

N° 368294

Commune de Propriano

Section du contentieux

Séance du 12 décembre 2014

Lecture du 19 décembre 2014

## CONCLUSIONS

### M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Autant le pouvoir de la personne publique de prononcer la résiliation de la convention par laquelle elle avait confié à une autre personne l'exécution d'un service dont elle est responsable a donné lieu à une jurisprudence abondante et à de nombreuses réflexions doctrinales, autant les conséquences de cette décision sur les contrats passés par sa cocontractante autres que les contrats de travail n'ont presque pas suscité de contentieux, administratif ou judiciaire, ni, ce qui va souvent ensemble, d'intérêt particulier de la part de la doctrine. La rareté des contentieux sur ce sujet important pour l'ensemble des parties concernées explique que vous soit aujourd'hui soumis un litige qui vous conduira à fixer les principes régissant cette situation. Elle signifie aussi que jusqu'à présent les intéressés ont le plus souvent trouvé seuls des solutions satisfaisantes pour tous, ce qui nous paraît, en soi, de nature à les considérer avec la plus grande attention.

Le plus souvent mais pas toujours, et notamment pas en ce qui concerne les conséquences de la résiliation de la concession du port de Propriano, qui a donné lieu à ce jour à onze arrêts de la CAA de Marseille, soit l'essentiel du contentieux administratif sur ce sujet. L'un d'eux est l'objet du présent pourvoi.

Par un arrêté préfectoral du 13 mars 1975, l'Etat a concédé à la commune de Propriano l'établissement et l'exploitation du port de pêche et de plaisance situé dans le golfe du Valinco, en Corse-du-Sud. Le département de Corse du Sud, auquel a été transférée, en vertu de la loi de décentralisation du 22 juillet 1983 et compte tenu de l'unicité de l'ensemble portuaire, la compétence pour la gestion et l'exploitation du port, s'est substitué à l'Etat en qualité de concédant. La commune de Propriano a, par une convention de délégation de service public en date du 5 mars 2003, confié à son tour à la société SAS Yacht-Club international du Valinco "la poursuite des travaux, l'aménagement, la restructuration des équipements existants, l'entretien et la gestion de l'ensemble des installations du port de Propriano", pour une durée devant courir jusqu'au 31 décembre 2025. Cette subdélégation était prévue par la convention initiale.

Dans ce cadre, la société délégataire a notamment conclu le 14 octobre 2003 avec M. L..., propriétaire d'un navire de plaisance de 13 m, un contrat par lequel elle lui accordait, aux termes de son article 1er, une « garantie d'usage de poste d'amarrage localisée » pour une durée courant jusqu'à la date d'expiration de la délégation et moyennant une redevance forfaitaire de 47 971 euros. Il est constant que M. L... a versé à la société délégataire la quasi-totalité de cette somme (45 572, 45 euros), laquelle devait contribuer au financement des travaux de réalisation du port de plaisance.

Les nombreuses défaillances dont la société délégataire a fait preuve dans l'exécution de ses missions ont cependant conduit la commune de Propriano à prononcer, comme le lui permet l'article 54 de la convention, la déchéance de la délégation de service public à compter du 8 octobre 2007. Le poste d'amarrage dont devait bénéficier M. L... n'ayant jamais été mis à sa disposition, il a adressé à la commune, en novembre 2009, une demande indemnitaire d'un montant de 70 000 euros tendant au remboursement des sommes qu'il avait versées et à la réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution du contrat. Cette réclamation n'ayant pas reçu de réponse, M. L... en a saisi le TA de Bastia qui a rejeté sa demande. Faisant application de l'article 54 de la convention de délégation de service public qui stipule que « (...) Lorsque la déchéance est prononcée, le concessionnaire est tenu de se substituer au délégataire pour l'exécution des engagements normalement pris par celui-ci vis-à-vis des tiers pour l'achèvement des travaux et l'exploitation », il a considéré que le contrat d'amodiation conclu avec M. L... ne respectant pas la grille tarifaire figurant dans la convention de délégation, cet engagement ne pouvait être regardé comme ayant été normalement pris et n'était par suite pas opposable à la commune. Nous reviendrons sur ce motif tiré de ce que le contrat fixait une redevance pour un bateau de 13 mètres alors que cette grille ne prévoyait de tarifs que pour les bateaux de 12 ou 14 mètres. Saisie par M. L..., la CAA de Marseille a, par un arrêt du 5 mars 2013, contre lequel la commune de Propriano se pourvoit en cassation, annulé le jugement et condamné la commune à lui verser une somme de 55 000 euros correspondant au remboursement de la somme qu'il avait versée et à l'indemnisation de son préjudice. Elle a estimé, contrairement au tribunal, que les stipulations de la délégation de service public que nous avons citées, en tant qu'elles limitaient aux engagements normalement pris la substitution de la commune dans les obligations de son délégataire, n'étaient pas opposables au demandeur, qui n'était pas partie à cette convention mais que, "dès lors qu'elle avait prononcé la déchéance de la délégation de service public, la commune de Propriano venait aux droits de la SAS Yacht club international du Valinco dans ses rapports avec les usagers du port". Elle a enfin considéré que l'irrégularité du tarif fixé n'était pas d'une gravité telle qu'elle justifie d'écarter le contrat, en application des principes posés par votre décision d'Assemblée Cne de Béziers, du 28 décembre 2009.

Des nombreux moyens que soulève la commune requérante à l'appui de son pourvoi, l'un au moins, tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que la commune était substituée à son délégataire dans les engagements qu'il avait pris du seul fait de la résiliation de la convention de délégation, sans rechercher si ces engagements étaient normalement pris, nous semble fondé.

Il l'est d'abord parce que, contrairement à ce qu'a jugé la Cour, la stipulation de la délégation de service public par laquelle la commune s'engageait à n'exécuter que les engagements normalement pris par son délégataire était opposable à M. L... dont le contrat précisait qu'il était "de plein droit complété par les dispositions contenues dans les documents suivants dont le bénéficiaire reconnaît avoir eu connaissance ou reçu communication intégrale et les avenants éventuels à venir : contrat de délégation de service public, visible à la mairie ou à la capitainerie".

Mais il l'est ensuite parce qu'indépendamment des stipulations contractuelles, cette condition est inhérente au principe dont la cour a fait implicitement application selon lequel lorsque le délégant reprend l'exécution d'un service qu'il a délégué, il est substitué dans les engagements pris par son délégataire dans le cadre de l'exécution de ce service. C'est ce principe et ses limites, qui résultent d'une jurisprudence ancienne et rare mais suivie d'une pratique constante, que nous vous inviterons aujourd'hui à réaffirmer.

A l'exception des contrats de travail, qui ne sont concernés ni par le présent litige ni par les

principes que nous évoquerons pour sa résolution, aucune disposition législative ne règle le sort des contrats conclus par le délégataire lorsque l'exploitation du service est reprise par le délégant à la suite d'une résiliation anticipée de la convention de délégation. Nous utiliserons dans les développements qui vont suivre le terme de délégation dans son acception la plus générale de dévolution à un tiers de l'exercice d'une activité, en l'occurrence de service, sans renvoyer précisément aux formes contractuelles qu'elle peut prendre selon les modalités de rémunération du titulaire et qui recouvre par conséquent aussi bien la délégation de service public que le marché de service. En particulier, les dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993, relatives aux délégations de service public, qui sont la forme la plus fréquente de cette dévolution, sont muettes sur ce point. Il est cependant intéressant de relever que le législateur est intervenu en 2009 pour permettre au délégant d'autoriser le délégataire « à conclure des baux ou droits d'une durée excédant celle de la convention de délégation de service public » et qu'il a précisé que ces baux et droits réels « sont, à l'issue de la durée de la convention de délégation de service public, transférés à la personne morale de droit public » (art 21 II de la loi 2009-179 du 17 février 2009, codifié à l'article L. 1411-2 du CGCT).

En dehors de ce cas à la fois récent et particulier, le principe d'un transfert sans solution de leur continuité à la personne publique des engagements pris par son délégataire au terme, lorsqu'il survient prématurément, de la délégation et ses limites résulte d'une pratique inspirée de deux de vos décisions des 16 juin 1922, *Cie générale des eaux c/ ministre de la Marine et ville de Toulon* (p. 521) et 24 mars 1926, *Cie générale des eaux c/ ville de Lyon* (p. 327). La première de ces décisions est relative à l'interprétation d'une stipulation du contrat de concession du service d'alimentation en eau que la ville de Toulon avait conclu avec la Compagnie générale des eaux aux termes de laquelle, en cas de rachat de la concession, « la ville se mettra aux lieux et place de la compagnie ». Vous avez jugé « que cette disposition doit être entendue en ce sens que la ville succède à toutes les obligations que la compagnie a contractées en cours d'exploitation à l'égard des consommateurs et qu'elle ne saurait s'y soustraire qu'en établissant que la compagnie a pris des engagements qu'une interprétation raisonnable de son traité de concession ne lui permettait pas de prendre ». Cette dernière formule est reprise dans la seconde décision dont la portée est plus générale puisqu'il ne s'agissait plus d'interpréter des stipulations conventionnelles mais de déterminer dans quelles conditions des contrats conclus par le concessionnaire liaient la commune qui avait racheté la concession. Vous avez jugé que « si la Compagnie générale des eaux pouvait, sans outrepasser les droits qu'elle tenait du contrat de concession, consentir à la Société de la rue Impériale des conditions plus favorables que celles résultant des prix maxima stipulés à l'article 33 dudit contrat pour la fourniture de l'eau aux particuliers et à l'industrie, elle a, en étendant jusqu'au 3 juillet 1904, c'est-à-dire pendant une durée de plus de 48 années, l'application de ces conditions, contracté un engagement que l'interprétation raisonnable du contrat ne lui permettait pas de prendre, alors surtout que la validité n'en était pas limitée à la période au cours de laquelle la Compagnie était garantie contre le rachat de la concession par la ville ».

Le principe d'un transfert à la personne publique qui reprend le service qu'elle a délégué des engagements pris le délégataire pour son exploitation résulte clairement de la seconde de ces décisions. La limite à ce transfert tenant à ce que l'engagement soit de ceux que l'interprétation raisonnable du contrat de délégation permettait au délégataire de prendre découle en revanche des deux. L'affirmation de ce principe et de sa limite n'a plus été réitérée depuis lors. On en trouve la présence en filigrane dans une décision du 9 juillet 1975, *Sieur Félix-F...* (p. 411), sur laquelle nous reviendrons plus longuement.

Elle a en revanche très largement inspiré, à partir des années 30 jusqu'à aujourd'hui, la rédaction des cahiers des charges types des nombreuses concessions de service ou d'outillage

public<sup>1</sup> et on la retrouve à l'article 54 de la convention de délégation de service public entre la commune de Propriano et la société Yacht-Club international du Valinco, comme dans de nombreuses autres concessions portuaires<sup>2</sup>.

Ce sont également ces deux décisions qui conduisent une doctrine peu disert sur ce sujet à affirmer, à la suite des professeurs de Laubadère, Moderne et Delvolvé, que « La collectivité concédante ou affermante se trouve normalement subrogée aux droits et obligations du concessionnaire, qu'il s'agisse d'un rachat ou d'un autre mode d'extinction du contrat »<sup>3</sup>, sauf s'ils résultent d'engagements que le concessionnaire n'était pas en droit de prendre, auquel cas ils ne lieront l'autorité délégante que si elle les a approuvés<sup>4</sup>.

Précisons enfin que la question est encore moins débattue dans les prétoires judiciaires et dans la doctrine qui en rend compte.

Avant de vous pencher sur les modalités de la substitution du délégant au délégataire dans les engagements pris par ce dernier, vous pourriez vous demander s'il est bien nécessaire d'en affirmer le principe. L'évidence d'une réponse positive semblait s'imposer à vos prédécesseurs qui en ont fait usage sans éprouver le besoin de l'énoncer. De même, la doctrine l'a repris sans le contester. Tout au plus trouve-t-on quelques hésitations sur l'éventualité d'une approbation implicite des engagements anormalement pris. Cette solution fait donc consensus, y compris parmi les principaux intéressés qui l'ont très largement introduite dans leurs conventions.

Elle ne va pourtant pas absolument de soi dans la mesure où elle déroge au principe traditionnel de l'effet relatif des contrats et où on pourrait considérer que le délégataire agissant pour son propre compte, à ses risques et périls, quel que soit son mode de rémunération, il doit assumer seul les engagements qu'il a pris dans le cadre de l'exercice de l'activité qui lui a été confiée.

La conséquence normale de la résiliation d'un contrat qui confère des droits à une personne qui les exerce en prenant à son tour des engagements est en effet que, privée de ces droits, elle ne peut plus assumer ces engagements qui deviennent donc aussitôt caducs. Comme l'écrivait selon une formule imagée Raymond Théodore Troplong en 1840, le sous-contrat « est un fruit qui doit tomber avec l'arbre qui le porte »<sup>5</sup> et la jurisprudence, notamment judiciaire, en fournit de nombreuses illustrations<sup>6</sup>. En ce qui vous concerne, vous jugez que la résiliation d'une convention d'occupation domaniale entraîne l'extinction des sous-locations et oblige les sous-locataires à quitter

---

1 Les professeurs de Laubadère, Delvolvé et Moderne en citent, dans leur *Traité des contrats administratifs* (LGDJ, 1984, n° 1505), un certain nombre. Cette formule apparaît dans des conventions plus récentes : article 48 du cahier des charges type des concessions accordées par l'Etat pour la construction, l'entretien et l'exploitation des aérodromes, approuvé par décret n°97-547 du 29 mai 1997 ; article 37.3 du décret n°2006-1619 du 18 décembre 2006 approuvant la convention de concession passée entre l'Etat et une société pour la conception, la construction, l'entretien, l'exploitation et la maintenance d'une section d'autoroute.

2 Elles n'ont pas donné lieu à beaucoup de jurisprudences des cours administratives d'appel: voir néanmoins CAA Lyon, 19 mars 1991, *Sté de gestion du port de plaisance de Campoloro*, n° 89LY00673.

3 *Traité des contrats administratifs*, n° 1505.

4 Voir notamment le commentaire de la décision de 1926 par le professeur Appleton au *Dalloz* 1927. Et, plus récemment : R. Noguellou, « La transmission des obligations en droit administratif », *LGDJ* : « quel que soit le motif de rupture – pour faute ou sans faute – la personne publique contractante se trouvera substituée à son délégataire dans les engagements que ce dernier aura souscrits » ; G. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, LGDJ-Montchrestien, 2007, n° 1046 ; L. Richer, *La fin de la convention de délégation*, *AJDA* 1996, p. 648 ; S. Duroy, *La remise en cause anticipée des délégations de service public*, *AJDA* 2003, p. 872.

5 R. T. Troplong, « Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De l'échange et du louage », 1840, T 2, n° 546, p. 328, cité par J. Néret, *le sous contrat*, thèse pour le doctorat d'Etat, Paris II, 1977, p. 208.

6 Voir sur ce point la thèse précitée de J. Néret.

les lieux (30 mars 1984, *SCI Marjenco*, p. 142; 2 avril 2003, *S...*, n° 237968, T. p. 774 ; 21 septembre 1990, *R... et autres*, n° 71991, inédite, rappelant que les sous-locataires ne peuvent agir contre la personne publique). L'effet relatif du contrat fait ainsi obstacle à ce que son exécution soit mise à la charge d'une personne qui n'y est pas partie, sauf si elle y consent expressément.

Nous pensons toutefois que les exigences propres au service public pour l'exécution duquel ont été conclus ces contrats et sous-contrats doit conduire à déroger dans une certaine mesure à ces conséquences générales de la résiliation du contrat initial sur les sous-contrats qui en dépendent.

En effet, sauf dans le cas très particulier où la résiliation fait suite à la décision du délégataire de supprimer le service<sup>7</sup>, la fin du contrat ne signifie pas la fin du service. L'exécution de ce dernier se poursuit par la personne morale de droit public qui en est responsable, qui peut l'assumer elle-même en régie ou le déléguer de nouveau. Il convient alors, comme le souligne le professeur Richer, « de concilier la pérennité du service avec la durée limitée du contrat, la continuité avec la discontinuité »<sup>8</sup>.

La pérennité du service ne tient pas seulement à la poursuite de l'activité, mais aussi à l'ensemble des engagements pris pour son exercice. La délégation se caractérise par une communauté d'intérêts qui, toujours selon le professeur Richer, « donne presque naissance à une universalité de droits et de biens. Le service délégué a sa vie propre dotée d'une certaine indépendance aussi bien par rapport au délégant que par rapport au délégataire », ce qui se traduit notamment par l'existence de comptes du service délégué ou par la notion d'équilibre financier du contrat<sup>9</sup>. Cette « autonomie » du service conduit donc à transférer, avec sa gestion, les engagements pris pour son exploitation. En d'autres termes, les engagements pris pour l'exécution du service s'attachent autant si ce n'est plus à ce dernier qu'à la personne qui les a pris.

La continuité du service au-delà du terme de la convention qui en déléguait la gestion, qui est à la fois une réalité et, par certains aspects, une obligation pour la personne publique, rend donc nécessaire la mise en place d'un dispositif juridique garantissant la poursuite des engagements en cours pris pour l'exécution du service. Ce dispositif ne peut consister qu'en une cession<sup>10</sup> au délégant des contrats en cours conclus par le délégataire, cession qui peut être soit volontaire, soit spontanée. Elle est volontaire lorsqu'elle suppose un acte de reprise par le délégant des engagements en cours pris par le délégataire. Elle est spontanée lorsqu'elle a lieu automatiquement. Dans le premier cas, afin d'assurer la continuité du service et le respect des principes qui s'y attachent, cette reprise devrait être en principe obligatoire. Les limites qui pourraient éventuellement être posées à cette cession joueraient dans le premier cas pour justifier que le délégant refuse de reprendre les contrats, dans le second en lui permettant de s'opposer à la substitution.

Plusieurs raisons nous conduisent à vous proposer de maintenir le principe d'une cession spontanée que vous avez retenu dans les années 1920, qui nous paraît à la fois mieux garantir la continuité du service sans faire peser sur le délégant un risque accru de se voir tenu à des engagements auxquels il aurait pu légitimement se soustraire.

---

<sup>7</sup> Ce qui entraîne nécessairement la résiliation de tous les sous-contrats passés pour l'exécution du service, les conséquences financières de cette résiliation entrant dans le calcul de l'indemnisation du délégataire.

<sup>8</sup> Article précité.

<sup>9</sup> Article précité.

<sup>10</sup> C'est sous ce terme que les professeurs R. Noguellou, op. cit. et F. Brenet, *Cession de contrat*, Fasc 612, *JurisClasseur Administratif*, 2009, traitent de cette question.

Cette solution apparaît préférable à tous égards. A l'égard des usagers du service public, tout d'abord, qui peuvent se prévaloir d'un droit de valeur constitutionnelle à la continuité du service public. Pour ceux qui bénéficient du service au moyen d'un contrat conclu avec le délégataire, la résiliation de la délégation signifierait, en l'absence de substitution à leur cocontractant du nouveau titulaire du service, la caducité de leur contrat dont les prestations ne relèvent plus de la compétence du délégataire et la rupture de la fourniture du service. Certes, la continuité du service public pourrait être assurée par la conclusion immédiate d'un nouveau contrat entre l'utilisateur et la personne publique. Mais un tel système comporte un plus grand risque de solution de continuité et introduit un facteur supplémentaire de complexité.

A l'égard des autres cocontractants du délégataire, ensuite, qui doivent pouvoir compter sur une exécution normale de leurs contrats et ne pas craindre les conséquences de la décision du délégant de résilier la convention. Tel est l'objectif du principe de stabilité des relations contractuelles.

La position du délégataire serait quant à elle très affaiblie si les engagements qu'il pouvait prendre étaient toujours menacés d'un anéantissement en cas de résiliation de la convention. Ils s'en trouveraient certainement renchérissés, voire compromis lorsqu'ils portent sur une longue durée, ce qui est souvent le cas lorsqu'ils contribuent au financement d'investissements nécessaires à l'exploitation du service. La présente espèce en fournit un exemple : l'attribution d'un droit d'occupation de longue durée sur le domaine public permet au délégataire de financer les travaux qu'il réalise, dispositif expressément prévu par l'article R. 641-3 du code des ports maritimes. Les redevances qu'il peut ainsi percevoir sont d'autant plus élevées que le droit conféré porte sur une longue durée et présente une stabilité que le principe de substitution contribue à garantir.

Enfin, ce ne serait pas rendre service au délégant que de l'obliger à reprendre expressément à son compte tous les engagements normalement pris par son délégataire en cours à la date de la résiliation. Car il devrait le faire en évitant toute solution de continuité, ce qui n'est pas toujours facile, au risque de devoir indemniser des cocontractants dont les engagements auront été indûment rompus. Les engagements pris ayant été dans la plupart des cas normalement pris, le principe d'une substitution conditionnelle présente beaucoup plus d'avantages qu'une caducité automatique de tous les contrats en cours suivie de leur reprise. En rendant le plus simple et le plus fluide possible le transfert du service, la substitution spontanée contribue ainsi à garantir à la personne publique l'exercice de ses pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale du contrat, sans avoir à craindre les complications et les risques qu'elle entraînerait.

Ce mécanisme de substitution est d'ailleurs la solution retenue par le législateur lorsqu'il entend garantir la continuité des contrats en cours conclus pour l'exercice d'une compétence qui change de titulaire. Tel est le cas des dispositions précitées de l'article 21 II de la loi du 17 février 2009 relatives aux contrats conclus pour une durée excédant celle de la délégation ainsi que de celles qui régissent les transferts de compétences entre les communes et les établissements de coopération intercommunale : le dernier alinéa de l'article L. 5211-17 du CGCT dispose ainsi que *« Les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La substitution de personne morale aux contrats conclus par les communes n'entraîne aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour le cocontractant. (...) »* Il ne s'agit évidemment de transposer telle quelle cette formule à la reprise par une personne publique d'une activité déléguée, qui participe d'une logique différente, mais de rapprocher les moyens employés pour atteindre des objectifs en partie similaires.

C'est également ce mécanisme, même s'il vise d'abord à protéger les salariés, que le législateur a très tôt<sup>11</sup> mis en place pour assurer la continuité des contrats de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur en prévoyant que "*tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise*" (art L. 1224-1 du code du travail). Il s'applique, comme vous l'avez jugé par votre décision de Section A... du 22 octobre 2004 (n° 245154), en cas de reprise de l'activité d'une entité économique par une personne publique gérant un service public administratif et implique que cette dernière soit maintenue les contrats de droit privé en cours, soit leur propose un nouveau contrat de droit public aux mêmes conditions.

Enfin, de nombreux régimes de droit privé garantissent aux preneurs de certains baux immobiliers le maintien de leur contrat malgré le changement de propriétaire, qui se trouve substitué au vendeur du bien qu'il a acquis.

Si vous partagez notre conviction que la reprise par la personne publique qui en est responsable d'une activité qu'elle avait confiée à un tiers emporte en principe, dans le silence de la convention qui les liait, substitution de la personne publique à son délégataire dans les engagements pris par celui-ci, vous devrez préciser si cette substitution doit être subordonnée à la condition, posée par vos décisions précitées, tenant à ce que ces engagements aient été de ceux qu'une interprétation raisonnable de la convention de délégation permettait au délégataire de prendre.

Deux questions se posent ici : cette condition est-elle nécessaire ? Est-elle suffisante ?

Elle nous paraît nécessaire car si le mécanisme de l'externalisation implique que le délégant assume le risque d'une gestion qu'il a choisi de déléguer, ce risque ne saurait excéder le périmètre de la délégation. Nous avons dit que le principe de la substitution reposait sur la continuité d'un service dont la gestion revient entre les mains de la personne publique qui n'a jamais cessé d'en être responsable vis-à-vis des tiers. C'est pourquoi la responsabilité quasi-délictuelle du délégataire peut peser à titre subsidiaire, en cas d'insolvabilité du délégataire, sur le délégant (19 nov 1975, *Min de l'équipement c/ E...*, T, p. 1129 ; 11 déc 2000, *Mme G...*, n° 202971, au rec). A cet égard, même si une délégation n'est pas un mandat, dans la mesure où le délégataire exploite le service à ses risques et périls et n'engage, durant la période de la délégation, que lui, ces deux conventions ont pour point commun qu'elles confient à un tiers la réalisation de missions qui relèvent de la compétence de la personne qui s'en décharge temporairement. Or, selon une jurisprudence judiciaire constante, le mandant n'est pas tenu d'exécuter les actes faits par son mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné (Civ 1<sup>ère</sup>, 26 janv 1999, Bull. civ. I, n° 30 ; Com, 26 mars 2008, Bull. civ. IV, n° 69), sauf s'il les a ratifiés (Civ 1<sup>ère</sup>, 4 déc 1979, Bull. civ. I, n° 304). Le délégant ne saurait être davantage tenu du fait des actes de son délégataire que le mandant du fait de ceux de son mandataire.

Cette limite à la substitution nous semble devoir s'appliquer à tous les engagements pris par le délégataire pour l'exploitation du service, qu'ils l'aient été envers les usagers du service public comme envers les autres tiers, tels que les prestataires du délégataire. A vrai dire, la question ne se pose que pour les premiers, dont on pourrait se demander si leur droit à la continuité du service public ne devrait pas conduire à obliger la personne publique délégante à poursuivre tous les contrats par lesquels ce service leur est rendu, quelles que soient les conditions qu'ils prévoient.

---

11 C'est la loi du 19 juillet 1928, qui reprend elle-même des dispositions du droit allemand applicables à l'Alsace et à la Moselle, qui a introduit le principe dit de continuité des contrats de travail dans le droit français (voir les conclusions de JH Stahl sous la décision de section du 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n° 230804, au recueil).

Toutefois, la continuité du service public ne nous paraît pas rendre indispensable une substitution inconditionnée. Ce principe oblige la personne publique à fournir le service, non à le faire aux conditions fixées par le délégataire, particulièrement lorsqu'il a excédé les pouvoirs qu'il tenait de la délégation. Lorsque la personne publique ne sera pas substituée dans un engagement pris à l'égard d'un usager ayant droit à la continuité du service, il appartiendra à la personne publique de lui proposer un nouveau contrat, prenant effet à la date de caducité du précédent, afin d'éviter toute solution de continuité dans la fourniture du service.

Dès lors que la substitution n'est pas le seul moyen d'assurer la continuité du service public, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer aux usagers aussi une limite tout à fait utile s'agissant de ces contrats. Les décisions de 1922 et 1926 concernaient des relations avec les usagers, avec lesquels les risques d'engagements anormaux ne sont pas moindres qu'avec d'autres tiers. Les questions que pose sur ce point la présente affaire en offrent une illustration supplémentaire.

Si cette condition est nécessaire, est-elle pour autant suffisante ? Autrement dit, est-ce la seule qu'il convient de poser ou faut-il également réserver d'autres motifs de nature à faire échec à la substitution, tenant notamment à la licéité de l'engagement pris par le délégataire ?

Répondre à cette question conduit d'abord à préciser le contenu de la réserve tenant à ce que les engagements aient été de ceux qu'une interprétation raisonnable de la convention de délégation permettait au délégataire de prendre. Vos précédents n'en donnent aucune définition générale. La décision du 24 mars 1926 en fait application dans deux hypothèses opposées : en faisant bénéficier certains usagers de tarifs inférieurs aux prix maxima stipulés dans le contrat de concession, le concessionnaire n'outrepasse pas ses pouvoirs ; en revanche, il les excède lorsqu'il conclut des engagements pour une durée excessivement longue et supérieure à la période au cours de laquelle le concessionnaire était garanti contre le rachat de la concession par le concédant.

La formule retenue par vos précédents de 1922 et 1926 nous paraît correspondre parfaitement à la finalité de la substitution et à ses fondements. Il s'agit de déterminer les droits et obligations nés de l'exécution du service qui vont être transférés au délégant en même temps que le service, ceux dans lesquels il doit se substituer au délégataire parce qu'ils ont été pris pour l'exécution d'une délégation qu'il a décidée puis résiliée. Cette condition vise donc à exclure du mécanisme de substitution les actes du délégataire qui excèdent les pouvoirs que le délégant avait entendu lui conférer en lui confiant l'exploitation du service. Or le périmètre de la délégation ressort des stipulations conventionnelles et de la marge de manœuvre que leur interprétation raisonnable laisse au délégataire. La réserve des engagements normalement pris, qui figure dans de nombreuses conventions, dont celle en litige, nous paraît devoir être interprétée uniquement par référence au contenu de la convention et non par rapport à ce qui relèverait d'une gestion normale, notion plus objective qui risque d'entraîner une confusion entre ce que le délégataire pouvait faire dans le cadre de la délégation et ce qu'il pouvait y faire légalement.

Il nous semble par conséquent que l'irrégularité de l'engagement, y compris si elle tient à des motifs qui font obstacle à l'exécution du contrat, ne doit pas empêcher la substitution. Vous avez indiqué, par votre décision précitée *Cne de Béziers* du 28 décembre 2009, que le juge du contrat, saisi par l'une des parties d'un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, ne peut et ne doit écarter le contrat que si son contenu est illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever

d'office<sup>12</sup>. Un engagement affecté d'une telle cause de nullité ne peut être appliqué ni par le juge ni par les parties et la personne publique devra le résilier (voyez par exemple pour l'impossibilité de demander la reprise des relations contractuelles entachées d'une telle illicéité : 1<sup>er</sup> octobre 2013, *Sté Espace habitat construction*, n° 349099, aux T). Dans ces conditions, puisqu'en tout état de cause le contrat ne pourra être utilement invoqué à l'encontre du délégant, non plus d'ailleurs qu'à l'encontre du délégataire, vous pourriez vous demander s'il ne serait pas plus expédient de permettre au délégant d'opposer la nullité du contrat pour faire échec à la substitution, voire juridiquement plus conforme à l'idée selon laquelle un contrat nul ne peut faire naître ni droits ni obligations entre les parties (Section, 2 décembre 1938, *Sieur Laily* et Section, 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin*, p. 334), puisqu'il doit être regardé comme n'ayant jamais été conclu (Section, 20 octobre 2000, *Société Citécâble Est*, p. 457). Cette question est quelque peu théorique : le motif susceptible de faire échec à la substitution ou celui susceptible de faire échec à l'application du contrat seront tous deux invoqués par la personne publique délégante pour s'opposer à la demande d'exécution de l'engagement pris par son délégataire et, dans les deux cas, si ce motif est fondé, il lui permettra de se soustraire à cette obligation. Il nous semble cependant qu'il est préférable, au moins pour les besoins du raisonnement, de distinguer les questions relatives à l'identification des parties au contrat, qui se posent très en amont, dès la recevabilité du recours, de celles relatives aux conséquences à tirer des éventuelles irrégularités du contrat, que les parties pourront invoquer ou se voir opposées d'office. D'autant que la frontière entre les causes de nullité du contrat et les irrégularités qui n'entraînent que sa résiliation, que le cocontractant peut décider<sup>13</sup> ou demander au juge, n'est pas toujours évidente.

Nous pensons donc qu'il ne faut tenir compte, pour déterminer si la résiliation de délégation a eu pour effet de substituer le délégant au délégataire dans les engagements pris par ce dernier et en l'absence de stipulations particulières, que des pouvoirs qu'il tenait de la délégation. Si ces engagements demeurent dans le cadre de la délégation, ce qui n'est par exemple pas le cas d'un engagement pris pour une durée supérieure à celle de la délégation, s'ils répondent à l'objet de la délégation, s'ils respectent les modalités d'exécution que cette convention imposait au délégataire, toutes conditions devant être appréciées au regard d'une interprétation raisonnable de ses stipulations, alors ils engageront la personne publique délégante. Il en ira de même si, bien qu'ils ne satisfassent pas cette condition, il apparaîtrait que la personne publique les a approuvés.

S'ils sont par ailleurs irréguliers, il reviendra à cette dernière d'en tirer les conséquences dans la gestion d'un contrat auquel elle sera désormais partie et par conséquent titulaire de l'ensemble des prérogatives attachées à cette qualité.

Si, sans être irréguliers ni sortir du cadre de la délégation, ils lui sont simplement défavorables – nous pensons par exemple à un marché conclu pour un prix qui lui paraîtra plus élevé que ce qu'elle aurait pu obtenir, sans être suffisamment excessif pour qu'il soit regardé comme excédant par ses modalités d'exécution les pouvoirs délégués ou à un tarif consenti à un niveau trop bas, sans méconnaître la grille tarifaire de la convention de délégation – elle devra les exécuter, sauf à trouver un motif d'intérêt général suffisant pour les résilier. Ces manifestations d'une gestion qui ne serait pas optimale font partie des risques que comporte le choix de recourir à un mode de gestion délégué, que doit assumer le délégant. Rappelons à cet égard que vous n'effectuez qu'un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation du montant d'une redevance d'occupation du

---

12 Nous reprenons ici les motifs de votre décision *département de Tarn-et-Garonne* (Ass, 4 avril 2014, n° 358994) qui nous semblent refléter le dernier état de votre jurisprudence sur l'office du juge du contrat, quel que soit le contentieux dont il est saisi, à l'exception du référé contractuel.

13 Sur le fait que mettre fin à une illégalité constitue un motif d'intérêt général justifiant la résiliation d'une convention, voir CE, 7 mai 2013, *Sté auxiliaire des parcs de la région parisienne*, n° 365043.

domaine public (11 octobre 2004, *P...*, n° 254236). Introduire un tel élément d'appréciation qualitative de la gestion du service pour déterminer les engagements qui doivent se poursuivre créerait à notre avis une forte insécurité juridique pour les cocontractants du délégataire, de nature à rendre plus difficiles ses relations contractuelles et plus onéreuses les prestations qu'il commande. Vos précédents ne le font pas; nous ne pensons pas que ce soit le sens qu'il convienne de donner à la notion d'engagements normalement pris employés à la suite de vos précédents par de nombreux cahiers des charges types de concessions.

Sous cette condition ainsi définie, le principe de substitution du délégant au délégataire nous paraît donc le meilleur moyen d'assurer la continuité du fonctionnement du service qui résulte de la volonté de la personne publique qui en est responsable de poursuivre une activité qu'elle avait temporairement externalisée tout en le protégeant contre les engagements pris par son délégataire excédant les pouvoirs qu'il tenait de la délégation. Il présente l'avantage d'être simple, fondé uniquement sur la volonté des parties cocontractantes conformément à son objet qui est de déterminer la personne tenue par un engagement et de ne pas bouleverser une pratique qui en bientôt cent ans n'aura donné lieu qu'à quelques litiges. Il doit s'appliquer quel que soit le motif de la résiliation, dans l'intérêt général comme pour faute du délégataire. En effet, la faute commise par ce dernier ne justifie pas de remettre en cause les finalités de la substitution. Si par cette faute il a excédé ses pouvoirs, la réserve des engagements normalement pris suffira à faire obstacle à leur transfert à la personne publique.

Il nous reste à présent à préciser la portée de la substitution qui survient, pour les engagements pris conformément aux stipulations de la délégation, au terme de celle-ci.

Portée quant aux droits et obligations concernés, tout d'abord. Il résulte en premier lieu de l'énoncé même du principe et de sa justification qu'il ne concerne que les droits et obligations nés des engagements pris par le délégataire dans le cadre de la délégation et relatifs à l'exploitation du service délégué.

Sont ainsi évidemment exclus de la substitution les engagements pris par le délégataire à d'autres fins que l'exercice de l'activité qu'il poursuit, par exemple concernant d'autres de ses activités que celle qui fait l'objet de la délégation ou portant sur des biens dont il est propriétaire, qui ne sont pas nécessaires à l'exploitation du service et dont les parties n'ont pas décidé qu'ils reviendraient au délégant au terme du contrat (cf. Ass, 21 décembre 2012, *Cne de Douai*, n° 342788, précitée).

Cette précision n'implique pas à nos yeux un contrôle de l'opportunité de l'engagement au regard de l'exécution du service, qui introduirait, au même titre qu'une exigence de bonne gestion pour l'application de la condition tenant à ce que l'engagement soit normalement pris, une trop grande incertitude et une source de contentieux dans l'application d'une règle qui doit être la plus simple possible afin d'assurer la plus grande continuité possible dans l'exécution du service. Le principe de substitution doit s'appliquer aux engagements pris pour l'exercice d'activités qui relèvent du périmètre de la délégation de service, pour reprendre une expression que vous avez récemment utilisée pour déterminer si un bien faisait partie des biens de retour, au sens de la jurisprudence *Cne de Douai* précitée (5 février 2014, *Stés Equalia et Polyxo*, n° 371121, inédite). Le principe de substitution du délégant dans les engagements du délégataire pris pour l'exécution du service nous paraît d'ailleurs s'accorder parfaitement avec la notion de biens de retour qui, si elle repose sur un mécanisme différent fondé sur un régime de propriété publique initiale, poursuit le même objectif d'assurer la continuité du service malgré le changement d'exploitant en transférant de plein droit à la personne publique qui en reprend la gestion les moyens permettant son exécution.

Que ces moyens soient des biens, des contrats de travail ou d'autres obligations juridiques, ils sont transférés à la personne publique parce qu'elle reprend le service et dans la mesure où elle le reprend pour en poursuivre l'exécution.

Cette définition du champ des engagements transférés conduit donc à exclure également les engagements pris par le délégataire pour financer l'exploitation du service, toujours sous réserve d'accord contraire entre les parties. Ces engagements, s'ils permettent au délégataire d'exploiter le service délégué, ne relèvent pas de l'exécution de ce service. Ils ressortissent des moyens que le délégataire mobilise pour rendre le service délégué et non de l'exercice même du service, moyens qu'il assume toujours seul, qu'il soit substantiellement rémunéré par les résultats de l'exploitation ou par la personne publique.

C'est dans ce sens que votre Section des Travaux publics a interprété par un avis du 27 octobre 1977 (n° 320964, EDCE) les dispositions du cahier des charges d'une concession qui prévoyaient qu'en cas de déchéance de la concession, le nouveau concessionnaire sera "substitué aux droits et obligations de la société concessionnaire évincée, qui recevra le prix de l'adjudication". Elle a considéré que "ces dispositions, qui ont pour objet d'assurer, aux conditions du cahier des charges attaché à la précédente concession, l'achèvement de la construction des ouvrages et la continuité du service public, tendent seulement à faire de l'adjudicataire, dans ses rapports avec l'autorité concédante, le successeur du concessionnaire évincé dans les droits et obligations que le cahier des charges reconnaissait ou imposait à ce dernier", à l'exclusion notamment des « obligations qu'il aurait souscrites en contractant des emprunts destinés à financer les ouvrages de la concession ».

Tel nous paraît également être le sens de ce que vous avez jugé par la décision du 9 juillet 1975, *Sieur Félix-F...* (p. 411), que nous avons déjà évoquée : le requérant avait prêté au concessionnaire d'un théâtre municipal une somme d'argent dont il entendait obtenir le remboursement de la commune. Vous avez jugé que la commune s'étant expressément réservée le choix des "obligations et charges provenant du fait du directeur" qu'elle entendait reprendre, elle ne pouvait être "tenue de reprendre à sa charge les engagements contractés par son concessionnaire, quand bien même ces engagements présenteraient le caractère d'actes d'administration normaux". Cette dernière remarque pourrait faire douter de la cohérence de cette décision avec vos précédents de 1922 et 1926. Mais la lecture de l'ensemble de la décision montre qu'il n'en est rien. C'est bien parce que l'engagement était propre au concessionnaire, qu'il s'agissait d'un acte de gestion privée, que sa reprise ne pouvait résulter que d'une volonté particulière de la commune, ce qu'indiquait la stipulation citée et non d'un principe général de substitution. La conclusion du paragraphe est certes un peu générale, mais elle ne nous paraît pas remettre en cause les solutions antérieures. La décision n'est d'ailleurs pas fichée sur ce point.

La personne publique délégante ne se trouvera par conséquent substituée de plein droit à son délégataire que dans les contrats passés avec les usagers pour leur fournir le service délégué ainsi que dans les contrats conclus avec d'autres tiers ayant pour objet l'exécution du service, soit qu'ils les fassent participer à l'exécution du service, soit qu'ils portent sur des prestations commandées pour l'exécution du service. Les autres engagements ne seront opposables à la personne publique que si elle a décidé de les reprendre.

En second lieu, le délégant ne peut être substitué qu'aux engagements en cours à la date à laquelle la convention est résiliée.

Vous avez ainsi précisé, dans le cadre de la cession de contrats résultant de transferts de

compétences entre une collectivité locale et un établissement public de coopération intercommunale, qu'aucune disposition du code général des collectivités territoriales ne prévoyait « la succession de plein droit de la collectivité reprenant la compétence du syndicat dans les obligations nées de contrats parvenus à leur terme avant la dissolution du syndicat" (4 mai 2011, *Syndicat Oxygène Action*, n° 338411, au rec). Deux de vos décisions récentes rappellent également que le transfert de compétences n'emporte substitution de la personne nouvellement compétente que dans les contrats en cours d'exécution (26 février 2014, *Sté Véolia eau*, n° 365151, inédite, s'agissant d'un contrat en cours; 3 décembre 2014, *Sté Citélum*, n° 383865, s'agissant d'un contrat résilié préalablement au transfert de compétences)<sup>14</sup>. Les dettes et créances nées d'engagements achevés à la date de la résiliation sont définitivement entrées dans le patrimoine du délégataire et y demeurent. Elles font partie du compte de la délégation.

Plus délicate est la question de l'étendue des droits et obligations nées des engagements en cours que cette substitution a pour effet de transférer à la personne publique.

Il est tout d'abord certain que cette substitution s'opère, sauf accord entre les parties, sans modification des engagements concernés. Nous avons dit qu'elle s'analysait en une cession du contrat, laquelle n'en remet pas en cause les éléments essentiels, comme l'a rappelé votre Section des Finances dans son avis du 8 juin 2000 (n° 364803, EDCE) : « la cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers ».

Il ne fait pas non plus de doute que la personne publique se trouve substituée dans toutes les obligations et prérogatives du cocontractant pour l'exécution future de l'engagement.

En revanche, la question d'une transmission des droits et obligations nées de l'exécution du contrat avant sa cession est moins évidente. Lorsque le cessionnaire est le délégataire, votre jurisprudence, bien qu'ancienne et peu fournie, semble aller dans le sens d'une non rétroactivité de la cession<sup>15</sup>, sauf stipulations contraires. Vous avez ainsi jugé que le cessionnaire ne pouvait prétendre à des indemnités qu'à compter du jour où il avait personnellement repris l'exploitation (1<sup>er</sup> mars 1940, *Sté ouvrière d'entreprises de maçonnerie et parties similaires*, p. 86 ; 15 juillet 1949, *ville d'Elbeuf*, p. 359 ; 4 août 1982, *M. J...*, n° 23655) et les solutions en sens contraire s'expliquent par des clauses expresses de reprise du passif (Section du 24 mai 1974, *Entreprise P. Millet*, p. 311) ou de subrogation dans l'ensemble des droits et obligations (30 mai 1980, *Fréry*, p. 256 et 30 mai 1980, *Sté piscine de la dame Blanche*, p. 257). Le principe selon lequel la cession ne transfère au cessionnaire que les droits et obligations à naître semble par ailleurs fermement établi en droit civil<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Nous partageons l'opinion de notre collègue B. Dacosta dans ses conclusions sur votre décision du 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras* (n° 340089, A), qui rappelait qu'« en tout état de cause, il n'existe pas de principe à caractère général qui voudrait que, même sans texte, le transfert d'une compétence entre deux personnes publiques impliquerait systématiquement le transfert des obligations nées de l'exercice antérieur de cette compétence, au moins lorsque, comme dans le cas présent, la personne publique qui a perdu sa compétence subsiste. »

<sup>15</sup> Pour l'affirmation du principe, voir 8 mars 1851, *Boutrand*, p. 256.

<sup>16</sup> R. Noguellou, thèse précitée, p. 189. S'agissant de la cession des contrats de bail, l'article 1743 du code civil ne prévoit pas de transfert des dettes et créances nées avant la date de la cession. L'acquéreur ne peut ainsi agir contre le locataire pour des manquements au bail antérieurs à la vente, sauf cession de créance ou subrogation expresse (Civ. 3e, 2 oct. 2002: Bull. civ. III, no 189; D. 2003. Somm. 731, obs. Damas; AJDI 2003. 25, note Briand; Loyers et

Si nous ne voyons aucun obstacle à faire application de ce principe aux droits et obligations définitivement entrés dans le patrimoine du délégataire à la date de la reprise du service par la personne publique délégante, il nous semble devoir être concilié avec la règle selon laquelle les droits et obligations nés de certains engagements ne sont définitivement établis que lorsqu'ils arrivent à leur terme. Tel est le cas des marchés publics, dans lesquels les droits et obligations des parties ne sont définitifs que lors de l'établissement du décompte final qui, comme vous le savez, solde le compte de l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution du marché<sup>17</sup>. Dans ce cas, il nous semble que le principe de continuité de l'engagement qui caractérise la substitution devrait conduire à ce que la personne publique soit investie de l'ensemble des droits et obligations nés du contrat qui ne seront arrêtés que lors du décompte, y compris lorsque leur fait générateur est antérieur à la substitution. Mais tous les contrats ne donnent pas lieu à un décompte. La notion de dettes et créances nées des engagements en cours définitivement entrées dans le patrimoine du délégataire à la date de la substitution pourrait ainsi permettre de déterminer l'étendue exacte des droits et obligations transmis à la personne publique délégante, en tenant compte de la diversité des situations contractuelles.

Nous voudrions pour finir évoquer les cas dans lesquels vous pourrez être conduits à faire application du principe que nous vous proposons de réaffirmer. Ils sont peu nombreux, ce qui pourrait être une explication à la rareté de votre jurisprudence sur ces questions si celle du juge judiciaire n'était pas aussi peu fournie.

En effet, pour que la juridiction administrative puisse avoir à connaître d'un litige relatif à l'exécution par le délégant d'un engagement pris par son délégataire, il faut que cet engagement relevât d'un régime de droit public avant la substitution, puisque la compétence juridictionnelle en matière contractuelle est fondée sur la nature juridique du contrat, qui dépend, sauf disposition législative contraire, de l'application des critères de qualification à la date de la conclusion du contrat, sans que les changements ultérieurs affectant des éléments sur lesquels portent ces critères aient d'incidence sur cette qualification (TC, 16 oct 2006, *Caisse centrale de réassurances*, n° 3506, p. 639, RFDA 2007, p. 284, concl. Stahl, s'agissant précisément d'un changement de la nature juridique de la personne morale cocontractante, solution reprise par la Cour de cassation : 14 nov 2007, *Sté hydraulique du Gard c/ Sté EDF et autres*).

Or les cas dans lesquels l'engagement pris par le délégataire pour l'exécution d'un service relève d'un régime de droit public sont rares car le plus souvent ce délégataire est une personne morale de droit privé. Les contrats conclus par cette dernière avec des prestataires ou des usagers, personnes physiques ou morales de droit privé, ressortissent en principe du droit privé par application du critère selon lequel un contrat ne peut être administratif que si l'une des parties au moins est une personne publique<sup>18</sup>. Cette règle s'applique quand bien même l'une des personnes privées contractantes exerce une mission de service public administratif (notamment: Section, 15 mai 1991, *Association « Girondins de Bordeaux Football Club »*, p. 179)<sup>19</sup>. Mais elle connaît

---

copr. 2002, no 276, obs. Vial-Pedroletti).

<sup>17</sup> CE, 8 décembre 1961, *Sté Nouvelle Compagnie générale des travaux* p 701 ; 12 mai 1982, *SAPRR* p 175 ; 4 décembre 1987, *Commune de Ricamarie*, p. 399 ; 21 juin 1999, *Banque populaire Bretagne Atlantique*, p. 206 ; 2 avril 2004, *Sté Imhoff*, p. 149 ; 20 mars 2013, *CH de Versailles*, n° 357636, aux T.

<sup>18</sup> TC, 3 mars 1969, *Société Interlait*, p. 682 ; TC, 19 janvier 1972, *SNCF c/Entreprise Solon et Barrault*, p. 944.

<sup>19</sup> Egalement : CE, Section, 13 décembre 1963, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Sieur Merlin*, p. 623, à propos d'une convention passée entre une caisse régionale de sécurité sociale et une organisation syndicale représentative, alors qu'une telle convention est administrative si elle est conclue par une caisse nationale : CE, 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux et para-médicaux*, p. 496 ;

quelques exceptions. Le principe qui fait l'objet de notre propos ne concernant que les services dont l'exécution a été confiée à un tiers, nous n'évoquerons que les cas dans lesquels le contrat passé par une personne privée dans le cadre de l'exécution du service dont elle a été chargée peut être administratif.

La première exception, qui justifie votre compétence dans le présent litige et de laquelle ressortissent toutes les applications récentes du principe qui nous occupe, est celle selon laquelle sont administratifs les contrats portant occupation du domaine public conclus par un délégataire de service public occupant à titre principal le domaine public, c'est à dire les sous-locations ou sous-concessions domaniales. Elle résulte de la loi, décret-loi de 1938 puis, aujourd'hui, l'article L. 2331-1 du code général des propriétés des personnes publiques, et de son interprétation par le Tribunal des conflits (TC, 10 juillet 1956, *Société des steeple-chases de France*, n° 1553, p. 587 ; TC, 14 mai 2012, *Mme G... c/ Société d'exploitation sports et événements (SESE) et Ville de Paris*, n° 3836, p. 512; TC, 9 décembre 2013, *EURL Aquagol c/ Association réunionnaise de développement de l'aquaculture*, n° 3925, aux T.). Cette interprétation est stricte, comme le montre une récente décision par laquelle le TC a précisé que seuls les contrats ayant pour objet même de conférer un droit d'occupation du domaine public présentaient un caractère administratif, et non tous ceux qui se déroulent sur le domaine public ( TC, 17 novembre 2014, *Chambre de commerce et d'industrie de Perpignan et des Pyrénées-Orientales c/ M. A...* n°3965, aux tables, s'agissant d'un contrat entre le gestionnaire d'un port et un usager du service public industriel et commercial de l'outillage portuaire). Elle s'applique pleinement en l'espèce, la société étant délégataire du service public de

l'exploitation du port de plaisance et le contrat litigieux portant occupation du domaine public (voyez, pour une application de cette règle de compétence au délégataire du service d'aménagement et d'exploitation d'un port de plaisance, TC, 18 oct 1999, *M...*, n° 3169).

L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics introduit une autre exception au critère organique en qualifiant ces contrats d'administratifs, quelle que soit la nature juridique des parties<sup>20</sup>. Il n'est théoriquement pas exclu qu'un délégataire de service public délègue à son tour la réalisation et l'exploitation d'ouvrages liés au service, avec l'accord du délégant, mais cette configuration ne devrait pas être très fréquente.

Plus générale est l'exception qui concerne les contrats conclus par une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique au sens de votre décision *Sté d'équipement de la région montpelliéraine* (Sect, 30 mai 1975, p. 326) et de celle du TC *Cne d'Agde* (TC, 7 juil 1975, p. 798), rendues à propos de titulaires de concessions d'aménagement. Si cette théorie dite du "mandat administratif", dont les contours ne sont pas d'une parfaite clarté, concerne essentiellement la réalisation de travaux, elle ne s'y cantonne pas et trouve à s'appliquer à des personnes privées chargées de l'exécution d'un service public (Section du 18 juin 1976, *Dame C...*, p. 319, relative à des contrats d'emprunts ; TC, 23 novembre 2002, *Sociétés SOTRAME et METALFORM c/ GIE Sesam-Vitale*, p. 550 ; 3 juin 2009, *Sté Aéroports de Paris*, n° 323594, s'agissant d'un marché de service de prestations de sûreté aéroportuaire passé entre Aéroport de Paris et une autre société privée<sup>21</sup>). Enfin, si la jurisprudence *Entreprise Peyrot* (TC, 8 juillet 1963, GAJA) ne s'applique pour

---

décision Interlait précitée.

<sup>20</sup> B. Dacosta, Le contrat de concession de travaux publics issus de l'ordonnance du 15 juillet 2009 : un intrus dans le paysage contractuel ? Mélanges Richer, LGDJ, 2013, p. 57.

<sup>21</sup> Contrat qualifié d'administratif car la mission d'inspection et de filtrage des passagers, des personnels et des bagages que doit exécuter la société cocontractante est réalisée pour le compte de l'Etat et sous son autorité dans le cadre de son activité de police administrative des aéroports.

le moment qu'aux contrats passés par les titulaires de concessions d'autoroutes pour l'exécution de travaux, vous avez très récemment, par une décision du 14 novembre 2014, *Sté des autoroutes du sud de la France* (n° 374557) renvoyé au Tribunal des conflits la question de la qualification des marchés de service qu'ils passent avec des entreprises de dépannage, pour l'exécution de la mission de service public du dépannage des véhicules immobilisés qui leur est assignée (voyez, pour cette qualification de mission de service public : CE, 22 mars 2000, *Epx S...*, p. 126).

Dans ces hypothèses, une personne privée chargée de l'exécution d'un service public peut être amenée à conclure des contrats administratifs, s'ils répondent aux critères matériels conduisant à cette qualification. Mais, contrairement aux délégations ou marchés de service, elle ne le fait pas pour son compte. Plusieurs décisions récentes ont rappelé qu'un délégataire de service public n'agit jamais pour le compte du délégant au sens de ces jurisprudences (voyez notamment vos décisions du 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, n° 297509, et du 11 mars 2011, *Cté d'agglomération du Grand Toulouse*, n° 330722, solutions récemment confirmées par le TC, 9 juillet 2012, *CGE*, n° 3834 ; 16 juin 2014, *Sté d'exploitation de la Tour Eiffel*, n° 3944) et il doit en aller de même lorsque la personne a été chargée de l'exécution du service par un marché. S'il n'est pas exclu que les solutions que nous avons exposées pour les délégations et marchés de service soient transposées aux contrats passés par des personnes privées pour le compte d'une personne publique, leur fondement ne sera pas exactement le même puisque le lien juridique entre elles n'est ni de même nature ni de même portée.

La quatrième exception concerne les contrats conclus par un mandataire, au sens de l'article 1984 du code civil, de la personne publique ou par une personne morale de droit privé

considérée comme transparente<sup>22</sup>. Dans ce cas, il n'y a pas lieu à substitution puisque la personne publique est considérée comme partie au contrat dès sa conclusion<sup>23</sup>.

Mais ce ne sont-là que les engagements pris par des personnes privées qui sont administratifs par exception au critère organique de qualification des contrats. Sont par ailleurs également susceptibles d'entrer dans le champ d'application du principe de substitution les contrats passés par les personnes publiques délégataires de services publics. L'hypothèse est peu fréquente mais elle n'est pas impossible, dès lors que les personnes publiques peuvent se porter candidates aux marchés et délégations de services (8 nov 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, au rec). Le critère organique se trouvera rempli, mais il faudra encore que les contrats qu'elle aura passés dans le cadre de l'exécution du service soient administratifs par leur objet. Tel devrait être le cas des marchés de travaux, services ou fournitures conclus par les collectivités publiques et leurs établissements publics, à l'exception des EPIC de l'Etat, qui entrent dans le champ du code des marchés publics et sont donc administratifs par détermination de la loi (Art 2, loi du 11 déc 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier) ainsi que des contrats faisant participer leurs cocontractants à l'exécution du service délégué. Leurs contrats passés avec les usagers du service ne seront administratifs que si le service présente un caractère administratif.

De ce panorama dont nous ne garantissons pas l'exhaustivité, il résulte que le principe de la substitution du délégant au délégataire dans les engagements pris par ce dernier pour l'exercice du service en cas de reprise de celui-ci après résiliation de la délégation est susceptible de concerner d'une part, s'agissant des engagements pris par des personnes privées délégataires - au sens large - de service public, les contrats portant occupation du domaine public ainsi que les concessions de

22 TC, 22 avril 1985, *L...*, n° 2368; CE, 21 mars 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt*, p. 130.

23 CE, 8 janvier 1960, *Sieur F...*, p. 15 ; CE, 6 janvier 1967, *Epoux B...*, p. 3

travaux publics. Ce champ pourrait se trouver un petit peu élargi si vous décidiez d'y inclure les engagements conclus par une personne privée exécutant un service public pour le compte d'une personne publique.

D'autre part, les contrats passés pour l'exécution du service par un délégataire personne publique. Dans ce dernier cas, qui est aussi le plus rare, les engagements transmis sont plus nombreux, mais le risque pour le délégant de se trouver lié par des obligations désavantageuses est a priori plus limité grâce aux contraintes qui s'imposaient à la personne publique délégataire lorsqu'elle les a conclus.

L'application de ces principes au cas d'espèce vous conduira tout d'abord, si vous les adoptez, à casser l'arrêt de la Cour qui a jugé que la commune de Propriano était substituée dans l'engagement pris par sa délégataire à l'égard de M. L..., sans rechercher si cet engagement était de ceux qu'une interprétation raisonnable du contrat de délégation permettait au délégataire de prendre.

Puis, réglant l'affaire au fond, à vous prononcer sur ce point. Comme nous vous le disions, vous le ferez en application de la stipulation de la convention de délégation de service public à laquelle renvoyait le contrat d'amodiation conclu avec M. L..., stipulation qui ne fait qu'énoncer les principes généraux que nous venons de décrire.

Précisons tout d'abord que le contrat litigieux s'inscrit bien dans le cadre de l'exploitation du service délégué et qu'il était en cours à la date à laquelle la commune a prononcé la déchéance de la délégation de service public puisque, si le poste n'avait jamais été mis à disposition de M. L..., le contrat n'avait pas non plus été résilié.

Vous examinerez en premier lieu le bien fondé du motif retenu par le tribunal, tiré de ce que l'engagement ne pouvait être regardé comme normalement pris dès lors que le montant de la redevance ne figurait pas dans la grille tarifaire fixée par la convention de délégation. Ce motif est exact. Mais il nous semble que le tarif appliqué à M. L... relevait précisément d'une interprétation raisonnable de la convention de délégation. En effet, celle-ci n'indiquait les tarifs des emplacements en fonction de la longueur des bateaux par seuils de deux mètres entre 6 m et 20 m. L'accès aux mouillages du port n'étant évidemment pas réservé aux bateaux de longueur paire, le délégataire devait fixer la redevance applicable aux bateaux dont la longueur était comprise entre deux lignes de la grille par application d'une règle de trois, ce qui a été fait en l'espèce pour déterminer le montant de la redevance applicable à l'attribution d'un emplacement pour un bateau de 13 mètres.

Si vous nous suivez, vous censurerez ce motif du jugement et, saisi par l'effet dévolutif de l'appel de l'ensemble des moyens soulevés devant vous par les parties, vous répondrez à celui de la commune qui fait valoir qu'elle ne saurait être liée par l'engagement pris à l'égard de M. L... car il méconnaît l'interdiction, posée tant par la convention de délégation que par le code des ports maritimes, d'accorder un droit d'usage privatif du domaine public portuaire et n'a pas été approuvé par la commune.

Ces arguments sont plus solides. Précisons tout d'abord que si vous partagez les analyses qui précèdent vous constaterez que la méconnaissance des dispositions de l'article R. 631-4 du code des ports maritimes, relative aux conditions d'attribution des postes d'amarrage, à la supposée établie, est sans incidence sur l'éventuelle substitution de la commune à son délégataire, qui ne dépend que de la question de savoir si l'engagement a été pris conformément aux pouvoirs conférés par la convention de délégation. Son illicéité peut justifier que la commune refuse d'en faire

application ou décide de le résilier, décision qu'elle prendra en sa qualité de partie au contrat auquel elle aura été substituée au délégataire qui l'a conclu.

Ce n'est donc qu'au regard des stipulations de la convention de délégation de service que vous devez apprécier si le délégataire pouvait, comme il l'a fait, accorder à M. L..., pour la durée de la délégation de service public, soit jusqu'au 31 décembre 2025, une garantie d'usage du poste n° 37 sur le quai n° 3 du Bassin Ouest. Or une telle attribution privative pour une longue durée est expressément interdite par les stipulations de l'article 30.2 de la convention de délégation qui précisent que « la garantie d'usage de postes d'amarrage ou de mouillage est accordée aux personnes physiques ou morales participant au financement des ouvrages et outillages portuaires (...) par contrat approuvé par le concessionnaire (...); par souscription ou acquisition de titres (...). Ces deux modes de participation financière donnent droit à leurs titulaires à une garantie d'amarrage dans la zone de port définie par le plan annexe n° 1 joint à la présente convention, sans affectation privative d'un ou plusieurs postes déterminés ».

La circonstance que le contrat prévoit que le poste ne peut être ni prêté ni sous-loué ni cédé et qu'en cas d'inoccupation pendant une durée supérieure à 48 h, le délégataire pourra le mettre à disposition d'autres usagers, ne rend pas cette affectation moins privative. Les parties au contrat l'entendaient d'ailleurs bien ainsi, puisque M. L... a toujours réclamé l'usage de ce poste précis et que la société délégataire lui a toujours répondu qu'il était indisponible en raison des arrêtés de péril qui frappaient cette zone du port, sans lui proposer d'autres mouillages. Nous ne voyons donc pas quelle interprétation de la convention de délégation pouvait permettre l'affectation d'un poste d'amarrage déterminé.

Nous pensons également que l'absence d'approbation du contrat par la commune, alors que celle-ci est expressément prévue par la convention de délégation, constitue de la part du délégataire une méconnaissance du champ des pouvoirs qui lui étaient conférés, méconnaissance d'autant plus grave que cette stipulation représente une garantie pour l'autorité délégante de ne pas se trouver engagée sans son consentement par des engagements conférant des droits réels de longue durée sur le domaine public. L'article 30.2 de la délégation de service public prévoit une communication au délégant de la "liste des titulaires du droit d'usage et des bateaux concernés" mais, en l'absence d'éléments permettant de savoir si cette liste a été effectivement communiquée à la commune et ce qu'elle contenait, il nous semble en tout état de cause impossible de cette seule stipulation que la commune aurait implicitement approuvé l'engagement pris par son délégataire envers M. L....

Ces motifs étant de nature à confirmer le rejet de la demande présentée par M. L... au tribunal administratif, qui ne cherchait à engager que la responsabilité contractuelle de la commune du fait du contrat d'amodiation qu'il avait conclu avec son délégataire, vous pourrez confirmer le jugement et rejeter l'appel de M. L....

Vous n'aurez pas à statuer sur les conclusions subsidiaires que ce dernier vous a récemment soumises tendant à engager la responsabilité de la commune sur d'autres fondements non contractuels, au titre des fautes qu'elle aurait commises dans le choix et le contrôle du délégataire ou en raison de l'insolvabilité de la société délégataire, car ces conclusions vous ont été présentées pour le cas où vous seriez conduits à écarter l'application du contrat en raison de ce qu'il serait entaché d'une illicéité d'ordre public, au sens de votre jurisprudence précitée *Cne de Béziers*. Mais, si vous nous suivez, vous n'écarterez pas l'application du contrat ; vous jugerez seulement que n'étant pas transféré à la commune, il ne peut fonder une action en responsabilité contractuelle contre cette dernière. Et la possibilité pour les cocontractants dont le contrat a été écarté en raison de sa nullité de poursuivre leur litige sur un terrain quasi-contractuel, que vous avez admise par

votre décision précitée *Sté Citécâble Est*, ne permet pas à M. L... de rechercher en cours d'instance d'appel la responsabilité de la commune sur d'autres fondements puisque, d'une part, le contrat n'a pas été déclaré nul et d'autre part cette possibilité n'est ouverte qu'aux parties ayant eu un lien contractuel, ce qui n'est précisément pas le cas de M. L... et de la commune de Propriano.

**EPCMNC :**

- Annulation de l'arrêt attaqué ;
- Rejet de l'appel de M. L... ;
- Partie perdante, M. L..., ne peut prétendre au remboursement des frais de l'instance ;
- dans les circonstances de l'espèce, nous vous proposons de rejeter également les conclusions de la commune de Propriano à ce titre.