeur zéro au terme du contrat. Celui-ci est résilié au bout de 15 ans. A cette date, le concessionnaire aura pratiqué 1500 d'amortissement comptable (100 x 15) et 750 d'amortissement de caducité (50 x 15). La valeur économique résiduelle sera de 750 (3000 – 1500 – 750). On parvient au même résultat si on procède au calcul de la valeur nette comptable en prenant comme base la durée de la concession (3000 : 20 donnent 150 d'amortissement annuel, soit 2250 au bout de 15 ans). La méthode neutralise l'amortissement de caducité et, le cas échéant, les provisions pour renouvellement.

La situation se complique un peu dans le cas d'investissements nouveaux en cours de concession, non prévus initialement. Le problème peut être partiellement traité par le jeu des amortissements de caducité. Mais on peut aussi concevoir qu'un avenant prévoie une indemnisation, faisant alors obstacle à de tels amortissements. En une telle hypothèse, imposer systématiquement aux parties de ne prévoir une indemnisation des biens non amortis qu'à leur seule valeur nette comptable pourrait être pénalisant pour le concessionnaire, puisque cette indemnisation ne tiendrait pas compte de leur coût de financement, non plus que de la nécessité pour l'entreprise de couvrir ses charges et de réaliser un bénéfice raisonnable. Des investissements nouveaux peuvent modifier l'équation économique d'une concession dans des conditions qui ne peuvent être rétablies par la seule approche comptable.

La question se présente de la même façon pour les concessions qui seraient conclues pour des durées ne permettant pas un amortissement économique des investissements ; l'indemnisation en fin de contrat prévue par les parties doit pouvoir s'écarter de la notion de valeur nette comptable.

Compte tenu des éléments que nous avons évoqués, pourrait être retenue la logique suivante.

Dans le silence du contrat, il y aurait une règle supplétive, celle de l'indemnisation des biens non amortis à leur valeur nette comptable. Cette valeur nette comptable est celle qui apparaît au bilan de l'entreprise concessionnaire lorsque la durée de l'amortissement comptable n'est pas supérieure à la durée de la concession. Si elle lui est supérieure, il convient alors de prendre comme base de calcul la valeur nette recalculée sur la durée de la concession. La règle supplétive ainsi définie ne pourrait être écartée que s'il était établi par l'une des parties que le montant résultant de son application ne coïncide pas avec le préjudice réellement subi par le concessionnaire du fait du retour anticipé du bien dans le patrimoine de la collectivité.

Si les parties ont, en revanche, entendu fixer contractuellement les conditions d'indemnisation du concessionnaire lorsqu'au terme de la concession, prévu ou anticipé, tous les investissements n'ont pas été amortis, les stipulations de la convention devraient pouvoir écarter l'application de la règle supplétive. Elles devraient pouvoir le faire, déjà, parce que le mode de calcul selon la valeur nette comptable peut, en certains cas, ne pas rendre compte de façon satisfaisante du préjudice subi. Elles devraient pouvoir le faire, en outre, dans le cadre que vous avez tracé par votre décision du 4 mai 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan (n° 334280, à publier au recueil), à propos de la résiliation d'une concession pour motif d'intérêt général : l'étendue et les modalités de l'indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations contractuelles, *« sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité*

ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ». Il ne s'agit évidemment pas d'indemniser deux fois le même préjudice ni de consentir une libéralité au cocontractant, mais d'ouvrir aux parties la possibilité d'une approche globale, permettant de moduler tel ou tel chef de préjudice pour tenir compte des éventuelles contreparties et de l'équilibre d'ensemble.

* * *

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

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

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

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

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

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

Ce serait le cas si vous deviez estimer qu'il existe une gradation entre la notion de bien nécessaire et celle de bien indispensable. Telle n'est pas notre analyse : dans le contexte

particulier des concessions de service public, nécessaire ou indispensable nous paraissent des notions équivalentes, et donc interchangeable. Il vous arrive d'ailleurs de les utiliser indifféremment (cf. par exemple CE, 29 juillet 1983, Société anonyme « Union thermale pyrénéenne », n° 34710).

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

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

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

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

La cour n'est cependant pas allée au bout de son office. Ce qui lui était demandé, c'était certes d'interpréter l'article 22 de la convention, mais c'était aussi de se prononcer sur la qualification d'une liste de biens, ceux précisément qu'EDF aurait été bien aise de pouvoir aliéner. Un recours en interprétation, selon une jurisprudence constante, peut permettre d'obtenir du juge une réponse à une question de qualification (cf. pour une illustration récente CE, 9 juillet 2010, Mme L..., n°313989). En ne répondant pas à l'ensemble des conclusions dont elle était saisie, la cour a entaché son arrêt d'irrégularité, et vous devrez le censurer dans cette mesure, non pas totalement, mais en tant seulement qu'il ne se prononce pas sur le sort des immeubles concernés.

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

* * *

Venons-en à la seconde partie de l'arrêt, celle relative à l'inventaire des biens de la concession.

Le tribunal administratif s'était fondé sur les dispositions de l'article L. 2224-31 du CGCT, aux termes desquelles les collectivités territoriales, en tant qu'autorités concédantes de la distribution d'électricité, « *assurent le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz* » et désignent à cette fin « *un agent du contrôle distinct du gestionnaire*

du réseau public de distribution » ; le texte prévoit également que « chaque organisme de distribution d'électricité et de gaz tient à la disposition de chacune des autorités concédantes précitées dont il dépend les informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique utiles à l'exercice des compétences de celle-ci. » Le tribunal en a déduit qu'ERDF devait « au minimum tenir à disposition de la collectivité concédante, au titre des informations techniques utiles à l'exercice de son contrôle, un inventaire annuel physique détaillé de l'ensemble des biens, mobiliers et immobiliers, utilisés pour le service de la distribution électrique sur le territoire de cette collectivité, afin de permettre notamment à celle-ci d'apprécier le caractère de bien de retour, de bien de reprise ou de bien propre de ces biens au regard des clauses du contrat. » Ceci sans préjudice de l'obligation expressément prévue par la loi de communiquer « chaque année la valeur brute, la valeur nette comptable et la valeur de remplacement des ouvrages concédés », obligation ne concernant, selon le jugement, que les biens de retour.

La cour a, au contraire, refusé de déduire des termes de l'article L. 2234-1 l'obligation consistant à tenir à la disposition du concédant un inventaire annuel, faute de disposition expresse en ce sens. Elle a jugé, en outre, que la commune ne pouvait se prévaloir des règles générales applicables aux délégations de service public, issues de la loi « Sapin » et codifiées aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT. Le délégataire a bien l'obligation, sur le fondement de ces dispositions et de leurs textes d'application, de communiquer un rapport annuel comprenant notamment un inventaire des biens de retour et des biens de reprise ; mais l'article L. 1411-12 dispose que les articles précédents ne s'appliquent pas lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise.

Nous vous invitons à annuler l'arrêt de la cour sur ce point également.

Si une large partie de la doctrine estime que le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant fait partie des règles générales applicables aux contrats administratifs, même en l'absence de stipulations explicites en ce sens, vous n'avez jamais, pour votre part, consacré de façon générale un tel principe. Et, à vrai dire, contrairement au pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale, il s'y prête mal, car la notion de contrôle n'est pas univoque. Elle peut recouvrir la simple surveillance exercée sur le cocontractant, qui ne prête guère à contestation, mais aussi englober un pouvoir de direction, voire d'approbation préalable des actes du cocontractant²⁰. Or une partie de ces prérogatives ne peut exister sans texte (cf., pour l'absence de pouvoir d'agrément préalable, CE, 3 avril 1925, Ville de Mascara, p. 382).

Affirmer l'existence d'un pouvoir général de contrôle aussi polysémique serait donc hasardeux. En revanche, dans le cadre d'une concession de service public, dès lors que les ouvrages construits par le concessionnaire reviennent obligatoirement et, en principe, gratuitement au concédant à la fin de la concession, nous n'avons pas beaucoup d'hésitation à vous proposer de juger qu'il entre dans les prérogatives du concédant d'obtenir, avant même le terme de la concession, s'il l'estime utile, un inventaire des biens utilisés par le concessionnaire dans le cadre de la convention.

²⁰ Cf., sur cette question, l'intéressante étude de Mme Roblot-Troizier, *Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant*, RFDA 2009.990

Une telle prérogative, justifiée par la nécessité d'éviter que le concessionnaire ne puisse distraire de la concession des biens qui lui sont directement liés et qui ont été financés par l'utilisateur, doit exister, selon nous, même en l'absence de disposition législative explicite ou de stipulations en ce sens dans le contrat. En l'absence de texte, il ne s'agit évidemment pas d'une prérogative qui peut être exercée toutes les semaines : il revient au juge du contrat d'en vérifier l'utilité.

Mais une loi peut en préciser les modalités d'application. Tel est le cas en l'espèce avec l'article L. 2224-31 du CGCT. Si on interprète ces dispositions à la lumière du principe que nous vous invitons à dégager, on parvient à la solution retenue par le tribunal administratif. Quoi qu'il en soit, en rejetant les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à ERDF de procéder à l'inventaire des biens de la concession au motif que l'article L. 2224-31 ne prévoit pas explicitement une telle possibilité, la cour a, selon nous, entaché son arrêt d'erreur de droit.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant, d'une part, qu'il ne statue pas sur les conclusions tendant à ce que le juge se prononce sur la qualification des immeubles de bureau et de logement litigieux et, d'autre part, qu'il rejette les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la société ERDF de dresser un inventaire physique individualisé des biens de l'exploitation, à ce que soit mis à la charge d'ERDF le versement à la commune de Douai d'une somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées au même titre par ERDF.