

Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'Etat 2018**Biens de retour : le sort des biens acquis avant la signature de la concession****Arrêt rendu par Conseil d'Etat
section du contentieux****29-06-2018**

n° 402251

Sommaire :

1) Dans le cadre d'une concession de service public mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique. Le contrat peut attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de concession, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée.

A l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application de ces principes, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci gratuitement, sous réserve des clauses contractuelles permettant à la personne publique, dans les conditions qu'elles déterminent, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. Le contrat qui accorde au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique, ou certains droits réels sur ces biens, ne peut, sous les mêmes réserves, faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de concession.

Lorsque la convention arrive à son terme normal ou que la personne publique la résilie avant ce terme, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement. Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan. Dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat. Si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus.

2) a) Les règles énoncées dans la décision d'assemblée du 21 décembre 2012 Commune de Douai, auxquelles la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 n'a pas entendu déroger, trouvent à s'appliquer lorsque le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la délégation de service public de remontées mécaniques, propriétaire de biens qu'il a, en acceptant de conclure le contrat, affectés au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci. Une telle mise à disposition emporte le transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique, dans les conditions énoncées dans cette décision. Elle a également pour effet, quels que soient les termes du contrat sur ce point, le retour gratuit de ces biens à la personne publique à l'expiration de la convention, dans les conditions énoncées dans cette décision.

b) Les parties peuvent prendre en compte cet apport dans la définition de l'équilibre économique du contrat, à condition que, eu égard notamment au coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, à la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et au montant des amortissements déjà réalisés, il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique.

Dans l'hypothèse où la commune intention des parties a été de prendre en compte l'apport à la concession des biens qui appartenaient au concessionnaire avant la signature du contrat par une indemnité, le versement d'une telle indemnité n'est possible que si l'équilibre économique du contrat ne peut être regardé comme permettant une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation. En outre, le montant de l'indemnité doit, en tout état de cause, être fixé dans le respect des conditions énoncées ci-dessus afin qu'il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique. 🗉(1)

Texte intégral :

Vu la procédure suivante :

Le préfet des Alpes-de-Haute-Provence a demandé au tribunal administratif de Marseille d'annuler, d'une part, les délibérations des 30 octobre 2013 et 28 juillet 2014 par lesquelles la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye a approuvé le protocole d'accord portant sur la reprise de la station de ski « Sauze - Super Sauze » et, d'autre part, la délibération du 9 novembre 2013 par laquelle la commune d'Enchastrayes a approuvé la contribution financière qu'elle s'est engagée à verser dans le cadre du protocole relatif à la reprise de cette station de ski. Par deux jugements rendus respectivement sous les n^{os} 1403085, 1407888 et 1403073 le 18 août 2015, le tribunal administratif de Marseille a rejeté chacune des demandes du préfet.

Par un arrêt n^{os} 15MA04083, 15MA04084 du 9 juin 2016, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur appel du préfet, annulé l'article 2 du premier jugement ainsi que la délibération du conseil communautaire de la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye du 30 octobre 2013 puis a rejeté le surplus des conclusions des parties.

Par un pourvoi, enregistré le 8 août 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le ministre de l'Intérieur demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'article 3 de cet arrêt en tant qu'il rejette les conclusions du préfet des Alpes-de-Haute-Provence tendant à l'annulation des délibérations des 9 novembre 2013 et 28 juillet 2014 ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit aux conclusions d'appel du préfet des Alpes-de-Haute-Provence.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code du tourisme ;
- la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Marc Pichon de Vendeuil, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Olivier Henrard, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, avocat de la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye et à la SCP Jean-Philippe Caston, avocat de la société C. Frères, de M. A.C., de l'indivision B.C. et de la société d'exploitation des remontées mécaniques du Sauze ;

Sur le cadre du litige :

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la station de ski « Sauze - Super Sauze », située sur le territoire de la commune d'Enchastrayes, a été créée, aménagée puis exploitée, à partir des années 1930, par différentes personnes privées sur des terrains leur appartenant ou dont elles avaient la jouissance ; que postérieurement à l'intervention de la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne désormais codifiée dans le code du tourisme, qui a qualifié de service public le service des remontées mécaniques et a confié aux communes ou à leurs groupements l'organisation et l'exécution de ce service, tout en laissant une période de quatorze ans pour mettre en conformité avec la loi les conventions antérieurement conclues ou les autorisations d'exploiter antérieurement accordées pour l'exécution du service des remontées, a été conclue le 28 décembre 1998, entre la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye (CCVU) et la SARL C.Frères, une convention de délégation de service public pour l'aménagement du domaine skiable et l'exploitation des remontées mécaniques du Sauze - Super Sauze - La Rente sur la commune d'Enchastrayes, d'une durée de quatorze ans ; qu'à l'expiration de cette convention, et après avoir déclaré infructueuse la procédure de mise en concurrence lancée en vue de la conclusion d'une nouvelle délégation de service public, la CCVU a, par une délibération du 13 juin 2013, décidé la reprise en régie de l'exploitation ; que s'agissant des biens affectés à l'exploitation du service public, leur remise à la CCVU a été ordonnée à la SARL C.Frères par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Marseille en date du 29 juillet 2013 ; que les parties, ainsi que la commune d'Enchastrayes et des tiers ayant disposé de droits sur les biens en cause, ont recherché un accord amiable afin d'arrêter l'inventaire et l'évaluation de ces biens ; qu'un protocole a été approuvé par une délibération du conseil communautaire de la CCVU en date du 28 juillet 2014, prévoyant notamment le rachat des biens en cause par la CCVU pour un montant total de 3 700 000 euros hors taxes, dont 1 200 000 euros hors taxes à verser en une seule fois par la commune d'Enchastrayes dont le conseil municipal avait approuvé le principe d'une telle contribution financière par une délibération du 9 novembre 2013 ;

2. Considérant qu'estimant que ces délibérations étaient illégales, le préfet des Alpes-de-Haute-Provence les a déférées devant le tribunal administratif de Marseille, qui a rejeté ses requêtes par deux jugements du 18 août 2015 ; que par un arrêt du 9 juin 2016, la cour administrative d'appel de Marseille a annulé une délibération du 30 octobre 2013 du conseil communautaire de la CCVU et rejeté le surplus des conclusions des parties ; que le ministre de l'Intérieur se pourvoit contre cet arrêt en tant qu'il rejette les conclusions du préfet tendant à l'annulation des délibérations du conseil municipal d'Enchastrayes du 9 novembre 2013 et de la CCVU du 28 juillet 2014 ;

Sur les règles applicables aux biens de la concession :

3. Considérant, en premier lieu, que, dans le cadre d'une concession de service public mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique ; que le contrat peut attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de concession, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée ;

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

5. Considérant, en troisième lieu, que lorsque la convention arrive à son terme normal ou que la personne publique la résilie avant ce terme, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement ; que lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au

bilan ; que, dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat ; que si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus ;

6. Considérant que les règles énoncées ci-dessus, auxquelles la loi du 9 janvier 1985 n'a pas entendu déroger, trouvent également à s'appliquer lorsque le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la concession de service public, propriétaire de biens qu'il a, en acceptant de conclure la convention, affectés au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci ; qu'une telle mise à disposition emporte le transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique, dans les conditions énoncées au point 3 ; qu'elle a également pour effet, quels que soient les termes du contrat sur ce point, le retour gratuit de ces biens à la personne publique à l'expiration de la convention, dans les conditions énoncées au point 4 ; que les parties peuvent prendre en compte cet apport dans la définition de l'équilibre économique du contrat, à condition que, eu égard notamment au coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, à la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et au montant des amortissements déjà réalisés, il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique ;

7. Considérant que, dans l'hypothèse où la commune intention des parties a été de prendre en compte l'apport à la concession des biens qui appartenaient au concessionnaire avant la signature du contrat par une indemnité, le versement d'une telle indemnité n'est possible que si l'équilibre économique du contrat ne peut être regardé comme permettant une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation ; qu'en outre, le montant de l'indemnité doit, en tout état de cause, être fixé dans le respect des conditions énoncées ci-dessus afin qu'il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique ;

Sur l'arrêt en tant qu'il se prononce sur la qualification des biens en cause et sur les conséquences indemnitaires :

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit et inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que la propriété des biens en cause, alors même qu'ils étaient nécessaires au fonctionnement du service public concédé, n'avait pas été transférée à la communauté de communes dès la conclusion de la convention du seul fait de leur affectation à la concession de service public et que ces biens n'étaient pas régis par les règles applicables aux biens de retour, pour en déduire que le concessionnaire avait droit, du fait de leur retour dans le patrimoine de la CCVU, à une indemnité égale à leur valeur vénale ;

9. Considérant par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que l'arrêt attaqué doit être annulé en tant qu'il rejette les conclusions du préfet tendant à l'annulation des délibérations du 9 novembre 2003 de la commune d'Enchastrayes et du 28 juillet 2014 de la CCVU ;

10. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'État qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

Décide :

Article 1^{er} : L'article 3 de l'arrêt du 9 juin 2016 de la cour administrative d'appel de Marseille est annulé en tant qu'il statue sur les conclusions tendant à l'annulation des délibérations du 9 novembre 2003 de la commune d'Enchastrayes et du 28 juillet 2014 de la CCVU.

Article 2 : L'affaire est renvoyée dans cette mesure à la cour administrative d'appel de Marseille.

Article 3 : Les conclusions de la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, de la société C.Frères, de M. C., de l'indivision B.C. et de la société d'exploitation des remontées mécaniques du Sauze, présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au ministre d'État, ministre de l'Intérieur, à la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye et à la société C.Frères, première dénommée, pour tous ses cosignataires.

Copie en sera adressée à la commune d'Enchastrayes et au ministre de l'Économie et des finances.

Demandeur : Ministre de l'Intérieur

Composition de la juridiction : M. Marc Pichon de Vendeuil, rapporteur - M. Olivier Henrard, rapporteur public - SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, SCP Jean-Philippe Caston, avocat

Mots clés :

DOMAINE * Domaine public * Régime * Conséquences du régime de la domanialité publique sur d'autres législations * Concession de service public * Biens dits de retour * 1) Définition et régime * 2) Cas de biens dont le cocontractant de l'administration était propriétaire avant la passation de la concession, affectés au fonctionnement du service public et nécessaires à celui-ci * a) Applicabilité des règles relatives aux biens de retour * Transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique et, à l'expiration de la concession, retour gratuit de ces biens à celle-ci * b) Prise en compte de cet apport dans la définition de l'équilibre économique du contrat * Existence, sous réserve de l'absence de libéralité * Possibilité de verser une indemnité au cocontractant * Existence, si l'équilibre économique du contrat ne permet pas une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation et sous réserve de l'absence de libéralité

MARCHES ET CONTRATS ADMINISTRATIFS * Concession de service public * Biens dits de retour * 1) Définition et régime * 2) Cas de biens dont le cocontractant de l'administration était propriétaire avant la passation de la concession, affectés au fonctionnement du service public et nécessaires à celui-ci * a) Applicabilité des règles relatives aux biens de retour * Existence * Transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique et, à l'expiration de la concession, retour gratuit de ces biens à celle-ci * b) Prise en compte de cet apport dans la définition de l'équilibre économique du contrat * Existence, sous réserve de l'absence de libéralité * Possibilité de verser une indemnité au cocontractant * Existence, si l'équilibre économique du contrat ne permet pas une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation et sous réserve de l'absence de libéralité

URBANISME ET AMENAGEMENT DU TERRITOIRE * Règles générales d'utilisation du sol * Règles générales de l'urbanisme * Prescriptions d'aménagement et d'urbanisme * Régime issu de la loi du 9 janvier 1985 sur la montagne * Délégation de service public de remontées mécaniques * Biens affectés au fonctionnement du service public et nécessaires à celui-ci dont le cocontractant de l'administration était propriétaire avant la passation du contrat * 1) Applicabilité des règles relatives aux biens de retour * Transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique et, à l'expiration du contrat, retour gratuit de ces biens à celle-ci * 2) Prise en compte de cet apport dans la définition de l'équilibre économique du contrat * Existence, sous réserve de l'absence de libéralité * Possibilité de verser une indemnité au cocontractant * Existence, si l'équilibre économique du contrat ne permet pas une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation et sous réserve de l'absence de libéralité

(1) Publié au Recueil Lebon

Cf. CE, Ass., 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788, p. 417 .

Conclusions du rapporteur public

CCG1

(*) Dans cette affaire, M. Olivier Henrard a prononcé les conclusions suivantes :

« 1. Un mot seulement sur les faits de l'espèce. En effet, la question de droit posée au juge de cassation est particulièrement pure. Il ne sera donc pas nécessaire de vous pencher sur les relations contractuelles, à la fois antiques et complexes, entretenues par les protagonistes privés et publics du litige. Est en cause un protocole d'accord conclu entre, d'une part, la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye et la commune d'Enchastrayes qui en est membre et, d'autre part, le concessionnaire sortant du service public des remontées mécaniques de la station « Sauze - Super Sauze » ainsi qu'un certain nombre de tiers au contrat de concession, propriétaires de biens meubles ou immeubles affectés à ce service. Le protocole en question prévoit le rachat par la communauté de communes, à l'issue de la concession, pour un montant forfaitaire de 3,7 millions d'euros, de l'ensemble des équipements affectés au service public et d'une partie de son emprise foncière.

Le préfet des Alpes de Haute-Provence a déféré au juge les deux délibérations du conseil communautaire et la délibération du conseil municipal portant approbation des termes de ce protocole. Il a fait valoir que les biens nécessaires au fonctionnement du service public des remontées mécaniques, quelle que soit la date à laquelle ils aient été acquis ou réalisés par le concessionnaire, devraient être regardés comme des biens de retour conformément à votre jurisprudence CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788, p. 477. À ce titre ils devraient revenir à la collectivité à l'expiration de la convention, gratuitement, sous réserve de l'indemnisation, le cas échéant, de la fraction non amortie de ces investissements. Aussi le rachat de ces biens à leur valeur vénale, prévu par le protocole litigieux, devrait-il s'analyser comme une libéralité illégalement consentie par la communauté de communes.

La cour administrative d'appel de Marseille, pour écarter cette argumentation, a posé dans son arrêt attaqué du 9 juin 2016 le principe suivant : « si les règles qui gouvernent les concessions de service public imposent que les biens nécessaires au fonctionnement du service public appartiennent à la collectivité concédante dès l'origine, ce principe ne trouve pas nécessairement à s'appliquer à toute convention d'exploitation d'un équipement, lorsque le délégataire en était propriétaire antérieurement à la passation de la convention et qu'il l'a seulement mis à disposition pour l'exécution de celle-ci ». La cour a précisé que « si ces biens sont nécessaires à l'exploitation du service, il appartient toutefois à la collectivité, afin de garantir sa continuité au terme de la convention, de se réserver la faculté pour elle d'en faire l'acquisition ». Or, en l'espèce, la quasi-totalité des biens affectés à la convention a été apportée par le concessionnaire, qui les exploitait de longue date à titre purement privé. La cour en a déduit qu'elle était en présence, en l'espèce, de « biens qui ne sont pas soumis au régime applicable aux biens dits de retour ». Le ministre de l'Intérieur, qui se pourvoit en cassation, soutient qu'elle a ainsi commis une erreur de droit et de qualification juridique.

Cette position de la cour administrative d'appel de Marseille n'est pas isolée. Elle reprend en effet une solution dégagée, toujours en matière de remontées mécaniques, par la cour de Lyon, dans une décision CAA Lyon, 16 février 2012, *Société Télépente des Gets*, n° 10LY02315, abondamment commentée en doctrine (cf. notamment G. Mollion, « Propriété des biens nécessaires au service public : les remontées mécaniques font-elles exception au régime général des contrats administratifs ? », JCP A 11 juin 2012, n° 23, p. 2189) et réitérée par CAA Lyon, 28 février 2013, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais et autres*, n°s 12LY01332, 12LY01352, 12LY01353. L'arrêt attaqué a lui-même été remarqué et salué par la doctrine (G. Eckert, « Régime des biens dans les concessions de remontées mécaniques », *Contrats et marchés publics*, n° 8-9, août 2016, commentaire 212).

La question posée peut donc être formulée ainsi : la circonstance que le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la concession de service public, propriétaire de biens qu'il a affecté par cette convention au fonctionnement du service et qui sont nécessaires à celui-ci, conduit-elle à écarter, dans le silence des stipulations sur ce point, la qualification de biens de retour - et, par conséquent, à regarder le concessionnaire comme étant le propriétaire de ces biens à l'issue du contrat ?

A vrai dire, la réponse nous semble découler de façon assez évidente de la combinaison de deux séries de principes, intimement liés. Il s'agit, d'une part, de votre jurisprudence relative aux biens de retour, telle qu'elle a été actualisée et systématisée par votre décision *Commune de Douai*. Il s'agit, d'autre part, de la théorie de l'équilibre financier du contrat de concession.

2. On sait que la répartition en trois catégories des biens affectés à une concession, au regard de leur sort à l'issue du contrat, s'est dégagée de la pratique conventionnelle au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle. Ce triptyque classique articule les biens de retour, les biens de reprise et enfin les biens propres du concessionnaires. Ces derniers restent toujours entre les mains du cocontractant ; ils ne sont en général affectés qu'accessoirement aux besoins du service. Les biens de reprise, plus directement utiles à l'exploitation, sont ceux pour lesquels le contrat ouvre à la collectivité une possibilité de rachat, ou même de retour gratuit.

Quant aux biens de retour la jurisprudence les a longtemps cernés, comme d'ailleurs, les deux précédentes catégories, par les caractéristiques de leur régime juridique, sans se risquer à une définition de leur nature. Elle a consacré très rapidement l'existence de trois attributs.

i) Le premier se reflète dans la dénomination de ces biens : ils reviennent obligatoirement à la collectivité concédante en fin de contrat. Cette caractéristique n'a jamais connu aucune dérogation ni aucun aménagement.

On se situe en effet au coeur de la logique des biens de retour. Comme le soulignait le Pr A. Mestre, dans une note devenue canonique : « Il ne faut pas oublier que le but essentiel de la concession 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. » (note sous CE 1^{er} mars 1929, *Sté des transports en commun de la région toulousaine*, S. 1929.1.75). Autrement dit, la concession n'est pas seulement une modalité de gestion du service public. Elle est aussi et peut-être surtout un mode de financement des ouvrages nécessaires à l'existence et à la continuité de ce service. La qualification de biens de retour, qui implique que ces ouvrages sont de droit la propriété de la personne publique, au plus tard à l'expiration de la convention, constitue une garantie essentielle dans la poursuite de cet objectif puisqu'elle évite de soumettre le transfert de propriété aux *aléas* de la négociation contractuelle.

Cette seule stipulation suffisait donc à faire qualifier de biens de retour les équipements ainsi désignés : cf. CE, 28 juin 1889, *Cie des chemins de fer de l'Est*, n^{os} 68505 72434, p. 781, conclusions Romieu ; CE, 9 mai 1891, *Cie des chemins de fer de l'Est*, n^{os} 74346, 74486, p. 359 ; CE, 12 novembre 1897, *Sté nouvelle du casino municipal de Nice*, n° 82773, p. 685.

ii) La deuxième caractéristique de ces biens réside en ceci que le retour se fait, en principe, à titre gratuit - « sans indemnité et en bon état de fonctionnement » pour reprendre la formule habituelle de vos arrêts : voyez CE, 9 novembre 1895, *Ville de Paris*, n° 81383, p. 701, ou CE, 9 décembre 1898, *Compagnie du gaz de Castelsarrasin*, n° 90349, p. 782, ou encore CE 31 mars 1922, *Compagnie de l'éclairage des villes*, n° 66377, p. 304 et enfin CE, 28 mars 1928, *Société « L'Energie électrique de la Basse-Isère »*, n° 82582, p. 456.

Cette règle découle directement du principe de l'équilibre financier du contrat de concession, second élément de la solution au problème qui vous est aujourd'hui soumis.





À ce sujet, nous ne résistons pas au plaisir de citer les conclusions du président L. Blum sur votre décision CE, 11 mars 1910, *Ministre des Travaux publics c. Compagnie générale française des tramways*, n° 16178, p. 216 : « Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser, dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées (...). Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui (...). C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession ». Ainsi, « L'équation financière de la concession (...) est acceptée par le concessionnaire comme lui assurant la couverture de ses dépenses, une rémunération normale des capitaux investis et un bénéfice normal » (G. Jèze, RD publ. 1935. 783, note sur CE 10 avr. 1935, *Ville de Toulon*, n^{os} 11887, 29069, p. 479).

Il en résulte que les éléments essentiels du contrat - durée, niveau des recettes prélevées sur les usagers sous la forme d'un prix, importance des investissements mis à la charge du concessionnaire - sont supposés avoir été négociés entre les parties de façon à permettre au cocontractant de l'administration, notamment, de financer les biens qu'il est tenu d'affecter au service. Il est donc logique, dans ces conditions, qu'un bien payé par le public revienne gratuitement à la collectivité à l'expiration de la concession, sauf à faire bénéficier le concessionnaire d'un enrichissement sans cause. Lui reconnaître, par principe, un droit à indemnité, reviendrait en définitive à consacrer un double paiement des ouvrages.

Le seul aménagement à la règle de la gratuité trouve d'ailleurs sa justification dans ce même principe de l'équilibre financier du contrat. Vous jugez en effet, de très longue date, que le concessionnaire a toujours droit à l'indemnisation de la valeur non amortie des biens de retour. Cette hypothèse était rare, à l'origine, du fait de la durée importante, voire illimitée, des concessions. Elle est devenue plus fréquente. Elle s'illustre dans deux cas de figure.

Le premier est envisagé par votre décision CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres métropole et autres*, n° 352417, T. pp. 842-847. C'est celui où les parties sont convenues d'une durée d'exécution du contrat inférieure à la durée d'amortissement des biens : elles peuvent alors prévoir une indemnisation au titre de la part non amortie.

La seconde hypothèse est celle dans laquelle le non-amortissement résulte de la résiliation de la convention avant son terme, qu'elle ait été prononcée pour sanctionner la faute du concessionnaire (CE 20 mars 1957,

Société des établissements thermaux, hôtels, casino et grottes d'Ussat-les-Bains, n° 33114, p. 182, ou CE, 5 juill. 1967, n°s 60931, 60956, *Commune de Donville-les-Bains c/ Société générale technique*, Lebon , p. 297) ou décidée pour un motif d'intérêt général (CE, 31 juill. 1996, n° 126594, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, Lebon , p. 334). En ce cas, « l'indemnité doit être déterminée non pas (...) d'après la valeur réelle (du) matériel et (des) installations, mais d'après l'importance des capitaux investis dans l'entreprise et non encore amortis » (*Commune de Donville-les-Bains*). Votre décision *Commune de Douai* distingue alors deux situations : lorsque l'amortissement des biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée d'exécution du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable inscrite au bilan tandis que, dans le cas où la durée d'utilisation était supérieure, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur toute la durée du contrat (cf. deux illustrations récentes : CE, 4 mai 2015, n° 383208, *Domaine Porte des neiges (Sté)*, Lebon T. , p. 752-872 et CE, 25 oct. 2017, n° 402921, *Le Croisic (Cne)*, Lebon T. , p. 665-677).

Telles sont donc les règles de l'indemnisation éventuellement due par le concédant à son concessionnaire au titre du retour gratuit des investissements non amortis. Elles ne doivent pas être comprises comme excluant une indemnité qui pourrait être réclamée à un autre titre et notamment en invoquant l'équilibre économique du contrat. Nous y reviendrons.

iii) Enfin, troisième caractéristique des biens de retour, la collectivité concédante en est propriétaire, en principe, non pas à l'issue du contrat, mais bien dès leur affectation au service public - sans préjudice du droit de jouissance exclusif dont dispose le concessionnaire.

A nouveau, il s'agit de garantir que le but essentiel de la concession - qui est de permettre à la collectivité de disposer des ouvrages nécessaires au service public - soit bien atteint à l'issue du contrat. Or, comme le soulignait le président Romieu dans ses conclusions sur la décision de 1889 déjà citée *Cie des chemins de fer de l'Est* : « Si l'on admettait la solution contraire, c'est-à-dire si l'on considérait la compagnie comme propriétaire (en l'occurrence de terrains destinés à l'agrandissement de la Gare de l'Est), on serait forcé de lui reconnaître le droit d'aliénation (...) et cette conséquence seule doit suffire à faire rejeter une pareille doctrine ». Autrement dit, la propriété publique des biens pendant la durée d'exécution du contrat est destinée à prévenir leur évaporation avant que minuit sonne à l'horloge de la concession.

Un grand nombre de vos arrêts ont été rendus au sujet de cette question de la propriété des biens pendant la durée d'exécution du contrat : outre la décision citée *Cie des chemins de fer de l'Est*, voyez CE, 1^{er} février 1929, *Compagnie centrale d'énergie électrique*, n° 84018, 96941, p. 133 (*a contrario*) ou CE, Sect., 1^{er} mars 1929, *Sté des transports en commun de la région toulousaine*, n° 84896, p. 255. Elle emporte en effet des conséquences fiscales considérables puisque c'est au concédant, en qualité de propriétaire, qu'il appartient alors d'acquitter les taxes foncières pendant la durée de la concession.


3. Les trois attributs des biens de retour que nous venons de passer en revue ont été stabilisés de longue date. En revanche, votre jurisprudence n'avait jamais livré une définition de ces biens avant la décision *Commune de Douai*.

La doctrine pouvait ainsi constater, jusqu'à une date récente, que « constituent des biens de retour les biens qui, en vertu des clauses du cahier des charges, doivent revenir obligatoirement à l'autorité concédante en fin de concession » (J. Dufau, *Les concessions de service public*, Ed. du Moniteur, 1979, p. 137) ; ou encore que : « le premier principe à retenir pour déterminer le sort des biens à la fin de concession est de se référer aux dispositions de l'acte de concession ; ces dispositions peuvent être plus ou moins précises ; mais elles figurent toujours dans le cahier des charges. (...) » (A. de Laubadère, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, T. 2, § 1508).

Il n'y a pas lieu de s'étonner de cette réserve que l'on pourrait qualifier de « nominaliste ». La liberté contractuelle constituait l'horizon de votre raisonnement. C'est aux parties qu'il revenait de régler la propriété des différents types de biens, pendant l'exécution et à l'issue et du contrat. Cette répartition constituait un élément, parmi d'autres, de l'équilibre financier de la concession - de « l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui » pour reprendre les termes du président L. Blum. C'est donc seulement en l'absence de stipulations claires qu'il revenait au Conseil d'État de dégager la commune intention des parties sur ce point. La plupart de vos décisions font d'ailleurs suite à des recours en interprétation, y compris les deux seules à avoir été rendues par la Section du contentieux : *Sté des transports en commun de la*

région toulousaine déjà citée et CE, Sect., 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, n° 19494, p. 203.

Or, dans son rôle d'interprète, le Conseil d'État s'est inscrit, depuis l'origine, dans une perspective parfaitement claire, dont la continuité du service public constitue le point de fuite.

Ainsi, le président P. Laurent, dans ses conclusions sur la décision citée *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, soulignait-il que les « exigences fondamentales (de régularité et de continuité du service public) conduisent à adopter une méthode d'interprétation particulière des contrats de concession et notamment à inscrire au premier plan de l'intention des parties le souci d'assurer le fonctionnement régulier et continu du service public (...) ». La même décision relève d'ailleurs, au sujet de la concession en litige, que les parties « ont eu essentiellement comme but de laisser à la disposition de l'autorité concédante en fin de concession les moyens matériels de continuer l'exploitation des services concédés », faisant écho presque mot pour mot à la note déjà citée du Pr. Mestre (cf. aussi plus récemment les conclusions de G. Pellissier sur CE, 26 févr. 2016, n° 384424, *Syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense*, Lebon T. , p. 752-822).

4. Ceci étant rappelé, quelle portée doit-on attacher à votre décision *commune de Douai* ?

Le point d'entrée de l'affaire était le troisième volet du régime des biens de retour - à savoir leur propriété pendant la durée du contrat. Les contestations de la théorie des biens de retour, par une doctrine aussi nourrie que prestigieuse, se focalisaient largement sur cet aspect.

Sur le plan des principes, tout d'abord, il était soutenu que « la continuité du service public qui (...) a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » (CC, 25 juill. 1979, n° 79-105 DC) ou « les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics » (CC, 21 juill. 1994, n° 94-346 DC) n'impliquent pas nécessairement une telle propriété, dès lors que des garanties d'effet équivalent sont prévues pour garantir l'affectation des biens indispensables au service (CC, 23 juill. 1996, n° 96-380 DC ; CC, 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC ; CC, 17 déc. 2010, n° 2010-67/86 QPC).

Sur le plan pratique, ensuite, l'absence de possibilité d'appropriation privée de ces biens aurait fait obstacle à ce que le concessionnaire puisse recourir à diverses techniques de financement, telles que l'hypothèque ou le crédit-bail.

Votre décision *Commune de Douai* répond directement à cette seconde critique en ouvrant, s'agissant de la propriété des biens de retour en cours de concession, ce que votre rapporteur public B. Dacosta a qualifié de « soupape ». Vous avez admis que, dans le cas où les ouvrages sont établis sur la propriété d'une personne privée, les parties sont libres d'attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété d'ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, ou des droits réels sur ces biens. Il leur incombe toutefois de prévoir les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de concession, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée. C'est donc un droit de propriété « dégradé » qui peut être concédé, de façon temporaire, au cocontractant, sur les biens nécessaires au service.

Cependant votre décision affirme, parallèlement, que les biens de retour intègrent de droit le patrimoine de la collectivité publique, au plus tard, à l'issue du contrat. Il s'agit désormais d'une règle d'ordre public, à laquelle les parties ne peuvent déroger ni explicitement ni, *a fortiori*, implicitement. Elles peuvent simplement prévoir les conditions dans lesquelles le concédant pourrait faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

L'Assemblée du contentieux a donc dépassé la question initiale de la propriété des biens de retour en cours de contrat, pour trancher le débat de principe sur l'opportunité de pérenniser cette notion et à cet égard, elle a implicitement considéré que la propriété publique des biens nécessaires au fonctionnement du service public constitue toujours une garantie sans équivalent de la continuité de celui-ci.

Sur les raisons qui ont motivé cette solution, nous ne saurions mieux dire que votre rapporteur public B. Dacosta : « 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'usager), 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. (...) 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 ».

Cette décision revêt en outre une portée systématique. En effet, non seulement elle codifie, en l'assouplissant, le régime juridique en trois volets déjà évoqué, mais elle livre pour la première fois une définition des biens de retour, fidèle à la conception téléologique de sa jurisprudence traditionnelle : il s'agit de « l'ensemble des biens, meubles ou immeubles, nécessaires au fonctionnement du service public » et dont la convention a mis « à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition ».

Cette définition est également cohérente avec la position des formations consultatives du Conseil d'État et notamment avec l'avis n° 371234, rendu le 19 avril 2005 par la section des travaux publics (rapport public, p. 197) au sujet des remontées mécaniques : pour « l'hypothèse dans laquelle (ce) service public (...) a été confié par convention à un délégataire de service public. L'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, (...) appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention ».

5. Il résulte de ce trop long rappel que le Conseil d'État a envisagé, en 2012, les objections théoriques et pratiques que soulevait la notion de biens de retour et les a, soit prises en compte (sur la propriété *ab initio*), soit écartées. Cet examen a d'ailleurs successivement occupé, au gré des renvois de l'affaire *Commune de Douai*, vos sous-sections réunies, la Section et enfin l'Assemblée du contentieux. C'est dire si la revue de détail a été exhaustive...

Au cours des récentes années la jurisprudence *Commune de Douai*, tout comme l'avis de 2005 ont fait l'objet d'une application stricte. On peut citer une décision CE, 26 février 2016, *Syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense*, n° 384424, T. pp. 752-822, qui juge que les installations qui ont été nécessaires au fonctionnement du service à un moment quelconque de l'exécution de la convention, font en principe retour à la personne publique à l'expiration de celle-ci, quand bien même ils ne lui sont alors plus nécessaires ; ou encore un avis n° 393554 du 3 octobre 2017 de la Section des travaux publics, relatif à la qualification des biens des concessions d'énergie hydraulique, qui s'en tient à une distinction stricte entre les ouvrages qui sont indispensables, ou non, au fonctionnement du service public.

La cour administrative d'appel de Marseille a toutefois cru opportun de réitérer, en 2016, une solution dégagée par la cour de Lyon, dix mois avant votre propre décision *Commune de Douai* et que nous rappelons en deux mots : les biens que le concessionnaire a affectés au fonctionnement du service public et dont il était propriétaire antérieurement à la conclusion de son contrat ne sont pas, dans le silence des stipulations de celui-ci, des biens de retour.

Aucune des justifications envisageables d'une telle solution ne nous a convaincu.

6. En premier lieu, qu'en est-il de la lettre de votre décision *Commune de Douai* ?

Nous avons dit que la définition qu'elle donne des biens de retour vise « l'ensemble des biens, meubles ou immeubles, nécessaires au fonctionnement du service public » et dont la convention a mis « à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition ». La date à laquelle ces investissements sont intervenus - antérieure ou postérieure à la signature du contrat - n'est donc aucunement envisagée.

Or, la jurisprudence *Société Télépente des Gets*, outre qu'elle avait été abondamment commentée par la doctrine, avait été mentionnée et explicitée dans les conclusions de votre rapporteur public. On peut donc penser que si l'Assemblée du contentieux, compte tenu de la portée « codificatrice » de la décision qu'elle s'apprêtait à prendre, avait entendu réserver ce cas de figure, elle l'aurait fait de façon explicite.

Certes, la décision juge au même point que les biens qui répondent aux deux conditions énoncées - nécessité pour le service public et financement par le concessionnaire - appartiennent à la personne publique « dès leur

réalisation ou leur acquisition ». Il est évident que cette précision cadre mal avec la situation des biens réalisés ou acquis par le concessionnaire avant le début du contrat. Cependant, cette rédaction témoigne simplement de ce que le cas des biens apportés par le cocontractant ne constituait pas l'hypothèse centrale examinée par l'Assemblée. C'est, en réalité, dès leur affectation au service public que les biens de retour sont la propriété du concédant, sous réserve de la faculté d'y déroger ouverte par *Commune de Douai* dans le cas des biens implantés sur des propriétés privées.

Ajoutons que la rédaction de l'avis de 2005 de la Section des travaux publics est tout aussi englobante, puisqu'elle vise indistinctement « l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service ». Or, la problématique de la date d'acquisition des biens par le concessionnaire était pourtant particulièrement évidente dans ce dossier. Etait en cause, en effet, la dévolution des installations de remontées mécaniques, dont une partie substantielle a été créée à l'initiative d'acteurs privés avant que le législateur ne décide, en 1985, de qualifier cette activité de service public et de contraindre leurs opérateurs à conclure des conventions avec les collectivités publiques devenues compétentes pour organiser le service.

7. En second lieu, les parties au protocole litigieux développent au soutien de l'arrêt attaqué une argumentation fondée sur le respect de la liberté contractuelle et du droit de propriété.

Elles font valoir, tout d'abord, qu'un transfert de propriété portant sur des biens qui appartenaient déjà à l'exploitant ne saurait résulter tacitement du silence des stipulations contractuelles. Toutefois, le retour des biens nécessaires au fonctionnement du service public à l'issue du contrat constitue l'un des éléments du régime d'ordre public consacré par votre décision *Commune de Douai*. Les parties, à supposer qu'elles souhaitent stipuler sur ce point, ne pourraient donc déroger à la règle, quelle que soit la date d'acquisition des biens.

Le principal argument est toutefois tiré du déséquilibre financier qui résulterait de l'application du régime des biens de retour aux équipements acquis par le concessionnaire antérieurement à sa signature. Il s'inspire largement d'un article du Pr. F. Llorens, « La théorie des biens de retour après l'arrêt *Commune de Douai* », RJE, n° 709, étude 9.

Les défenseurs rappellent, d'abord, à juste titre, que c'est le financement des équipements par les recettes tirées du contrat et notamment le prix payé par les usagers du service qui justifie, sur le plan économique, le retour gratuit à la collectivité.

Ils postulent, ensuite, que les biens qui appartenaient déjà au concessionnaire et que celui-ci a affecté à la concession ne sauraient, en revanche, avoir été financés par le public. Ces investissements se trouveraient donc situés, en quelque sorte, hors de la sphère de l'équilibre concessif. Les intégrer au patrimoine de la collectivité sans la contrepartie que constituerait un prix de rachat aboutirait par conséquent à déséquilibrer l'économie de la relation contractuelle, en faisant bénéficier le concédant d'un enrichissement sans cause.

Si nous ne pouvons adhérer à ce raisonnement, c'est parce que nous révoquons en doute le postulat selon lequel les biens qui appartenaient déjà au concessionnaire et dont il a fait l'apport ne sont pas pris en compte dans l'équilibre du contrat financé par les usagers.

Nous pensons, au contraire, que cet apport peut et doit être intégré à l'équilibre de la concession : soit *ex ante*, au moment de la négociation des termes du contrat, soit *a posteriori*, sous forme indemnitaire, si le déséquilibre se révèle à l'issue de son exécution.

i) Commençons par la négociation du contrat. Il appartient au futur concessionnaire, quand il en discute l'équilibre économique, de faire valoir l'ensemble des charges qui lui incombent - et, à cet égard, non seulement les investissements qu'il devra réaliser mais aussi, le cas échéant, l'apport des biens dont il est déjà propriétaire et qu'il affecte à la concession.

Il est vrai que la mise en oeuvre de ce principe se heurte à une difficulté pratique : comment fixer la valeur des investissements déjà réalisés pour les intégrer à la négociation ?

Certes, nous avons vu que votre jurisprudence prévoit les conditions dans lesquelles le concessionnaire peut être indemnisé de la valeur non amortie des biens de retour. Cependant, la particularité des biens dont nous examinons le sort aujourd'hui tient à ce que, au moment de la signature de la concession, ils sont déjà partiellement ou entièrement amortis. Leur valeur nette comptable est donc sans rapport avec le coût que

représenterait, pour la collectivité, la réalisation ou l'acquisition de biens comparables auprès d'un autre partenaire - qu'elle se fasse dans le cadre d'un marché si elle envisage d'exploiter l'activité en régie, ou par l'intermédiaire d'un autre concessionnaire qui, lui, devrait réaliser ou acquérir ces équipements pendant l'exécution du contrat et ne manquerait pas de réclamer une durée et une rémunération calculées en conséquence. Aussi cette valeur nette comptable, lorsqu'il y en aura une, ne pourra-t-elle être qu'un élément parmi d'autres que les parties pourront utiliser pour valoriser les biens apportés dans la détermination de l'équilibre financier du contrat.

En réalité, il leur reviendra de s'accorder librement sur les éléments de calcul pertinents au vu des circonstances particulières de chaque espèce - sous réserve, bien entendu, que la méthode retenue n'aboutisse pas à accorder une libéralité au concessionnaire. Nous venons d'évoquer la valeur nette comptable, ainsi que le coût d'acquisition ou de réalisation de biens de même nature, mais on pourrait aussi penser à la durée pendant laquelle les biens apportés pourront être encore utilisés pour les besoins du service public.

Les cas de figure seront extrêmement variés selon la nature des activités concédées.

Si l'on envisage, par exemple, celui des remontées mécaniques qui nous occupe aujourd'hui, le concessionnaire qui affecte au contrat des installations déjà amorties pourrait ainsi se prévaloir de l'existence d'un marché de la revente extrêmement actif, notamment en Europe de l'Est, dans le Caucase ou encore au Moyen-Orient.

Le cas des activités culturelles ou récréatives - cinémas, théâtres, salles de concert, casinos - peut aussi être identifié dès à présent. À l'origine de telles entreprises, on trouve souvent une initiative purement privée avant qu'une collectivité publique, dans un second temps, prenne le relais afin de sauvegarder l'existence d'une offre de service désormais jugée d'intérêt public. Lorsque les exploitants de telles activités ne sont pas propriétaires, mais simplement locataires, des bâtiments qui les abritent, ces édifices ne seront évidemment pas des biens de retour puisqu'ils appartiennent à des tiers au contrat. Si la collectivité publique souhaite disposer de leur propriété, elle devra les racheter amiablement ou par la voie de l'expropriation. Ces biens n'auront alors pas à être pris en compte dans l'équilibre de la concession.

En revanche, ils devront l'être dans l'hypothèse où l'exploitant est propriétaire des murs de son théâtre ou de son casino. La question de la valorisation d'un tel bien immobilier au moment de la négociation du contrat se présentera dans des termes très différents selon qu'il s'agit ou non d'un bâtiment protégé et selon la situation du marché dans la commune.

ii) Admettons à présent que le contrat, tel qu'il a été négocié par les parties et finalement signé, se révèle *a posteriori* déséquilibré : sa durée, les tarifs prélevés sur les usagers, ne permettent pas d'assurer la rémunération des biens nécessaires au fonctionnement du service que le concessionnaire a affectés à l'exploitation et qui vont faire retour à la collectivité, notamment ceux dont il était antérieurement propriétaire.

On peut envisager, tout d'abord, que ce déséquilibre résulte d'un vice du consentement : le concessionnaire, s'agissant de la portée de son contrat en tant qu'il le prive de la propriété des biens qu'il a apportés à la concession, a commis une erreur, ou bien a été victime d'un dol de la part de la personne publique. Il sera alors fondé à saisir le juge du contrat afin que celui-ci tire les conséquences, notamment indemnitaires, de cette illégalité, dans le cadre de votre jurisprudence CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, p. 509.

On peut imaginer également - et ce sera le cas le plus habituel - que les parties se soient livrées de bonne foi à une appréciation erronée des avantages accordés au concessionnaire et des charges qui lui ont été imposées et que cet erreur aboutisse, à l'issue du contrat, à un enrichissement sans cause de la personne publique. Là encore, le concessionnaire sera fondé à demander au juge du contrat, en l'absence d'accord avec la collectivité, une indemnité destinée à rétablir l'équilibre économique que les parties sont supposées avoir recherché. Le remboursement de l'ensemble des investissements qu'il a affectés à la concession et qui sont transférés *in fine* au concédant doit lui être assuré.

Ainsi, pour nous résumer, l'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété du concessionnaire n'est pas plus importante dans le cas des ouvrages dont il était propriétaire avant de signer son contrat, que dans le cas des biens acquis ou réalisés pendant l'exécution de celui-ci. En effet, « l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui » est assurée dans les mêmes conditions : en principe, par les termes du contrat (durée, rémunération par les usagers, subventions éventuelles, valeur des

investissements...) et, à défaut, sur le terrain indemnitaire.

Quant à la liberté contractuelle, rien ne contraint le futur concessionnaire à signer une convention dont il considérerait les termes comme désavantageux pour lui - notamment du point de vue de la valorisation de ses apports. S'il exploitait antérieurement l'activité que la collectivité souhaite reprendre sous forme concessive, libre à lui de refuser la proposition qui lui est faite et de poursuivre son exploitation ou de céder ses biens sur le marché.

A cet égard, toutefois, il existe un cas de figure très particulier - il nous semble d'ailleurs unique - qui est celui de l'activité de remontées mécaniques. Il faut donc l'aborder à présent, pour examiner s'il y a lieu de déroger aux règles générales que nous venons de détailler.

8. Les remontées mécaniques étaient qualifiées de service public industriel et commercial, lorsqu'elles étaient exploitées par une collectivité, depuis votre décision CE, Sect., 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, n^{os} 39532, 39793, p. 67.

Le législateur est allé beaucoup plus loin : en effet, la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne a étendu cette qualification au secteur dans son ensemble, y compris donc lorsque les remontées avaient été créées et exploitées à l'initiative de personnes privées, cas de loin le plus fréquent.

La loi a laissé aux personnes publiques organisatrices du service - en principe les communes ou leur groupement - le choix de l'exploiter en régie directe ou de le concéder. En ce cas, elle a pris soin d'encadrer la relation contractuelle par des règles destinées à protéger l'intérêt public face aux aménageurs touristiques.

L'article 42 (codifié sur ce point à l'article L. 342-2 du code du tourisme) prévoyait ainsi que : « Les contrats établis à cet effet (...) prévoient à peine de nullité :/ 1° L'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé ou révisé ;/ 2° Les conditions de résiliation, de déchéance et de dévolution, le cas échéant, des biens en fin de contrat ainsi que les conditions d'indemnisation du cocontractant ;/ 3° Les obligations de chacune des parties et, le cas échéant, le montant de leurs participations financières ;/ 4° Les pénalités ou sanctions applicables en cas de défaillance du cocontractant ou de mauvaise exécution du contrat ; (...) ».

Le même article limitait la durée des conventions à 18 ans, sauf justifications particulières tenant notamment à la durée d'amortissement - dans ce cas, le contrat ne peut en tout état de cause durer plus de trente ans.

Quant à l'article 47, modifié sur ce point par la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, il organisait une période transitoire pour la mise en conformité des installations non exploitées en régie, que celles-ci aient fait l'objet jusqu'alors d'une simple autorisation ou d'une convention. Il prévoyait que toutes les exploitations devaient faire l'objet, dans un délai de quatre ans, d'une convention respectant le nouveau cadre législatif. À l'expiration de ce premier délai, toutefois, les autorisations ou conventions en cours continuaient de produire leurs effets pour une durée de dix ans, sauf dans le cas où les collectivités organisatrices étaient en mesure d'imputer à l'exploitant la responsabilité de l'échec à conclure une convention.

Le litige de l'espèce illustre parfaitement le fonctionnement de ce mécanisme.

La station de ski « Sauze - Super Sauze », située sur le territoire de la commune d'Enchastrayes, a été créée puis exploitée à partir des années 1930 par M. Honoré Couttolenc, par ailleurs maire de cette commune de 1944 à 1989, puis par ses héritiers. La partie la plus récente et la plus importante du domaine skiable a fait l'objet d'une convention dite de « délégation de service public pour l'aménagement du domaine skiable et l'exploitation des remontées mécaniques » conclue le 28 décembre 1998, soit quelques jours avant l'expiration de la période transitoire de 14 ans, avec la SARL Couttolenc Frères. Cette convention comporte une annexe 2 listant les biens affectés au service, qui distingue ceux qui sont propriété de la communauté de communes (un système de production de neige de culture) et ceux qui sont apportés par l'exploitant (tout le reste et notamment les cabanes des téléskis, les appareils de remontées mécaniques et les matériels et outillages techniques de toute nature). Elle ne procède pas à la qualification de ces derniers biens, mais toutes ses stipulations font apparaître que l'exploitant en conservait la propriété pendant la durée du contrat. Un avenant n° 3, conclu le 18 novembre 2011, les qualifia explicitement de « biens de reprise ».

Enfin, l'article 24 stipule qu'au terme du contrat, en cas de reprise en régie, « les biens, équipements et installations de l'exploitant seront repris moyennant une indemnité fixée soit par accord amiable soit, à défaut d'accord, à dire d'expert ». Le protocole d'accord dont l'approbation fait l'objet des délibérations litigieuses a été pris pour sa mise en oeuvre.

Nous nous trouvons donc, avec les remontées mécaniques, dans un cas de figure tout à fait exceptionnel, où l'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété résulte directement de la loi. C'est en effet le législateur qui a décidé de mettre fin à l'exploitation privée des remontées mécaniques. Ce faisant, il a placé les exploitants privés devant le dilemme économique suivant :

- soit réaliser leur patrimoine immédiatement, en refusant de rentrer dans le régime conventionnel et en cédant leurs installations à la collectivité, dans le cadre d'un accord amiable ou, à défaut, à la suite d'une procédure d'expropriation ;

- soit accepter le régime conventionnel, dont l'application emporte *in fine* le transfert à la personne publique des ouvrages qui peuvent être qualifiés de biens de retour - à charge pour les opérateurs de négocier avec la personne publique un contrat qui valorise équitablement leur apport : en ce cas, nous retombons dans le schéma général de l'équilibre contractuel, garanti *ex ante* par les termes de la convention ou *ex post* par une indemnité complémentaire.

Ni les travaux préparatoires de la loi de 1985, ni les modifications qui lui ont été apportées par la suite et les travaux préparatoires de ces textes, ne laissent penser que le législateur aurait entendu écarter l'application du régime des biens de retour dans la seconde hypothèse.

C'est même le contraire qui ressort de la dernière modification en date de l'article L. 342-2 du code du tourisme, issue de la loi n° 2013-431 du 28 mai 2013 portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports : en précisant les conditions d'indemnisation du cocontractant qui doivent être prévues par la convention, elle fait directement référence à votre décision citée *Communauté d'agglomération de Chartres métropole et autres* et au régime des biens de retour (*cf.* notamment, au Sénat, le compte rendu intégral des débats de la séance du 11 février 2013, article additionnel après l'article 4 et à l'Assemblée nationale le rapport n° 850 fait par M^{me} C. Beaubatie, p. 67).

Nous ne pensons pas qu'il appartienne au Conseil d'État de remettre en cause l'équilibre ainsi recherché par le législateur, en écartant l'application du régime des biens de retour lorsque les exploitants ont choisi d'emprunter la seconde voie.

En effet, aucune des deux solutions ouvertes aux exploitants - rachat immédiat ou contractualisation avec les collectivités - ne signifie une privation du droit de propriété ou une mesure d'effet équivalent. Les investissements leur sont remboursés dans tous les cas. Ils le sont, dans la seconde hypothèse, sous la forme de la rémunération prévue au contrat, éventuellement complétée par une indemnité dans les conditions que nous avons déjà exposées lorsqu'il est nécessaire d'en rétablir l'équilibre.

Les opérateurs de remontées mécaniques étaient libres d'opter pour l'une ou l'autre des deux voies en fonction de leurs calculs économiques. En outre, ils ont disposé d'une période transitoire exceptionnellement longue, de 14 ans au total, à la fois pour envisager le meilleur choix possible et pour adapter leur activité et leurs investissements à cette perspective.

Nous ne vous proposons donc pas, pour ces raisons, de réserver un sort particulier aux biens nécessaires au fonctionnement du service public des remontées mécaniques lorsque ceux-ci étaient la propriété des exploitants antérieurement à la signature des contrats prévus par la loi.

9. Pour conclure, la solution que nous vous proposons, qui est - vous l'aurez compris - de considérer que le critère tiré de la date d'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, antérieure ou postérieure à la signature du contrat, est sans incidence sur leur qualification de biens de retour, nous semble présenter de nombreux avantages :

- la simplicité et la lisibilité, d'abord : la définition des biens de retour par votre décision *Commune de Douai*, fondée sur les deux seuls critères de la nécessité au fonctionnement du service et du préfinancement par le

concessionnaire, aura une portée générale ;

- une protection maximale accordée à la continuité du service public, ensuite : elle a pour vertu de soustraire aux aléas de la négociation contractuelle la disposition, par la personne publique, des biens nécessaires au fonctionnement de ce service ;

- enfin, l'atteinte portée aux modalités d'exercice du droit de propriété par l'application du régime des biens de retour revêt exactement la même intensité, que ces biens aient été acquis avant ou après la signature du contrat : dans les deux cas, la valeur de ces biens doit être remboursée au concessionnaire et, à cette fin, elle doit être intégrée au calcul de l'équilibre économique ; quant à la liberté contractuelle, elle est toujours préservée puisque le concessionnaire n'est jamais contraint de conclure un contrat désavantageux.

La solution inverse, logiquement, nous semble à la fois peu lisible, inutilement moins protectrice de la continuité du service public et susceptible d'aboutir au double paiement des équipements par la collectivité. Ajoutons que l'idée d'attacher un régime juridique particulier aux biens nécessaires au service public, au motif qu'ils auraient été acquis par le concessionnaire la veille de la signature de son contrat, nous semble défier le vulgaire bon sens : elle ouvrirait la porte à des abus particulièrement aisés à commettre, consistant à procéder à des achats légèrement anticipés pour échapper au retour de droit.

10. Nous vous invitons donc à censurer l'erreur de droit commise par la cour dans son considérant de principe, ainsi que l'erreur de qualification juridique qui en résulte s'agissant de la nature des biens qui font l'objet du protocole litigieux. Vous ferez droit aux conclusions du pourvoi tendant à l'annulation de l'article 3 de l'arrêt, qui rejette les conclusions du préfet tendant à l'annulation de la seconde délibération du conseil de la communauté de communes et de la délibération du conseil municipal d'Enchastrayes.

11. Si vous ne nous suivez pas et si vous décidez d'écarter l'application du régime des biens de retour dans le cas où la convention a eu pour objet de placer sous un régime de concession une activité qui, comme en l'espèce, était auparavant exercée par le cocontractant au moyen de biens qu'il a lui-même acquis ou réalisés et qu'il exploitait, nous pensons que vous pourriez néanmoins adopter un raisonnement plus nuancé que celui de la cour.

En effet, l'arrêt pose le principe d'une indemnisation du concessionnaire égale à la valeur vénale de ses apports telle qu'elle s'établit à l'issue du contrat. Ce faisant il consacre l'existence, au détriment de la personne publique, d'un double paiement au moins partiel des ouvrages. En effet, dans le cas où l'exploitant a apporté des améliorations en cours d'exécution du contrat - et c'est manifestement le cas en l'espèce, car la liste des biens dressée par l'avenant n° 3 en 2011 est très différente de celle qui était annexée à la convention de 1998 - cette fraction de ses investissements a été financée par les ressources tirées de la concession et a donc déjà été payée par les usagers.

La bonne méthode consisterait plutôt à partir de la valeur vénale de ces biens à la date de leur acquisition par le concessionnaire et d'en déduire la part qui a été financée, en définitive, grâce aux ressources tirées de l'exploitation du service public : améliorations apportées en cours de contrat, ou encore amortissements des biens en cause. La liberté des parties de fixer le prix de rachat des biens serait donc bornée au moins dans cette mesure.

Cette solution vous conduirait à écarter les moyens d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique en tant qu'ils portent sur l'application du régime des biens de retour. En revanche, vous censureriez le raisonnement de la cour en tant qu'il porte sur les conséquences indemnitaires à tirer de la solution précédente. Vous annuleriez donc toujours l'article 3 de l'arrêt attaqué, mais sur un autre motif.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'article 3 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille ;

- au renvoi du jugement de l'affaire, dans cette mesure, devant la même cour ;

- au rejet des conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, par la SARL Couttolenc Frères, par M. Eric Couttolenc, par l'indivision Louis Couttolenc et par la Société d'exploitation des remontées mécaniques du

Sauze. »

Copyright 2025 - Dalloz – Tous droits réservés